

Leilane Serratine Grubba

O problema do essencialismo no Direito: inerentismo e universalismo
como pressupostos das teorias que sustentam o discurso das Nações
Unidas sobre os direitos humanos

Tese apresentada ao Programa de
Pós-graduação em Direito, Curso
de Doutorado, da Universidade
Federal de Santa Catarina, como
requisito à obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor
Horácio Wanderlei Rodrigues

Florianópolis
2015

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da
Universidade Federal de Santa Catarina

Grubba, Leilane Serratine Grubba

O problema do essencialismo no Direito: inerentismo e universalismo como pressupostos das teorias que sustentam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos / Leilane Serratine Grubba Grubba ; orientador, Horácio Wanderlei Rodrigues Rodrigues - Florianópolis, SC, 2015.

283 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Conhecimento Jurídico. 3. Direitos Humanos . 4. Essencialismo. I. Rodrigues, Horácio Wanderlei Rodrigues. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Leilane Serratine Grubba

**O PROBLEMA DO ESSENCIALISMO NO DIREITO:
INERENTISMO E UNIVERSALISMO COMO PRESSUPOSTOS
DAS TEORIAS QUE SUSTENTAM O DISCURSO DAS
NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS**

Esta Tese foi julgada adequada para a obtenção do Título de “Doutor”
e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito.

Florianópolis, Santa Catarina, 05 de março de 2015.

Prof. Ubaldo César Balthazar, Dr.
Coordenador do Curso - UFSC

Prof. Horácio Wanderlei Rodrigues, Dr.
Orientador - UFSC

Banca Examinadora:

Luis Carlos Cancellier de Olivo, Dr.
Presidente da Banca - UFSC

Prof. Delamar José Volpato Dutra, Dr.
PPGFil/UFSC

Prof. Antônio Marcos Gavazzoni, Dr.
UNIVALI

Prof. Alexandre Moraes da Rosa, Dr.
UFSC

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.
UFSC

Prof. Júlio César Marcellino Júnior, Dr.
UNIVALI

Prof. Márcio Ricardo Staffen, Dr.
IMED

AGRADECIMENTOS

Esta tese é o resumo de alguns anos de dedicação, meus e de pessoas especiais que estiveram ao meu lado, contribuindo direta ou indiretamente para a sua concretização, seja por meio de palavras de apoio, por idéias, correções ou críticas. Gostaria de agradecer a essas pessoas, sem as quais a tese não teria se concretizado ou teria tomado rumos completamente diferentes.

Agradeço e dedico à minha família, que é o que tenho de mais importante nessa vida. Ao meu pai, César Augusto Grubba, à minha mãe, Grace Serratine, que me incentivaram a seguir meus sonhos, que solidificaram as bases da minha segurança, pela compreensão e exemplo de coragem. Para vocês, que sempre estiveram ao meu lado, por todos os anos de dedicação. Ao meu irmão, Fernando Serratine Grubba, por existir e por estar ao meu lado nos momentos de felicidade e de angústia.

Ao melhor orientador que eu poderia desejar, Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues, que assumiu o papel de orientador e de grande amigo, minha mais profunda estima e meus mais sinceros agradecimentos. Depois de cinco anos sendo sua orientanda, desde o mestrado em 2010, percebo como a influência do seu pensamento acadêmico moldou o meu. Obrigada pela confiança depositada. Repito meu agradecimento feito por ocasião da minha dissertação: “Se me é possível parafrasear Popper para expressar o que sinto academicamente, agradeço ao olhar crítico e encorajador do meu orientador, em sua constante busca por uma pesquisa séria, comprometida e científica”.

In memoriam, todo o meu coração ao amigo poético, humano e crítico, que tive a honra de conhecer, Luis Alberto Warat.

À Direção do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em nome do professor Luis Carlos Cancellier de Olivo.

À Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em nome dos professores Luis Otávio Pimentel e Arno Dal Ri Júnior, por todo o apoio acadêmico, ensinamentos e incentivos à formação acadêmica, por meio da participação de eventos.

Aos professores e professoras do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, que compartilharam idéias e ensinamentos, por toda a ajuda e presteza. Em especial, agradeço a todos e todas em nome dos seguintes professores: Sérgio U. Cadematori, Antônio Carlos Wolkmer, Cristiane Derani, Alexandre Moraes da Rosa e Luiz Henrique U. Cademartori.

Aos servidores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em nome de Maria Aparecida Oliveira.

Ao professor Alexandre Meyer Luz, por todas as contribuições no campo da filosofia, sem as quais eu não conseguiria abordar o tema do essencialismo.

Aos colegas do NECODI, que dividiram comigo as angústias e felicidades acadêmicas, por todos os debates e trocas de idéias.

Aos colegas do doutorado no PPGD/UFSC, em nome de Walter Moura do Carmo, pelo apoio de sempre.

Ao grande amigo, Julio César Marcellino, que me incentivou na passagem direta do mestrado ao curso de doutorado.

Ao CNPq, pelo auxílio financeiro para a pesquisa e desenvolvimento desta tese.

RESUMO

A tese tem por objeto o fundamento por detrás das teorias que sustentam as normativas de direitos humanos do Sistema Universal das Nações Unidas. A partir do objeto delineado, problematizou-se o fundamento do discurso dos direitos humanos: decorre a validade da positivação ou decorre de outro fundamento, como a natureza? A hipótese preliminar apresentada é que o fundamento de validade está na existência de um pressuposto essencialista, que parece ser o alicerce por detrás das normas de direitos humanos das Nações Unidas. Os direitos humanos parecem se justificar porque são inerentes e universais, pressupostos que lhes garantiria validade material: (a) os direitos humanos seriam inerentes porque decorrem do valor do humano e da sua dignidade inerente; (b) se forem inerentes a todos os humanos, seriam também universais; (c) se forem inerentes e universais, logo decorreriam de uma suposta essência humana; e (d) existe uma formulação dos direitos humanos inatos porque seria possível conhecer a essência humana. Justifica-se a escolha do tema em razão da importância da questão dos direitos humanos, que se relaciona à vida de todos, tanto com relação à possibilidade de existência de uma dignidade inerente, quanto com relação ao acesso aos bens materiais e imateriais que perfazem uma vida digna. A indagação a respeito do fundamento das teorias por detrás das normas de direitos humanos, que afirmam a existência da inerência e universalidade dos direitos a todos, importa na consideração do essencialismo como fundamento dos direitos humanos. Essa é a inovação apontada pela tese: uma análise a respeito das teorias que justificam as normativas de direitos humanos das Nações Unidas, para mostrar que a escolha do essencialismo, enquanto fundamento, parece ser questionável. Nesse sentido, não é objetivo da tese questionar política ou juridicamente o Sistema das Nações Unidas de Direitos Humanos. A tese tem por objetivo geral a análise do essencialismo enquanto possível fundamento por detrás das teorias que justificam as normativas de direitos humanos das Nações Unidas. Considerando esse objetivo geral, são os objetivos específicos da pesquisa: (a) identificar o essencialismo enquanto pressuposto filosófico, analisando os principais argumentos que lhes são favoráveis e os principais

argumentos que lhes são contrários; (b) analisar o essencialismo na teoria do direito, a partir de uma investigação das principais teorias que lhes são favoráveis e das principais teorias que lhes são contrárias; (c) identificar se é possível afirmar o essencialismo enquanto pressuposto por detrás das teorias que justificam o Sistema das Nações Unidas de Direitos Humanos; (d) identificar o essencialismo enquanto fundamento das teorias por detrás do discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos; e (e) analisar como o essencialismo parece fundamentar as normativas de direitos humanos das Nações Unidas e assegurar-lhes validade. O segundo capítulo da tese é dedicado à análise da teoria explicativa do problema proposto, a partir do estudo das principais teorias que justificam o essencialismo e das principais teorias que o criticam, especialmente no âmbito da teoria do direito. O terceiro capítulo analisa o problema da tese: investiga as principais normativas de direitos humano do Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas, a fim de buscar compreender quais os fundamentos por detrás das teorias que justificam esses direitos. A partir da análise do fundamento por detrás das normativas das Nações Unidas, parece que a hipótese apresentada se confirma: os fundamentos do Sistema de direitos humanos, o inerentismo e o universalismo, justificam a existência da crença na essência humana. Diante dessa possibilidade de confirmação da hipótese proposta, a tese busca mostrar que o essencialismo, como fundamento por detrás das normas de direitos humanos das Nações Unidas, parece ser uma escolha teórica filosoficamente questionável, apesar da sua importância política.

Palavras-chave: Conhecimento Jurídico; Direitos Humanos; Essencialismo; Inerentismo; Universalismo.

RÉSUMÉ

La thèse porte sur les théories qui soutiennent les instruments du Système Universel des Nations Unies des droits de l'homme. De l'objet, étudié le discours des droits humains du moyen, la validité de la parole suit sont positifs ou provient d'une autre base, tels que la nature? La principale hypothèse avancée est que la date de fondation est l'existence d'une hypothèse essentialiste qui semble être le fondement derrière les droits humains des normes des Nations Unies. Droits de l'homme semblent être justifiés parce qu'ils sont hypothèses inhérentes et universelles qui leur garantissent la validité matérielle: (a) les droits de l'homme sont inhérents parce calculer la valeur de l'homme et leur dignité intrinsèque; (b) se ils sont inhérents à tous les êtres humains, serait aussi universelle; (c) se ils sont inhérents et universel, puis dériver d'une essence humaine supposée; et (d) il ya une formulation des droits innés parce qu'il serait possible de connaître l'essence humaine. Justifie le choix du sujet en raison de l'importance des droits de l'homme, qui est liée à la vie de tous les êtres humains, à la fois quant à la possibilité d'une dignité intrinsèque, et en ce qui concerne l'accès aux biens matériels et immatériels qui composent une vie décente. La question de la validité des théories derrière les normes des droits de l'homme, qui affirme l'existence d'inhérente et l'universalité de l'homme pour tous, mais pas le plaisir de tous, ce est la prise en compte de l'essentialisme comme fondement des droits humains. Ce est l'innovation proposée par la thèse: une analyse sur les théories qui justifient les droits de l'homme normatives des Nations Unies, pour montrer que le choix de l'essentialisme, en tant que fondation, semble être discutable. Par conséquent, il ne est pas le but de la politique thèse de question ou légalement le système des droits de l'homme des Nations Unies. La thèse a l'analyse objective de l'essentialisme comme fondement possible derrière les théories qui justifient les droits normatifs de l'Organisation des Nations Unies. Compte tenu de cet objectif général, les objectifs spécifiques de la recherche: (a) identifier l'essentialisme comme hypothèse philosophique en analysant les principaux arguments pour les favorable et les principaux arguments contre eux; (b) d'analyser l'essentialisme dans la théorie du droit, à partir d'une enquête sur les

principales théories qui leur profitent et les principales théories qui leur sont contraires; (c) de déterminer si on peut dire tout essentialisme hypothèse derrière les théories qui justifient le système des droits de l'homme des Nations Unies; (d) identifier l'essentialisme tout fondement des théories derrière le discours de l'ONU sur les droits humains; et (e) d'examiner comment l'essentialisme soutiendrait les droits normatifs de l'Organisation des Nations Unies et leur assurer la validité. Le deuxième chapitre de la thèse est consacrée à l'analyse de la théorie explicative du problème proposé, à partir de l'étude des principales théories qui justifient l'essentialisme et les principales théories qui critiquent, en particulier dans le contexte de la théorie juridique. Le troisième chapitre analyse le problème de la thèse: enquête sur les principales normes relatives aux droits humains du système des Nations Unies des droits de l'homme afin d'essayer de comprendre ce que la raison derrière les théories qui justifient ces droits. Depuis la fondation derrière l'analyse normative des Nations Unies, il semble que l'hypothèse présentée est confirmée: les fondations du système des droits de l'homme, l'inherentismo et l'universalisme, justifient l'existence de la croyance en l'essence humaine. Compte tenu de cette possibilité de la confirmation de l'hypothèse proposée, la thèse de recherche montrent que l'essentialisme, la fondation derrière les droits de l'homme de la pratique des Nations Unies, semble être un choix théorique philosophiquement discutable, malgré son importance politique.

Mots-clés: Les connaissances juridiques; Droits de l'Homme; essentialisme; Inherentismo; Universalisme

ABSTRACT

The thesis is the foundation behind the theories that support the human rights instruments of the United Nations Universal System for object. We conceptualized the human rights discourse of the plea: the validity stems on positivity or arises from another basis, such as nature? The primary hypothesis put forward is that the foundation date is the existence of an essentialist assumption that seems to be the foundation behind the human rights of United Nations standards. Human rights seem to be justified because they are inherent and universal assumptions that guarantee them substantive validity: (a) human rights are inherent because derive the value of human and their inherent dignity; (b) if they are inherent in all humans, would also be universal; (c) if they are inherent and universal, then derive from a supposed human essence; and (d) there is a formulation of innate human rights because it would be possible to know the human essence. Justified the choice of subject because of the importance of human rights, which is related to life of all human beings, both regarding the possibility of an inherent dignity, and with regard to access to material goods and immaterial which make up a decent life. The question about the validity of the theories behind the human rights standards, which asserts the existence of inherent and universality of rights for all, though not all to enjoy, it is the consideration of essentialism as the foundation of human rights. This is innovation suggested by the thesis: an analysis about the theories that justify the normative human rights of the United Nations, to show that the choice of essentialism, as a foundation, seems to be questionable. Therefore, it is not the aim of the thesis question policy or legally the UN human rights system. The thesis has the objective analysis of essentialism as possible foundation behind the theories that justify the normative human rights of the United Nations. Given this general objective, are the specific objectives of the research: (a) identify the essentialism as a philosophical assumption by analyzing the main arguments to them favorable and the main arguments against them; (b) analyze the essentialism in the theory of law, from an investigation of the main theories that benefit them and the main theories that are contrary to them; (c) identify whether it can be said essentialism while assumption

behind the theories that justify the UN human rights system; (d) identify the essentialism as the basis of the theories behind the UN discourse on human rights; and (e) examine how essentialism would support the normative human rights of the United Nations and assure them validity. The second chapter of the thesis is devoted to the analysis of explanatory theory of the proposed problem, from the study of the main theories that justify essentialism and the main theories that criticize, especially in the context of legal theory. The third chapter analyzes the problem of the thesis: investigates the main standards on human rights human rights system of the United Nations in order to try to understand what reason behind the theories that justify these rights. From the foundation of the analysis behind the UN regulations, it appears that the presented hypothesis is confirmed: the foundations of the human rights system, the inherentism and universalism, justify the existence of belief in human essence. Given this possibility of confirmation of the hypothesis proposed, the search thesis show that essentialism, the foundation behind the human rights of the United Nations practice, appears to be a theoretical choice philosophically questionable, despite its political importance.

Keywords: Legal Knowledge; Human Rights; essentialism; Inherentismo; Universalism.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Ziel der Diplomarbeit ist die Basis hinter den Theorien, die die Menschenrechtsinstrumente der vereinten Nationen zu erläutern. Die Auslegung der these, hat die Grundlage um die menschenrechtsdiskussion deutlich problematisiert. Befasst sich die thesis auf das positive recht oder auf einer anderen wie die Natur? Die primäre Hypothese ist, dass das gründungsdatum die existens des essentialismuss ist und sogleich die grundlage des Menschenrechtsstandards der Vereinten Nationen ist. Die Menschenrechte haben die gültigkeit weil sie Inhärent und Universal sind, erläuterung: (a) Die Menschenrechte sind Inhärent, das sie aus der Würde des Menschen stamen; (b) Wenn die Rechte Inhärent sind, bedeutet es das Sie auch Universal sind; (c) Wenn Sie Inhärent und Universal sind, bedeutet das es aus dem essentialismuss des menschens stamt; (d) Es existiert die formulierung von angeborenen menschenrechte, weil es möglich ist die essiens des Menschens kennen zu lernen. Begründung um die wahl des Themas, wegen der grossen bedeutung der Menschenrechte, die im zusammenhang dem leben aller Menschen ist, im bezug auf die möglichkeit einer inwohnenden Würde, und ausserdem dem hinblick materiellen güttern was des menschenleben würdig ist. Die Menschenrechts theorien begründen die inhärenz und die universilität von allen, aber nicht alle haben einen nutzen Davon. Auf dies bezüglich, der essentialismuss ist das fundament aller Menschenrechte. Die Innovation hinter dieser thesis ist: die analyse der theorien der menschenrechte um darauf hinzuweisen das die wahl des essentialismuss als fundament, ist von der theorie aus betrachtet zweifelhaft. Es ist nicht das Ziel dieser thesis über Politik oder das system der UN zu diskutieren. Das hauptziel ist die analyse des Essentialismus als fundament der Menschenrechte. Neben diesem hauptziel, sind folgende spezifische unter themen: (a) Die Indifizierung des Essentialismuss um die analysierung pro und contra argumente aufzustellen. (b) Analyse des Essentialismus in der theorie des Rechts, sind in pro und contra Argumenten aufgeteilt. (c) Festzustellen ob man Davon ausgehen kann, dass der Essentialismus die annahme der theorien sind, die das UN Menschenrechtssystem rechtfertigen. (d) Die

Analyse des Essentialismus garantiert die Gültigkeit der normativen der Menschenrechte. Das zweite Kapitel der Dissertation ist darauf fokussiert die Analyse der Hypothese, der Arbeit des Essentialismus in der Rechtslehre zu begründen. Das dritte Kapitel analysiert das Problem der These. Untersucht die prinzipiellen Normativen der Menschenrechte um die Gründe der Theorie zu nennen. Die These wird durch die Grundlagen hinter den Erkenntnistheorien bestätigt die Hypothese. Angesichts dieser Möglichkeit zeigt sich der Essentialismus als Grundlage der Menschenrechte, sie haben politische Wichtigkeit. Aber der Essentialismus ist zugleich von der Theorie her zweifelhaft.

Schlüsselwörter: Rechtskenntnisse; Menschenrechte; Essentialismus; Inherent; Universalismus.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	20
1.1 Problema e hipótese teórica	21
1.2 Objetivo geral e específicos	23
1.3 Metodologia e resumo dos capítulos	23
1.4 Recursos para a pesquisa	25
1.5 Justificativa	26
2 ESSENCIALISMO NAS TEORIAS JURÍDICAS	29
2.1 Considerações preliminares sobre o essencialismo	31
2.1.1 Uma possível ideia sobre o essencialismo a partir de Platão	32
2.1.2 Uma alternativa ao essencialismo a partir de Richard Rorty	39
2.2 O essencialismo na teoria do direito	47
2.2.1 O jusnaturalismo	48
2.2.1.1 Jusnaturalismo teológico	50
2.2.1.2 Jusnaturalismo racionalista	53
2.2.1.3 Jusnaturalismo naturalista	56
2.2.2 Considerações finais acerca das teorias jusnaturalistas	60
2.2.3 Teorias dialético-materialistas do direito	61
2.2.3.1 A teoria de Michel Miaille	63

2.2.3.2 A teoria de Lyra Filho.....	69
2.2.4 Considerações finais acerca das teorias dialético-materialistas	74
2.2.5 O novo essencialismo: teorias holistas.....	75
2.2.5.1 O direito quântico de Telles Júnior	77
2.2.5.2 O holismo-taoísta de Paulo Roney Ávila Fagúndez	84
2.2.6 Considerações finais acerca das teorias do novo essencialismo	88
2.3 As críticas ao essencialismo na teoria do direito	90
2.3.1 O positivismo jurídico	90
2.3.1.1 O positivismo em Hans Kelsen.....	91
2.3.1.2 O positivismo em Norberto Bobbio	101
2.3.1.3 O positivismo em Tércio Sampaio Ferraz Júnior.....	105
2.3.2 Considerações finais acerca das teorias positivistas	111
2.3.3 O realismo jurídico	113
2.3.3.1 A teoria de Alf Ross.....	118
2.3.3.2 A teoria de Henrique Haba	128
2.3.4 Considerações finais acerca das teorias realistas	134
2.4 O processo de refutação: teses e antíteses.....	137
3 A INERÊNCIA E A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO DISCURSO DAS NAÇÕES UNIDAS.....	145
3.1 O surgimento das Nações Unidas e sua função declarada	148

3.2 A inerência e a universalidade enquanto fundamentos do discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos	170
3.3 Os direitos humanos inerentes e universais	202
3.4 O essencialismo como fundamento do inerentismo e universalismo dos direitos humanos	207
3.5 O fundamento filosófico do inerentismo (ou inatismo) dos direitos humanos	217
3.6 O fundamento filosófico do universalismo	228
3.7 As normas jurídicas enquanto formalização de teorias	245
3.8 Teoria explicativa: parece existir um pressuposto metafísico essencialista que justifica o discurso onusiano dos direitos humanos....	253
3.9 O problema do essencialismo como fundamento por detrás das teorias que justificam as normas de direitos humanos	258
4 CONCLUSÃO	265
REFERÊNCIAS.....	274

1 INTRODUÇÃO

A tese tem por objeto os direitos humanos. Mais especificamente, o objeto da tese é o fundamento por detrás das teorias que sustentam as normativas de direitos humanos do Sistema Universal das Nações Unidas.

Delimito a pesquisa da tese sobre os fundamentos dos direitos humanos nas principais normativas de direitos das Nações Unidas: a Carta das Nações Unidas, de 1945; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1969; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas em Religião ou Crença, de 1981; a Convenção contra a Tortura e outras formas de Tratamento ou Punição Cruel ou Degradante, de 1984; a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1990; a Convenção de Viena, de 1993; bem como a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, de 2008.

Pressupondo que o fundamento por detrás das teorias que sustentam as normativas de direitos humanos é o essencialismo, delimito a investigação nos principais argumentos que justificam e criticam o essencialismo, a partir da análise de autores específicos do campo da Filosofia e do Direito.

1.1 Problema e hipótese teórica

O problema da tese, entendido como P_1 (problema inicial)¹ a partir de uma leitura popperiana, pode ser descrito da seguinte maneira: parece que os direitos humanos se justificam e são impositivos porque são inerentes e universais, pressupostos que lhes garante validade material.

¹ Utilizo o método popperiano, sistematizado por Popper no esquema $P^1 - TE - EE - P^2$, no qual P^1 é o problema inicial, TE é a teoria explicativa, EE é a experiência empírica e P^2 é um novo problema, derivado dos resultados da experiência. Esse esquema pode ser encontrado no livro *O conhecimento e o problema corpo-mente*, de Popper (2002, p. 23-25), além de poder ser encontrado em outras de suas obras.

O problema, nesse sentido, reside em saber qual o fundamento de validade material dos direitos humanos, ou seja, se a validade decorre da positivação (preenche à forma exigida) ou se existe outro fundamento de validade dos direitos (natureza ou conteúdo valorativo).

A hipótese ou teoria explicativa (**TE**) ao **P₁** é que o fundamento da validade está na existência de um pressuposto essencialista, que parece estar por detrás das normas de direitos humanos do Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Mais do que isso, parece que os direitos humanos se justificam e são impositivos porque são inerentes e universais, pressupostos que lhes garante validade material. Esse fundamento, entretanto, está alicerçado em uma opção teórica questionável, que é o essencialismo.

A **TE** apresentada é extraída das seguintes hipóteses subsidiárias:

- a) os direitos humanos são inerentes aos seres humanos porque decorrem do *valor* do ser humano e da sua dignidade inerente;
- b) se são inerentes a todos, devem ser universais;
- c) se os direitos humanos são inerentes e universais, logo eles devem decorrer de uma suposta essência humana;
- d) parece existir uma essência do ser humano;
- e) se há uma formulação dos direitos humanos inatos, ela só é possível porque se pode conhecer a essência humana; e
- f) além da crença na existência da *essência* humana, parece existir a confiança na possibilidade de se *conhecer a essência*.

Diante do que expus, parece existir, no âmbito dos direitos humanos, um grande fundamento ou pressuposto do *essencialismo*: os fundamentos do inerentismo e do universalismo são justificados porque parece existir uma crença na essência humana, que incluiria certos elementos, como a dignidade.

A partir da ideia de normas jurídicas enquanto formalização de teorias, ou seja, de que todas as observações e interpretações do mundo ocorrem conforme um conhecimento prévio (malha teórica), então as hipóteses teóricas sobre o mundo apresentam um referente prévio à observação. Diante disso, parece ser possível aventar a hipótese de ser, o essencialismo, o fundamento das teorias por detrás das normas de direitos humanos.

1.2 Objetivo geral e específicos

Os objetivos da pesquisa da tese proposta serão a seguir indicados, divididos em dois grupos, o primeiro composto do objetivo geral e o segundo grupo composto dos objetivos específicos.

É objetivo geral da tese a análise do essencialismo enquanto possível fundamento por detrás das teorias que justificam as normativas de direitos humanos das Nações Unidas.

Considerando o objetivo geral acima apresentado, são objetivos específicos da pesquisa proposta:

- a) identificar o essencialismo enquanto pressuposto filosófico, analisando os principais argumentos que lhes são favoráveis e os principais argumentos que lhes são contrários;
- b) analisar o essencialismo na teoria do direito, a partir de uma investigação das principais teorias que lhes são favoráveis e as principais teorias que lhes são contrárias;
- c) identificar se é possível afirmar o essencialismo enquanto pressuposto por detrás das teorias que justificam o Sistema das Nações Unidas de Direitos Humanos;
- d) analisar como o essencialismo parece garantir a validade material para as normativas de direitos humanos das Nações Unidas; e
- e) identificar o problema do essencialismo enquanto fundamento das teorias por detrás do discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos.

Esses são os objetivos centrais que norteiam a tese desenvolvida. No segundo capítulo, foi desenvolvido os pontos (a) e (b), e no terceiro capítulo, os pontos (c), (d) e (e).

1.3 Metodologia e resumo dos capítulos

A construção da tese envolve pesquisa bibliográfica, com a utilização de obras teóricas, técnicas e documentos das Nações Unidas sobre Direitos Humanos.

Buscarei verificar se parece possível sustentar a hipótese oferecida ao problema posto pela tese, de que os direitos humanos, aparentemente, se justificam e são impositivos porque são inerentes e universais, pressupostos que lhes garante validade material.

A hipótese explicativa oferecida foi a seguinte: parece que os fundamentos do inerentismo e do universalismo são justificados porque

existe uma crença na essência humana e, mais do que isso, na possibilidade de conhecimento dessa essência humana, que permite a construção das normativas de direitos a ela vinculadas.

Para tanto, o segundo capítulo é dedicado à análise da teoria explicativa (**TE**) do problema proposto pela tese, a partir do estudo do essencialismo, em Platão, e de uma alternativa ao essencialismo, oferecida por Rorty. Além disso, uma análise das principais teorias que o justificam e que o criticam, no âmbito das teorias jurídicas.

Favoráveis ao essencialismo estão principalmente as teorias jusnaturalistas, em suas variadas matrizes, além das teorias dialético-materialistas e holistas. Essas teorias defendem que a validade do direito encontra-se em alguma essência, como a Natureza, Deus, etc., possível de ser conhecida.

Contrárias ao essencialismo estão principalmente as teorias do realismo jurídico e teorias positivistas do direito. A teoria do realismo jurídico posiciona-se contra o essencialismo no direito e afirma a necessidade de uma apreensão social do direito, na realidade. Por sua vez, as teorias positivistas afirmam que o direito não é essencial e que o seu fundamento de validade é jurídico.

Após, foi realizado um processo de refutação, conforme o esquema popperiano, e foi possível perceber que a teoria positivista do direito é a teoria mais consistente teoricamente.

Após a análise da **TE** – como entender o essencialismo e quais os argumentos que lhes são favoráveis e quais que lhes são contrários –, passarei à análise do problema da tese (**P¹**). Para tanto, no terceiro capítulo, investigarei as principais normativas de direitos humanos do Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas, a fim de buscar compreender quais os fundamentos por detrás das teorias que justificam esses direitos – a sua validade material.

A partir da análise do fundamento por detrás das normativas das Nações Unidas, surge a hipótese da tese (**TE**): parece que o Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas se fundamenta em teorias essencialistas. Nesse sentido, parece que os fundamentos do Sistema de direitos humanos, o inerentismo e o universalismo, justificam a existência da crença na essência humana.

Diante disso, serão apresentadas as considerações introdutórias sobre o inerentismo e o universalismo, bem como quais são os direitos considerados pelas Nações Unidas como inerentes e universais. Após a análise do inerentismo e do universalismo, será abordado o essencialismo como teoria explicativa da tese.

Por fim, ainda no terceiro capítulo e, com base nos argumentos favoráveis e contrários ao essencialismo, mostrarei que o essencialismo, como fundamento por detrás das normas de direitos humanos das Nações Unidas, parece ser uma escolha teórica questionável, apesar da sua importância política.

1.4 Recursos para a pesquisa

O desenvolvimento e conclusão da tese foram possíveis em razão da bolsa de doutorado CNPq, que me possibilitou a dedicação necessária para a pesquisa e redação do trabalho efetuado. A verba de bancada possibilitou a compra dos livros e outros materiais necessários à pesquisa da tese, além de viagens e de eventos imprescindíveis para o aperfeiçoamento da pesquisa.

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, por meio da verba PROEX, possibilitou as viagens e eventos necessários para o empreendimento da pesquisa, troca de informação, publicação de artigos e debates sobre os temas pesquisados. Cada apresentação de artigo sobre o tema dos direitos humanos ou epistemologia e conhecimento jurídico gerou os debates necessários às revisões e aperfeiçoamento do trabalho aqui desenvolvido.

Também houve dificuldades para o empreendimento da tese, sendo o maior deles o tempo. Ingressei no mestrado do PPGD/UFSC em 2010 e, com a dissertação totalmente finalizada, me foi possibilitada a passagem direta ao curso de doutorado do PPGD/UFSC em 2011. Ao final de 2011, surgiu a possibilidade da defesa da dissertação e comecei a estudar epistemologia jurídica. No ano de 2012, escrevi, juntamente com o meu orientador, o Prof. Horácio Wanderlei Rodrigues, o livro *Conhecer Direito I*, e no ano de 2013, escrevi, também com meu orientador e com Luana Renostro Heinen, o livro *Conhecer Direito II*. Diante disso, restaram apenas o final do ano de 2013 e o ano de 2014 para a escrita da tese, cuja defesa final ocorreu em 2015.

Além da dificuldade resultante do tempo, também foi uma dificuldade a pesquisa na área do conhecimento filosófico, sem a necessária formação acadêmica filosófica para a total compreensão do pensamento dos autores abordados nesta tese. Apesar da dificuldade, foi necessária essa interdisciplinaridade para a compreensão do essencialismo no discurso dos direitos humanos.

Os pressupostos adotados neste trabalho e as conclusões advindas da pesquisa empreendida são de livre responsabilidade da autora e não representam, necessariamente, o posicionamento teórico-filosófico e ideológico do orientador, nem tampouco do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

1.5 Justificativa

Nos últimos anos e décadas, principalmente desde os anos 60, do século XX, muito se escreveu sobre os direitos humanos. São inúmeros os temas abordados. Dentre eles, é possível mencionar os direitos positivados em normativas jurídicas, o Sistema das Nações Unidas de Direitos Humanos, os Sistemas Regionais de Direitos Humanos, mas também sobre direitos culturais, sobre o multiculturalismo, a interculturalidade, o relativismo cultural, os conflitos étnicos e a dignidade humana.

O tema dos direitos humanos não só é atual como também é necessário, visto que abrange a vida de todas as pessoas que habitam o planeta Terra, assim como a sua dignidade *inerente*, garantida juridicamente pelas Nações Unidas, e a possibilidade de acesso aos bens materiais e imateriais que perfazem uma vida digna e com segurança.

É inegável o avanço político na defesa dos direitos humanos desde o surgimento das Nações Unidas, em 1945, com a Carta de São Francisco. As Nações Unidas buscaram, desde o seu início, preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, além de afirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres, na igualdade de direitos de nações pequenas e grandes, e estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos.

Após o seu surgimento, as Nações Unidas criaram um Sistema Global de Direitos Humanos, do qual participam normativas de direitos humanos como a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de 1966. Nesse sentido, o Sistema das Nações Unidas é o que mais próximo se tem, no mundo contemporâneo, de um consenso político sobre a dignidade humana, além de representar o maior avanço político mundial na defesa dos direitos humanos.

Contudo, conforme demonstram os Relatórios anuais das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento (RDH), apesar dos avanços na defesa dos direitos humanos, também existem retrocessos, em razão de

diferenças culturais e étnicas, mas também em razão de falta de políticas públicas para a implementação dos direitos, além de outros motivos.

Diante desse fato, questionei-me sobre o fundamento das teorias por detrás das normas de direitos humanos do Sistema Universal das Nações Unidas, que afirmam que os direitos são inerentes ao humano e universais a todos, ainda que nem todos os seres humanos os possam exercer e deles desfrutar. Nesse sentido, parece que o fundamento é o essencialismo. É essa a inovação (originalidade) trazida pela tese.

Não buscarei questionar política ou juridicamente (crítica política) o Sistema das Nações Unidas de Direitos Humanos, mas sim uma análise filosófica a respeito das teorias que justificam as suas normativas, para mostrar que a escolha do essencialismo, enquanto fundamento, parece ser teoricamente questionável.

A originalidade da tese está na análise e questionamento do essencialismo enquanto fundamento por detrás das teorias que justificam o Sistema Global de Direitos Humanos e que lhe garante validade material. Esse fundamento parece ser o essencialismo, isto é, a crença na existência de uma essência humana e a crença na possibilidade de conhecimento dessa essência, que permite a construção das normativas de direitos a ela referidas.

A tese justifica-se, ademais, por sua vinculação ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e, principalmente, ao NECODI – Núcleo de Estudos Conhecer Direito – coordenado pelo Professor Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues, orientador desta tese, e do qual participo como acadêmica pesquisadora.

O Núcleo de Estudos NECODI tem por objetivo principal a análise e conhecimento dos fundamentos do Direito, tal como o objeto delineado nesta tese. No âmbito do Núcleo, foram publicados diversos artigos e capítulos de livros em coautoria com o Professor coordenador. Principalmente, em coautoria, escrevi com o Professor Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues, o livro *Conhecer Direito I*², que contém análises e propostas para uma possível Ciência do Direito, considerando a principal teoria do conhecimento produzida no século XX.

Além do livro supramencionado, também escrevi, juntamente com meu orientador e com Luana Renostro Heinen, o livro intitulado *Conhecer Direito II* (2013), no qual apresentamos as pesquisas realizadas sobre o pensamento epistemológico de autores juristas

² RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. *Conhecer Direito I: a teoria do conhecimento no século XX e a Ciência do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

brasileiros acerca do Direito e os limites e possibilidades de uma Ciência do Direito.

Diante disso, busco, com esta tese, a continuação do trabalho que tenho desenvolvido nos últimos anos, desde que ingressei no Mestrado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC – e pesquisei sobre a construção filosófica do discurso dos Direitos Humanos no mundo contemporâneo e a desconstrução desse discurso tradicional por vias filosóficas e empíricas, ou seja, por meio da análise das contradições discursivas e por meio da análise das violações e ineficácias dos direitos humanos na vida das pessoas, a partir dos Relatórios de Desenvolvimento Humano (RDH), lançados anualmente pelas Nações Unidas.

Busco, ademais, a continuação da pesquisa que tenho desenvolvido há dois anos sobre o tema teoria do conhecimento no âmbito jurídico, trabalho esse que vem sendo realizado no âmbito do NECODI desde o ano de 2010.

2 ESSENCIALISMO NAS TEORIAS JURÍDICAS

O segundo capítulo da tese será dedicado à apreciação do essencialismo nas teorias do direito. A ideia é analisar o essencialismo enquanto uma teoria explicativa (hipótese) ao problema proposto pela tese, a partir do esquema *tentativa e erro* de Karl Popper.

O esquema *tentativa e erro* proposto por Popper (2001), característico do aprendizado, é um modelo de quatro fases. Para o pensador, em primeiro lugar, deve existir um problema. A partir desse problema inicial, deve-se formular tentativas para a sua resolução e, após, a tentativa de sua eliminação por meio da discussão crítica, análise e testes experimentais. Por fim, é possível surgirem novos problemas das discussões críticas.

A tradicional busca pelas fontes do conhecimento é substituída, em Popper (2001), pelo processo de solução de problemas por tentativa e eliminação de erros, sistematizado da seguinte maneira:

$$P_1 \rightarrow TE \rightarrow EE \rightarrow P_2^3$$

No esquema proposto, P_1 é o *problema inicial*, TE é a *teoria explicativa*, hipótese ou conjectura, EE é a *experiência empírica*, incluindo a observação (é onde se busca testar a hipótese através da crítica), e P_2 é *novo problema* oriundo dos resultados da experiência (na realidade podem ser vários novos problemas, P_2 , P_3 , P_4 , e assim sucessivamente) (POPPER, 2002, p. 23).

De acordo com o modelo popperiano, o problema da tese pode ser descrito da seguinte maneira: P_1 (problema inicial) – parece existir um pressuposto essencialista por detrás das normas de direitos humanos do Sistema das Nações Unidas.

Extraí o problema apresentado, que será analisado detalhadamente no terceiro capítulo, da seguinte forma:

- a) segundo as normativas de direitos humanos das Nações Unidas, os direitos humanos são inerentes (ínatos) aos seres humanos;
- b) segundo as Nações Unidas, os direitos humanos são inerentes porque parecem decorrer do *valor* do ser humano e da sua dignidade inerente;
- c) se são inerentes a todos os seres humanos e decorrem de uma natureza humana, logo os direitos humanos são universais;

³ Esse esquema pode ser encontrado no livro de Popper intitulado *O conhecimento e o problema corpo-mente* (2002, p. 23 e 25). Também é encontrado em várias outras de suas obras, inclusive com algumas variações.

- d) se os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos e universais, logo eles parecem decorrer de uma suposta essência humana;
- e) parece existir a crença numa essência do ser humano;
- f) se há uma formulação dos direitos humanos inerentes e universais, ela é possível porque se pode *conhecer* a essência humana; e,
- g) além da crença na existência da *essência* humana, parece existir a confiança na possibilidade de se *conhecer a essência*.

Nesse sentido, parece que o essencialismo é a teoria explicativa (TE) do problema posto pela tese, a saber: se o sistema de direitos humanos das Nações Unidas se fundamenta em teorias essencialistas.

Parece que os fundamentos do sistema de direitos humanos, o inerentismo e o universalismo, justificam a existência da crença na essência humana. Significa que, por detrás das normas de direitos humanos das Nações Unidas, há uma escolha teórica questionável, que é o *essencialismo*.

Este capítulo será dedicado à apreciação do essencialismo no conhecimento jurídico. Em primeiro lugar, para tornar possível a compreensão do essencialismo no direito, apresentarei o essencialismo no pensamento de Platão, em sua obra *A república*. A intenção não será abordar o tema do essencialismo de maneira exaustiva, mas mostrar como pode ser entendida essa crença na existência da essência.

Também mostrarei uma alternativa ao essencialismo, a partir do pensamento de Richard Rorty, que critica não apenas a possibilidade de existência da essência, mas principalmente a possibilidade de conhecimento de uma essência e a ideia de que o conhecimento reflete a realidade. A abordagem do pensamento de Rorty também não será exaustiva, visto que a intenção é apenas a de fornecer uma alternativa ao essencialismo.

Sequencialmente, analisarei o essencialismo enquanto uma teoria explicativa ao problema proposto pela tese, mas situando o essencialismo nas teorias jurídicas e conhecimento jurídico. Serão estudadas as principais teorias que justificam o essencialismo e as principais teorias que o criticam no âmbito do conhecimento jurídico, a fim de averiguar se o essencialismo, enquanto pressuposto filosófico, pode ser filosoficamente refutado no campo do Direito.

No âmbito das teorias essencialistas do direito, serão analisadas as teorias jusnaturalistas (teológicas, racionalistas e naturalistas), as teorias dialético-marxistas e as teorias holistas. No âmbito das teorias

que criticam o essencialismo, serão analisadas as teorias positivistas e realistas.

2.1 Considerações preliminares sobre o essencialismo

No intuito de analisar a teoria explicativa da tese (TE), o essencialismo nas teorias jurídicas, importante apresentar uma noção prévia do que pode ser entendido por essencialismo. Minha intenção não será a de abordar exaustivamente o tema do essencialismo e teorias essencialistas, mas mostrar um jeito para se entender a crença na essência e uma alternativa à crença na essência.

O essencialismo, no dicionário de verbetes de Oxford (2014), consiste na ideia de que existem certas atitudes ou emoções que são biologicamente inerentes ao ser humano. A essência, por sua vez, é entendida como a inerência de algo. Nesse sentido, o verbete de Oxford (2014) alia a essência à inerência.

No dicionário de verbetes de Blackwell (2014), o essencialismo é uma tese que sugere qualidades inerentes a certos objetos, além de uma crença no real e na verdadeira essência das coisas. Segundo o verbete, a tese essencialista contemporânea afirma que algumas propriedades de um objeto são essenciais para ele e que, enquanto exista o objeto, as qualidades essenciais também existem.

A essência seria inerente à coisa. Nesse sentido, parece que o essencialismo foca-se na relação entre a essência e a identidade individual (BLACKWELL, 2014).

Essa também é a consideração apontada pelo dicionário de verbetes de Stanford (2013): o essencialismo pode ser caracterizado como a doutrina de que (pelo menos alguns) objetos têm (pelo menos algumas) propriedades essenciais. Esta caracterização não é universalmente aceita, mas tem a virtude de ser a mais simples e direta.

Nesta seção, apresentarei alguns apontamentos de Platão, em sua obra *A república*, que permitem a compreensão do que pode ser entendido como essencialismo no campo da filosofia.

Sequencialmente, mostrarei que existem alternativas ao pensamento essencialista. Pra tanto, apresentarei a alternativa oferecida por Richard Rorty, sem qualquer pretensão de esgotar o tema.

2.1.1 Uma possível ideia sobre o essencialismo a partir de Platão

Este subitem é dedicado à análise do essencialismo especificamente na obra *A república*, de Platão. A ideia é apresentar uma noção do essencialismo, sem qualquer pretensão de esgotar o tema de maneira geral ou mesmo de maneira específica no pensamento de Platão. Nesse sentido, buscarei apenas pincelar o que pode ser entendido por essencialismo, a fim de ilustrar como a ideia de essência e o essencialismo foram trabalhados no âmbito das teorias jurídicas, nos subitens que a esse seguem.

Platão, em sua *A República*, parte da justiça como tema central da obra e busca estruturar um Estado bem-constituído, baseado no conceito de justiça. Nessa obra, é possível entender o que é a essência, para o Platão da *República*, no intuito de ilustrar o pensamento essencialista, importante para a futura compreensão do essencialismo nas teorias jurídicas.

Platão (2011) sugere a existência da essência e a possibilidade de, ao menos em tese, ser ela conhecida. Para ele, o verdadeiro é a essência, imutável, real e eterna. Conforme sugere Gill (2005), no verbete de Stanford, para Platão, uma essência [verdadeira] é algo estável, que permite ao seu possuidor “ser o que é”.

Nesse sentido, parece ser possível sugerir uma primeira tese de Platão, em *A república*: o pensador assume que existem entidades que fornecem as características essenciais aos objetos do mundo empírico, a saber, as ideias.

Em uma passagem de sua obra, Platão (2011, p. 398-402) distingue a aparência da essência, e explica que a ideia é uma, mas os objetos compreendidos nas ideias são muitos. Sempre que várias coisas possuem o mesmo nome, se pressupõe a elas uma ideia – uma essência.

Para exemplificar, dentre todas as almas concebidas, para Platão, existe uma alma em sua essência (a ideia de alma). E sobre essa alma, Platão não admite que a “alma, em sua mais verdadeira essência, seja algo cheio de desigualdade, diversidade e diferença em relação consigo mesma” (2011, p. 422). Para ver a alma como ela é na realidade e não na aparência, afirma Platão (2011, p. 422), é necessário contemplá-la com os olhos da razão, em sua pureza original.

Nesse trecho, quando Platão afirma que, para perceber a alma na realidade, é necessário contemplá-la com os olhos da razão, ele parece mostrar não somente a existência da essência, mas sugere que o conhecimento da essência ocorre por via da razão, conforme mostrarei

sequencialmente. Além disso, quando Platão fala da alma, ele parece exemplificar uma tese mais geral, que inclui a alma, além de outras ideias.

Sobre a essência enquanto ideia, Platão explica:

- E que existe, por outro lado, o belo em si e o bem em si; e do mesmo modo, a cada uma das outras coisas que definimos como múltiplas corresponde uma ideia só, cuja unidade supomos e a que chamamos essência dessa coisa.

- Assim é.

- E do múltiplo dizemos que é visto, mas não concebido, ao passo que as ideias são concebidas e não vistas?

- Exatamente. (2011, p. 271).

Além de sugerir a tese da existência da essência, também parece ser possível sugerir uma segunda tese do pensamento de Platão: que ao menos parcialmente, as essências podem ser conhecidas.

Ainda assim, o pensador afirma a impossibilidade de um conhecimento pleno e afirma que “quem supõe que seja possível conhecer todas as coisas ignora a própria natureza do conhecimento” (2011, p. 402).

Para o pensador da *República*, o conhecimento das ideias (essências) é importante, diferentemente do conhecimento fornecido pelos sentidos, considerado por ele ilusório.

A tarefa da filosofia platônica, nesse sentido, seria reconhecer que as ideias existem e conhecer qual é a essência das ideias. Em outras palavras, significa que, para Platão:

[...] o conhecimento do mundo sensível [...] estava limitado a mera opinião. Embora necessário, era reduzido a simples técnica (*téchne*) que permitia a sobrevivência do homem. Já o conhecimento referente ao mundo das idéias era o verdadeiro saber, o verdadeiro conhecimento (*éπισθήμη*), um conhecimento apenas contemplativo, mas que levaria o homem a ter possibilidade de transformar e melhor governar a cidade). Na alegoria da caverna, Platão explora as dificuldades de se chegar ao verdadeiro conhecimento – o conhecimento do inteligível – e a necessidade de se passar da contemplação das coisas sensíveis às próprias idéias, impregnadas na alma. (ANDERY ET ALL., 2007, p. 71).

No intuito de pensar a distinção entre o conhecimento verdadeiro e o conhecimento ilusório, Platão sugere pensar a alegoria da caverna:

Imagina uma caverna subterrânea provida de uma vasta entrada aberta para a luz e que se estende ao largo e toda a caverna, e uns homens eu lá dentro se acham desde meninos, amarrados pelas pernas e pelo pescoço de tal maneira que tenham de permanecer imóveis e olhar tão só para frente, pois as ligaduras não lhes permitem voltar a cabeça, atrás deles e num plano superior, arde um fogo a certa distância, e entre o fogo e os encadeados há um caminho elevado, ao longo do qual faze de conta que tenha sido construído um pequeno muro semelhante a esses tabiques que os titeriteiros colocam entre si e o público para exibir por cima eles as suas maravilhas (2011, p. 279).

Dentro da caverna descrita pelo pensador, os prisioneiros só viam a si e a seus companheiros por meio de sombras que se projetam pelo fogo sobre a parede da caverna. Dessa maneira, segundo Platão, os habitantes da caverna tomam as sombras pela realidade, pois a verdade, para eles, não seria mais que a sombra dos objetos (a aparência). Se esses prisioneiros fossem libertados, afirmou o pensador, eles não conseguiriam distinguir a aparência da realidade e continuariam “a sustentar que as sombras que antes viam eram mais verdadeiras do que os objetos que lhe mostram agora” (PLATÃO, 2011, p. 280).

Platão entende que o mundo da caverna-prisão é o mundo das coisas visíveis. Para sair do mundo da caverna-prisão, é necessário a ascensão da alma para a região inteligível. Mais do que isso, o pensador entende que:

Seja como for, a mim me parece que no mundo inteligível a última coisa que se percebe é a ideia do bem, e isso como grande esforço; mas, uma vez percebida, forçoso é concluir que ela é causa de todas as coisas retas e belas, geradora da luz e do senhor da luz no mundo visível e fonte imediata da verdade e do conhecimento no inteligível; e que há de tê-la por força diante dos olhos quem deseje proceder sabiamente em sua vida privada ou pública (2011, p. 283).

Em outra passagem de sua obra, já comentada na tese primeira, Platão (2011, p. 398-402) também distingue a aparência da essência. Ele explica que a ideia é sempre uma, mas os objetos compreendidos nas ideias são muitos. Nesse sentido, sempre que várias coisas possuem o

mesmo nome, se pressupõe a elas uma ideia (forma). Por exemplo, existem várias camas diferentes no mundo as quais se ajustam à ideia de cama.

Dentre todas essas camas, Platão sugere que existem três espécies, correspondente a três fazedores de cama. A primeira espécie é a que existe na natureza e é fabricada por Deus. Essa é a cama por essência. A segunda espécie é fabricada pelo marceneiro. A terceira, por sua vez, é apenas aparência, imitada por um pintor: ele pinta a cama como ela lhe parece, mas não como ela realmente é, em todos os seus ângulos e sem saber do seu significado. Por isso, Platão afirma que o “imitador ou fabricante de imagens nada entende do verdadeiro ser, apenas do aparente” (2011, p. 406).

Para o pensador, o verdadeiro conhecimento “é a capacidade de distinguir entre a unidade e a pluralidade, entre a ideia e os objetos que dela participam” (2011, p. 229).

O conhecimento implica a distinção entre a aparência e a realidade, pois refere-se à realidade. Mais do que isso, Platão (2011, p. 284 e 289) sugere que o poder e capacidade de aprender já existem na alma. Necessário, portanto, um movimento da alma inteira para enfrentar a contemplação do ser e a ideia do bem. É a ascensão para o ser que constitui a autêntica filosofia. Segundo o pensador:

- E a alma é como o olho; quando fixa sua atenção sobre um objeto iluminado pela verdade e pelo ser, a alma percebe, compreende e demonstra possuir inteligência; mas quando se volta para a penumbra do transformar-se e do perecer, como não pode ver bem, não faz mais que conceber opiniões, ora esta, ora aquela, e parece não possuir inteligência alguma (2011, p. 273).

Platão (2011, p. 274) sugere que é justamente a ideia do bem que comunica a verdade aos objetos de conhecimento e a faculdade de conhecer àquele que conhece. A ideia do bem, por conseguinte, é vista como a causa da ciência e da verdade. Para ilustrar esse fato, o pensador afirma: “assim como os objetos visíveis só são vistos quando o Sol brilha sobre eles, a verdade só é apreendida quando iluminada pela ideia do bem” (2011, p. 273).

Além disso, parece que o bem, segundo Platão, “é causa do ser e da essência” (2011, p. 274), estando “acima dela em dignidade e poder” (2011, p. 274).

Resta esclarecer o que é o bem para Platão. Segundo ele, todos buscam o bem, mas não lhe conhecem a natureza, ou seja:

Pois bem, essa coisa buscada por toda alma humana, que dela faz sempre o fim de suas ações, pressentindo a existência de um tal fim e contudo hesitando, porque desconhece a sua natureza e não tem aqui para guiar-se um critério tão seguro como no tocante às outras coisas e por isso mesmo perde as vantagens que destas poderia obter...Será justamente de um princípio tão grande e tão valioso que os mais excelentes cidadãos, aqueles a quem tudo é confiado, deverão permanecer na ignorância? (2011, p. 269).

Para a maioria das pessoas, o bem é o prazer, mas para o filósofo, o bem é o conhecimento que se deve possuir (2011, p. 268).

A terceira tese que se pode extrair do pensamento platônico é a de que existe um método específico para o conhecimento (das ideias) e que esse método só é disponível para algumas pessoas. O método de conhecimento das ideias é a dialética, mas a natureza e educação fazem com que só os filósofos possam conhecê-las de maneira apropriada.

Segundo Platão, existe um modo de conhecer que a alma parte de hipóteses e encaminha-se para uma conclusão e não para um princípio. Há outro modo no qual a alma também parte de uma hipótese, mas para chegar a um princípio não-hipotético e “leva a cabo sua investigação unicamente com a ajuda das ideias tomadas em si mesmas e sem recorrer às imagens, como no caso anterior” (2011, p. 276).

A dialética, para Platão, é esse segundo modo de conhecer, que se serve das hipóteses para elevar-se acima delas. Trata-se de um modo de conhecer que a razão alcança por si mesma, conforme a explanação do pensador:

- Pois bem, aprende agora que coloco na segunda subdivisão do segmento inteligível aquilo que a razão alcança por si mesma, valendo-se do poder dialético e considerando as hipóteses não como princípios, mas como verdadeiras hipóteses, isto é, pedestais e trampolins que lhe permitem elevar-se ao não hipotético, ao princípio de tudo; e, apegando-se a este e ao que dele depende, passará de uma dedução a outra e descerá novamente às conclusões, sem recorrer ao auxílio de qualquer objeto sensível, mas partindo unicamente de ideias para passar a ideias e terminar em ideias (2011, p. 277).

Conforme Platão, existem objetos que não incitam à reflexão por serem suficientemente julgados pelos sentidos. Normalmente são

objetos que não passam de uma sensação para a sensação contrária. Existem, ademais, objetos que convidam a inteligência a examiná-los, porque os sentidos não oferecem nada de aceitável. São normalmente os objetos que passam de uma sensação para a sensação contrária (2011, p. 291-292). Isso porque, para Platão, a inteligência é provocada pela contradição entre o uno e o múltiplo (2011, p. 294).

O pensador também afirma:

Se a unidade é percebida suficientemente em si mesma pela vista ou por qualquer dos outros sentidos, não se inclui entre as coisas que não atraem para a essência, como dizíamos do dedo; mas, se sempre há algo contrário que seja visto ao mesmo tempo que ela, de modo que não pareça ser antes a unidade que o seu oposto, então já será preciso alcançar uma decisão e a alma em dúvida recorrerá à inteligência para investigar o que seja a unidade em si, e portanto a apreensão da unidade será das que conduzem e fazem com que nos voltemos para a contemplação do ser (2011, p. 294).

A dialética procede unicamente do intelecto, segundo Platão, com a ajuda da razão, sem intervenção dos sentidos. É ela que permite chegar às fronteiras do inteligível, conforme o autor:

Com a dialética sucede o mesmo: quando tentamos dirigir-nos, com a ajuda da razão e sem a intervenção de nenhum sentido, para o que é cada coisa em si e não desistimos até alcançar, com o auxílio exclusivo da inteligência: o que é bom em si, então chegamos às próprias fronteiras do inteligível assim como aquele chegou ao limite do visível. (2011, p. 305).

Platão (2011, p. 307) sugere que não se pode afirmar a existência de outro método além da dialética, que possibilite apreender a essência das coisas, ou seja, as coisas de maneira sistemática, com respeito as coisas em si e o que é cada uma delas. Além disso, Platão afirma:

- Então o método dialético é o único que se encaminha diretamente ao primeiro princípio, desfazendo-se das hipóteses para poder pisar em terreno firme; e ao olho da alma, que está literalmente sumido num grosseiro lodaçal, atrai ele suavemente e eleva-o às alturas, empregando como auxiliares desse trabalho de atração as artes que enumeramos há pouco e que, embora por

costume as tenhamos chamado muitas vezes de conhecimento, não merecem esse nome e sim algum outro que implique uma clareza maior que a da opinião, porém menor que a do conhecimento. (2011, p. 307-308).

O conhecimento da dialética, contudo, não é para todos. Só alguns seres humanos são, por natureza, capazes de realizar a dialética. Platão (2011, p. 306) sugere que somente os filósofos podem conhecê-la apropriadamente, em razão da natureza da sua educação, após receberem treinamento adequado. O filósofo dialético é definido pelo pensador como aquele que adquire noção da essência de cada coisa (2011, p. 286 e 308).

Platão (2011, p. 227-228) afirma que os filósofos são aqueles que amam a sabedoria em sua totalidade e que contemplam a verdade. Mas existe, segundo o pensador, uma diferença entre o verdadeiro filósofo e o falso, sendo que essa diferença reside no fato de que o verdadeiro é amante “da verdade e de todo ser verdadeiro” (2011, p. 238).

Segundo Platão, os filósofos odeiam a mentira tanto quanto amam a verdade, tendendo para a totalidade e universalidade do divino e do humano, capazes de contemplar toda essência. Além disso, o verdadeiro filósofo deve ter boa memória, estar sempre pronto para aprender, ter espírito elevado e ser amigo íntimo da verdade, justiça, coragem e temperança (2011, p. 240-241).

Mas para o pensador, é difícil de se encontrar um filósofo verdadeiro:

Não resta, pois, ó Adimanto, senão um número reduzidíssimo de pessoas dignas de tratar com a filosofia; talvez algum caráter nobre e bem-educado, isolado pelo desterro, que lhe tenha permanecido fiel devido à ausência de influências corruptoras; ou de uma alma grande, nascida numa comunidade mesquinha, que considere desprezível a política de sua cidade e dela se afaste; e também pode haver uns poucos seres bem-dotados que busquem a filosofia, movidos por um justificado desdém aos seus ofícios (2011, p. 255).

Platão afirma que não existem muitos filósofos, pois os dotes considerados essenciais raramente se encontram unidos no mesmo indivíduo e, mais do que isso, aqueles que o possuem não necessariamente também possuem a nobreza, havendo um contraste entre a vivacidade e a firmeza de caráter (2011, p. 264-265).

Por conseguinte, seriam os poucos filósofos existentes, em razão da sua educação, que por meio do método dialético, poderiam conhecer a essência, ao menos em tese.

Nesse sentido, é possível extrair três teses da filosofia platônica em *A república*, são elas:

- a) que existem essências;
- b) que as essências podem ser conhecidas;
- c) que nem todos podem conhecer as essências: somente os filósofos por meio do método dialético.

Para Platão, as ideias fazem o papel das essências e é importante o seu conhecimento, diferentemente do conhecimento fornecido pelos sentidos, considerado por ele ilusório.

2.1.2 Uma alternativa ao essencialismo a partir de Richard Rorty

O essencialismo, como teoria que postula a existência de essências, foi mostrado anteriormente a título de exemplificação, especificamente na República de Platão. Esse modelo de pensamento foi defendido e combatido ao longo do tempo.

O filósofo estadunidense Richard Rorty (1931-2007) apresentou uma alternativa à tese essencialista de que existe uma essência e de que a essência pode ser conhecida. Diante disso, apresentarei a alternativa de Rorty, para mostrar que modelos essencialistas como os defendidos por Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino e outros possuem concorrentes no pensamento contemporâneo.

Segundo Rorty (2007, p. 15), as “tentativas metafísicas ou teológicas de unir a luta pela perfeição ao sentimento de comunhão exigem que reconheçamos uma natureza humana comum”. O essencialismo, para o pensador, busca o reconhecimento de uma essência para todas as entidades, portanto, de um *a priori* humano comum, denominado *essência humana*. O essencialismo busca fazer crer que o mais importante, para os humanos, é a essência que os seres humanos compartilham entre si.

Rorty (2007, p. 312) se define como ironista⁴, em razão de negar a existência da essência, isto é, considera que nada tem uma natureza

⁴ O ironista, segundo Rorty (2007, p. 134), é oposto ao senso comum e pode ser definido como alguém que satisfaz três condições: a) tem dúvidas sobre o vocabulário final, por ter sido marcado por outros vocabulários também finais; b) percebe que a argumentação enunciada em seu vocabulário não consegue corroborar nem desfazer essas dúvidas; e, c) ao filosofar sobre a situação, não acha que o seu vocabulário esteja mais próximo da realidade do que os outros. O ironista não é metafísico e não quer superar aparências para chegar ao real.

intrínseca ou uma essência real (2007, p. 136). Segundo ele, ironiza-se a essência real, a objetividade da verdade e a existência de uma natureza humana anistórica. O ironismo, nesse sentido, é a antítese do apelo à essência real (2007, p. 157).

Segundo Rorty, o ironista vê como chavões as frases referentes à natureza humana, à natureza do conhecimento, à verdade independente da mente. (2007, p. 139). Nesse sentido, enquanto ironista, Rorty (2007, p. 312), nega existir uma essência ou uma natureza humana. A oposição a ideias como a ‘essência’, a ‘natureza’, etc., torna impossível a retenção da ideia de que certas atitudes são naturalmente desumanas.

A filosofia de Rorty não busca, ao contrário de Platão, superar aparências para chegar ao real. Mais do que isso, conforme apresentarei, ele nega que exista qualquer verdade⁵ independente da linguagem e que exista um campo neutro no qual se possa afirmar que uma verdade é preferível a outra (RORTY, 2007, p. 286).

Nesse sentido, parece ser possível sugerir uma primeira tese do pensamento de Rorty: a tese de que não existe uma essência e/ou que não se pode comprovar sua existência.

O pensador ora analisado criticou a ideia da existência de uma alma ou essência humana, isto é, a crença de que no íntimo do ser humano, existe um eu fundamental verdadeiro e real.

Nesse sentido, Rorty (2007, p. 135-136) criticou o essencialismo e a metafísica, entendida como o conjunto das teorias que buscam a essência real. Segundo ele, o metafísico acolhe, por seu aparente valor, a pergunta *qual a natureza intrínseca da justiça, do ser, da filosofia*, etc?, e assume que a presença de um termo em seu vocabulário final garante que o termo refira-se a algo que tem uma essência real.

Rorty (2007, p. 135-136 e 157) critica o metafísico por considerar que ele permanece preso ao senso comum e deixa de questionar os chavões que envolvem o uso de um dado vocabulário final, principalmente o chavão que diz existir uma realidade única e

⁵ Segundo Rorty (2007, p. 63), Nietzsche foi o primeiro pensador a sugerir explicitamente o abandono de toda a ideia de *conhecer a verdade*. Ele definiu a verdade como um exército móvel de metáforas – a ideia de representar a realidade por meio da linguagem deveria ser abandonada. Mais do que isso, Rorty afirmou que, ao final do século XIX, tornou-se possível “encarar a atividade da redescritção com mais leveza do que ela fora encarada até então. Tornou-se possível jogar com diversas descrições de um mesmo evento sem perguntar qual delas estava certa – ver a redescritção como um instrumento, e não uma afirmação de se haver descoberto a essência. Com isso, tornou-se possível ver um novo vocabulário não como algo que se supunha substituir todos os outros vocabulários, algo que afirmasse representar a realidade, mas apenas como um vocabulário a mais, um projeto humano a mais, a metáfora favorita de uma pessoa” (2007, p. 83).

permanente a ser descoberta por detrás da aparência – a essência. Nesse sentido, foi o que o pensador afirmou:

Nesse sentido, o metafísico é alguém que acolhe por ser valor aparente a pergunta “Qual é a natureza intrínseca de (por exemplo, a justiça, a ciência, o saber, o Ser, a fé, a moral, a filosofia)?”. Ele presume que a presença de um termo em seu vocabulário final garante que tal termo se refira a algo que *tem* uma essência real. O metafísico continua preso ao senso comum, na medida em que não questiona os chavões que diz existir uma única realidade permanente a ser descoberta por trás das muitas aparências temporárias. Ele não redescreve, mas, em vez disso, analisa antigas descrições com a ajuda de outras descrições antigas” (2007, p. 135-136).

Se Rorty (2007) estiver correto, o metafísico crê que pode atingir a verdade sobre questões relacionadas a uma estrutura não-aparente da realidade. O metafísico, nesse sentido, pensa que, por natureza, o ser humano deseja conhecer. E pensa de tal forma, segundo Rorty, justamente porque o vocabulário que herdou fornece uma imagem do saber como uma relação entre os humanos e a realidade, bem como a noção da necessidade de se estabelecer essa relação. Em resumo, o metafísico acredita que, no mundo exterior, existem essências que podem ser descobertas e conhecidas.

Para Rorty (2007, p. 31), a tentação de ver o mundo como possuidor de natureza intrínseca ou de essência pode ser percebida como a tentação de privilegiar uma linguagem com que descrevemos o mundo ou nós, dentre todas as existentes. Se se aceitar “[...] a ideia de que maior parte da realidade é indiferente a nossas descrições dela, e que o eu humano é criado pelo uso de um vocabulário, e não por se expressar adequada ou inadequadamente num vocabulário” (2007, p. 31), para Rorty, se terá “assimilado que a verdade é construída, e não encontrada” (2007, p. 31). Mais do que isso, “as *linguagens* são feitas, e não descobertas, e [...] a verdade é uma propriedade de entidades linguísticas, de frases” (2007, p. 31).

Assim, não há nada, para além da linguagem, que possa vir a ser comparado com os discursos humanos e, portanto, não há esperanças de se conferir se uma declaração é verdadeira.

Em contraste, o ironista, como Rorty (2007, p. 136), considera que nada tem uma natureza intrínseca ou uma essência real. Ele ironiza a essência real, a objetividade da verdade e a existência de uma natureza

humana anistórica. Para o pensador, o “apelo à essência real é a antítese do ironismo” (RORTY, 2007, p. 157). Em resumo, o autor afirma:

[...] os ironistas não vêem a busca de um vocabulário final como sendo (nem mesmo em parte) um modo de entender corretamente algo distinto desse vocabulário. Não consideram que a idéia do pensamento discursivo seja *conhecer*, em nenhum sentido passível de ser explicado por noções como “realidade”, “essência real”, “ponto de vista objetivo” e “a correspondência da linguagem da realidade”. Não acham que seu objetivo seja descobrir um vocabulário que represente algo com exatidão, um meio transparente. Para os ironistas, “vocabulário final” não significa “aquele que acaba com todas as dúvidas” ou “aquele que satisfaz nossos critérios de conclusividade, adequação ou otimização” (2007, p. 137).

Para Rorty (2007, p. 33), dizer que não existe uma natureza humana intrínseca significa apenas que a expressão *natureza intrínseca* não deve ser utilizada, por se tratar de uma expressão que mais tem causado problemas do que demonstrado qualquer tipo de valor. Com isso, também se deve, sugere ele, abandonar a ideia da verdade como relacionada a algo que está no mundo, a espera de ser descoberta. Isso não significa dizer que não conhecemos verdade alguma, mas que a busca da verdade deve ser abandonada, ou seja, “[...] devemos abandonar a ideia da verdade como algo que está aí, à espera de ser descoberto”. Mais do que isso, “serviríamos melhor a nossos propósitos deixando de ver a verdade como uma questão profunda, um tema de interesse filosófico, ou de ver ‘verdadeiro’ como um termo que justifica a ‘análise’” (2007, p. 33).

Diante disso, parece possível sugerir uma segunda tese do pensamento de Rorty: a tese de que a linguagem ou o conhecimento não é um espelho da realidade, isto é, de que não se pode ter certeza do conhecimento enquanto algo que se refira ao mundo exterior.

Além de criticar a tese essencialista, Rorty também nega a possibilidade de se conhecer a essência – ou seja, a busca de um vocabulário final verdadeiro que represente a realidade.

A tese de que não se pode conhecer a essência foi mostrada por Richard Rorty (2000, p. 61) como a tentativa de abandonar a ideia de que o “conhecer x está relacionado a algo intrínseco a x, enquanto usar x é estabelecer uma relação extrínseca, acidental, com x”. Parece ser a

tentativa de acabar com a distinção metafísica entre a aparência de (x) (aparência) e a essência de x (verdade) e a tese de que podemos conhecer a essência de x.

Conhecer pode ser entendido, conforme a análise de Rorty (1995, p. 19-20), como a representação acurada do que está fora da mente. Se esse entendimento for correto, a compreensão da possibilidade e da natureza do próprio conhecimento é a compreensão do modo pelo qual a mente constrói tais representações. Nesse sentido, é possível sugerir que a principal preocupação da filosofia, em geral, é tornar-se uma teoria geral da representação.

Rorty (2007, p. 137), não entende a busca de um vocabulário final como sendo um modo de entender algo distinto desse vocabulário, nem considera que *conhecer* possa ser explicado por noções como *realidade*, *essência real*, *ponto de vista objetivo* ou *correspondência da linguagem e da realidade*. O objetivo não é descobrir um vocabulário que represente a realidade.

Conforme afirma Rorty, “a noção de conhecimento como representação acurada, tornada possível por processos mentais especiais e inteligível através de uma teoria geral da representação deve ser abandonada” (1995, p. 21). A ideia é colocar de lado a noção de ‘fundamento do conhecimento’, bem como a noção de ‘mente’ como algo localizado no espaço interior que contém elementos ou processos que possibilitam o conhecimento.

Rorty sugere a necessidade de abandono do discurso da correspondência verdadeira entre a descrição do mundo e o próprio mundo, com sua natureza intrínseca. Essa foi a grande intenção de Rorty em seu *Filosofia e o espelho da natureza* (1995).

Dessa análise, Rorty (1995, p. 22) pretende minar a confiança que se têm na *mente* como algo sobre a qual se deveria ter uma visão filosófica. Pretende, ademais, minar a confiança que se tem no *conhecimento*, como algo sobre o qual deveria haver uma teoria e que tem um fundamento.

O problema, conforme Rorty sugere, está na noção de conhecimento como representação, algo que está inclusive presente na filosofia analítica, que pensa na representação antes como linguística do que como mental. Isso porque, conforme a análise de Rorty:

A noção de que poderia haver uma coisa tal como ‘fundamentos do conhecimento’ (*todo* o conhecimento – em todos os campos, passados, presentes e futuros) ou uma ‘teoria da representação’ (*toda* a representação, em

vocabulários familiares e naqueles ainda nem sonhados) depende da suposição de que há tal injunção *a priori*. (1995, p. 24).

Para Rorty, a teoria do conhecimento pode ser entendida como uma noção que se baseia na confusão entre a justificação de asserções do conhecimento e a sua explicação causal, isto é, entre práticas sociais e processos psicológicos postulados. Isso porque, se o entendimento estiver correto, então a noção de representação é um cumprimento vazio às crenças que ajudam o humano a fazer o que deseja fazer. Além disso, “a noção do conhecimento como ‘exatidão da representação’ nos persuade de que o estudo de processos psicológicos ou de linguagem – como meios de representação – pode fazer o que a epistemologia não logrou fazer” (2007, p. 26).

A maioria das tradições filosóficas, argumenta Rorty, ao considerar o conhecimento como espelho da realidade e como a síntese da verdade, questiona se um determinado fato é verdadeiro, no sentido de tal conhecimento representar corretamente o modo como as coisas são, de fato, na realidade. Rorty afirma a necessidade de abandonar essa crença no conhecimento como espelho e aponta para a necessidade de questionar quais as implicações práticas de aceitar um conhecimento determinado como verdadeiro.

O livro *A filosofia e o espelho da natureza*, de Rorty, foi uma tentativa de criticar o modelo de conhecimento baseado no espelhamento da realidade, isto é, a suposição de que o conhecimento é um modo de representar corretamente o mundo – espelho mental – e de que a linguagem é a correspondência exata da realidade.

O problema, para Rorty, reside justamente na filosofia ou no conhecimento como espelho da natureza, na ideia de que se pode conhecer a essência espelhando-a. O espelho da natureza, para ele:

São as imagens mais que as proposições, as metáforas mais que as afirmações que determinam a maior parte de nossas convicções filosóficas. A imagem que mantém cativa a filosofia tradicional é a mente como um grande espelho, contendo variadas representações – algumas exatas, outras não – e capaz de ser estudado por meio de métodos puros, não-empíricos. Sem a noção da mente como espelho, a noção de conhecimento como exatidão de representação não se teria sugerido. (1995, p. 27).

Rorty argumentou que essa crença do espelho da realidade não se sustenta por duas razões, as quais são trazidas por Buckinham (2011, p. 317):

Primeiro, admitimos que a nossa experiência do mundo é algo ‘dado’ a nós diretamente – o que sentimos é informação bruta do mundo tal como ele é. Segundo, admitimos que, uma vez que essa informação bruta é captada, nossa razão (ou alguma outra faculdade da mente) começa então a trabalhar nela, reconstruindo o modo como esse conhecimento se encaixa num todo e espelha o que é o mundo. Rorty segue o filósofo Wilfrid Sellars ao afirmar que a ideia de experiência como algo ‘dado’ é um mito. Não podemos jamais acessar nada igual a informação bruta: não nos é possível experimentar um cão, por exemplo, fora do pensamento ou da linguagem. Só nos tornamos cientes de algo por meio de sua conceituação e os nossos conceitos são aprendidos pela linguagem. Nossas percepções estão, portanto, indissociavelmente enredadas com os modos habituais como usamos a linguagem para distinguir o mundo. Rorty sugere que o conhecimento é menos um modo de refletir a natureza do que ‘uma questão de diálogo e prática social’. Quando decidimos o que vale como conhecimento, nosso julgamento não se assenta no quão fortemente um ‘fato’ se correlaciona com o mundo, mas se é algo ‘que a sociedade nos deixa dizer’. O que podemos avaliar ou não como conhecimento é, portanto, limitado por contextos sociais, por nossas histórias e por aquilo que os outros ao nosso redor nos permitem afirmar. ‘A verdade’ diz Rorty, ‘é o que os seus contemporâneos deixam você dizer impunemente’. (2011, p. 317).

A ideia do Espelho da natureza é a ideia de pensar o conhecimento como representação exata. Em outras palavras, significa encontrar, dentro do Espelho, uma classe privilegiada e especial de representações tão compulsivas que sua exatidão não possa ser posta em dúvida. Esses fundamentos privilegiados, segundo Rorty, serão os fundamentos do conhecimento:

Esses fundamentos privilegiados serão os fundamentos do conhecimento e a disciplina que

nos dirige para elas – a teoria do conhecimento – será o fundamento da cultura. A teoria do conhecimento será a busca por aquilo que compele a mente a crer tão logo algo é desvelado. Filosofia-enquanto-epistemologia será a busca pelas estruturas imutáveis dentro das quais conhecimento, vida e cultura devem ser continuados – estruturas colocadas pelas representações privilegiadas que estuda. (1995, p. 169).

O desejo de uma teoria do conhecimento, conforme sugere Rorty, é uma restrição, pois é um desejo de encontrar fundamentos aos quais se pode aderir e representações que não podem, em tese, ser contestadas. Para Rorty (1995, p. 311), ao invés da teoria do conhecimento, é necessário se preocupar com uma hermenêutica, não tomada como o nome de uma disciplina ou como um método para alcançar resultados que a epistemologia não conseguiu, tampouco um programa de pesquisa.

Além disso, Rorty (1995, p. 356 e 382) sugere que não se deve “levar a sério a noção de ‘essência’, nem a noção da tarefa do homem como a representação precisa de essências” (1995, p. 356). Após a crítica ao conhecimento como espelho da natureza, Rorty sugere encarar o conhecer não como tendo uma *essência a ser descoberta e descrita* por filósofos ou científicas. De maneira diversa, sugere encarar o conhecer como um direito de acreditar, pelos padrões correntes, de se estar no caminho de ver a conversação como um último contexto dentro do qual o conhecimento deve ser compreendido. O foco, nesse sentido, se modifica da relação entre humano e objeto de sua inquirição para a relação entre os padrões alternativos de justificação.

Para Rorty (2007, p. 33), dizer que não existe uma natureza humana intrínseca significa que a expressão *natureza intrínseca* não deve ser utilizada, por se tratar de uma expressão que mais tem causado problemas do que demonstrado qualquer tipo de valor. Com isso, ele também sugere abandonar a ideia da verdade como algo que está no mundo a espera de ser descoberta. Isso não significa dizer que não se conhece verdade alguma, mas que a busca da verdade deve ser abandonada, pois se assemelha à busca da natureza do humano ou da natureza de Deus.

Rorty (1995, p. 362) sugere a seguinte crítica à possibilidade de representação do mundo por meio da linguagem: as palavras tomam seus sentidos diante de outras palavras, não em virtude de seu caráter representativo. Rorty sugere retirarmos as metáforas visuais e

especulares da fala, compreendendo que a fala não é a exteriorização de representação interna e não é uma representação.

Para ele, importa o abandono da noção de correspondência com sentenças e com pensamentos, para ver as sentenças conectadas com outras sentenças e não com o mundo. Dessa maneira, necessário ver o termo ‘corresponde a como as coisas são’ como um cumprimento automático prestado ao discurso normal e não como uma relação a ser estudada durante o discurso (RORTY, 1995, p. 365).

Apesar de criticar a busca da verdade enquanto correspondência entre a descrição do mundo e o mundo, enquanto possuidor de uma essência, Rorty sugere que não se deve oferecer argumentos contra essa ideia – a teoria da correspondência ou a natureza intrínseca –, pois o problema dos argumentos contrários ao uso de um vocabulário conhecido é que se espera que sejam formulados no mesmo vocabulário. Espera-se que os argumentos mostrem como são incoerentes os elementos centrais desse vocabulário ou como se desconstroem. Mas Rorty afirma que isso nunca pode ser mostrado. Segundo ele, qualquer “argumento no sentido de que nosso uso familiar de um tempo familiar é incoerente, vazio, confuso, vago, ou ‘meramente metafórico’ está fadado a ser inconcludente e a evitar a questão” (2007, p. 34).

Para ele, o que se deve fazer é descrever as coisas de maneira nova, até que se crie um novo padrão de conduta linguística. Nesse sentido, Rorty (2007, p. 34-35) não oferece argumentos contra o vocabulário que deve ser substituído, mas argumentos a favor do vocabulário novo, mostrando a possibilidade de usar um novo vocabulário para descrever tópicos.

Em resumo, o pensamento de Rorty critica a tese essencialista de diversas maneiras. Dentre elas, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

- a) critica a tese da existência da essência;
- b) critica a tese da existência da essência humana;
- c) critica a tese de que se pode conhecer a essência;
- d) por consequência, nega a noção de conhecimento como espelho da natureza (da realidade).

2.2 O essencialismo na teoria do direito

Nesta seção, analisarei o essencialismo no conhecimento jurídico, a fim de verificar, sequencialmente, a possibilidade ou não de refutação da tese essencialista enquanto fundamento para as teorias do direito e,

mais ainda, para os direitos humanos, que será abordado no capítulo seguinte.

Nesse sentido, analisarei o essencialismo presente no jusnaturalismo, principalmente em suas três vertentes: (a) jusnaturalismo teológico; (b) jusnaturalismo racionalista; e (c) jusnaturalismo naturalista.

Também analisarei as teorias dialético-materialistas e o novo essencialismo do direito, presente nas teorias holistas, especialmente em duas teorias: (a) a teoria quântica; e (b) a teoria taoísta.

Em resumo, todas as teorias que serão analisadas são consideradas essencialistas porque, em comum, parecem compartilhar os seguintes fundamentos:

- a) a crença na essência;
- b) a crença no direito natural ou no direito positivo que tem como fundamento de existência ou validade uma essência;
- c) a ideia de que o direito deve decorrer de uma essência: Deus, a razão, a justiça, a natureza, etc.;
- d) a ideia de que o direito parece ser munido de valores morais necessários (inerentes);
- e) o direito é imutável (exceto para as dialético-materialistas);
- f) o direito é universal (exceto para as dialético-materialistas); e
- g) o direito é inerente ao humano (inerente à essência do ser humano) (exceto para as dialético-materialistas).

Necessário, nesta seção, a análise das teorias essencialistas do direito, para que seja possível analisar, sequencialmente, as teorias críticas ao essencialismo e a possibilidade ou não de refutação do essencialismo enquanto fundamento do direito e, conseqüentemente, dos direitos humanos.

2.2.1 O jusnaturalismo

Este subitem será dedicado à análise das teorias jusnaturalistas. Para realizar esta análise, opto por estudar três correntes do pensamento jusnaturalista, são elas: (a) jusnaturalismo teológico; (b) jusnaturalismo racionalista; e (c) jusnaturalismo naturalista.

Em resumo, o jusnaturalismo enfatiza a legitimidade do direito em nível metafísico: o direito é estruturado sobre a crença em valores naturais, universais e imutáveis (essencialistas). No jusnaturalismo, o fundamentando do direito é a própria essência: ou ele se fundamenta na ideia de Deus (jusnaturalismo teológico), ou se fundamenta na razão e

natureza humana (jusnaturalismo racionalista), ou se fundamenta natureza física (jusnaturalismo naturalista). Em suas três vertentes, enquanto teoria essencialista, o jusnaturalismo parece abstrair a juridicidade e a coloca em nível idealista.

Nesse sentido, Poletti (2012, p. 15) sugere que a doutrina jusnaturalista, na Antiguidade, refletiu-se na antítese entre a natureza e as normas; na Idade Média, entre o direito divino e o direito humano; e na modernidade, entre o direito positivo e a razão individual. Diante disso, haveriam variadas concepções de direito natural, da mesma forma que existem variadas concepções que denotam a palavra natureza. Inclusive, “[...] há referências do direito natural nos povos orientais da Antiguidade, sobretudo entre os hebreus, como revelam inúmeras passagens bíblicas, e até entre os chineses e egípcios” (2012, p. 15).

O direito natural, conforme Bobbio (2008, p. 35), é “[...] aquela corrente de pensamento jurídico segundo a qual uma lei, para ser lei, deve ser conforme à justiça. Uma lei não conforme à justiça *non est lex sed corruptio legis*”. Mais do que isso, Bobbio (2008, p. 36) sugere que essa sempre foi a pretensão do jusnaturalismo, em suas várias fases históricas⁶.

Segundo Hart (2009, p. 240), a expressão direito natural designa a ideia de que há certos princípios do comportamento humano que aguardam serem descobertos pela razão, aos quais a lei humana deve ser adaptar para ser válida. Mais do que isso, segundo ele:

A doutrina do Direito Natural faz parte de uma concepção mais antiga da natureza, na qual o mundo observável não é um mero cenário dessas regularidades, e o conhecimento da natureza não consiste apenas no conhecimento delas. Ao contrário, nessa visão mais arcaica, cada espécie nomeável de coisa existente, humana, animada e inanimada, é concebida como algo que tende não só a continuar existindo, mas a avançar em direção a um estado ótimo final que consiste no

⁶ Sobre a pretensão do direito natural justo, Bobbio (2008, p. 36) afirma: “Com uma outra definição, poderíamos dizer que a teoria do direito natural é aquela que considera poder estabelecer o que é justo de modo universalmente válido. Mas essa pretensão é fundada? A julgar pelas divergências entre os vários adeptos do direito natural sobre o que deve ser considerado justo ou injusto, a julgar pelo fato de que o que era natural para uns não o era para outros, deveríamos responder que não. Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) era natural a liberdade; mas para Aristóteles era natural a escravidão”.

bem ou fim (*télos, finis*) específico que lhe é apropriado (HART, 2009, p. 244).

Em resumo, parece que o jusnaturalismo configura-se em teorias essencialistas, porque afirma:

- a) a crença na essência;
- b) a crença na essência humana; e
- c) o direito é direito natural: o fundamento do direito é a essência.

Nesse sentido, o fundamento de validade do direito é a sua essência: Deus, a razão ou a natureza. O direito natural é impositivo porque, enquanto essencialista, está numa posição supra-humana, sendo considerado universal, imutável e inerente ao ser humano.

2.2.1.1 Jusnaturalismo teológico

O jusnaturalismo teológico se desenvolveu principalmente na Idade Média, em razão de estarem, a sociedade e cultura da época, marcadas pelo credo religioso e predomínio da fé (DINIZ, 1988, p. 34). Em resumo:

Na Idade Média, sob o império da patrístico ou da escolástica, a teoria jusnaturalista apresentava conteúdo teológico, pois os fundamentos do direito natural eram a inteligência e a vontade divina, devido ao fato de a sociedade e a cultura estarem marcadas pela vigência de um credo religioso e pelo predomínio da fé. Na era medieval prevalecia a *concepção do direito natural objetivo e material*, de espírito aristotélico-tomista, que estabelecia o valor moral da conduta pela consideração da natureza do respectivo objeto, conteúdo ou matéria, tomada como base de referência a natureza do sujeito humana, considerado na sua realidade empírica, mas enquanto reveladora do seu dever-ser real e essencial (DINIZ, 1988, p. 34).

Contudo, mesmo antes da Idade Média, o jusnaturalismo teológico esteve presente na Grécia antiga. Em Sócrates, afirma Poletti (2012, p. 151), o direito natural fundamenta-se na vontade divina. Os gregos acreditavam no poder dos deuses em dirigir o destino dos homens e o direito é um modo pelo qual os deuses premiam e castigam o ser humano.

Segundo esse modelo de pensamento, o humano acessaria a lei divina por meio da razão: em Sócrates, existe a distinção entre as leis escritas (direito humano) e as leis não escritas e imutáveis, estabelecidas pelos deuses. O homem deve não apenas obedecer a lei da *pólis*, mas também as leis divinas, válidas universalmente para todos os povos.

Essa concepção teológica do jusnaturalismo nasceu com o pensamento de Sócrates e foi posteriormente defendida por Sófocles, conforme sugere Poletti:

Na tragédia *Antígona*, de Sófocles, irmão da heróina, após haver fracassado em sua conjuração contra o tirano Creonte, além de perder a vida recebe a pior das condenações da Antiguidade, que era a se não ser sepultado. Os cemitérios eram lugares sagrados. Graças às catacumbas, os cristãos e adeptos de outras religiões proibidas puderam celebrar seus cultos, sem serem molestados pela polícia. [...] Já na tragédia de Sófocles, a sua personagem Antígona fazia a defesa do direito natural, pelo qual todos devem ter sepultura, direito a que todos devem obedecer, independentemente do direito humano ou do poder político (2012, p. 152-153).

Diniz (1988, p. 34) afirma que o jusnaturalismo teológico, principalmente na Idade Média, atribui ao direito o fundamento natural da inteligência e vontade divina. O direito é visto como natural, objetivo e material, sendo o valor moral da conduta medida “pela consideração da natureza do respectivo objeto, conteúdo ou matéria, tomada como base de referência a natureza do sujeito humano, considerado na sua realidade empírica, mas enquanto reveladora do seu dever-ser real e essencial”.

Segundo o jusnaturalismo teológico, sugere Diniz (1988, p. 34), parece que o direito é natural e deve ser entendido como um conjunto de normas e princípios morais, “que são consagrados ou não na legislação da sociedade, visto que resultam da natureza das coisas do homem, sendo por isso apreendido imediatamente pela inteligência humana como verdadeiros”.

Os princípios morais devem ser aqueles princípios que qualquer ser humano pode reconhecer, pois eles correspondem àquilo que é universal e permanente na natureza humana, sendo possível conhecê-los diretamente, independentemente da cultura de cada um. Esses princípios morais são os deveres dos homens para consigo mesmos, para com os outros e para com Deus, sendo o principal princípio *o bem deve ser feito*

e o *mal evitado*. Os demais princípios são os deveres impostos pela natureza humana, relativos às tendências naturais do homem. Segundo Diniz (1988, p. 35), são os seguintes deveres:

a) deveres do homem para consigo mesmo, ‘como o homem deve conservar-se, deve perseverar no ser, não deve destruir-se’; b) deveres do homem para com o primeiro grupo social dentro do qual vive, isto é, para com a família: ‘o homem deve unir-se a uma mulher, procriar e educar seus filhos’; c) dever de respeitar sua racionalidade, ou seja, sua inteligência: ‘o homem deve procurar a verdade, isto é, deve buscar o conhecimento da realidade; d) deveres do homem para com a sociedade: ‘o homem deve praticar a justiça, dando a cada um o que é seu’; ‘o homem não deve lesar o próximo’ (1988, p. 35).

Um dos grandes expoentes do pensamento jusnaturalista teológico é Tomás de Aquino. Em sua obra *Símula contra os gentios*, o pensador afirma a vontade divina sobre a vontade humana, da seguinte maneira:

Uma vez que em Deus há duas espécies de verdades, algumas das quais são acessíveis à nossa inteligência e outras ultrapassam totalmente as nossas capacidades, é justo que Deus proponha como objetos de fé tanto umas como outras. [...] Começemos por demonstrar isto, com referência às verdades que são acessíveis à nossa razão natural. Com isto daremos uma resposta àqueles que consideram inútil a transmissão de tais verdades como objetos de fé por via de inspiração sobrenatural, de vez que tais verdades nos são conhecidas através de nosso próprio conhecimento natural (2000, p. 136).

O segundo inconveniente que surgiria, caso Deus não houvesse revelado sobrenaturalmente as verdades que, em si, são acessíveis à razão natural, consistiria no seguinte: os homens que chegassem à descoberta de tais verdades só o conseguiriam com dificuldades e após muito tempo de busca. Isto, devido à profundidade desta verdade, profundidade que só se consegue compreender pela simples razão natural, se a inteligência humana se capacitar para isto mediante um longo tirocínio (2000, p. 137).

Em Tomás de Aquino, assim como no pensamento dos demais jusnaturalistas teológicos, o fundamento do direito natural é a vontade divina. Em resumo, para os jusnaturalistas teológicos, o direito natural é:

[...] o jusnaturalismo dos escolásticos concebia o direito natural como um conjunto de normas ou de primeiros princípios morais, que são imutáveis, consagrados ou não na legislação da sociedade, visto que resultam da natureza das coisas e do homem, sendo por isso apreendidos imediatamente pela inteligência humana como verdadeiros (DINIZ, 1988, p. 34).

O direito natural divino, nesse sentido, deve corresponder ao que há de permanente e universal na natureza humana, perceptível por meio da razão, independentemente da cultura ou civilização. Diante disso, tem-se que o princípio fundamental é *o bem deve ser feito* e, consequentemente, *o mal evitado*, conforme já mencionado.

Esse direito natural teológico, conforme expõe Diniz (1988, p. 35), é inerente à natureza ou essência humana, independente de um legislador humano: o fundamento de validade do direito natural não é uma norma superior ou a autoridade normativa, mas a natureza.

Em resumo, o jusnaturalismo teológico, enquanto teoria essencialista, parece afirmar os seguintes pressupostos teóricos:

- a) a crença na essência;
- b) a crença na essência humana;
- c) a existência do direito natural;
- d) o fundamento do direito natural é a vontade divina; e
- e) o humano acessa a vontade divina por meio da razão.

2.2.1.2 Jusnaturalismo racionalista

Com o processo de secularização, sugere Diniz (1988, p. 35), principalmente no século XVII, a concepção de direito natural começou a abandonar as raízes teológicas e buscou fundamento de validade na razão humana. O direito natural tornou-se “subjetivo enquanto radicado na regulação do sujeito humano, individualmente considerado, cuja vontade cada vez mais assume o sentido de vontade subjetiva e absolutamente autônoma”. Segundo essa concepção de direito natural, existe uma natureza humana imutável.

O direito natural é obtido dedutivamente da essência da natureza humana – da razão humana –, concebida, conforme sugere Diniz (1988, p. 36-37), como:

- a) genuinamente social, segundo as concepções de Grotius, Pufendorf e Locke: o homem tem tendência de viver em sociedade; ou
- b) originalmente a-social ou individualista, segundo as concepções de Hobbes, Spinoza e Rousseau: o humano, em seu estado natural, é livre de qualquer obrigação social e/ou é insociável por natureza.

Nesse sentido, as doutrinas dos séculos XVII e XVIII, jusnaturalistas racionalistas, parecem conter a ideia de um direito com fundamento na natureza, representando princípios eternos e imutáveis. A natureza enquanto fundamento do direito era a natureza humana. Segundo Poletti:

Daí a teoria racionalista fundada, justamente, na natureza racional do homem. São representantes da Escola Clássica do Direito Natural Hugo Grócio, Tomás Hobbes, Samuel Pufendorf e Christian Thomasius. Há certa polêmica em relação a Hobbes e aos contratualistas em geral que desaguarão na Revolução Francesa e engendraram os direitos naturais, cujo ponto culminante está em Rousseau. Contra esse direito natural, ensejador de arbítrio, é que houve a reação da Escola Histórica de Savigny, Puchta, Stahl, que investiram contra as ‘abstrações vazias do Direito Natural’, ‘as construções arbitrárias’, ‘as fantasias de um Direito racional de valor puramente subjetivo’ (2012, p. 156).

Parece que, justamente com o advento do iluminismo e a cisão entre as verdades *da fé* e as *verdades da razão*, a racionalidade humana despontou como um código universal.

Na esteira do racionalismo iluminista, segundo o qual todos os humanos são iguais em racionalidade (racionalidade universal), o direito foi concebido como direito natural de todo o ser humano (direito inerente e universal), uma vez que todos os humanos foram considerados iguais. Além disso, o direito natural poderia ser acessado por meio da racionalidade humana. A natureza humana é percebida como a natureza racional do humano e não mais como cosmologia.

Segundo Diniz (1988, p. 38-39), a concepção do direito natural subjetivo e formal “considera inatas no homem as tendências para a liberdade física e moral e para a igualdade, se não nas qualidades físicas, intelectuais e morais, pelo menos na dignidade essencial à natureza

humana, presente em cada indivíduo”, que exigem que todos se respeitem e se tratem como iguais.

O fundamento do direito natural, para o jusnaturalismo racionalista, passou a ser a razão humana: nessa concepção, a natureza do humano é vista como uma realidade abstrata, imutável e inata, independentemente das variações culturais. Conforme a exposição de Diniz:

Nítida é a feição dedutiva desse jusnaturalismo, que é levado a propor normas de conduta pelo método dedutivo, por influência do racionalismo matemático, tão em voga na época; assim, a partir de uma hipótese lógica sobre o estado natural do homem, se deduzem racionalmente todas as consequências. Nesta teoria que encontrava sua legitimidade perante a razão, mediante a exatidão matemática e a concatenação de suas proposições, a ciência jurídica passa a ter uma dignidade metodológica especial (1988, p. 35-36).

Nesse sentido é que para Kant⁷, segundo Diniz (1988, p. 39), o homem é racional e livre, motivo pelo qual é capaz de impor a si mesmo normas de conduta (normas éticas), válidas para todos os seres racionais. “Logo, a norma básica de conduta social que o homem se pode prescrever é que em tudo o que faz deve sempre tratar a si mesmo e a seus semelhantes como fim e nunca como meio”, que é justamente o seu imperativo categórico. Aplicada à conveniência jurídico-social, “essa norma moral básica transmuda-se em norma de direito natural. A obediência do homem à sua própria vontade livre e autônoma constitui, para Kant, a essência da moral e do direito natural”. Segundo essa concepção, as normas de direito seriam normas de direito natural.

⁷ Preceitos morais, na filosofia kantiana, obrigam a todos pelo simples fato de que todo o homem é livre e é dotado de uma razão prática. Segundo o pensador: “[...] se um sistema de conhecimento *a priori* por simples noções se chama *Metafísica*, neste caso uma filosofia prática que tem por objeto não a natureza, mas sim a liberdade do arbítrio, irá supor e ainda exigirá uma *Metafísica* dos costumes. Quero dizer, que até mesmo é obrigatório ter essa *Metafísica* e que todo homem a possui, ainda que ordinariamente de uma maneira vaga e, por assim dizer, inconsciente. De fato: como poderia crer sem princípios *a priori* que levam dentro de si uma legislação universal? Porém, assim como deve haver também numa *Metafísica* da natureza regras para a aplicação dos princípios gerais mais elevados relativos a uma natureza em geral, aos objetos da experiência, deve haver também uma *Metafísica* dos costumes; e deveremos com frequência tomar por objeto a *natureza* particular do homem [...]” (KANT, 1993, p. 27-28).

Diante da explanação, enquanto teoria essencialista, o jusnaturalismo racionalista apresenta as seguintes conclusões a respeito da essencialidade do direito e do sistema jurídico:

- a) crença na essência;
- b) crença na essência humana;
- c) existência do direito natural;
- d) o fundamento do direito natural é a igualdade racional humana;
- e) o humano descobre o direito por sua racionalidade; e
- f) o direito é inerente ao humano e, por isso, universal.

Em suma, no pensamento jusnaturalista racionalista o direito parece se traduzir na própria essência humana, que foi entendida como a racionalidade humana.

2.2.1.3 Jusnaturalismo naturalista⁸

O jusnaturalismo naturalista pode ser entendido como a tentativa de fundar o direito natural na própria natureza: não na natureza do homem, mas na natureza do próprio universo ou mundo físico.

Para a compreensão do jusnaturalismo naturalista, parece importante a teoria desenvolvida pelo brasileiro Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979), que sugere uma concepção do Direito aliada à antropologia física determinista e às ciências naturais (LIMONGI, 1998, p. 30).

Sintonizado aos avanços científicos da década de 1920 e tendo estudado as ciências físicas e matemáticas para uma reflexão do fenômeno jurídico, Pontes de Miranda apresenta um pensamento jusnaturalista naturalista, que posteriormente se revestirá do caráter positivista lógico⁹. Para ele, o Direito nasce das relações sociais – está nos fatos e é natural.

⁸ As considerações sobre a teoria naturalista do Direito de Pontes de Miranda foram trabalhadas previamente no livro *Conhecer Direito II* (2013), em coautoria com Horácio Wanderlei Rodrigues e Luana Renostro Heinen, bem como XXI Congresso Nacional do CONPEDI como: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. A ânsia de tudo conhecer: a epistemologia de Pontes de Miranda. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, Niterói, 2012. *Anais...* Niterói: CONPEDI, 2012.

⁹ Sobre as influências que recebeu Pontes de Miranda, afirma Limongi: “Filosoficamente Pontes é, originalmente, positivista, depois ultrapassa o positivismo de Comte, deixando-se influenciar pelo evolucionismo de Spencer para, mais adiante, identificar-se com a filosofia do Círculo de Viena.” (LIMONGI, 1998, p. 32).

O jusnaturalismo naturalista de Pontes de Miranda parece fundamentar-se na ideia de que o humano e o mundo físico estão submetidos às mesmas leis, conforme ele afirma:

A sociedade não descontinua o mundo, não se divorcia do que não é caracteristicamente social, como o orgânico não se separa do inorgânico por abismos e lapsos absolutos. O que nós vemos é a atuação de um no outro, o crescimento de um pela apropriação de elementos alheios (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 50)

Para Pontes de Miranda, existe uma continuidade entre a sociedade e a natureza, pois ambos os mundos – o natural e o social – são construídos de relações, havendo leis que “abrangem maior número de fatos; e umas se seguem às outras, sem que deixe de ser múltiplo, como, presuntivamente, devemos concebê-lo, o mundo dos fatos” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 17). Mais do que isso:

O que é inegável é que, para o descobrimento social, cada vez mais se necessita da ciência, desde a Matemática e a Biologia até a Ciência do Direito. Nunca se pense que se pode desligar do mundo físico o mundo social, inclusive o mundo jurídico: aquele está à base e em nenhum dos que lhe ficam por cima aquele deixa de estar. Sem a Ciência, ou sua unidade, não há avanço social. (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 333)

Esse direito naturalista, para Pontes de Miranda, é objeto de estudo de uma Ciência positiva:

A ciência positiva do Direito é a sistematização dos conhecimentos positivos das relações sociais, como função do desenvolvimento geral das investigações científicas em todos os ramos do saber. É, pois, a cúpula da ciência. (PONTES DE MIRANDA, 1983, p.15)

Nenhum problema é mais profundamente interessante para a vida prática dos povos do que o da orientação científica do direito. (PONTES DE MIRANDA, 1972, p.59)

A Ciência e o processo de conhecimento são discutidos por Pontes de Miranda em seu livro *O problema fundamental do conhecimento*, de 1937, que aborda principalmente a possibilidade de construção do conhecimento:

A afirmação de que o conceito *transcreve* o conhecimento sensível não basta. Como se

transcreveu e – o que é mais importante – com que meios se transcreveria no conceito concreto e nos conceitos abstratos o conhecimento sensível? Aí, todo o problema a ser estudado. (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 37)

Para ele, o maior problema da Teoria do Conhecimento¹⁰ é justamente o problema dos universais – das essências. Ele rejeita o idealismo platônico, o realismo, o nominalismo e a filosofia eleática, pois percebe que todas essas tendências enfatizam apenas um dos termos da relação do conhecimento, isto é, ou o sujeito ou o objeto (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 25).

O processo do conhecimento, para Pontes de Miranda, ocorre como uma relação, não sendo possível enfatizar apenas um dos termos da relação:

A simples consideração da relação sujeito-objeto previne que a supressão de qualquer dos termos, só se levando em conta o conhecente, ou só se levando em conta o conhecido, falseia o problema e, em consequência, a solução. Os dois termos não podem ser eliminados. Há, por certo, alguma coisa que é comum, na origem, a eles, alguma coisa que não pode ser objeto (e.g., se considerarmos o sujeito como objeto entre os objetos, o que o retiraria da relação em estudo) e precisa ser revelado, trazido a exame. Exatamente aí é que se exercerá, em profundidade, a nossa investigação. (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 28).

Visando enfatizar ambos os termos da relação, o pensador desenvolve a Teoria dos *Jetos*. O *jeto* é percebido como o resultado da busca – o que é comum entre o sujeito que tem a experiência e o objeto que é conteúdo. Segundo o pensador:

Chamamos jeto a tudo que se apresenta, seja de ordem estritamente física, seja de ordem psíquica, desde que considerado sem ser do lado de quem vê ou do outro lado, isto é, eliminados os

¹⁰ “A Teoria do Conhecimento é a ciência da colaboração do que *a priori* com o *a posteriori*, e ciência do que é o *a priori*, pois que o *a posteriori* é definido por si mesmo, - não só do que é o *a priori* como fato (Psicologia, apreensão das relações, dos universais) como do *a priori* no que guarda do empírico e é suscetível de *reobter* o empírico. Daí ela passa, avizinhando-se da Lógica (que ainda é parcial – uma Lógica da certeza), à indagação do que são e do que há entre a *certeza* e a probabilidade. Seja qual for o ponto em que ela se esmere, o problema da construção gnosiológica do mundo, o problema dos universais, é o coração da Teoria do Conhecimento.” (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 39-40).

elementos que representam oposição entre eles, operação que exprimimos pelo “por entre parênteses os prefixos de (su)jeito e de (obj)eto. (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 115).

Com relação à Ciência Jurídica, Pontes de Miranda (1972, p. 45) busca estudar o *direito em si*, “em sua índole real e na sua inteireza objetiva”. Nesse sentido, parece que, apesar de ser a Ciência Jurídica positiva, o direito é naturalista, conforme a seguinte passagem do autor:

Preferimos a resignação do cientista, que não procura decifrar completamente as coisas, e se contenta em sondá-las, sem que cesse o interesse em romper, aqui e ali, o véu que as oculta. O que se conclui é que o direito não é somente produto da cultura, do capricho ou da prepotência; não podemos saber-lhe a natureza íntima como também não conhecemos a do mercúrio, a do ouro, a do rádio ou outro elemento. Mas está contido nos fenômenos do mundo; a cultura transforma-o, não o cria: como a vida, é propriedade da natureza, e da natureza com as suas leis eternas. (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 45-46).

O Direito é ciência natural como qualquer outra. E somente como ciência natural é que ele é digno das cogitações, do tempo, do zelo e da dedicação de espíritos contemporâneos. (PONTES DE MIRANDA, 1972, p.143)

Parece existir uma naturalidade do fenômeno jurídico no pensamento de Pontes de Miranda. Se todos os fenômenos são naturais, inclusive o direito, então existe uma unidade da ciência: todas se valem do mesmo método, conforme exposto pelo pensador:

As leis físicas são inteiramente aplicáveis [às relações físico-sociais], porque admitir o contrário seria destruir os princípios e leis universais, pois importaria aceitar a possibilidade de não serem *válidos* em algum domínio dos fenômenos do Universo. (PONTES DE MIRANDA, 1980, p. 110)

A Ciência de Pontes parece ser positivista na medida em que ele a percebe como uma forma privilegiada de conhecer: o direito somente é digno de atenção porque pode ser objeto da Ciência. Segundo o pensador, para ser Ciência, o Direito tem que ser natural, porque todas as Ciências o são: Ciência da natureza e das relações do mundo. Diante

disso, é possível afirmar que ele não vê substancial diferença entre ciências naturais e sociais, pois entende que todos os fenômenos sociais também são naturais.

A naturalização do fenômeno jurídico implica o descolamento do Direito para o mundo *do ser* (leis da natureza), tornando-se as relações jurídicas relações de causa e efeito e não de imputação (*dever ser*).

Diante da explanação, parece que o jusnaturalismo naturalista é uma teoria essencialista na medida em que apresenta as seguintes conclusões:

- a) crença na essência;
- b) todas as relações são naturais;
- c) crença no direito natural; e
- d) o direito é natural porque decorre do mundo físico.

Nesse sentido, apesar de Pontes de Miranda afirmar a positividade da Ciência do Direito, ele afirma que o direito é natural, motivo pelo qual ele pode ser considerado um pensador jusnaturalista naturalista.

2.2.2 Considerações finais acerca das teorias jusnaturalistas

A análise das teorias jusnaturalistas, em suas vertentes teológica, racionalista e naturalista, parece apontar para a existência de um direito essencialista, em virtude da fundamentação do Direito na essência de Deus, da razão ou do universo físico (natureza).

O jusnaturalismo teológico, em resumo, parece apresentar uma fundamentação do direito natural na inerência de uma razão ou essência humana ligada à figura de Deus. Enquanto teoria essencialista, o jusnaturalismo teológico afirma alguns pressupostos teóricos, são eles:

- a) a crença na essência;
- b) a crença na essência humana;
- c) o direito natural;
- d) o fundamento do direito natural é a vontade divina; e
- e) o humano acessa a vontade divina por meio da razão.

Sequencialmente, o jusnaturalismo racionalista fundamenta a existência do direito natural na razão e natureza própria da essência humana, percebida como uma realidade imutável, inata e independente de variações culturais. Enquanto teoria essencialista, o jusnaturalismo racionalista parece apresentar as seguintes conclusões a respeito do direito:

- a) a crença na essência;

- b) a crença na essência humana;
- c) o direito é natural;
- d) o fundamento do direito natural é a igualdade racional humana;
- e) o humano descobre o direito por sua racionalidade; e
- f) o direito é inerente ao humano e, por isso, universal.

Por fim, o jusnaturalismo naturalista busca fundar um direito natural na própria natureza do universo: não mais na natureza do humano, mas na natureza física do mundo, apresentando as seguintes conclusões:

- a) a crença na essência;
- b) todas as relações são naturais;
- c) o direito é natural; e
- d) o direito é natural porque decorre do mundo físico.

Diante disso, em suas três vertentes, o jusnaturalismo enfatiza a legitimidade de um direito natural em nível metafísico, isto é, um direito estruturado sobre a crença em valores essencialistas (naturais, universais e imutáveis). O fundamento de um tal direito natural não é a norma superior hierárquica ou a autoridade normativa, mas a própria essência (Deus, a razão ou a natureza).

Dessa maneira, em resumo, parece que o jusnaturalismo configura-se em teorias essencialistas, porque afirma: (a) a crença na essência; (b) a crença na essência humana; e (c) o direito é direito natural: o fundamento do direito é a essência (Deus, o ser humano e sua racionalidade ou a natureza).

2.2.3 Teorias dialético-materialistas do direito

Este subitem será dedicado à análise das teorias dialético-materialistas do direito enquanto teorias críticas ao essencialismo presente nas correntes jusnaturalistas. Para realizar esta análise, opto por estudar dois pensadores específicos, o francês Michel Miaille e o brasileiro Lyra Filho, fundamentais ao pensamento jurídico marxista.

Enquanto teoria do direito, a dialética-marxista de Miaille e Lyra Filho, em resumo, busca explicar o fenômeno jurídico a partir da sociedade, rompendo tanto com o positivismo jurídico quanto com o jusnaturalismo. O direito é definido em sua estrutura social, buscando excluir de sua análise o essencialismo. Ainda assim, deve ser mencionado que, enquanto teoria holista, a dialética apresenta o pressuposto essencialista como constitutivo do seu método.

Em resumo, a dialética é um método que busca conhecer o mundo (ou fatos) baseado na ideia de que a contraposição de dois polos (a tese e a antítese) pode gerar uma nova tese (a síntese).

A dialética, originária da Grécia, se apresentou como o início do “[...] discurso, da comunicação imposta pela necessidade de encontrar o consenso e o acordo geral nos debates” (SICHIROLLO, 1973, p. 7).

No decorrer da história, da antiguidade grega à modernidade ocidental, a noção de dialética comportou significados distintos. Na modernidade, existem diversas metodologias dialéticas, que muitas vezes não se comunicam. O que é comum, nas metodologias dialéticas, é a seguinte concepção:

- a) existe uma tese, que é uma afirmação ou um dado da realidade;
- b) existe uma antítese, que é o oposto da tese;
- c) do confronto gerado entre a tese e a antítese surge um novo elemento, a síntese;
- d) a síntese se configurará numa nova tese, uma vez que a dialética não comporta fim; e
- e) a nova tese (síntese) será contraposta a uma nova antítese, gerando uma nova síntese e assim por diante.

A dialética de Marx, utilizada por Miaille e Lyra Filho, é materialista e historicista. Segundo Sant’anna (2008, p. 12-13), Marx acrescentou à dialética a noção materialista-antropológica¹¹ de Ludwig Feuerbach, que inclusive lhe possibilitou a crítica ao idealismo hegeliano¹².

À dialética, Marx adicionou o materialismo, transformando-a numa cosmovisão dialético-materialista da história: a noção de que a dialética se constrói a partir da materialidade da história, ou seja:

¹¹ Ainda que Marx e Engels tenham adotado uma postura materialista, em muito ela se distanciou do materialismo de Feuerbach. Isso porque, segundo Marx e Engels (2008, p. 76), uma vez que “[...] Feuerbach é materialista, não aparece nele a história, e quando toma a história em consideração, deixa de ser materialista. O materialismo e a história aparecem nele de formas separados completamente, o que se explica pelo que já dissemos até aqui. A história não é outra coisa senão a sucessão das diferentes gerações, em que cada uma delas explora os materiais, os capitais e as forças de produção a ela transmitidas pelas gerações que antecederam [...]”. Além disso, para esses autores, Feuerbach parou no meio do caminho, ou seja, embaixo era materialista, mas em cima era idealista. Um pensamento que não “[...] liquidou criticamente com Hegel, mas limitou-se a pô-lo simplesmente de lado, como coisa inútil: enquanto, em confronto com a riqueza enciclopédica do sistema hegeliano, ele nada soube trazer de positivo, a não ser uma balofa religião do amor e uma moral pobre e impotente.” (MARX; ENGELS, 2008, p. 121-122).

¹² Conforme Marx e Engels (2008, p. 37), o processo de decomposição do sistema hegeliano se iniciou com Strauss.

Os pressupostos dos quais partimos não são arbitrários nem dogmas. São bases reais das quais não é possível abstração a não ser na imaginação. Esses pressupostos são os indivíduos reais, sua ação e suas condições materiais de vida, tanto aquelas que eles já encontraram elaboradas quanto aquelas que são o resultado de sua própria ação. Esses pressupostos são, pois, verificáveis empiricamente (MARX; ENGELS, 2008, p. 44).

Nesse sentido, parece que, para as teorias dialético-materialistas, o direito não é essencialista porque:

- a) o direito é criado pelo ser humano (não necessariamente pelo Estado);
- b) o direito é definido pela forma e pela matéria;
- c) o fundamento do direito é a vontade social; e
- d) o direito é mutável no tempo e no espaço, portanto, histórico e não universal.

Nesse sentido, o fundamento de validade do direito não é a natureza ou natureza do homem, a razão ou Deus, mas a vontade das pessoas que vivem em sociedade (vontade social). O direito parece não ser definido pela sua essência, mas pela sua forma e conteúdo, sendo ele mutável e histórico. O direito, nesse sentido, é posto para uma dada sociedade, com base em valores relativos, e vai se transformando no decorrer do tempo, conforme a própria mudança dos valores e anseios sociais.

Em suma, parece que para a dialética, o problema essencialista está no fato da existência de um direito justo (essencialmente), que é o direito do proletariado.

2.2.3.1 A teoria de Michel Miaille¹³

O pensador francês Michel Miaille apresenta uma teoria dialético-materialista do direito estruturada a partir do pensamento de Karl Marx. Além disso, ele utiliza a concepção de obstáculos epistemológicos de Gaston Bachelard para pensar uma ruptura com os *essencialismos* na Ciência do Direito.

¹³ Importante mencionar que parte do estudo Bachelard foi extraído do livro *Conhecer direito I* (2012), escrito em coautoria com o professor que orientou esta tese, Horácio Wanderlei Rodrigues. Parte do estudo sobre Bachelard também foi extraído do artigo *Bachelard e os obstáculos epistemológicos à pesquisa científica do direito* (2012), publicado em coautoria com o Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p307>>.

Obstáculos epistemológicos, segundo o pensamento de Gaston Bachelard (2006, p. 150-213), devem ser vistos como óbices ao avanço do conhecimento científico. Eles são uma espécie de *contra-pensamento*, que pode aparecer no momento da constituição do conhecimento ou mesmo numa fase posterior.

Em resumo, a noção de obstáculos epistemológicos permite considerar que o pensamento somente progride por suas próprias reorganizações. Em sua obra, Bachelard (2006, p. 150-213) aponta os seguintes obstáculos epistemológicos: (a) experiência primeira; (b) conhecimento geral; (c) obstáculo verbal; (d) conhecimento unitário e pragmático; (e) conhecimento substancialista; (f) realismo; (g) animismo; (h) mito da digestão; (i) conhecimento objetivo; (j) conhecimento quantitativo; e (k) objetividade científica e psicanálise.

Nesse sentido, para Bachelard, as condições psicológicas para o progresso da Ciência devem ser postas em termos de obstáculos epistemológicos, internos ao próprio ato de conhecer, que se dá contra um conhecimento anterior mal estabelecido. Segundo o pensador:

Quando se procuram as condições psicológicas dos progressos da ciência, em breve se chega à convicção de que *é em termos de obstáculos que se deve pôs o problema do conhecimento científico*. E não se trata de considerar obstáculos externos como a complexidade e a fugacidade dos fenómenos, nem tão-pouco de incriminar a fraqueza dos sentidos e do espírito humano: é no próprio acto de conhecer, intimamente, que aparecem, por uma espécie de necessidade funcional, lentidões e perturbações. É aqui que residem causas de estagnação e mesmo de regressão, é aqui que iremos descobrir causas de inércia a que chamaremos obstáculos epistemológicos. O conhecimento do real é uma luz que sempre projecta algures umas sombras. Nunca é imediato e pleno. As revelações do real são sempre recorrentes. O real nunca é <<aquilo que se poderia crer>>, mas é sempre aquilo que se deveria ter pensado. O pensamento empírico é claro, fora de tempo, quando o aparelho das razões já foi afinado. Ao desdizer um passado de erros, encontramos a verdade num autêntico arrependimento intelectual. Com efeito, nós conhecemos *contra* um conhecimento anterior, destruindo conhecimentos mal feitos,

ultrapassando aquilo que, no próprio espírito, constitui um obstáculo à espiritualização. (BACHELARD, 2006, p. 165).

A partir da concepção de obstáculos epistemológicos, Miaille busca romper com o essencialismo na Ciência do Direito:

Com efeito, no conjunto bastante homogêneo dos professores que apresenta uma introdução ao direito, não deixam de encontrar-se tomadas de posição, juízos, em suma, críticas. Estas dizem respeito ou às disposições das regras de direito – critica-se esta lei, aquela decisão judicial, aquele outro decreto. O liberalismo universitário favorece uma situação destas: se as críticas são possíveis, o espírito crítico está salvo, garantia da liberdade de pensamento. E, no entanto, o conjunto do edifício não é verdadeiramente posto em questão; embora possamos distinguir diferentes correntes filosóficas e políticas nas cadeiras e nos manuais que tratam da introdução ao direito, estas surgem como variantes de uma melodia única: a filosofia idealista dos países ocidentais, industrializados (MIAILLE, 1979, p. 17).

Além da concepção de obstáculos epistemológicos, Miaille também se utiliza do método dialético, de Marx, para a construção da sua noção crítica, dialética e materialista da Ciência do Direito. Miaille afirma a necessidade da investigação dialética, inclusive no âmbito universitário, no intuito de possibilitar uma análise complexa do mundo, ou seja, da dimensão social e materialista na qual o Direito está inserido. Para ele:

Com efeito, no conjunto bastante homogêneo dos professores que apresentam uma introdução ao direito, não deixam de encontrar-se tomadas de posição, juízos, em suma, críticas. Estas dizem respeito ou às opiniões de um autor – critica-se esta ou aquela explicação – ou às disposições das regras de direito – critica-se esta lei, aquela decisão judicial, aqueloutro decreto. O liberalismo universitário favorece uma situação destas: se as críticas são possíveis, o espírito crítico está salvo, garantia da liberdade de pensamento. E, no entanto, o conjunto do edifício não é verdadeiramente posto em questão; embora possamos distinguir diferentes correntes filosóficas e políticas nas cadeiras e nos manuais

que tratam da introdução ao direito, estas surgem como variantes de uma melodia única: a filosofia idealista dos países ocidentais, industrializados. [...] o pensamento crítica é mais do que o pensamento abstracto: é preciso <<acrescentar-se>> a dialéctica. Que quer isto dizer? O pensamento dialéctico parte da experiência de que o mundo é complexo: o real não mantém as condições da sua existência senão numa luta, quer ela seja consciente quer inconsciente. A realidade que me surge num dado momento não é, pois, senão um momento, uma fase da sua realização: está é, de facto, um processo constante (MIAILLE, 1979, p. 17-18).

Para Miaille (1979, p. 18), o pensamento dialéctico permite a compreensão da contraditoriedade, visto que ele encara o conhecimento a partir da totalidade da existência. Segundo o pensador:

O que isto quer dizer? O pensamento dialéctico parte da experiência de que o mundo é complexo: o real não mantém as condições da sua existência senão numa luta, quer ela seja consciente quer inconsciente. A realidade que me surge num dado momento não é, pois, senão um momento, uma fase da sua realização: esta é, de facto, um processo constante (MIAILLE, 1979, p. 17-18).

Miaille (1979, p. 63) retoma o pensamento de Marx e afirma que não basta saber que o direito está vinculado à existência de uma sociedade. Também é necessário investigar que tipo de direito produz um tipo específico de sociedade, em razão de que a ela corresponde.

Com relação aos obstáculos epistemológicos de Bachelard, segundo Miaille, podemos encontrá-los no âmbito da Ciência do Direito, em três *topos*: (a) falsa transparência do Direito; (b) idealismo das explicações jurídicas; e (c) especialização e compartimentação do conhecimento, que resulta na independência da Ciência do Direito.

Segundo Miaille (1979, p. 33-34), existe uma *falsa transparência do direito*: as obras jurídicas, quando intentam uma introdução ao estudo do direito, não se preocupam com o problema da cientificidade. Assim, o conhecimento advém do senso comum e não da técnica ou das teorias:

[...] poderemos dizer que qualquer ciência não se pode constituir senão recusando a observação comum, a explicação que viria <<naturalmente>>. O bom-senso é o oposto da ciência. Assim, quando no estudo do direito encontro

praticamente as mesmas explicações um pouco mais complexas do que as que intuitivamente eu possuí já, posso legitimamente duvidar do valor desta <<experiência>>. Se é evidente que o conhecimento do direito não pode ser feito a partir de uma teologia ou de uma metafísica, é não menos evidente que não poderia privar-se da colocação de um conjunto de conceitos teóricos como condição prévia a qualquer observação. Deixar acreditar que basta abrir os olhos e observar bem é um erro epistemológico. É antes um obstáculo de que nos devemos defender; devemos defender tanto mais quanto ele é muito subtil, isto é, que não se apresenta como um obstáculo. A partir das observações, é lógico que o estudo do direito assumia um carácter positivista. (MIAILLE, 1979, p. 37).

A atitude epistemológica positivista reside no estudo científico do direito experimentalmente constatável (o direito positivo). A Ciência é neutra na medida em que encontra-se desvinculada do plano político e da moral. “Por outras palavras, a atitude positivista em direito postula que a descrição e a explicação de regras jurídicas, tal qual são limitadas a si mesmas, representam um proceder <<objetivo>>, o único digno do estatuto científico” (MIAILLE, 1979, p. 39).

Miaille denunciou criticamente esse pensamento, enquanto obstáculo epistemológico, em razão da crença de neutralidade científica. Para ele:

Devemos pois desembaraçarmo-nos delas para ver as coisas tais quais elas são e não tais como no-las deixa ver o nosso sistema social. A partir daqui, uma explicação do direito não se pode limitar ao simples enunciado da constatação desta ou daquela regra e da análise do seu funcionamento: ela tem de ver <<para além>> deste direito positivo, o que lhe justifica a existência e a especialidade. [...] Vencermos este primeiro obstáculo epistemológico é, pois, desfazermo-nos da ideia da transparência do objecto de estudo: é aceitar que as coisas são mais complexas do que aquilo que a observação deixa <<ver>>, é ler o complexo real sob o simples aparente. Para evitarmos este obstáculo, será, pois, preciso construirmos o objecto do estudo (MIAILLE, 1979, p. 41).

O segundo obstáculo epistemológico é o *idealismo jurídico* (filosofias idealistas). Segundo Mialle, a confusão da necessidade “[...] de passar pela abstracção, pelas <<ideias>> portanto, para explicar a realidade, e o erro de pensar que as noções de direito se explicam por outras noções <<ideias>> (a vontade ou o interesse geral, por exemplo), encontramos-nos presos na armadilha do idealismo” (1979, p. 47).

Resultado do idealismo jurídico é o exemplo da concepção a-histórica, que é o efeito pelo qual, as ideias tornam-se explicação e tudo e “[...] elas se destacam pouco a pouco de contexto geográfico e histórico no qual foram efetivamente produzidas e constituem um conjunto de noções universalmente válidas (universalismo), sem intervenção de uma história verdadeira (não história)”. (MIAILLE, 1979, p. 48). A partir desse fato, a abstracção não mais pertence à sociedade na qual foi produzida, mas passa a exprimir a pura razão e a racionalidade universal.

Já o terceiro obstáculo epistemológico é a *independência da Ciência Jurídica*. Mialle (1979, p. 55) percebe que se configura num obstáculo a tentativa de análise isolada do direito. O pensador considera que o Direito, assim como a economia, a política, etc., são dependentes de uma mesma teoria, que é a história. Daí o porquê de Mialle considerar:

Resumamos as conclusões as quais chegámos agora. Para desenvolver um estudo científico do direito, temos de forçar três obstáculos tanto mais sólidos quanto mais <<naturais>> parecem: a aparente transparência do objecto de estudo, o idealismo tradicional da análise jurídica, a convicção, finalmente, de que uma ciência não adquire o seu estatuto senão isolando-se de todos os outros estudos. O reconhecimento destas dificuldades conduz-nos desde logo a afirmar que o reconhecimento destas dificuldades conduz-nos desde logo a afirmar que temos de construir o objecto do nosso estudo – e não deixarmo-nos impor a imagem que o sistema jurídico veicula consigo –, subverter totalmente a perspectiva idealista e fraccionada do sabe que domina actualmente (MIAILLE, 1979, p. 57).

Para Mialle (1979, p. 57), importa buscar um avanço no campo do direito: a utilização dos obstáculos epistemológicos numa dimensão de crítica negativa, mas que implica a tentativa de positivamente construir uma nova maneira de se pensar a Ciência do Direito.

A partir do pensamento dialético-materialista, Miaille critica o essencialismo enquanto fundamento de direito, a partir das seguintes considerações:

- a) o direito é criado pelo ser humano;
- b) o direito é definido pela forma e pela matéria;
- c) o fundamento do direito é a vontade social; e
- d) o direito é mutável, histórico e não universal.

Apesar de criticar o essencialismo, parece que a crítica é meramente retórica, pois o direito é definido a partir de uma análise de sua essência, entendida pelo pensador como a estrutura social.

2.2.3.2 A teoria de Lyra Filho¹⁴

Roberto Lyra Filho busca compreender o fenômeno jurídico (o direito) na *epistemologia dialética*. Para ele, de maneira contrária ao postulado do positivismo jurídico, o direito não se reduz à lei. O direito é direito positivo, mas transcende-o. Nesse sentido, além de sugerir uma teoria que busca criticar o jusnaturalismo, o pensador apresenta uma crítica ao pensamento positivista.

Lyra Filho (1981b, p. 28) afirma que, enquanto predominar a doutrina do positivismo jurídico e, enquanto os advogados perceberem-se como fiéis cumpridores da lei, assim como, enquanto o ensino jurídico for uma mera navegação de “[...] de cabotagem ao longo dos códigos, estaremos paralisando, amesquinhando, reduzindo o Direito e o Jurista às funções subalternas de arquivo e moço de recados dos interesses classísticos e do voluntarismo estatal”. (LYRA FILHO, 1981b, p. 28)

Sob essa ótica, nas observações que faz a respeito do direito, o autor deseja que resulte claro:

- a) que o direito é um fenômeno bem mais complexo do que se *postula*, ainda hoje, no debate sobre o seu estudo e ensino;
- b) que as condições, baseadas nessa camisa de força, desfiguram o Direito, não só em termos gerais, mas até na reta compreensão de cada

¹⁴ Indico que parte do estudo sobre Lyra Filho foi extraído do artigo *A questão dos direitos humanos para além das normativas jurídicas: um diálogo entre Lyra Filho e Herrera Flores para a dignidade humana* (2002), escrito em coautorida com o Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues. Além disso, parte do estudo foi extraído do artigo *O direito como um processo emancipatório: a epistemologia dialética no Brasil* (2013), escrito em coautorida com o Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues.

um dos seus aspectos, sempre isolados, como se fossem compartimentos estanques (LYRA FILHO, 1980, p. 14).

Por conseguinte, sua proposta teórica busca romper com o *sensu comum teórico dos juristas*, afastando o direito dos positivismos reducionistas e dos jusnaturalismos idealistas, buscando colocá-lo dentro da história e a serviço da sociedade. Ou seja: o legalismo, o idealismo e a validade são substituídos, em sua obra, pela legitimidade, pela história e pela eficácia.

Qual a solução, então, para a Ciência do Direito? De acordo com o pensamento de Lyra Filho (1981a, p. 30), não é, obviamente, nenhum tipo de positivismo, pois este, em todos os seus matizes, de um ou de outro modo:

[...] se concentra na visão do Direito como ordem e controle sociais; é estático, em qualquer de suas formas, pois, com toda flexibilidade que se atribuem a hermenêutica e aplicação das normas, ou por mais que corra no encaicho de novas ordens, capta-as, sempre, quando já passaram à fase de estrutura implantada. O limite é o marco normativo, que o Estado, ou diretamente a ordem social que ele representa, instituem e refletem no espírito dos aplicadores do Direito.

Contudo, para Lyra Filho, nem tampouco a solução se dá por meio dos matizes de jusnaturalismo. O direito natural, em todas as suas concepções, faz apelos de índole nitidamente idealista, não possuindo base social. Aliás, também não ocorre através da Teoria Crítica do Direito, entendida aqui como a que tem origem no marxismo ortodoxo, que reduz o Direito a uma simples instância superestrutural determinada, fruto de uma leitura mal feita de Marx – o mecanicismo, que também se configura numa forma de positivismo.

O direito não é percebido como um ente engessado e inerte, mas como um processo de libertação permanente (LYRA FILHO, 1982, p. 115).

Em outras palavras, segundo Lyra Filho (1982, p. 119-120):

O legalismo é sempre a ressaca social de um impulso criativo jurídico. Os princípios se acomodam em normas e envelhecem; e as normas esquecem que são meios de expressão do Direito móvel, em constante progresso, e não Direito em si.

No âmbito de uma visão social do direito, Lyra Filho sugere que lei é direito, mas que o direito é mais amplo que a lei, confundindo-se com a própria *práxis* social na busca de justiça social. Para ele o direito "[...] admite várias abordagens e o erro está em imaginar que o discurso, feito sobre uma delas, abrange o fenômeno em sua totalidade" (LYRA FILHO, 1980, p. 8). Diante disso:

O ponto em foco é que o significante – direito – representa um entroncamento de significados, que designam a realidade complexa, dialética e global do fenômeno jurídico. [...] Não basta reconhecer que vários aspectos do Direito existem; é preciso vê-los, no seu entrosamento, sendo esta a única maneira de identificar e esclarecer cada um deles, em especial.

É preciso, portanto, manter em vista o direito em devir e sob todas as suas formas. (LYRA FILHO, 1980, p. 8-9)

Sob essa ótica, o direito e a justiça são indissociáveis. A lei e o direito é que se divorciam frequentemente. E a justiça real está no processo histórico de que é resultante, pois é nele que se realiza progressivamente. Para Lyra Filho, justiça é Justiça social. Já o direito é a expressão dos princípios supremos da justiça social, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade:

Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas. (LYRA FILHO, 1982, p.121).

Vinculado à Justiça social, em síntese, o direito se configura na positivação da liberdade conquistada por meio das lutas sociais. Trata-se de um direito que se formula pelos princípios da Justiça social. Daí o porquê de não podermos identificar o direito ao direito positivado: reduziríamos o direito a uma imagem parcial da totalidade do fenômeno jurídico (LYRA FILHO, 1980, p. 19).

Para essa compreensão, ele constrói uma metodologia dialética, na esteira de Marx, que possibilita apreender o direito como um fenômeno da sociedade para a libertação e para a justiça social (LYRA FILHO, 1980, p. 14).

O método dialético de Lyra Filho, enquanto um método holista, busca apreender o fenômeno jurídico em sua totalidade e em seu devir, para anunciar uma visão alternativa do direito, que é a positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formulador dos princípios maiores da justiça social que nelas emergem.

Num esquema global, conforme Lyra Filho (1982, p. 99), a visão dialética do direito pode ser exposta por meio do seguinte esquema, no qual surge o aspecto jurídico em todos os seus ângulos, ou seja, em sua *essência*:

- I. existe uma importância das instituições internacionais, pois o direito não está limitado ao "[...] aspecto interno do processo histórico. Ele tem raiz internacional, pois é nesta perspectiva que se definem os padrões de atualização jurídica, segundo os critérios mais avançados" (LYRA FILHO, 1982, p.100);
- II. aparece a expressão jurídica paralela, oriunda da dialética estabelecida pelos povos oprimidos e espoliados, já que o direito entre as nações luta para não ficar preso ao sistema de forças dominantes;
- III. IV. o direito situa a divisão de classes inaugurada no momento em que cada sociedade estabelece o seu modo de produção. Lyra Filho entende que, com essa cisão inaugura-se também uma dialética jurídica. Além da questão classista, está colocada conjuntamente, neste ponto, a questão da opressão de grupos, cujos direitos humanos são postergados por toda espécie de normas;
- V. o direito apresenta a organização social, que padroniza o conjunto de instituições dominantes e adquire perfil jurídico na medida em que apresenta um arranjo legítimo ou ilegítimo da estrutura vigente;
- VI. existe um controle social global: o Estado e suas normas. Sobre ele diz Lyra Filho (1982, p. 105-106):

O ponto VI, na sua teia de normas em ação, é o único focalizado pelo positivismo, como se ali estivesse todo o Direito [...]. Mas obviamente é preciso enfatizar, com muita energia, que o Direito não está aí: o Direito está *no processo e sua resultante*. Localizar o Direito neste ponto VI, exclusivamente, equivale a transformar a sua positividade, a sua força de disciplinar a práxis jurídica, em positivismo (a concepção legalista do Direito), que é outra coisa.

VII. neste ponto foi estabelecido o processo de desorganização social, a reação criada pela dialética de grupos e classes cindidos em dominantes e dominados, existente paralelamente à organização social, e que busca interferir nesta, mostrando a ineficácia e a ilegitimidade das normas dominantes e propondo outras, efetivamente vividas em setores da vida social;

VIII. localiza-se aqui a atividade de contestação existente na medida em que grupos e classes dominantes procuram o reconhecimento de suas formações contra-institucionais, em desafio às normas dominantes, devido à coexistência conflitual de normas dentro da estrutura social. Diz Lyra Filho (1982, p. 107-108):

Este projeto, entretanto, pode ser de dois tipos: ou se revela apenas reformista, enquanto visa a *absorção* de seus princípios e normas pela central do ramo centrípeto (ponto VI), sem atingir as bases da estrutura e os demais aspectos da normação dominadora; ou se mostra revolucionário, isto é, delineia o contraste fundamental, com uma série de princípios e normas que são proposta e prática reestruturadora, atingindo a infra-estrutura e tudo o que sobre ela assenta.

IX. com relação a este momento de síntese da dialética social do direito, Lyra Filho (1982, p. 108-109) afirma que neste ponto radica o critério de avaliação dos produtos jurídicos contrastantes, na competição dos ordenamentos, que são as diferentes séries de normas entrosadas. Em suma:

É a síntese jurídica. Seus critérios, porém, não são cristalizações ideológicas de qualquer ‘essência’ metafísica, mas o vetor histórico-social, resultante do estado do processo, indicando o que se pode ver, a cada instante, como direção do progresso da humanidade na sua caminhada histórica. Esta resultante final (final, não no sentido de eterna, mas de síntese abrangedora do aspecto jurídico naquele processo histórico-social, em sua totalidade e transformações) se reinsere,

imediatamente, no processo mesmo, uma vez que a história não para.

A síntese não está por cima ou por baixo, num esquema prévio ou posterior, mas *dentro do processo, aqui e agora*.

Esse é o ponto da visão social dialética do direito. É justamente aquele em que a Justiça se identifica, enquanto substância do direito, a quota de libertação alcançada no processo histórico concreto e materialista, visto que a Justiça não pode ser aferida em abstrato (LYRA FILHO, 1982, p. 122).

A base do pensamento de Lyra Filho pode ser resumida, nesse sentido, na ideia da dialética como método de apreensão do fenômeno jurídico em sua totalidade e devir, e na enunciação de uma nova visão do que é direito, como positividade da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formulador dos princípios maiores da justiça social que nelas emergem.

A teoria de Lyra Filho, por conseguinte, pode ser resumida da seguinte maneira:

- a) o direito é percebido como a totalidade da *práxis social* em seu devir;
- b) critica os positivismos: o direito não se reduz ao direito positivado, mas decorre da sociedade;
- c) critica os jusnaturalismos em razão do essencialismo de suas proposições;
- d) a dialética holista apreende o direito em seu devir: busca compreender o direito em sua totalidade social (a vida humana em sociedade); e
- e) critica o essencialismo, mas afirma que direito e justiça são indissociáveis, apelando para uma fundamentação essencialista do direito.

Em conclusão, parece que Lyra Filho busca realizar uma crítica ao positivismo e ao jusnaturalismo, mas fundamenta-se no pressuposto essencialista justamente em razão de identificar direito e justiça (essência) e buscar explicar o direito a partir da justiça social.

2.2.4 Considerações finais acerca das teorias dialético-materialistas

A análise dos escritos de Michel Miaille e Lyra Filho, enquanto expoentes das teorias dialético-materialistas, parece conduzir a três ideias principais: (a) existe uma crítica do positivismo; (b) existe uma crítica do jusnaturalismo; e (c) apesar das críticas, as teorias

apresentadas por ambos os pensadores podem ser consideradas essencialistas.

Michel Miaille busca realizar uma análise complexa do mundo, por entender que o Direito está inserido na dimensão social e materialista. A partir dessa análise, ele apresenta algumas considerações:

- a) o direito é criado pelo ser humano e é definido pela forma e pela matéria;
- b) o fundamento do direito é a vontade social; e
- c) o direito é mutável, histórico e não universal.

Miaille critica o essencialismo no direito, mas parece que a crítica é meramente retórica, pois define o direito é definido a partir de uma análise de sua essência – a estrutura social.

Por sua vez, Lyra Filho apresenta uma teoria que, apesar de buscar romper com o positivismo e o jusnaturalismo, também parece ser essencialista:

- a) crítica aos positivismos: o direito é direito positivo mas transcende-o, pois o direito não se reduz à lei;
- b) critica os jusnaturalismos idealistas: estão fora da história e da realidade; e
- c) para além dos positivismos e jusnaturalismos, Lyra Filho sugere uma visão social do direito: lei é direito, mas o direito é mais amplo e identifica-se à práxis social na busca por justiça social.

Em Lyra Filho, parece ser possível perceber uma defesa do essencialismo a partir da ideia do direito como expressão dos princípios supremos da justiça social: o direito como a totalidade da *práxis social* em seu *dever*.

Dessa maneira, em ambos os autores analisados, Miaille e Lyra Filho, parece ser possível afirmar que a crítica ao essencialismo positivista e jusnaturalista é meramente retórica, visto que ambos apresentam uma versão essencialista da teoria dialético-materialista aplicada ao fenômeno jurídico.

2.2.5 O novo essencialismo: teorias holistas

Este subitem será dedicado à análise das teorias holistas¹⁵ do direito. Para realizar esta análise, opto por estudar dois pensadores

¹⁵ Popper (1980, p. 66) critica as teorias holistas. Para ele, é impossível sequer estabelecer, apreender ou dirigir um único aspecto do aparato físico em sua totalidade, quanto mais a totalidade da vida humana em sociedade. É logicamente impossível apreender ou dirigir o

específicos, os brasileiros Goffredo Telles Júnior e Paulo Roney Ávila Fagúndez, representantes destacados do pensamento jurídico holista.

Parece que essas teorias holistas surgiram da constatação da insuficiência dos jusnaturalismos e positivismos, bem como da necessidade de um novo modelo epistemológico à Ciência do Direito. A carência dos modelos jusnaturalistas e positivistas, conforme será posteriormente analisado no decorrer das teorias holistas, se deve à insuficiência para embasar a práxis jurídica nas sociedades complexas contemporâneas. O positivismo, segundo esse modelo de pensamento, reduz o Direito à norma ou ao fato; o jusnaturalismo condiciona-o a ideias ou fatores metafísicos e o marxismo ortodoxo o reduz a mera forma de dominação superestrutural determinada pela infra-estrutura. Em resumo, para o holismo, parece que todos têm produzido apenas visões parciais do fenômeno jurídico.

Segundo as teorias holistas, o grande erro das teorias positivistas e jusnaturalistas, em todos os seus matizes, é buscarem apreender o direito como um objeto dinâmico através de métodos estáticos.

No âmbito das teorias holistas, conforme afirmei, será analisada a teoria de Telles Júnior, denominada *teoria quântica* do direito, e a teoria de Fagúndez, denominada *teoria taoísta* do direito. Em resumo, parece que ambas configuram-se como teorias essencialistas, porque afirmam:

- a) a crença na essência;
- b) a crença na essência humana;
- c) a crença na essência ou natureza universal;
- d) crença na essência humana como pertencente à essência do universo;
- e) aproximação entre a ordem jurídica e a ordem essencial do universo;
- f) o fundamento das leis é o direito natural; e
- g) o direito como instrumento para a promoção da justiça.

Nesse sentido, o fundamento de validade do direito é a sua essência (a essência do universo ou do humano), que se identifica à vontade das pessoas em sociedade (vontade social) viverem em justiça. Apesar de ser mutável e histórico, o direito parece ser definido pela sua essência.

sistema inteiro da sociedade e regular toda da vida social. Os pensadores holistas, “[...] entretanto, não apenas planejam estudar a sociedade em seu todo, através de um método impossível, mas planejam, ainda, controlar e reconstruir nossa sociedade ‘como um todo’”. (POPPER, 1980, p. 62) Trata-se de uma tendência totalitária e logicamente impossível.

2.2.5.1 O direito quântico de Telles Júnior¹⁶

Goffredo Telles Júnior (2001, p. 6) busca uma aproximação entre o direito e o conhecimento da Física. Ele sugere abordar a questão da existência de um direito quântico a partir da ordem e desordem dos fenômenos do universo, visto que, em seu pensamento, toda a existência do humano ou do animal, mineral e vegetal, resulta de um arranjo dos elementos de que o ser é constituído.

Para o pensador, o mundo é, ao mesmo tempo, ordenado e desordenado:

Nem tudo, ao que parece, é ordem no mundo. A desordem também existe, ou parece existir. O comportamento desregrado, a prática do mal, o crime, a injustiça, o sofrimento, a dor, todas estas coisas são fatos ocorrentes, e fatos contrários ao que se considera ordem. Mesmo no mundo físico, flagrantes violações da ordem cósmica parecem acontecer às vezes, como, por exemplo, as moléstias, as epidemias, as pragas, e as que se manifestam no indeterminismo cinemático dos quanta, verificado na intimidade profunda da matéria; como as que se revelam na entropia crescente em sistemas isolados, ou seja, na degradação qualitativa da energia, verificada em tais sistemas, contrariando o princípio universal da conservação da energia (TELLES JÚNIOR, 2001, p. 7).

Telles Júnior (2001, p. 7-9) considera que a desordem é apenas uma ordem contrária a outra ordem. Com relação à existência de diversas ordens no universo, o autor sugere a possibilidade de uma aproximação entre a ordem física do mundo e a ordem do sistema jurídico. Segundo ele, normas éticas e jurídicas são do *dever*, do *dever ser*. Já as normas físicas são normas do *ser*. As normas éticas têm, conforme Telles Júnior (2001, p. 22), a seguinte estrutura: *Se A é, B deve ser*. Por sua vez, normas físicas tem outra estrutura: *Se A é, B é*. A ordenação normativa do sistema jurídico, segundo ele, é:

Um conjunto articulado de disposições, para a orientação do comportamento, segundo o que é tido, dentro de uma comunidade como bom e

¹⁶ Parte do estudo sobre o direito quântico de Telles Júnior foi extraído da obra *Conhecer direito II* (2013), publicada em coautoria com o Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues e com a Msc. Luana Renostro Heinen.

mau, conveniente e inconveniente, útil e prejudicial, belo e feio. É, em síntese, um conjunto de mandamentos decorrentes dos ‘valores’ de uma comunidade. Repetimos: é um sistema ético. É um sistema de regras para o comportamento humano. (TELLES JÚNIOR, 2001, p. 21)

Para Telles Júnior (2001, p. 32) a lei é uma fórmula de ordem, pois a lei é “a fórmula da disposição conveniente de seres, para a consecução de um fim comum”. Enquanto fórmula de ordem, a lei é genérica e se aplica a “todas as espécies de leis: tanto às leis éticas como às leis físicas”, muito embora cada espécie exija uma definição distintiva (TELLES JÚNIOR, 2001, p. 32).

A lei ética, que advém do costume, é concernente às atividades do humano, por meio de seus atos deliberados e voluntários. Leis éticas, para Telles Júnior (2001, p. 33-35), são fórmulas elaboradas pelo humano para ordenar imperativamente o seu comportamento. Por sua vez, a lei física pertence ao mundo da natureza e são fórmulas elaboradas pelos homens para revelar os fenômenos observados na natureza.

Nesse sentido, o pensador busca apresentar um fundamento quântico da ordem jurídica: o direito como a ordenação quântica das sociedades humanas.

Para o pensador, todos os fenômenos do mundo se relacionam com o homem (cultural, temporal e histórico). Em razão dessa relação, as coisas parecem ser julgadas e avaliadas pelo *eu*, adquirindo valor. O humano passa a ser a “[...] medida de todos os valores. Porque ela é que constitui o bem primordial e, nessa qualidade, a referencia para a determinação dos valores dos outros bens” (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 418).

Diante disso, Telles Júnior (1985) considera que a experiência ética, em geral, e a experiência jurídica, em especial, não podem ser entendidas como um simples suceder de fatos objetivos sobre os quais o pesquisador se debruça. Para ele, o “Direito como experiência não pode ser considerado como uma simples serie de fatos incluídos dentro de uma categoria estática, dentro de uma fórmula jurídica *a priori*” (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 418).

A experiência jurídica deve ser apreendida como uma experiência integral, na qual existem atos objetivos e categorias subjetivas que qualificam os fatos objetivos e que são igualmente partes da experiência e inclusas na história do humano. Assim:

Transforma-se o *eu*, à medida que *dura*.
 Transforma-se o *eu*, à medida que *difrata*.
 Transforma-se a fonte doadora de sentido, à medida que se vai enriquecendo de passado e de experiência. Transforma-se o *sistema de referência* de todos os valores.

É o que está confirmado pela variação dos critérios de julgamento, em povo e tempos diferentes. É o que explica a diversidade dos códigos morais e jurídicos. É o que fez Pascal dizer: ‘Verdade, para cá dos Pirineus; erro, para lá’. (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 419)

Em Telles Júnior, cada direito objetivo é elaborado em “consonância com um especial sistema ético de referência”. Por certo que o sistema de referência de uma sociedade poderá evoluir e o direito objetivo vigente perdurar. Nesse caso, trata-se do fenômeno de ancilose das estruturas jurídicas ou do chamado direito *artificial*, que também pode ocorrer quando um governo impõe uma ordenação que esteja em discordância com os ideais de uma sociedade. Em suma, é um direito desajustado. Já o direito natural, conforme vimos acima, é aquele consentâneo com o sistema ético de referência da sociedade. Ainda segundo o autor:

Um Direito autenticamente *natural* é sempre um conjunto de normas *jurídicas*, ou seja, um conjunto de normas *autorizantes*. E toda norma jurídica é norma *declarada* pela inteligência governante; é norma *promulgada* por quem tem competência para promulga-la. Somente a norma promulgada pode ser efetivamente *autorizante*. Que norma não promulgada terá a virtude de autorizar o lesado por sua violação a exigir oficialmente seu cumprimento?

É claro que estamos empregando a palavras *promulgada* numa ampla acepção. Aqui, a expressão *norma promulgada* significa *norma oficializada pela inteligência governante*, sendo que essa *inteligência* tanto pode ser a dos órgãos dirigentes do Estado, como a da diretoria de uma associação, como a da chefia de um agrupamento social, como a da própria coletividade, tomada como um todo, nos casos em que não haja uma instituição governamental definida. (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 423)

Em suma, quer dizer que um direito natural é sempre um direito promulgado, em que pese nem todo o direito promulgado ser natural, visto que só o será se for consonante com o sistema ético de referencia da coletividade na qual ele vigora. O direito natural é o conjunto das normas nas quais o governo consigna os comportamentos humanos oficialmente exigidos e os proibidos, de acordo com o sistema ético vigente. Além disso, ele é um direito legítimo, justamente em razão de que as leis são compatíveis com a normalidade ambiente – as leis se harmonizam com as concepções éticas dominantes numa coletividade (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 424-425)

Esse direito natural se contrapõe ao direito artificial, conforme expus acima. Sendo normal, esse direito é legítimo e provém, em primeiro lugar – a fonte legítima primária – da comunidade a que as leis dizem respeito.

Segundo Telles Júnior (1985, p. 426-427), é do seio da comunidade que surgem as ideias das leis como produtos naturais da vida. Essas ideias se referem aos dados sociais, às contingências históricas da coletividade, as aspirações e as repulsas populares, etc. Ou seja, “tudo isso, em conjunto, é que constitui o manancial de onde brotam normas espontâneas de convivência, originais intentos e ordenação, às vezes usos e costumes, que irão inspirar a obra do legislador”.

Por isso é que a fonte legítima secundária das leis é o próprio legislador ou o conjunto dos legisladores de que se compõem os órgãos legislativos do Estado. Esses são fontes legítimas enquanto forem representantes autorizados da coletividade, que é a fonte primária das leis. Diante disso:

Há, portanto, uma *ordem jurídica legítima* e uma *ordem jurídica ilegítima*. A *ordem imposta*, vinda de cima para baixo, é ordem ilegítima. Ela é ilegítima porque, antes de mais nada, ilegítima é a sua origem. Somente é legítima a ordem que *nasce*, que *tem raízes*, que *brota* da própria vida, no seio do Povo. (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 427).

Ao direito natural (direito legítimo), Telles Júnior (1985, p. 427-428) confere o nome de *direito quântico*, isto é, o direito que liga ou religa o homem à sua própria natureza. Nas palavras do autor:

O Direito Natural é *Direito Quântico* porque é o Direito reclamado pelas estruturas dos elementos quânticos, nas células dos componentes de uma população. É o Direito que atende às inclinações

genéticas de um povo ou de um agrupamento humano. É o Direito radicado num ‘pool’ genético. [...]

O Direito Quântico é o Direito que resulta do processo da organização do humano. É o Direito nascido de suas fontes bióticas. É o Direito a que chegou o imemorial processo de inumeráveis mutações. É o Direito destilado nos engenhos da seleção natural. É o Direito que exprime, em linguagem humana, o indefectível *controle genético*. (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 428).

Trata-se de um direito que brota da coletividade e que exprime o seu estado de consciência. De certa forma, o direito legítimo é quântico “porque delimita, quantifica a movimentação humana, segundo o sistema ético de referencia que espelha disposições genéticas da coletividade”. Assim, ele não é arbitrário, segundo Telles Júnior (1985, p. 428-429), mas feito *sob medida* e é a medida da liberdade humana. Para explicar melhor o fundamento desse direito, o autor afirmou:

Em conformidade com o Direito Quântico, dentro da sociedade, um *quantum* de movimentação é exigível legitimamente.

Em consequência, delimitada, também, é a energia humana gasta na produção dessa movimentação.

De fato, a energia humana, para os fins dessa movimentação, é liberada em *porções delimitadas*, em quantidades *comedidas*, porções e quantidades de energia que se podem chamar *quanta humanos*.

Os *quanta humanos* são porções ‘discretas’ (descontínuas) de energia humana.

Como a delimitação dos movimentos humanos, dentro da sociedade, é manifestada em normas jurídicas, e como tal delimitação implica, obviamente, a delimitação da energia necessária para a produção de cada um desses movimentos, os *quanta humanos* são, em última instância, quantidades de energia delimitadas pelas normas jurídicas.

As quantidades de energias delimitadas pelas normas jurídicas se chamam *quanta humanos*, porque tais quantidades são, precisamente, as que não podem deixar de se manifestar, para que a sociedade seja o que é. Outras quantidades de

energia poderão se manifestar ou não; mas somente as quantidades de energia delimitadas pelas normas jurídicas conferem à sociedade o ser sêr.

Lembremo-nos de que, nas micropartículas da matéria, há, também, uma *quantidade mínima de perturbação* a partir da qual a perturbação não póde ser desconhecida por que se propõe a observa-las, sob pena de ignorar o que as micropartículas são, essencialmente. Essa quantidade mínima de perturbação é causada por uma quantidade de energia, que os cientistas calcularam com rigor, e a que chamaram, como sabemos, *quantum de energia* ou, simplesmente, *quantum*.

O átomo é uma sociedade de objetos quânticos.

[...] mostramos que a movimentação das micropartículas e suas interações dependem da contínua aquisição e liberação de *quanta*. Estas aquisições e liberações de *quanta* dependem de condições, que a Física moderna conseguiu discernir e que, depois, sintetizou em leis.

As *leis de probabilidade*, formuladas pela Física moderna, exprimem os graus de probabilidade dos percursos electronicos. Acuradas experiências estão demonstrando que estas leis se aplicam aos percursos de todas as micropartículas. (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 429-430)

Segundo o pensador, a Física moderna nos fala em grau de probabilidade do acontecimento de determinado fenômeno. Por isso, as leis físicas são leis de probabilidade. Assim como na física existem leis de seleção, que divide saltos proibidos de saltos permitidos, na sociedade, alguns movimentos são exigíveis e outros são proibidos. Para produzir os primeiros e vedar os segundos, é necessário liberar energia. Dessa maneira, a movimentação dos “homens em sociedade é determinada pelas forças atuantes em seus respectivos *campos*”, e as interações que resultam dos encontros dos *quanta* humanos constituem *relações jurídicas* (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 432).

Conforme extraímos do pensamento físico-jurídico de Telles Júnior (1985, p. 432-433), as “interações, nas relações jurídicas, são *quânticas*, porque as ações correlatas, de que elas se constituem, não são quaisquer ações, mas, precisamente, são as ações que as normas jurídicas permitem e *quantificam*”. O direito objetivo, por conseguinte, é

visto por ele como a ordenação de determinadas espécies de interações humanas, que quantifica a liberação das energias humanas, para garantir que, a cada direito, corresponda uma obrigação.

Mais do que isso, no sistema jurídico, os humanos são vistos como partículas determinadas de energia ou, em outras palavras, *quantas*. Por isso, suas relações são regulamentadas por uma ordenação quântica: o direito é a ordenação quântica das sociedades humanas (TELLES JÚNIOR, 1985, p. 433-434).

A Ciência do Direito nunca poderá anunciar que um homem ou uma sociedade procederá de uma determinada maneira, visto que, assim como ocorre na física, o direito não pode prever como um homem ou um grupo agira. As leis humanas, nesse sentido, são leis de probabilidade, assim como as leis físicas e naturais.

A Ciência do Direito pode, por outro lado, determinar a probabilidade do comportamento humano e afirmar qual o modelo de comportamento mais conforme ao sistema ético de referência de determinada sociedade.

A partir dessa explanação da teoria quântica do direito de Telles Júnior, parece existir um fundamento essencialista em seu sistema teórico, em razão das seguintes crenças, apresentadas pelo pensador:

- a) a crença na existência da essência dos fenômenos do mundo;
- b) a crença na essência humana como pertencente à essência do universo;
- c) aproximação entre a ordem jurídica e a ordem essencial do universo: entre leis ético-jurídicas e leis físicas;
- d) o direito como ordenação quântica das sociedades humanas;
- e) leis ético-jurídicas são elaboradas pelo ser humano para ordenar imperativamente o seu comportamento;
- f) o fundamento das leis ético-jurídicas é o direito natural;
- g) afirma um sistema de direito positivo, mas o fundamento da positivação deve ser o direito natural (fundamento na natureza humana e no sistema ético vigente); e
- h) direito quântico é o direito natural (o único legítimo): é o direito que liga ou religa o homem na sua própria natureza.

Em resumo, o autor afirma um sistema quântico do direito, no qual o direito quântico, considerado o único legítimo, possui fundamento no direito natural (que liga o homem na sua própria natureza). Além disso, o pensador aproximou a ordem ética (jurídica) à ordem essencialista do universo. Nesse sentido, a teoria de Telles Júnior parece apresentar um fundamento essencialista para o direito.

2.2.5.2 O holismo-taoísta de Paulo Roney Ávila Fagúndez¹⁷

O pensador brasileiro Paulo Roney Ávila Fagúndez busca compreender o conhecimento jurídico a partir da filosofia oriental holista e taoísta. Ele sugere que todo o conhecimento humano é precário, uma vez que comporta a possibilidade de incerteza e erro. Em razão da precariedade do conhecimento, ele afirma a necessidade do reconhecimento das multidimensionalidades de cada fenômeno, inclusive dos fenômenos jurídicos, para compreendê-los em sua integralidade (holismo).

Segundo Fagúndez, o holismo pode ser definido da seguinte maneira:

O holismo é o resgate da dimensão ética no sentido mais profundo. Consiste num compromisso com a humanidade, com a preservação da natureza e com o estabelecimento de uma relação revolucionária entre homens, animais e plantas. Todos os elementos fazem parte de um grande corpo. O holismo traz uma proposta de vida integral. Trata-se de um caminho que não é novo, haja vista que encontra respaldo no pensamento dos pré-socráticos. Verdadeiramente, o holismo é uma proposta que visa à superação das tradicionais relações de poder, rompendo com os obstáculos criados pelos cientistas. (FAGÚNDEZ, 2006, p. 72).

O holismo traz uma proposta de vida interessante, sem fragmentações e sem visões parciais dos complexos fenômenos naturais. Compromete-se com uma visão ecológica profunda, em que homens, além de preservar os seres, assumem-se como elementos integrantes da natureza e envolvidos eticamente na caminhada em busca de uma sociedade melhor para todos. Não se quer apenas uma democracia formar. Almeja-se um Estado Democrático de Justiça, de uma justiça vital, perene, permanente. O Direito passará necessariamente por uma grande mudança,

¹⁷ Parte do estudo sobre o direito quântico de Telles Júnior foi extraído da obra *Conhecer direito II* (2013), publicada em coautoria com o Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues e com a Msc. Luana Renostro Heinen. Parte do estudo também foi extraído do capítulo de livro intitulado *Direito, holismo e complexidade*, publicado pelo Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues e Msc. Luana Renostro Heinen, no livro *Filosofia do direito I* (2014).

quando reconhecemos a sua fragilidade, enquanto instrumento a serviço dos interesses de alguns. [...] O sistema jurídico continua como instrumento de manutenção dos privilégios de alguns. Dentro da visão holística humaniza-se o Direito, resgatando a eticidade perdida quando da operação divisória levada a cabo pelos cientistas a partir do século XVII. (FAGÚNDEZ, 2006, p. 91-92).

O reconhecimento da multidimensionalidade dos fenômenos, para o pensador, num sistema de ordem como o do direito, “[...] significa a sua aproximação com a desordem, com o não-direito, com o diagnóstico de uma crise revolucionária, radicalmente transformadora das estruturas vigentes” (FAGÚNDEZ, 2003, p. 20-21).

Fagúndez sugere que somente a ideia da multidimensionalidade permite ao operador do direito pensar na vida, nas implicações causadas na vida humana e no conteúdo que apresenta qualquer drama humano. Parece que somente será “[...] possível surgir um novo direito a partir da compreensão da complexidade, enfim, da multidimensionalidade que envolve todos os fenômenos da vida”. Trata-se do conhecimento do adequado método para a compreensão dos fenômenos humanos, próprio da dimensão jurídica (FAGÚNDEZ, 2003, p. 21-22).

Isso porque, segundo o pensador:

[...] o processo jurídico é uma imitação grosseira dos demais processos. O que se quer é encontrar solução para os graves problemas que atingem a humanidade. Porém, o enfrentamento das dificuldades humanas se dá de maneira fragmentada. Desde a Antiguidade o patriarcado rege a vida. Os valores masculinos se sobressaem. O exercício do poder está calcado no controle de tudo. O Direito estabelece a previsibilidade nas diferentes programações politicamente impostas nos diferentes pontos do planeta. (FAGÚNDEZ, 2003, p. 49).

Fagúndez (2004, p. 201; 2006, p. 11) sugere que o direito está em crise, em razão de seu próprio conceito tradicional, masculino e alicerçado em valores patriarcais, que funciona como um aparelho ideológico do Estado para veicular a ideologia das classes dominantes.

Para o pensador, o direito como instrumento ideológico cumpre a função de *infelicitação*, isto é, de não trazer a felicidade para a vida das pessoas. Além disso, ele também parece ser precursor dos valores do capitalismo, alijado da ideia de justiça social. O direito também é

percebido criticamente como elemento de controle social e de repressão: não promove a integração social, mas visa à punição das condutas negativas (FAGÚNDEZ, 2004, p. 213).

Diante dessas considerações, Fagúndez (2006, p. 23-28) sugere superar a crise do direito a partir de uma concepção de direito holístico – integral, que perceba o humano na sua totalidade. Para ele, o fenômeno jurídico é multifacetado e multidimensional. Por isso, o direito só pode ser compreendido de maneira holista: estudando os seus diferentes aspectos. Para exemplificar, o pensador afirma:

O paradigma holístico-complexo rompe com a visão mecanicista presente também no sistema jurídico. Não há apenas normas, fragmentos, células ou átomos dentro do sistema jurídico. Há relações, sentimentos, energia e matéria, razão e sensibilidade, no sistema jurídico que tem a pretensão de reger a vida (FAGÚNDEZ, 2006, p. 58).

O paradigma novo reconhece a instabilidade que caracteriza as relações humanas. O direito não pode ser visto apenas como um conjunto de normas. Assim como não podemos admitir que o corpo humano seja apenas um conjunto de órgãos (FAGÚNDEZ, 2006, p. 59).

É justamente a filosofia oriental (taoísmo) que parece permitir, segundo Fagúndez, a compreensão do fenômeno jurídico a partir de um novo princípio: o *Princípio Único Universal*, que possibilita a compreensão da realidade por meio da relatividade. Segundo o pensador, é um princípio que permite a percepção da vida como um todo, visto que constata em todos os elementos a presença das forças *yin-yang* que, ao mesmo tempo, são antagônicas e complementares. Em suma, um princípio que percebe a complexidade da vida e a multiplicidade das manifestações humanas (FAGÚNDEZ, 2004, p. 250-260).

Sobre o princípio supramencionado, Fagúndez entende que a Ordem do Universo é governada por sete aspectos, que constituem a lógica universal, são eles:

1. Tudo que tem começo tem um fim.
2. Tudo que tem uma face tem um dorso.
3. Quanto maior a face, maior o dorso.
4. Todo o antagonismo é complementar.
5. Movimento e repouso, face e dorso, são manifestações do yin (negativo) e yang (positivo).

6. Yin e yang são as classificações de toda polarização antagônico-complementar. São os dois braços (esquerdo e direito) do Universo.
7. O corpo da mãe do Universo relativo é infinito (FAGÚNDEZ, 2004, p. 261).

A compreensão do direito à luz do *Princípio Único Universal*, implica em perceber o direito não como mera aplicação de lei, mas como um todo ou um sistema mais humano e visto como um instrumento para a promoção da justiça (FAGÚNDEZ, 2004, p. 265-267).

Fagúndez também afirma que importa a noção ética para a compreensão multidimensional do direito: é a ética que contribui para a humanização da técnica jurídica, “[...] para a humanização do homem, enfim para que ele se reencontre com sua essência”. Essa ética, segundo o pensador, é uma “ética holística, contida numa ecologia profunda, que vê homens, animais e plantas numa convivência fraterna, porquanto se constituem em células do mesmo grande corpo universal” (FAGÚNDEZ, 2003, p. 27).

A ética holista proposta por Fagúndez (2003, p. 52-55) parece afirmar a necessidade do reconhecimento da interligação entre todos os fenômenos humanos e da natureza, considerando-os multidimensionais. Segundo essa ética, qualquer leitura do fenômeno jurídico deve transcender o aspecto jurídico, visto que podem existir questões sociais, além de outras implicações.

Para Fagúndez, significa pensar o direito de maneira holista e completa: “O ser humano do novo milênio terá de voltar-se para a solidariedade, sem o que a própria vida não tem sentido. Cada ser é apenas um e paradoxalmente é o todo, integrando um grande projeto universal” (FAGÚNDEZ, 2004, p. 277).

Diante disso, Fagúndez (2004, p. 280-283) afirma que a finalidade do Direito *deve ser* a promoção da felicidade coletiva, que é o bem-estar do corpo e da alma e da paz entre os humanos. Um novo Direito que se funda no antigo pensamento oriental taoísta, conforme Fagúndez (2004, p. 331) se vincula a uma doutrina existencialista da *natureza poética*. Dessa maneira, em virtude da conexão necessária entre os fenômenos, o direito é visto em sua conexão necessária com a vida, na qual os elementos estão, para Fagúndez, *umbilicalmente integrados*.

O novo direito proposto por Fagúndez (2004, 439-440), expressão do taoísmo, deve reconhecer a hipercomplexidade dos

fenômenos sociais e jurídicos que existem, vinculando-se mais à justiça do que às leis.

A partir dessa explanação da teoria do direito de Fagúndez, fundamentada na filosofia taoísta, é possível concluir que parece existir um fundamento essencialista no direito, em razão das seguintes crenças, apresentadas pelo pensador:

- a) a crença na essência;
- b) a crença na essência humana: a natureza humana e natureza universal;
- c) o fundamento holista e taoísta do direito;
- d) a crença num direito holista: direito integral que perceba o humano em sua totalidade;
- e) o direito como instrumento para a promoção da justiça; e
- f) o direito fundamentado numa ética holista: ideia de todos os seres, homens, animais e plantas em convivência fraterna, pois são partes de uma essência universal.

O direito holista e taoísta de Fagúndez fundamenta-se no *Princípio Único Universal*, ou seja, na natureza do humano e do próprio universo, do qual todos os seres fazem parte. Nesse sentido, o fundamento do direito taoísta, que tem por finalidade a justiça, é a própria essência humana e do universo, configurando-se num sistema essencialista. Em suma, o pensador acredita ser possível conhecer a essência.

2.2.6 Considerações finais acerca das teorias do novo essencialismo

A análise das teorias holistas de Goffredo Telles Júnior e Paulo Roney Ávila Fangúndez parece demonstrar que ambos apresentam um pensamento essencialista do direito, em razão da identificação do direito à justiça, à felicidade, etc., bem como pela fundamentação do direito na essência do universo.

Telles Júnior apresenta uma teoria do direito quântico que busca uma aproximação entre o direito e o conhecimento da Física. Segundo essa teoria essencialista, o direito nada mais é do que a ordenação quântica das sociedades humanas. São as conclusões possíveis de serem extraídas da teoria analisada:

- a) a crença na existência da essência dos fenômenos do mundo;
- b) a crença na essência humana como pertencente à essência do universo;

- c) aproximação entre a ordem jurídica e a ordem essencial do universo: entre leis ético-jurídicas e leis físicas;
- d) a ordem jurídica possui um fundamento quântico;
- e) o direito como a ordenação quântica das sociedades humanas;
- f) leis ético-jurídicas são elaboradas pelo ser humano para ordenar imperativamente o seu comportamento;
- g) o fundamento das leis ético-jurídicas é o direito natural;
- h) o direito legítimo é o direito natural, ao qual o pensador confere o nome de direito quântico;
- i) o direito é natural ou quântico: é legítimo porque sua fonte primária é a sociedade;
- j) o direito quântico liga o humano à sua natureza;
- k) afirma um sistema de direito positivo, mas o fundamento da positivação deve ser o direito natural (fundamento na natureza humana e no sistema ético vigente); e
- l) direito quântico é o direito natural (o único legítimo): é o direito que liga ou religa o homem na sua própria natureza.

Em resumo, se o direito quântico é o único legítimo e possui fundamento no direito natural (que liga o homem na sua própria natureza) e se a ordem jurídica é associada à ordem essencialista do universo, então a teoria de Telles Júnior fundamenta-se no postulado essencialista.

Por sua vez, Paulo Roney Ávila Fagúndez também parece apresentar uma teoria fundamentalmente essencialista, denominada *holismo*, que busca compreender o conhecimento jurídico a partir da filosofia oriental. Essa teoria parece conduzir às seguintes conclusões:

- a) a crença na essência;
- b) a crença na essência humana: a natureza humana e a natureza universal;
- c) o fundamento holista e taoísta do direito;
- d) a crença num direito holista: direito integral que perceba o humano em sua totalidade;
- e) o Direito só pode ser compreendido de maneira holista, porque é um fenômeno jurídico multidimensional;
- f) o direito como instrumento para a promoção da justiça; e
- g) o direito fundamentado numa ética holista: ideia de todos os seres, homens, animais e plantas em convivência fraterna, pois são partes de uma essência universal.

A análise de ambos os autores parece sustentar a existência de um Direito que se fundamenta no pressuposto essencialista: a) de que o

universo possui uma essência; (b) de que o ser humano possui uma essência; (c) de que a essência pode ser conhecida; (d) uma vez conhecida, a essência pode fundamentar um direito natural; e (e) o direito essencialista seria o mais justo e conduziria à felicidade.

2.3 As críticas ao essencialismo na teoria do direito

Na seção anterior, foi analisado o essencialismo na teoria do direito, em cinco principais correntes: (a) no jusnaturalismo teológico; (b) no jusnaturalismo racionalista; (c) no jusnaturalismo naturalista; (d) nas teorias dialético-materialistas; e (e) nas teorias holistas do direito.

Em resumo, apesar das diferenças constitutivas de cada uma das correntes, em comum, parece que todas sugeriram uma noção de *direito essencialista* (o direito decorre de uma essência), porque:

- a) o direito decorre da natureza: de Deus, do humano ou do mundo;
- b) o direito parece ser munido de valores morais;
- c) o direito é definido pela sua essência (matéria);
- d) o direito é imutável (ao menos para a maioria das teorias);
- e) o direito é universal; e
- f) o direito é inerente ao humano.

Necessário, nesta seção, a análise das críticas ao essencialismo oferecidas pela teoria do direito, a fim de analisar, sequencialmente, a possibilidade ou não de refutação do essencialismo enquanto fundamento para o direito e, conseqüentemente, para os direitos humanos.

Diante disso, analisarei as seguintes críticas ao essencialismo: (a) a crítica do positivismo jurídico, com a análise do pensamento de Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Tércio Sampaio Ferraz Júnior; e (b) o realismo jurídico, com a análise do pensamento de Enrique Haba e Alf Ross.

2.3.1 O positivismo jurídico

Este subitem será dedicado à análise do positivismo jurídico enquanto teoria crítica ao essencialismo presente nas correntes jusnaturalistas. Para realizar esta análise, opto por estudar três pensadores específicos, Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Tércio Sampaio Ferraz Júnior, fundamentais ao pensamento positivista.

Em resumo, o positivismo jurídico, dentro da teoria do direito, explica o fenômeno jurídico a partir da posituação das normas. O direito é definido pela sua forma, ou seja, como direito positivo posto pela autoridade normativa. Assim, independentemente do seu conteúdo, o direito é direito positivo, excluindo-se de sua análise todo o conteúdo moral e essencialista.

Segundo Hart, a expressão *positivismo jurídico* “designa a afirmação simples e que não necessariamente é verdade que as leis reproduzem certas exigências da moral ou as satisfaçam, embora de fato o tenham feito com certa frequência.” (2009, p. 240).

Para o positivismo jurídico, o direito não parece ser essencialista porque:

- a) o direito é direito positivo;
- b) o direito é definido pela forma;
- c) o fundamento do direito é a norma superior hierárquica; e
- d) o direito é mutável no tempo e no espaço, portanto histórico e não universal.

Nesse sentido, o fundamento de validade do direito não é a natureza ou natureza do homem, a razão ou Deus, como parece fazer crer o jusnaturalismo, mas a existência de uma norma superior válida na hierarquia das fontes do direito. Significa que o direito não é definido pela sua essência, mas pela sua forma. Nesse sentido, enquanto direito positivo, todo o direito é posto pelo Estado e é mutável no decorrer da história e limitado a espaços geográficos delimitados.

2.3.1.1 O positivismo em Hans Kelsen

Hans Kelsen, em sua teoria positivista ou normativista do direito, intitulada *teoria pura do direito*, sugere que toda a teoria do direito deve conhecer unicamente o seu próprio objeto: o direito. É pura¹⁸, no entender de Kelsen (2012, p. 1), porque propõe garantir um conhecimento dirigido apenas ao direito e excluir deste conhecimento

¹⁸ Kelsen parece buscar, para a sua Teoria Pura do Direito, segundo Warat (1983, p. 27), a determinação de princípios metodológicos que permitam a construção do direito enquanto objeto teórico, autônomo e sistemático. Warat explica que Kelsen pretende a autonomia da Ciência Jurídica, o que “[...] requer a sua libertação de todos os elementos que lhe são estranhos: a Ciência do Direito deve apenas pretender construir um conhecimento que tente responder às questões do ‘o que é’ e ‘como é’ o Direito, sem procurar explicitá-lo, transformá-lo, justificá-lo, nem o desqualificar a partir de pontos de vista que lhe são alheios. Esta é a exigência metodológica fundamental que nos define o sentido da idéia de pureza” (1983, p. 27).

tudo quanto não pertença ao seu objeto – os elementos que são estranhos à Ciência Jurídica, como a moral, a justiça, etc¹⁹.

O que é Direito²⁰? Expõe Kelsen que o Direito é uma ordem de conduta humana, isto é:

Uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.” (2012, p. 33).

O Direito não é uma simples ordem da conduta humana, ele é uma ordem social da conduta humana, que detém uma característica que lhe é própria – é uma ordem coativa, que rege condutas humanas indesejáveis com um ato de coação.

O que distingue o Direito, segundo Kelsen (2012, p. 35-37), das demais ordens sociais, é justamente a coação – a “circunstância de que o fato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a

¹⁹ Warat (1983, p. 28) afirma que, em Kelsen, a teoria jurídica preocupa-se somente com a análise do Direito positivo enquanto uma realidade normativa, desconsiderando quaisquer interesses políticos. Mais do que isso, entende que, em resumo, “a estratégia científica até aqui delineada, exige que o objeto de uma teoria jurídica pura refira-se exclusivamente ao Direito positivo com base em categorias próprias (normativas) que não sejam derivadas de outras disciplinas, nem se encontrem envoltas por juízos políticos, pretensões ideológicas, obscuridades metafísicas ou pseudo categorias descritivas” (1983, p. 32).

²⁰ A pergunta ‘o que é direito?’, para Hart (2009, 4 e 8), subsiste. Segundo expõe Hart, a obrigatoriedade, isto é, a ideia de que certos tipos de comportamentos humanos não são opcionais, é uma das mais marcantes características do direito. Além disso, afirma o pensador que “a candidata mais óbvia a ser utilizada desse mundo numa definição do direito é a família geral das *normas de comportamento*; entretanto, o conceito de norma, como já vimos, é tão desconcertante quanto a própria noção de direito, de modo que as definições do direito que comecem por identificar as leis como uma espécie de norma geralmente não fazem avançar muito nossa compreensão do próprio direito” (2009, p. 19). Diante disso, Hart (2009, p. 21) conclui que nenhum conceito de direito parece ser suficientemente conciso para ser aceito como uma definição satisfatória. Segundo ele, os “princípios subjacentes são muito diferentes uns dos outros e ao mesmo tempo demasiado fundamentais para permitir esse tipo de resolução”. Mais ainda, sustenta que o modelo de direito como conjunto de ordens coercitivas não reproduz, nos aspectos fundamentais, as principais características dos sistemas jurídicos (2009, p. 103).

vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física” (2012, p. 37).

Mais importante é que, conforme Kelsen (2012, p. 36), a sugestão de que o Direito é uma ordem coativa significa que suas normas estatuem “atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica”, mas não implica em que todos os casos de sua efetivação deva ser empregada a coação física.

Com relação ao direito, para Kelsen, somente a doutrina do jusnaturalismo – do direito natural – pressupõe uma essência do ser humano ou da natureza humana²¹, na medida em que o direito positivo apenas seria válido quando correspondesse ao direito natural e à natureza do ser humano. Segundo o pensador, para a corrente jusnaturalista:

Somente podem valer as normas do direito positivo conformes ao direito natural. E se a norma de um direito positivo apenas vale na medida em que corresponda ao direito natural, então o que vale na norma do direito positivo e apenas o direito natural. É esta efectivamente a consequência da doutrina jusnaturalista que, ao lado e por cima do direito positivo, afirma a validade de um direito natural e, ao proceder assim, vê neste direito natural o fundamento de validade do direito positivo. Isto, porém, significa que, de acordo com esta teoria, só o direito natural pode, na verdade, ser considerado válido e não o direito positivo *como tal* (KELSEN, 2009, p. 44).

A doutrina do direito natural é idealista e distingue o direito posto pelos humanos do direito ideal, natural, imutável, o qual é identificado com a justiça. Segundo Kelsen (2009, p. 102), trata-se de uma doutrina que percebe a natureza como a fonte da qual emanam as normas do direito ideal e justo. Nesse sentido, a natureza, em geral, e a natureza do homem, em particular, funcionam como autoridades normativas. Daí que as normas são imanentes à natureza e podem ser deduzidas da natureza. As normas de direito positivo, para essa doutrina, não são

²¹ Parece que é o postulado da pureza que fundamenta, em Kelsen, as condições de positividade da Ciência do Direito. “A Teoria Pura se nos apresenta, assim, como um programa para a elaboração de um saber jurídico autônomo e autossuficiente, um conhecimento baseado em uma análise metodologicamente imanente, que exclui a referência de fatores e saberes extra-jurídicos” (WARAT, 1983, p. 32). Segundo sugere Warat (1983, p. 59), é justamente a busca de um critério anti-metafísico de validade que constitui a diferença essencial entre o jusnaturalismo (teoria do direito natural) e o positivismo jurídico.

vistas como atos da vontade humana, mas como dadas anteriormente pela natureza. Essas normas, por sua essência, são invariáveis e imutáveis.

De maneira oposta à doutrina jusnaturalista, Kelsen sugere que não há direito natural. Segundo ele, não existe uma essência (a sua constituição interna) da natureza humana da qual surgem os direitos. Até porque, conforme entendeu Kelsen (2009, p. 50), existe um princípio lógico que preceitua que a validade de uma norma (dever ser) não pode ser fundamentada sobre um fato da ordem do ser.

Se Kelsen estiver correto, a doutrina do jusnaturalismo, que afirma poder deduzir normas da essência ou da natureza, assenta-se num erro lógico fundamental. Isso porque, para Kelsen, a natureza é um conjunto de fatos que estão ligados uns aos outros pelo princípio da causalidade: “é um ser; e de um ser não pode concluir-se um dever-ser, de um facto não pode concluir-se uma norma. Ao ser não pode estar imanente qualquer dever-ser, aos factos não podem ser imanentes quaisquer normas, nenhum valor pode ser imanente à realidade empírica.” (KELSEN, 2009, p. 103).

As normas de direito não podem advir da natureza. A natureza, no entender de Kelsen, é regida pelo princípio da causalidade. Já a ordem normativa é regida pelo princípio da imputação. As proposições jurídicas podem ser exemplificadas da seguinte maneira: “Se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena” (2012, p. 86).

Em outras palavras: se (a), então deve ser (b). Já segundo o princípio da causalidade: quando (a) é, (b) é. Nesse sentido, se Kelsen estiver correto, a ligação na proposição jurídica é produzida por meio de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica, enquanto que a ligação de causa e efeito advém da lei natural.

Afirmou Kelsen: se, por natureza devemos entender a realidade empírica, e por natureza do homem, a sua conduta efetiva, então a doutrina do direito natural recai num erro lógico fundamental quando afirma que pode deduzir normas da natureza. Isto é:

Com efeito, esta natureza é um conjunto de factos que estão ligados uns aos outros segundo o princípio da causalidade, isto é, como causa e efeito – é um ser; e um de um ser não pode concluir-se um deve-ser, de um facto não pode concluir-se uma norma. Ao ser não pode estar imanente qualquer dever-ser, aos factos não podem ser imanentes quaisquer normas, nenhum valor pode ser imanente à realidade empírica.

Só quando confrontamos o ser com um dever-ser, os factos com as normas, é que podemos apreciar aqueles por estas e julgá-los como conformes às normas, isto é, como bons, como justos, ou como contrários às normas, quer dizer, como maus, como injustos.

Só assim poderemos valorar a realidade, isto é, qualifica-la como valiosa ou desvaliosa. Quem julgue encontrar, descobrir ou reconhecer normas nos factos, valores na realidade, engana-se a si próprio.

Com efeito, quem assim proceda tem de – consciente ou inconscientemente – projectar sobre a realidade dos factos as normas constitutivas dos valores por ele de qualquer maneira pressupostas, para depois as poder deduzir desta mesma realidade. Realidade e valor pertencem a domínios distintos (2009, p. 102-103).

Além disso, segundo Kelsen, a natureza não é imutável para justificar um direito natural imutável. Conforme ele afirmou, a natureza é um acontecer fático e se encontra em perpétua mutação – o ser da natureza é um devir. Nesse sentido, as normas imutáveis de um direito natural apenas poderiam consistir na regularidade observável do acontecer fático natural. Diante disso, quando a doutrina do direito natural “deduz da natureza normas imutáveis da conduta justa (*recta*), o que ela faz é transformar regras do ser em normas do dever-ser e produzir, assim, a ilusão de um valor imanente à realidade” (KELSEN, 2009, p. 104).

A concepção da ligação entre valor e realidade, ou seja, de que o valor é imanente à realidade, tem origem metafísico-religiosa e radica na noção de que uma autoridade transcendental – Deus – criou a natureza e, justamente por isso, a ela se incorpora um valor moral absoluto. Nessa esteira, se a natureza foi criada por um Deus justo, deduz-se que as normas da natureza formulam um direito também justo (KELSEN, 2009, p. 104).

Para Kelsen, se direito é o direito positivo, ele não é a essência natural, mas uma norma posta pelo Estado. Assim, o que transforma um fato num ato jurídico, lícito ou ilícito, não é a sua facticidade ou o seu ser natural – o seu ser determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza –, mas o sentido objetivo ligado ao ato, isto é, a significação que ele possui. Conforme sugere Kelsen:

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. [...] A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma (KELSEN, 2012, p. 4).

Segundo o positivismo (ou normativismo de Kelsen), o direito é uma ordem de coação, posto pelo Estado – pelo ser humano – e não advém de um núcleo imutável, natural e essencial. Desse fato é que, conforme o entendimento de Kelsen, as normas legisladas pelo ser humano – e não por uma autoridade supra-humana – constituem valores relativos e nunca absolutos.

Nesse sentido, se Kelsen (2012, p. 19) estiver correto, a vigência de uma norma que prescreva uma determinada conduta como obrigatória, assim como o valor por ela constituído, não exclui a possibilidade de vigência de outra norma que prescreva uma conduta contrária e que constitua um valor contrário.

Diante dessa argumentação, parece que, para Kelsen (2012, p. 19-20), somente se houvesse uma norma constitutiva de determinado valor e que prescrevesse determinada conduta como procedente de uma autoridade supra-humana, de Deus ou de outra essência é que o valor por ela estatuído seria absoluto e imutável. Mais do que isso, segundo Kelsen:

Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta, mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos da valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos (KELSEN, 2012, p. 76).

Kelsen (2009, p. 109) objeta a possibilidade de se fundar o direito natural em uma suposta natureza específica do humano – uma natureza que é encontrada nas tendências do humano com relação à inclinações e instintos (pulsões) e também nas razões e sentimentos.

Mais do que isso, o pensador afirma uma objeção a todo o direito natural, que reside no fato de não podermos derivar um ser de um dever-ser, visto que fatos não podem ser deduzidos de quaisquer normas. Além disso, com relação à conduta do homem, não pode ser deduzida dessa natureza real (da condução humana) qual seja a conduta ideal do homem. Assim, se da natureza “real do homem se conclui para normas às quais esta natureza real corresponde, uma tal conclusão não só é logicamente falsa como conduz ainda a resultados praticamente impossíveis” (2009, p. 109). Ademais, segundo Kelsen, não existe uma natureza imutável do homem, motivo pelo qual também não deve haver um direito natural deduzido de tal natureza e imutável (2009, p. 135).

Importante salientar que, uma vez que não se consegue, como propõe a doutrina do direito natural, formular normas de conduta válidas de maneira geral e imutáveis, busca-se estabelecer a ideia de um direito natural variável, contra a qual Kelsen também objeta. Segundo ele:

Contra a teoria de um direito natural variável vale desde logo a mesma objeção que se formula contra a teoria de um direito natural invariável: que, de uma natureza humana variável, tal como de uma natureza humana invariável, enquanto factos, nenhuma norma pode ser deduzida, que as regras variáveis do ser da conduta social do homem, tão-pouco como as leis naturais invariáveis, podem ser transformadas em regras de dever-ser. Se a natureza do homem não é invariável, se dela não podem ser deduzidas quaisquer normas invariáveis – ou até qualquer normas, pura e simplesmente – sobre a conduta recta, não pode haver um direito natural que possa servir como critério de medida firme, absoluto, para a apreciação ou valoração do direito positivo, mas terão de existir diferentes direitos naturais, possivelmente contraditórios entre si, ou seja, normas de justiça que apenas constituem valores relativos. Ora este é justamente o ponto de vista do positivismo relativista. A teoria de que não existe um direito natural imutável, mas apenas um direito natural variável não pode contrapor-se, como pretende, a este positivismo relativista; pois,

abandonando a ideia de justiça absoluta e, conseqüentemente, negando-se a si própria enquanto doutrina do direito natural, coloca-se no plano deste positivismo (2009, p. 135-136).

A conclusão de Kelsen (2009, p. 50) é a seguinte: o fundamento de validade de uma norma positiva não é a natureza ou o direito natural, mas a norma superior pressuposta como objetivamente válida e que opera a fundamentação de validade da norma inferior em razão de legitimar o ato que põe esta norma.

Sobre a objeção de que sua teoria jurídica é jusnaturalista por ver o fundamento de validade do direito positivo na norma fundamental – numa norma que se situa fora do direito positivo –, Kelsen responde que a norma fundamental determina somente o fundamento de validade e não o conteúdo de validade do direito positivo. A norma fundamental não é uma norma de justiça.

Por isso, o autor sugere que o direito positivo é uma ordem coativa criada pela via legislativa ou consuetudinária “[...] e globalmente eficaz, nunca pode estar em contradição com a sua norma fundamental, ao passo que esta mesma ordem pode muito bem estar em contradição com o direito natural, que se apesenta com a pretensão de ser o direito justo” (2009, p. 152). Sobre o tema, o autor afirma:

A justiça é o problema central de toda a sua filosofia. É para solucionar este problema de ele [Platão] desenvolve a famosa Teoria das Ideias. As ideias são essências transcendentais que existem num outro mundo, num mundo diferente do perceptível pelos nossos sentidos. Elas são inacessíveis ao homem, prisioneiro dos mesmos sentidos. Elas representam no essencial valores que devem, na verdade, ser realizados no mundo dos sentidos, mas que jamais podem ser aí plenamente realizados. A ideia principal, aquela à qual todas as outras ideias se subordinam e da qual todas retiram a sua validade, é a ideia do Bem absoluto; e esta ideia desempenha na filosofia de Platão o mesmo papel que a ideia de Deus na teologia de qualquer religião (KELSEN, 2009, p. 94-95).

Do ponto de vista do conhecimento científico, Kelsen (2009, p. 100) rejeita o pressuposto de uma essência transcendente e, com isso, a existência de valores absolutos que fundamentam o direito.

A doutrina jusnaturalista, que afirma a possibilidade de deduzir normas da essência do ser humano, parece ser uma doutrina de fundamentação ilusória. Para Kelsen:

[...] usos e costumes, porém, são demasiado diferentes nos diversos tempos e lugares para que se possa falar de uma conduta natural, no sentido de uma conduta normal dos homens *in genere*. Mas, ainda que fosse possível averiguar uma tal regularidade da conduta humana, isto é, uma regra ou regras segundo as quais s homens efectivamente se conduzem, sempre e em toda parte (tal como os corpos metálicos se dilatam sob a acção do calor, sempre e em toda a parte), não seria lícito derivar de tais regras do ser quaisquer regras de dever-ser, quaisquer normas, não poderia o que é <<normal>> no sentido do ser valor como <<normal>> no sentido do dever-ser. (KELSEN, 2009, p. 114).

As normas que foram legisladas pelos homens, como o Direito e os Direitos Humanos, e não por uma autoridade supra-humana, constituem, valores relativos, nunca absolutos. Conforme explicou o autor, a vigência de uma tal norma com valor relativo constituído, que prescreva uma conduta como obrigatória, não exclui a possibilidade de vigência de uma outra norma que prescreve a conduta oposta e constitua um oposto valor relativo. Para o autor, ainda que possamos considerar como válida qualquer uma das duas, não podemos considerá-las válidas ao mesmo tempo dentro de uma única ordem (a exemplo da soberania de um Estado para legislar em seu território) (KELSEN, 2012, p. 19).

Kelsen (2012, p. 20) afirma que, quando se representa uma norma constitutiva de certo valor relativo, que prescreve determinada conduta como procedente de uma autoridade supra-humana, como Deus ou a natureza (criada por Deus), essa norma se apresenta “com a pretensão de excluir a possibilidade de vigência (validade) de uma norma que prescreva a conduta oposta”. Tal norma supra-humana qualifica o valor por ela constituído como absoluto, em contraposição ao valor relativo constituído por uma norma legislada pela vontade humana.

É justamente a exigência da separação entre o Direito e a Moral²² que significa a também exigência da independência da ordem jurídica

²² Hart (2009, p. 239) supõe que existam diferentes relações entre o direito e a moral e que não se pode negar que o desenvolvimento do direito se influenciou pela moral, em todos os tempos e lugares. “Mas é possível compreender erroneamente essa verdade, vendo-a como autorização para uma afirmação diferente: a de que um sistema jurídico deva

positiva com relação à Moral absoluta e única. Se pressupor somente a existência de valores morais relativos, então a “exigência de que o Direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral dentre os vários sistemas morais possíveis” (KELSEN, 2012, p. 75).

Nesse sentido, se a validade de uma norma do direito positivo independe da validade de uma norma moral da justiça, estamos sob a égide do positivismo jurídico (KELSEN, 2009, p. 47).

A necessidade de distinção entre Direito e Moral, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, significa que a ordem jurídica pode ser valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, tendo por base um dos vários sistemas de Moral, mas nunca com relação a uma Moral absoluta. Assim, a “validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral” (KELSEN, 2012, p. 75-76).

Para Kelsen (2009, p. 134), ainda é prova da inexistência do direito natural essencial a contradição dos teóricos jusnaturalistas. Todos pressupõe um direito natural imutável, mas afirmam, por vezes, direitos diferentes e contraditórios entre si. Há doutrinas jusnaturalistas diferentes e contraditórias entre si.

Ficam em apuros com o relativismo, no entender de Kelsen (2009, p. 150), aqueles que não querem tomar a responsabilidade e deixam a escolha das normas a cargo de Deus, da natureza ou da razão, voltando-se para o direito natural. Contudo, no que tange às escolhas das diferentes doutrinas de direito natural, as respostas são tão variadas quanto as do positivismo relativista. O problema está no fato de que as doutrinas do *jusnaturalismo*, como o próprio discurso tradicional e ocidental dos Direitos Humanos, concedem ao indivíduo a ilusão de que a norma da justiça provém de uma autoridade supra-humana, como a natureza, dotada de validade absoluta, excluindo-se a possível validade de uma norma provinda de uma autoridade humana.

necessariamente mostrar alguma conformidade específica com a moral ou a justiça, ou basear-se *obrigatoriamente* numa convicção amplamente difundida de que existe a obrigação moral de obedecer à lei. Mais uma vez, embora essa afirmação possa ser verdadeira em certo sentido, isso não significa que os critérios de validade jurídica das leis específicas usadas num sistema jurídico devam necessariamente incluir, expressa ou mesmo tacitamente, uma referência à moral ou à justiça” (2009, p. 239-240). O pensador afirma, ademais, que o direito de “todos os Estados modernos mostra em inúmeros pontos a influência tanto da moral social aceita quanto de ideias marais mais abrangentes. Essas influências ingressam no direito quer abrupta e explicitamente, através da legislação, quer silenciosamente e pouco a pouco, através do processo judicial” (2009, p. 263).

Diante disso, é possível concluir que Kelsen, em resumo, critica os seguintes fundamentos do jusnaturalismo (e do essencialismo):

- a) contra o direito natural, afirma que o direito é positivo;
- b) direito não é natural: não decorre da natureza ou da natureza humana;
- c) critica a doutrina do jusnaturalismo, que afirma poder deduzir normas da essência ou da natureza; e,
- d) afirma que normas de direito constituem valores relativos e não absolutos (universais e inerentes).

Dessa maneira, Kelsen critica os fundamentos essencialistas, presentes principalmente no jusnaturalismo, teoria contra a qual o pensador dirige sua crítica, e sugere um direito não essencialista, isto é, que não se fundamenta numa essência. Para Kelsen, o direito é positivo, ou seja, uma ordem coativa criada pela via legislativa ou consuetudinária que tem como fundamento de validade a norma superior hierárquica. Esse direito é mutável, por conseguinte, temporal e geograficamente.

2.3.1.2 O positivismo em Norberto Bobbio

O filósofo político e jurídico Norberto Bobbio (1996, p. 15) sugere que o positivismo jurídico não deriva do positivismo em sentido filosófico, muito embora alguns positivistas jurídicos também tenham sido positivistas filosóficos. Segundo Bobbio, o positivismo jurídico nasce enquanto locução contraposta ao direito natural: a ideia de um direito convencional contraposto à ideia do direito natural.

Conforme sua exposição, a dicotomia entre o direito natural e o direito positivo esteve presente em variados momentos históricos, como nos textos de Platão, de Aristóteles, de escritores medievais como Santo Tomás, e no pensamento jusnaturalista de Hugo Grócio, dentre outros (BOBBIO, 1996).

Em geral, Bobbio indica que podemos compreender a diferença entre o direito positivo e o direito natural, em seis critérios de distinção:

- a) o primeiro se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. – 1ª definição);
- b) o segundo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst. – 2ª

definição –, Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo;

c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. – 1ª definição –, Grócio);

d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-volutas* (Glück): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossas razões. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vedado) (Aristóteles, Grócio);

f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil. (BOBBIO, 1996, p. 22-23).

O positivismo, se Bobbio estiver correto, é uma doutrina que pressupõe a inexistência de outro direito senão o positivo. De acordo com essa doutrina, o direito positivo é direito e o direito natural não é direito. Nas palavras de Bobbio:

[...] o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando o ‘direito positivo’ e o ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a

ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo 'positivo' ao termo 'direito' torna-se um pleonasma [...] (BOBBIO, 1996, p. 26).

Contraposta ao positivismo, o jusnaturalismo é a doutrina jurídica pela qual o direito deriva da natureza – do estado de natureza ou da natureza do ser humano. Esse direito natural esteve presente nas formulações jusnaturalistas do século XVIII, como a Constituição americana e as Constituições da Revolução Francesa (BOBBIO, 1996, p. 42).

Bobbio (1996, p. 45-48) sugere que o positivismo jurídico nasceu das concepções anti-racionalistas do século XIX, principalmente do historicismo, que buscou dessacralizar o direito natural e os mitos jusnaturalistas do estado de natureza, da lei natural, etc.

O historicismo, segundo Bobbio (1996, p. 46-48) posicionou-se contra o essencialismo racionalista e contra a ideia da existência de um direito universal, imutável e deduzido pela razão, tendo considerado o ser humano em sua individualidade e não numa humanidade abstrata, tal como pressuporia o racionalismo. Diante disso, o historicismo criticou a ideia da existência de um homem imutável (a essência humana), pressuposta pelo racionalismo jusnaturalista, e afirmou que existem homens diversos.

Da crítica à existência da essência humana e ao direito natural, surge o positivismo enquanto doutrina segundo a qual somente o direito positivo pode ser considerado direito. O positivismo jurídico apresenta alguns pressupostos importantes:

- a) vê o direito como um fato: direito é um fato jurídico e não um valor, distanciando-se do jusnaturalismo e da ideia essencialista;
- b) com relação à definição do direito, o juspositivismo define o direito em função do elemento coação;
- c) percebe que a legislação é a fonte primordial do direito;
- d) afirma a imperatividade do direito;

- e) percebe que o ordenamento jurídico é coerente;
- f) pressupõe que o ordenamento jurídico é completo, excluindo possíveis lacunas no direito;
- g) sustenta a teoria da interpretação mecanicista, fazendo prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo na atividade do jurista; e
- h) afirma a teoria da obediência, sintetizada pelo aforismo *lei é lei* e deve ser cumprida (BOBBIO, 1996, p. 133).

Para o jusnaturalismo uma norma é válida somente se for valorosa (justa), uma vez que identifica o conceito de validade ao conceito de valor e questiona a existência da essência da justiça. De maneira diversa, para o positivismo, o que importa é a norma ter sido positivada pela autoridade jurídica, tornando-se ela direito. O direito positivo, definido pela coação, não é um valor, mas um fato jurídico. Diante disso, retira-se do direito qualquer elemento moral, como a justiça, ou elemento essencialista, como a vinculação do direito à Deus, à natureza ou à natureza do humano.

Com relação às fontes do direito, o positivismo afirma que o direito não é natural, nem decorre da natureza em geral ou da natureza humana, mas que as normas do direito são válidas serem produzidas por uma fonte autorizada (BOBBIO, 1996, p. 161).

Segundo o entendimento de Bobbio (1996, p. 177), que diz remontar à Hume, o direito não deriva da natureza das coisas em razão, em razão de ser ilusória a convicção de se poder extrair uma convicção ou constatação de certa realidade, isto é, extrair um juízo de valor de um juízo de fato. Bobbio faz uma leitura específica de Hume e sugere uma identificação valorativa do *bom* ao *natural* e, com isso, da naturalização de valores, transitando-se do natural ao moral ou, do *ser* ao *dever*, o chamado *the is-ought problem*. Se essa interpretação de Bobbio estiver correta, o direito não pode ser natural porque não pode derivar da natureza ou da natureza do humano.

Diante disso, a crítica de Bobbio ao jusnaturalismo e ao essencialismo, a partir do positivismo jurídico, situa-se nos seguintes argumentos:

- a) contra a ideia do direito como um valor (essencialista), Bobbio afirma que o direito é um fato jurídico;

- b) contra a ideia de que o direito é natural (decorre da natureza ou da natureza humana), Bobbio afirma que as normas do direito não se fundamentam na natureza, mas fundamentam-se por terem sido produzidas por uma fonte autorizada;
- c) por serem produzidas por uma autoridade normativa, as normas do direito não são universais e imutáveis; e
- d) as normas do direito não podem derivar da natureza em razão da chamada falácia naturalista: para Bobbio, é ilusória a convicção da possibilidade de extrair juízo de valor de um juízo de fato, visto que o *é* e o *dever ser* são de naturezas distintas.

Bobbio, em resumo, exclui o essencialismo do direito ao afirmar que o direito não precisa ser justo. O direito não é definido pelo seu conteúdo – por estar vinculado às questões essencialistas, como a justiça. O direito positivo, segundo Bobbio, é definido pela sua forma, produzido por uma fonte autorizada e mutável no tempo e espaço geográfico.

2.3.1.3 O positivismo em Tércio Sampaio Ferraz Júnior²³

O jusfilósofo positivista brasileiro Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1977) questiona as dificuldades da investigação dos fundamentos epistemológicos da Ciência do Direito. Ele efetua uma análise do fenômeno jurídico e o concebe como um sistema de comunicação que se desenvolve por meio das normas positivadas, além de sugerir que o comportamento humano caracteriza-se pela comunicação.

Ferraz Júnior percebe a Ciência do Direito como um pensamento tecnológico que dogmatiza²⁴ os pontos de partida, com a dogmática

²³ O estudo sobre Tércio Sampaio Ferraz Júnior se baseou no livro *Conhecer direito II* (2013), publicado em coautoria com Horácio Wanderlei Rodrigues e Luana Renostro Heinen. O estudo também se baseou no artigo *Fundamentos epistemológicos da ciência do direito em Tércio Sampaio Ferraz Júnior: a questão da cientificidade do modelo de decidibilidade*, publicado em coautoria com o Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues, na *Revista Opinião Jurídica* (2012) e disponível em: <http://www.faculdadechristus.com.br/downloads/opinioa_juridica/revista_opinioa_juridica_14_edt.pdf>.

²⁴ Segundo Ferraz Júnior, o surgimento da dogmática jurídica remonta ao século XIX, mas à herança sistemática e exegética, foi acrescentada a perspectiva histórica e social, dando origem à dogmática moderna. Além disso, “Não resta dúvida de que, nos últimos anos, a dogmática jurídica enfrentou uma crise declarada em relação às exigências políticas sociais e econômicas de nosso tempo. A princípio, ela se limitava a um posicionamento do jurista perante uma atitude profissional, que o obrigava a uma especialização constante, dado o tipo de formação recebida na sua universidade. A questão, então, era somente de uma

jurídica, e apenas problematiza a sua aplicabilidade (das normas positivadas) na solução de conflitos sociais. O Direito é percebido como um sistema de controle, caracterizado pela sua positivação. Se esse argumento estiver correto e, se for correto afirmar que o pensador não questiona as normas positivadas, mas somente a sua aplicabilidade, então é possível considerar o pensamento de Ferraz Júnior como positivista do direito.

A respeito da existência de uma Ciência do Direito autônoma, Ferraz Júnior (1977) sugere que ela deve ser entendida como o sistema de conhecimentos sobre a realidade jurídica. Segundo ele:

A ciência é constituída de um conjunto de enunciados que visa transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá. Estes enunciados são, pois, basicamente, *constatações*. [...] a ciência é constituída de enunciados que completam e refinam as constatações da linguagem comum. Daí a diferencia geralmente estabelecida entre o chamado conhecimento vulgar (constatações da linguagem cotidiana) e o conhecimento científico que procura dar às suas constatações um caráter estritamente designativo ou descritivo, genérico, mais bem comprovado e sistematizado (FERRAZ JÚNIOR, 1980a, p. 10). Embora haja um acordo em classificar a Ciência do Direito entre as ciências humanas, surgem aí debates entre as diversas epistemologias jurídicas sobre a existência ou não de uma ciência exclusiva do Direito, havendo aqueles que preferem vê-la como uma simples técnica ou arte, tomando a ciência propriamente dita do Direito como uma parte da Sociologia, ou da Psicologia,

correção nas linhas do ensino e de adaptação às necessidades sociais emergentes. Hoje, porém, a crise chega até os fundamentos, ao seu potencial argumentativo, às sua práxis decisória, aos respectivos resultados produzidos consciente ou inconscientemente e aos conteúdos de formação profissional. Em contraposição, nasce uma exigência crescente de conhecimento adequado da situação social do sistema jurídico e de sua práxis, com todas as suas consequências. Nesse sentido, as tentativas de adequação vêm tomando conta da Epistemologia jurídica já há mais de quarenta anos.” (1984, p. 66). Trata-se de uma modificação da dogmática que ultrapassa o plano da exegética e se impõe no que concerne à participação da dogmática no desenvolvimento da sociedade. Quer dizer, isso significa uma proposição de novas bases para a reflexão da função da dogmática e o seu conceito. O que não pode acontecer é de se preocupar demais com a questão dos conceitos, no entender de Ferraz Júnior, fazendo com que a dogmática se distancie progressivamente da sociedade e da realidade.

ou da História, ou da Etnologia etc., ou de todas elas no seu conjunto. (1980a, p. 9-10).

Na verdade, esta possibilidade de fundar-se a Ciência do Direito nunca chegou a realizar-se. [...] A tentação, por sua vez, ao evitar-se, o rígido ‘formalismo’, de fazer da Ciência do Direito uma ciência empírica, nos moldes da Sociologia ou da Psicologia, também não chegou a consagrar-se. Alguma coisa do ‘formalismo’ ficou, ao menos no que se refere à especificidade do seu trato dos problemas. O epíteto ‘ciência *dogmática*’ quer, assim, significar algo peculiar. (1980a, p. 13-14).

O fenômeno da positivação²⁵ do Direito, para Ferraz Júnior, estabeleceu a dimensão da moderna Ciência do Direito, entendida como uma Ciência que envolve necessariamente o ser humano. Em razão disso, parece que o objeto da Ciência do Direito não é somente o direito positivo, mas os processos decisórios posteriores à norma, entendidos pelo autor como o problema da decidibilidade. Esse problema pode ser posto da seguinte maneira:

Ao contrário, os enunciados da ciência jurídica têm sua validade dependente da sua relevância prática. Embora não seja possível deduzir deles as regras de decisão, é sempre possível encará-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão. (1980a, p. 44)

Sendo a ciência jurídica um pensamento tecnológico, por estar ligada ao fazer e à realização de uma proposta, não diz o que *é o direito* em tal circunstância, época ou lugar, mas que, assumindo-se que o direito em certas situações se proponha a resolver tais conflitos, então *deve ser* compreendido desta e não daquela maneira. Assim sendo, o *dever ser* das proposições da ciência jurídica dá-lhe o caráter

²⁵ A positivação é um fenômeno que atribui validade ao Direito (à norma). Tendo surgido no século XIX, hoje em dia, ele garante a validade do direito em razão de uma decisão, sendo que somente por meio de uma nova decisão essa validade pode ser revogada. Segundo Ferraz Júnior, a “[...] principal característica do direito positivado é que ele se liberta de parâmetros imutáveis ou longamente duradouros, de premissas materialmente invariáveis e, por assim dizer, institucionaliza a mudança e a adaptação mediante procedimentos complexos e altamente móveis. Assim, o direito positivado é um direito que pode ser mudado por decisão, o que gera, se dúvida, certa insegurança com respeito a verdades e princípios reconhecidos, alcançados então, para um segundo plano, embora, por outro lado, signifique uma condição importante para melhor adequação do direito à realidade em rápida mutação, como é a de nossos dias.” (FERRAZ JÚNIOR, 1980a, p. 41)

criptonormativo, isto é, faz dela uma teoria com função de solucionar uma perturbação social. (DINIZ, 1988, p. 181)

Por ter como objeto a questão da decidibilidade, a Ciência do Direito, sugere Ferraz Júnior (1984, p. 71), manifesta-se como um pensamento tecnológico: existe uma dogmatização das normas positivadas (dogmática jurídica), mas uma problematização da aplicação dessas normas para a solução de conflitos (zetética jurídica). Dogmatizar as normas positivas ou partir de dogmas, para Ferraz Júnior, significa que “não posso coloca-los para fora – eu não posso esquecer que existe a Lei, por exemplo. Aí entra um princípio chamado legalidade, que não me deixa fazer diferente” (2005, p. 100). Segundo o pensador analisado: [...] ‘dogmáticas’ são tipicamente tecnológicas. Neste sentido, elas têm uma função diretiva explícita. Pois a situação nelas captada é configurada como um dever-ser. Questões desse tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação. De modo geral, as questões jurídicas são ‘dogmáticas’, sendo sempre restritivas (finitas) e, neste sentido, ‘positivistas’ (de positividade). As questões jurídicas não se reduzem, entretanto, às ‘dogmáticas’, à medida que as opiniões postas fora de dúvida – os dogmas – podem ser submetidas a um processo de questionamento, mediante o qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas, procurando-se, através do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação. O jurista revela-se, assim, não só como o especialista em questões ‘dogmáticas’, mas também em questões ‘zetéticas’. (1980a, p. 46)

Apesar da característica zetética, parece que a Ciência do Direito, para Ferraz Júnior, está vinculada à dogmática²⁶ jurídica:

²⁶ No que tange propriamente à dogmática, Ferraz Júnior (2005, p. 73) afirma que a sua ideia surgiu na Idade Média, mas somente no âmbito do conhecimento do Direito e da Teologia que ela persistiu. Quer dizer, como o saber jurídico é um saber “[...] voltado a criar condições para a decisão, é eminentemente doutrinário. Embora também se use a ‘teoria jurídica’, uma expressão que ganha foro no final do século XX, a palavra forte é doutrina, assim como na Teologia. [...] A dogmática jurídica que nós temos hoje não perde isso, é uma ciência para confirmar, que recebe os textos e procura racionalmente torná-los utilizáveis, gozadores de autoridade e fundamento.” (2005, p. 78). A dogmática aparece, então, juntamente com o fenômeno da posituação do Direito (1984, p. 65). Nesse sentido, a ideia mais desesperadora, segundo Ferraz Júnior (2005, p. 78), é a possibilidade de um

Ela é, a nosso ver, uma instância instrumental de viabilização do Direito, na medida em que atua como veículo de alta abstração capaz de proporcionar uma congruência estável entre os mecanismos de controle social, mesmo quando, aparentemente, eles não se afinam. Neste sentido, ela viabiliza as condições do juridicamente possível. A Dogmática não se confunde com o Direito, nem com as expectativas normativas, nem com instituições, nem com valores. Ela os atravessa todos diagonalmente, possibilitando uma identificação do Direito contra as incongruências de fato. (FERRAZ JÚNIOR, 1980b, p. 117)

Ao lado da dogmática, o autor salienta a importância da zetética, ou seja, do processo de questionamento ao qual pode ser submetido o conhecimento produzido pela Ciência Jurídica, para identificar a sua justificação e fundamentação. Essa questão é assim explicada:

Sendo a ciência jurídica um pensamento tecnológico, por estar ligada ao fazer e à realização de uma proposta, não diz o que *é o direito* em tal circunstância, época ou lugar, mas que, assumindo-se que o direito em certas situações se proponha a resolver tais conflitos, então *deve ser* compreendido desta e não daquela maneira. Assim sendo, o *dever ser* das proposições da ciência jurídica dá-lhe o caráter *criptonormativo*, isto é, faz dela uma teoria com função de solucionar uma perturbação social. (DINIZ, 1988, p. 181)

O problema central da contemporânea Ciência do Direito, conforme os argumentos de Ferraz Júnior, parece ser a decidibilidade dos conflitos. É uma Ciência positiva e dogmática que se baseia na aceitação e dogmatização de suas premissas (as normas positivas), para obedecer a uma razão técnica, que é possibilitar uma decisão com base no Direito. Dessa forma, parece que, com relação ao campo teórico da Ciência do Direito, o pensador entende que o Direito é caracterizado pelo fenômeno da positivação.

Posteriormente à positivação, as normas devem ser filtradas por meio de processos decisórios – o problema da decidibilidade. Existe,

para Ferraz Júnior (1980a, p. 68), um postulado segundo o qual não há norma sem interpretação ou toda a norma pode ser interpretada. E essa atribuição de sentido, para o autor, se funda num juízo de aceitabilidade do enunciado normativo. Em razão disso, para o pensador, surge o problema da busca um critério para a autêntica interpretação. “A pergunta é: Qual o paradigma para se reconhecer que uma interpretação do texto da lei é autêntica? A resposta envolve a possibilidade de um *sentido* último e determinante” (1980a, p. 69-70).

Sobre o assunto tratado no parágrafo anterior, se a interpretação jurídica requer a fixação de, ao menos um ato doador de sentido, um dos pressupostos da hermenêutica do direito é o caráter dogmático do seu ponto de partida. De fato, importa que “[...] a interpretação jurídica tenha sempre um ponto de partida tomado como indiscutível” (FERRAZ JÚNIOR, 1980a, p. 73), pois é justamente esse ponto de partida que impede que a interpretação recue ao infinito.

A hermenêutica, para Ferraz Júnior, parece apresentar o caráter objetivo do dogma (positivismo jurídico), que não pode ser contestado, e o caráter subjetivo da liberdade – caráter deontológico e normativo da interpretação. Nesse sentido, se a decidibilidade é o problema da Ciência Jurídica, então a hermenêutica objetiva a criação das condições para a resolução dos eventuais conflitos com o mínimo de perturbação social. Nesse sentido é que o pensador afirma um modelo tecnológico do Direito, voltado para a decidibilidade normativa dos conflitos.

Em resumo, para Ferraz Júnior, a “ciência jurídica como teoria da decisão capta, assim, o problema da decidibilidade dos conflitos sociais como uma intervenção contínua do Direito na convivência humana, vista como um sistema de conflitos intermitentes.” (1980a, p. 98).

Segundo Ferraz Júnior (1980a, p. 100-101), é incipiente o desenvolvimento de um sistema teórico que perceba o direito como um sistema de controle do comportamento, vinculado à decidibilidade. Para isso, necessária uma reinvenção da noção de sistema jurídico, que abarque o conjunto de normas e instituições, além do fenômeno de partes em comunicação.

Percebendo o Direito como um sistema de controle, o que o pensador faz é questionar como exercer o controle: a Ciência Jurídica não deve ser vista como uma ciência sobre a decisão, mas uma ciência para a obtenção das decisões (caráter criptonormativo) (FERRAZ JÚNIOR, 1977, p. 15-29).

Diante disso, é possível afirmar que Ferraz Júnior afirma os seguintes postulados do positivismo, contra o essencialismo do direito natural:

- a) a Ciência Jurídica é a dogmática jurídica;
- b) o direito é direito positivo;
- c) não se questiona a dogmática jurídica e o direito positivo, mas apenas como interpretar o direito para a decidibilidade dos conflitos.

Ao considerar a positivação como o fenômeno que caracteriza o Direito, Ferraz Júnior concretiza a concepção de ciência jurídica como ciência dogmática. Para o pensador, a Ciência Jurídica deve ser dogmática, isto é, aceitar os pontos de partida, em função de uma razão técnica, que é possibilitar a decisão com base no Direito.

2.3.2 Considerações finais acerca das teorias positivistas

A análise das teorias positivistas de Kelsen, Bobbio e Ferraz Júnior parece conduzir a algumas conclusões principais que serão apontadas, principalmente a crítica ao essencialismo presente nas teorias jusnaturalistas.

Hans Kelsen criou a doutrina normativista do Direito, segundo a qual o Direito é somente Direito positivo. A partir da doutrina apresentada no presente capítulo, é possível extrair as seguintes conclusões a respeito de seus postulados e da sua crítica ao jusnaturalismo essencialista:

- a) se não existe uma essência da natureza humana da qual surgem os direitos, então não há direito natural;
- b) a validade de um dever ser (uma norma) não pode ser fundamentada sobre um ser (fato);
- c) critica a doutrina do jusnaturalismo, que afirma poder deduzir normas da essência ou da natureza;
- d) se não há direito natural, então todo o Direito é positivo;
- e) se todo o Direito é positivo, então ele não decorre da essência, mas de uma norma posta pelo Estado;
- f) afirma que normas de direito constituem valores relativos e não absolutos (universais e inerentes); e
- g) se as normas constituem valores relativos, a validade de uma norma de Direito positivo independe de uma norma moral da justiça.

Norberto Bobbio, enquanto positivista do direito, apresenta algumas críticas à doutrina do direito natural, assumindo que somente o Direito positivo é Direito, da seguinte maneira:

- a) Jusnaturalismo é a doutrina jurídica segundo a qual o direito deriva da natureza;
- b) para o jusnaturalismo, uma norma é válida se for valorosa (justa);
- c) contra a ideia do direito como um valor (essencialista), Bobbio afirma que o direito é um fato jurídico;
- d) contra a ideia de que o direito é natural, Bobbio afirma que as normas do direito não se fundamentam na natureza, mas fundamentam-se por terem sido produzidas por uma fonte autorizada;
- e) por serem produzidas por uma autoridade normativa, as normas do direito não são universais ou imutáveis;
- f) as normas do direito não podem derivar da natureza em razão da falácia naturalista: para Bobbio, é ilusória a convicção da possibilidade de extrair juízo de valor de um juízo de fato, visto que o *é* e o *dever ser* são de naturezas distintas;
- g) o positivismo jurídico nasce em contraposição ao direito natural;
- h) positivismo é uma doutrina que pressupõe a inexistência de outro direito senão o positivo;
- i) com relação à definição do direito, o positivismo define o direito em função do elemento coação; e
- j) Bobbio exclui o essencialismo do direito ao afirmar que o direito não precisa ser justo: direito é definido pela sua forma e não pelo seu conteúdo.

O terceiro jusfilósofo positivista cujos livros foram analisados é Ferraz Júnior, o qual apresenta as seguintes considerações a favor do direito positivo:

- a) o fenômeno jurídico parece ser um sistema de comunicação que se desenvolve por meio das normas positivadas;
- b) a Ciência Jurídica parece ser um pensamento tecnológico que dogmatiza as normas (Direito positivo) e problematiza a aplicabilidade das normas positivadas na solução de conflitos;
- c) se o Direito é visto como um sistema de controle, caracterizado pela sua positivação, então Direito é somente o Direito positivo; e
- d) não se questiona a dogmática jurídica e o direito positivo, mas apenas como interpretar o direito para a decidibilidade dos conflitos.

A partir do pensamento de Kelsen, Bobbio e Ferraz Júnior, parece ser possível afirmar que o positivismo jurídico explica o fenômeno jurídico a partir da posituação das normas. Segundo esse modelo de pensamento, o Direito caracteriza-se pelo seu fundamento de validade, isto é, por ter sido posto pela autoridade estatal. Dessa maneira, o Direito não é definido pela sua essência, mas pela sua forma, independentemente do seu conteúdo. Em resumo, parece que:

- a) se não existe uma essência da natureza humana da qual surgem os direitos, então não há direito natural;
- b) se não há direito natural, então todo o Direito é positivo; e
- c) normas de Direito positivo fundamentam-se por terem sido produzidas por uma fonte autorizada, logo constituem valores relativos e não absolutos (universais e inerentes).

Diante disso, parece que se exclui como requisito para a validade do Direito qualquer conteúdo moral ou essencial: o Direito não decorre da essência (da natureza ou do ser humano), mas é direito porque está positivado.

2.3.3 O realismo jurídico

Este subitem será dedicado à análise do realismo jurídico enquanto um movimento que crítica o essencialismo presente nas correntes jusnaturalistas, mas também o suposto formalismo *essencialista* presente nas teorias positivistas. Para realizar esta análise, opto por estudar dois pensadores específicos, Alf Ross, representante do realismo escandinavo, e Henrique Haba, jusfilósofo latino-americano, representante do realismo norte-americano.

Com relação à crítica ao jusnaturalismo e a concepção idealista do direito e contra o positivismo em sentido estrito e a concepção formalista ou formal do direito, Bobbio sugere:

Em antítese ao primeiro, essas correntes podem ser chamadas de *realistas*; em antítese ao segundo, *conteudistas*, no sentido de que não vêem o direito como deve ser, mas como efetivamente é, e também pouco vêem o direito como conjunto de normas válidas, mas como normas que são efetivamente aplicadas numa determinada sociedade (BOBBIO, 2008, p. 42-43).

Em resumo, parece que a crítica do realismo ao jusnaturalismo se situa em razão da abstração do direito, isto é, em virtude da confusão jusnaturalista entre direito real e o ideal de justiça.

Além de criticar o jusnaturalismo, o realismo jurídico também critica o positivismo, em razão de os positivistas confundirem o direito com regras impostas e formalmente válidas, as quais podem ser vazias de conteúdo. Mais do que isso, afirma Bobbio:

Os positivistas veriam apenas o contraste existente entre direito válido e direito justo. Os seguidores dessas correntes [realistas] vêem também um contraste entre o direito imposto e aquele efetivamente aplicado, e consideram apenas este último, o direito na sua concretude, único objeto possível de pesquisa por parte do jurista que não queira se entreter com fantasmas vazios (2008, p. 43).

O realismo jurídico, tanto no pensamento norte-americano quanto no escandinavo, pode ser compreendido como um movimento que busca apreender o direito na realidade social e não em ideais metafísicos, como a justiça. Nesse sentido, Bobbio (2008, p. 42) afirma que esse movimento realista enfatizou a eficácia do direito em detrimento da justiça ou da ideia de validade.

Em resumo, o realismo jurídico pode ser entendido como um conjunto de teorias que buscam se afastar de quaisquer investigações metafísicas, negando um fundamento absoluto ou essencial ao direito. O direito não é essencialista e existe vinculado aos fatos sociais e históricos que lhe originaram. Significa que, em suma, o realismo jurídico “[...] busca a realidade efetiva sobre a qual se apóia e dimana o direito, não a realidade sonhada ou ideal. Para os realistas, o direito real e efetivo é aquele que o tribunal declara ao tratar do caso concreto” (DINIZ, 1988, p. 68-69).

Esse movimento realista jurídico apresenta duas grandes vertentes, uma norte-americana e outra escandinava.

No pensamento norte-americano, a tese fundamental sustentada é a de que não existe um direito objetivo. Essa tese pode ser construída da seguinte maneira:

[Não existe um direito] objetivamente dedutível de certos dados, sejam eles fornecidos pelo costume, pela lei ou por precedentes judiciais: o direito é criação contínua do juiz, o direito é obra exclusivamente do juiz no ato em que decide uma controvérsia. Desse modo, cai o princípio

tradicional da certeza do direito: e, com efeito, qual pode ser a possibilidade de prever as consequências de um comportamento – nisso consiste a certeza –, se o direito é uma criação nova e contínua do juiz (BOBBIO, 2008, p. 46).

Segundo afirma Diniz (1988, p. 69), o movimento realista jurídico norte-americano teve como principais expoentes John Chipmann Gray, Karl N. Llewellyn e Jerome Frank. Gray, ao lado de Oliver Wendell, exerceu influência no realismo jurídico ao distinguir o direito efetivo das fontes do direito: o direito efetivo é constituído das normas aplicadas pelos tribunais. Por sua vez, “as fontes jurídicas são os fatores ou materiais que inspiravam juízes e tribunais no estabelecimento das normas efetivas de sua sentença, que constituíam o direito real” (DINIZ, 1988, p. 69). Mais do que isso:

Tais fatores eram as leis, os precedentes judiciais, doutrina, costume e princípios éticos. O juiz deverá, portanto, recorrer aos princípios morais da doutrina e dos costumes, inspirando-se nos precedentes. A norma só é jurídica após sua interpretação e aplicação pelo magistrado, depois de incorporada à sentença. O legislador só emite palavras que apenas entram em ação efetiva mediante as sentenças judiciais. O direito passa a existir somente após a decisão judicial, definindo-se como um conjunto de normas estabelecidas pelos órgãos judiciais de um certo grupo social, para determinação dos direitos subjetivos e deveres jurídicos. Logo, todo direito efetivo é direito elaborado pelo Poder Judiciário. Em última instância, o direito efetivo está constituído por normas assentadas pela Suprema Corte de Justiça. (DINIZ, 1988, p. 69).

O direito, definido como o conjunto de normas estabelecidas pelos órgãos judiciais, existe somente após a decisão judicial. Diante disso, parece que os realistas jurídicos norte-americanos, conforme afirma Diniz (1988, p. 69), fundaram a realidade jurídica na efetiva conduta dos juízes e funcionários administrativos. Se existe uma real distinção entre o que um juiz diz e o que ele faz, então, para os realistas, no intuito de saber o que é o direito, importa analisar a real conduta dos juízes: o direito “real não é o que aparece declarado nas normas, nem o que os juízes declaram como base de suas decisões, mas aquele que os juízes efetivamente fazem, independentemente do que expõem em suas sentenças”. (DINIZ, 1988, p. 70).

Por sua vez, o realismo jurídico escandinavo se dedica à análise hermenêutica e preocupa-se com a delimitação do *ser* do direito. Segundo Diniz (1988, p. 74), essa escola realista busca superar a consideração de um direito entendido como um conjunto de fatores sociais, a consideração de um direito jusnaturalista cuja validade advém de princípios apriorísticos, bem como de um direito percebido pela consideração epistemológica, que o apresenta como uma espécie de psicologia social.

O realismo escandinavo rejeita toda e qualquer consideração de um direito natural e de uma ideia absoluta de justiça, e percebe que os princípios gerais do direito não são apriorísticos, mas advém da experiência concreta da coletividade.

A escola, conforme Diniz (1988), que foi iniciada por Axel Hägerström e desenvolvida por Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross, apresenta uma concepção empírica do direito, segundo a qual o direito é um fato social que compreende tanto uma ação quanto a norma. Essa concepção é melhor explicada da seguinte maneira:

O direito é um fato social que compreende dois aspectos: a ação e a norma. Tal dualismo epistemológico leva a separar a sociologia jurídica, que se ocupa da ação, da ciência do direito, que trata da norma, mas ambas as ciências se implicam porque a conduta, objeto sociologicamente observável, assume caráter de juridicidade em função das normas jurídicas em vigor.

Trata-se de uma concepção empírica do direito, com fundamento na natureza humana social, que pode ser descoberta mediante observações empíricas de cunho psicológico e sociológico, buscando interpretar a vigência do direito em termos de efetividade social das normas jurídicas. Partindo do problema ontológico-jurídico, os realistas escandinavos deduzem as consequências para a teoria e a técnica jurídica. Fortemente influenciados pela filosofia da linguagem concebem o direito como um meio de comunicação entre os seres humanos, como forma de controle social do comportamento; logo, o sentido jurídico-normativo das expressões linguísticas que o identificam deve ser buscado por meio da análise linguística ao nível da sintaxe, semântica e pragmática. Sua teoria da

interpretação jurídica pode ser, por isso, identificada como *realismo linguístico*, o que a distingue do realismo psicológico dos juristas norte-americanos (DINIZ, 1988, p. 74-75).

Em resumo, o realismo jurídico, tanto em sua vertente norte-americana quanto em sua vertente escandinava, explica o fenômeno jurídico a partir da realidade social. O direito é definido pela sua eficácia. O realismo buscou romper com o formalismo do positivismo jurídico, assim como com o essencialismo jusnaturalista. Contudo, parece que, para o realismo jurídico, o direito é essencialista porque:

- a) contra o positivismo jurídico, o direito não é visto como um conjunto de normas válidas, em razão de seu fundamento (de validade);
- b) contra o jusnaturalismo, o direito não pode ser identificado à princípios metafísicos, como a justiça;
- c) nega um fundamento absoluto ou essencialista ao direito;
- d) sugere que o direito é identificado às normas efetivamente aplicadas numa determinada sociedade;

Se o direito existe vinculado aos fatos sociais e históricos que lhe originaram, então parece possível afirmar um fundamento essencialista no direito. Trata-se de uma tentativa de fazer com que a linguagem reflita a realidade – o conhecimento como espelho exato da realidade. Essa tentativa, conforme Rorty (analisado previamente), é uma tentativa metafísica que deve ser filosoficamente abandonada. Se a relação entre a norma (linguagem) e a realidade é uma relação não epistêmica, mas metafísica²⁷, então apesar da crítica ao essencialismo no direito, a teoria realista jurídica é essencialista ao afirmar que o direito nasce e se identifica com a realidade social.

²⁷ Parece que Nietzsche (2003, p. 49-50) sugere que a dupla ilusão – a metafísica e a verdade – faz com que o humano viva aprisionado pelo encanto da gramática, que é a busca por encontrar uma correspondência ou similitude entre a palavra e o objeto, ou seja, a busca por descrever a realidade. Essa correspondência, se Nietzsche estiver correto, jamais pode ser encontrada. Isso porque a linguagem não se enquadra na vontade de verdade, não podendo ser aprisionada num conceito metafísico. A linguagem, para o pensador, não pode ser verdade. Nesse sentido, parece que não existe verdade, mas diferentes interpretações da realidade. De maneira parecida Kolakowski não somente critica a ideia de essência, mas igualmente critica a tese de que se pode conhecer a essência, principalmente a tese do espelho da natureza. O pensador sugere que nada impede de pensar que a linguagem reflete a realidade ou que ela a cria, mas que também não existem argumentos que comprovem esse padrão de racionalidade, isto é, não se pode provar que existe algo como a validade *tout-court* (KOLAKOWSKI, 1990, p. 8-9). Se Kolakowski estiver correto, não se pode ter certeza do que se conhece, inclusive não se possui um conhecimento dos limites do próprio conhecimento.

2.3.3.1 A teoria de Alf Ross

Alf Ross, teórico da *Escola de Copenhague*, é um expressivo representante do realismo jurídico escandinavo. Esse realismo, apesar de variado quanto ao conteúdo, tem como cerne a preocupação antimetafísica.

O conceito de *direito*²⁸ ou de *ordenamento jurídico*²⁹, para Ross, pode ser caracterizado por dois pontos. Em primeiro lugar, *direito* caracteriza as regras que concernem ao exercício da força³⁰. Em segundo lugar, além de normas de conduta, o *direito* caracteriza-se em normas de competência, que estabelecem um “conjunto de autoridades públicas para aprovar normas de conduta e exercer a força em conformidade com elas. Devido a isto, o direito tem o que podemos denominar caráter institucional.” (2007, p. 85).

Em resumo, para Ross (2007, p. 85), o direito é a expressão de uma “comunidade supraindividual, uma ordem social, enraizada numa consciência jurídica formal”. Ademais, o direito difere das demais normas sociais, conforme explica Ross, em razão do caráter de suas sanções e em razão de ser institucional.

Para Ross, o direito não se reduz a ser uma criação do legislador, visto que a autoridade judicial, apesar de se sentir obrigada pelas fontes do direito, também apresenta uma papel constitutivo: “a norma jurídica concreta, em que a decisão se traduz, é sempre criação no sentido de que não é mera derivação lógica das normas, arredando assim a teoria silogística da sentença, cuja expressão é o exegetismo” (DINIZ, 1988, p. 78-79).

²⁸ O problema de uma definição de *direito* ou de *ordenamento jurídico*, segundo Ross (2007, p. 55), é estranho à filosofia do direito, mas jamais se compreendeu esse fato. “Acreditou-se que para definir a esfera de trabalho do jurista era necessário produzir uma definição do direito que o distinguísse de outros tipo de normas sociais. Esse erro foi cometido porque não se entendeu que o direito nacional vigente constitui um todo individual. O que nele está incluído depende da coerência de significado nele presente. O vocabulário ‘direito’ não é comum a uma classe de regras de direito, mas sim a uma classe de ordenamentos jurídicos individuais”.

²⁹ Um ordenamento jurídico nacional, segundo Ross (2007, o. 63-64), constitui um sistema “individual de normas cuja unidade pode ser busca no fato de que, direta ou indiretamente, todas elas são diretivas concernentes ao exercício da força pela autoridade pública”.

³⁰ Para Ross (2007, p. 78), a interpretação “segundo a qual o direito é constituído por regras respaldadas pela força é inadmissível por outra razão: resultaria na exclusão, do domínio do direito, de partes essenciais que estão indissolivelmente conectadas às normas de conduta em sentido figurado, as quais têm o respaldo da força”. Essa interpretação do direito excluiria, em primeiro lugar, todas as normas de competência, as quais não estão respaldadas pela força. Em segundo lugar, a interpretação alijaria as normas secundárias que respaldam a aplicação do direito.

Sobre a natureza do direito, Ross (2007, p. 31) sugere que leis são promulgadas para dirigir as pessoas, não para comunicar verdades. Nesse sentido, regras jurídicas não são verdadeiras ou falsas, mas diretivas.

Como expoente do realismo escandinavo, Alf Ross opôs-se ao jusnaturalismo, ao normativismo kelseniano e ao realismo jurídico norte-americano, tendo afirmado uma teoria empírica e realista do direito: busca afastar-se de especulações metafísicas, concentrando-se nos fatos do *ser*, pois entende que:

[...] conceitos jurídicos fundamentais devem ser interpretados como concepções da realidade social, do comportamento humano em sociedade. Isto é assim porque para existir uma ciência empírica do direito, voltada aos fatos da experiência, o direito deve ser concebido como fato do *ser* e as normas jurídicas como normas do *ser*, ou melhor, como normas que enunciam como se conduzem, de fato, os homens, isto é, os aplicadores, e não como devem comportar-se (DINIZ, 1988, p. 76).

Ross sugere que o realismo jurídico nasce em contraposição ao *idealismo*, tanto jusnaturalista quanto positivista. Ele afirma que, para a teoria idealista, em resumo, parece haver dois mundos distintos, que correspondem a dois métodos de conhecimentos diferentes.

O primeiro mundo é o mundo da realidade e dos fenômenos físicos e psíquicos, passíveis de serem apreendidos por meio da experiência dos sentidos. O segundo mundo é o mundo das ideias ou validade, o qual abarca as ideias normativas válidas, como a verdade e o bem, que são apreendidas por meio da razão apriorística. A teoria idealista supõe que o direito pertence a ambos os mundos, conforme explica Ross:

O conhecimento do direito, por conseguinte, está simultaneamente fundado tanto na experiência externa quanto no raciocínio *a priori*. O direito é um fenômeno de realidade na medida em que seu conteúdo constitui um fato histórico que varia de acordo com o tempo e o lugar, que foi criado por seres humanos e que depende de fatores externos de poder. Entretanto, que esse conteúdo tenha *validade* como direito é algo que não pode ser observado na experiência. Não cabem descrições ao que se deve entender por *validade*. Este é um conceito *a priori*, dado numa intuição direta e

irredutível da razão. Mas a validade não é meramente uma qualidade percebida por intuição; é também uma exigência ou pretensão, que obriga de forma absoluta à ação humana e à vontade humana. (2007, p. 91).

O direito difere do mundo, na visão idealista, uma vez que a moral origina-se da pura razão e é pura validade, sendo que a validade do direito se vincula a um “conteúdo terreno e temporal” (o direito positivo) e é “simultaneamente fenômeno e validade, uma intersecção entre a realidade e a idéia, ou a revelação de uma validade da razão no mundo da realidade” (ROSS, 2007, p. 91-92).

Conforme supramencionado, o idealismo apresenta duas vertentes. A primeira, material, de caráter jusnaturalista, identifica o direito à ideia de justiça. A segunda, formal (positivista), encontra sua expressão mais acabada no normativismo kelseniano, e aceita como direito qualquer ordem vigente no mundo dos fatos (ROSS, 2007, p. 92).

O idealismo formal, para Ross (2007, p. 92), sustenta que, de acordo “com o significado que lhe é inerente, o conhecimento do direito não visa à descrição de algo factual, mas sim à apreensão do que é válido. A apreensão da existência de uma norma é a mesma coisa que a apreensão da validade dela”. A validade de uma norma sempre deriva de uma norma superior e, com isso, para explicar a validade da Constituição, é necessário postular uma norma superior, que é pressuposta, no entender de Kelsen. Essa norma superior (hipótese inicial), não teria outra função que a de outorgar validade à Constituição.

Para Ross, nessa variante formal do idealismo, a validade é reduzida a “uma categoria formal, do pensamento isenta de qualquer exigência relativamente ao conteúdo material que é apreendido sob essa forma de categoria. A norma básica é destituída de qualquer matiz ético” (2007, p. 93).

Com relação à variante material, de caráter jusnaturalista, Ross sugere que uma crítica ao direito natural deve ser feita epistemologicamente, pois encontra-se além dos limites da teoria do direito. Ele afirma que a grande crítica reside no fato de que asserções metafísicas não admitem refutação “porque se movem numa esfera que ultrapassa o alcance da verificação”. Diante disso, é necessário ignorar as asserções metafísicas como algo que não tem “função ou espaço legítimo no pensamento científico” (ROSS, 2007, p. 301).

Para derrotar a metafísica no campo do direito, necessário, segundo o autor, criar uma teoria jurídica científica “cuja auto-

suficiência relegue as especulações metafísicas ao esquecimento, junto com outros mitos e lendas da infância da civilização” (2007, p. 301-302). Nesse sentido, Ross explica o direito natural, criticando-o:

A história do direito natural revela dois pontos marcantes: a arbitrariedade dos postulados fundamentais a respeito da natureza da existência e do ser humano, e a arbitrariedade das idéias jurídico-morais desenvolvidas com base nesse fundamento. O direito natural busca o absoluto, o eterno, que fara do direito algo mais que a obra de seres humanos e livrará o legislador das penas e responsabilidades de uma decisão. A fonte da validade transcendente do direito foi buscada numa mágica lei do destino, na vontade de Deus, ou numa percepção racional absoluta. Porém, a experiência mostra que as doutrinas que os homens construíram com base nessas fontes, longe de ser eternas e imutáveis, se alteraram em conformidade com o tempo, o espaço e a pessoa. O nobre manto do direito natural foi utilizado no decorrer do tempo para defender todo tipo concebível de exigências, que surgem, evidentemente, de uma situação vital específica ou que são determinadas por interesses de classe econômico-políticos, pela tradição cultural da época, por seus preconceitos e aspirações – em síntese: para defender tudo aquilo que constitui o que se chama geralmente de uma ideologia (2007, p. 302).

As doutrinas jusnaturalistas, para Ross (2007, p. 305), são arbitrarias e subjetivas em razão de que a evidência não pode ser um critério de validade. Mais do que isso, conforme o autor:

O que queremos dizer ao chamar uma proposição de verdadeira é, obviamente, diferente do fato psicológico de que a asserção da proposição seja acompanhada por um sentimento de certeza. A afirmação de que a evidência garante a verdade de uma proposição não pode ser, por conseguinte, analiticamente verdadeira, isto é, uma definição do que significa *verdade*. Tem que ser tomada sinteticamente, isto é, como afirmando que o sentimento de evidência sempre ocorre associado a um tal estado de coisas que torne a proposição, verdadeira. Mas qual é a prova de que esses dois

fenômenos caminhem sempre juntos? Nenhuma. É certo que um sentimento de evidência acompanha muitas asserções verdadeiras, porém não há razão alguma para que o mesmo sentimento não esteja também associado a erros e falácias. A sólida crença na verdade de uma proposição necessita estar sempre justificada e jamais pode ser sua própria justificação (2007, p. 305).

Ross (2007, p. 307) também busca criticar o direito natural de outras maneiras, para além da sua auto-validação. Afirma que, no curso da história, o direito natural tem cumprido a função de conservação de um poder existente: politicamente, ele é a ideologia criada pelos detentores de poder para legitimar a sua autoridade.

O direito natural também se justifica psicologicamente, em razão do desejo pelo absoluto do ser humano, conforme explica o pensador:

O desejo do absoluto que nos liberte da responsabilidade e nos traga paz tem na vida moral humana as melhores condições para se transformar em crenças metafísicas, difíceis de serem refutadas pelo pensamento crítico. A razão de tudo isso se encontra no peculiar mecanismo psicológico do qual emana a consciência moral, que se apresenta numa série de impulsos imperativos aparentemente cegos. Como estes impulsos se fazem sentir de forma independente de nossas necessidades e desejos conscientes, podem muito bem impor a nós a ideia ilusória de que em nossa consciência se manifesta uma voz ou uma lei que nos fala de uma “validade” ou “retidão radicalmente distinta e independente de nossa natureza física, de seus instintos e desejos. A partir daqui abre-se a via para toda sorte de construções metafísicas sobre a natureza da validade moral e o conteúdo da lei moral (ROSS, 2007, p. 306).

Além da crítica ao idealismo do direito natural, Ross (2007, p. 126) critica duramente o que ele chama de idealismo do positivismo jurídico não-realista, ou seja, o positivismo que restringe o direito às normas positivadas e que afirma como atividade dos juízes a aplicação mecânica de tais normas.

A crítica ao positivismo jurídico não-realista, segundo ele, reside no fato de que normas jurídicas, assim como quaisquer manifestações de

uma cultura, são incompreensíveis se isoladas do meio cultural que lhes originou. Diferentemente, de acordo com o realismo jurídico, o juiz é influenciado pela tradição cultural porque percebe que sua atividade está a serviço da comunidade. Em resumo, o juiz lê e “interpreta o direito no espírito deste [...]. Mas, a tradição cultural pode também atuar como uma *fonte do direito* direta, isto é, pode ser o elemento fundamental que inspira o juiz quando este formula a regra na qual baseia sua decisão” (2007, p. 127).

Diante disso, Ross (2007, p. 128) sugere a rejeição do positivismo, em razão de que lhe faltaria a necessária compreensão com relação à influência da cultura na aplicação do direito. Mas Ross também sugere a rejeição do jusnaturalismo, que interpreta o fundamento das normas em termos metafísicos.

Ross defende o realismo jurídico, segundo o qual o direito deve ter sua vigência interpretada nos termos de efetividade social das normas jurídicas, isto é, há um direito em ação que corresponde ao direito das normas.

O realismo jurídico, que Ross defende, decorre de um realismo jusfilosófico, vinculado ao desejo de compreensão do conhecimento do direito de acordo com as ideias sobre a “natureza, problemas e método da ciência tais como elaborados pela moderna filosofia empirista”. É um conhecimento que rejeita a metafísica e afirma a necessidade do conhecimento da *realidade*. Diante disso, a ciência do direito deve ser, em última instância, um estudo dos fenômenos sociais: a tarefa da filosofia do direito “deve consistir na interpretação da *vigência* do direito em termos de efetividade social, isto é, de uma certa correspondência entre um conteúdo normativo ideal e os fenômenos sociais” (2007, p. 94).

A ciência do direito, nesse sentido, é vinculada à realidade. Para Ross (2007, p. 43), uma “ciência do direito que ignora a função social do direito tem que resultar insatisfatória quando julgada segundo o critério do interesse em predizer decisões judiciais”. Isso porque o juiz não é apenas motivado pelas normas jurídicas, mas também pelos fins sociais e pelo seu discernimento a respeito das conexões sociais para atingir certos fins.

Sob o ponto de vista epistemológico, sugere Diniz (1988, p. 77), a ciência jurídica realista é uma ciência social empírica, que afirma a validade do direito nos termos da efetividade social. Dessa maneira, as normas (o conteúdo normativo) devem manter correspondência com a realidade (os fenômenos sociais). A ciência jurídica, por conseguinte, vincula-se à sociologia jurídica, porque:

[...] se não verificar a função social do direito é insatisfatória sob o ponto de vista do interesse em prever as decisões jurídicas, visto que o juiz não está apenas motivado por normas, mas também por fins sociais e pela captação teórica das conexões sociais relevantes para a consecução daqueles fins. A sociologia jurídica, que visa estudar o direito em ação, a conduta jurídica e as ideias jurídicas que operam nesta conduta, por sua vez, também está ligada à ciência do direito, pois os fenômenos sociais, que constituem sua temática, só adquirem caráter específico quando relacionados com as normas jurídicas vigentes (1988, p. 77).

A ciência do direito está, portanto, fundada em princípios empiristas, visto que sua tarefa é verificar a conduta futura dos juízes e de outras autoridades que aplicam o direito, em certas condições, de forma que a proposição ‘norma ‘x’ é direito vigente’ equivale à predição de que o tribunal, em certas circunstâncias, baseará sua decisão na norma ‘x’. Tal predição da conduta judicial só será possível se se tomar por base um complexo de fatos sociais, incluindo os fatos psicológicos, comportamentos ou atitudes (1988, p. 79).

À luz do realismo jurídico, Ross (2007, p. 64) propugna que a ciência do direito deve se fundar no princípio da verificação – deve ser reconhecida como uma ciência social empírica. Nesse sentido, proposições sobre o direito devem ser vistas como proposições referidas a fatos sociais, não como proposições que se referem a uma validade fundamentada em princípios *a priori*.

Ross (2007, p. 64) sugere que o “conteúdo real das proposições da ciência do direito se refere às ações dos tribunais sob certas condições”. Em resumo, significa que uma regra do direito é vigente quando aplicada pelos tribunais³¹. Nesse sentido é que, segundo o realismo jurídico, o poder é algo que funciona por meio do direito – o direito como instrumento do poder –, visto que o poder é entendido

³¹ Para Ross (2007, p. 66), para verificar uma proposição acerca do direito vigente é preciso satisfazer as condições prescritas e observar a decisão. O fato de que eu próprio possivelmente não esteja numa posição para pôr em marcha esse processo carece de relevância. O significado de uma asserção está satisfatoriamente definido se ela puder, em princípio, ser verificada, isto é, independentemente de dificuldades técnicas ou obstáculos”.

como a possibilidade de dirigir as ações de outros seres humanos (ROSS, 2007, p. 84).

O pensador apresenta dois ramos do pensamento realista jurídico: (a) psicológico; e (b) comportamentista. O realismo psicológico descobre a realidade do direito nos fatos psicológicos: uma norma jurídica somente é vigente se for aceita pela consciência jurídica popular. Assim, para o realismo psicológico, independe o fato desta norma ser ou não aplicada pelos tribunais, sendo tal aplicação apenas uma “consequência normal da consciência jurídica popular que é, inclusive, determinante das relações de juízo. O critério efetivo não é a aplicação como tal, mas sim os fatos determinante por trás dela” (2007, p. 97).

Para o realismo psicológico, afirma Ross, comprova-se a vigência de uma norma por meio de investigações sócio-psicológicas: indaga-se a respeito de ser a regra aceita pela consciência jurídica popular. Diante disso, Ross critica a corrente psicológica, afirmando que a “consciência jurídica popular não está atada à lei. Pode acontecer que uma lei não seja aceita pela consciência jurídica popular e assim não se transforma em direito vigente” (2007, p. 98).

Além disso, afirma o autor, deve-se admitir que a consciência jurídica de um ser humano qualquer é “demasiadamente precária para valer como critério e que, por conseguinte, é preciso levar em conta a consciência jurídica dos juristas profissionais do país, mormente a dos autores de direito” (2007, p. 98).

Por isso, Ross critica o realismo psicológico ao afirmar que a consciência jurídica é um conceito que pertence à psicologia do sujeito; ao vincular o direito “vigente à consciência jurídica individual, esse ramo do realismo converte o direito num fenômeno individual que se acha num plano idêntico ao da moral” (2007, p. 99). Um direito identificado à moral ou a um fenômeno individual, afirma o pensador, não permitiria falar de um ordenamento jurídico nacional, pois haveria somente uma opinião jurídica predominante, o que seria inaceitável.

Para Ross (2007, p. 99) é necessário pressupor ser possível definir um ordenamento jurídico nacional como um fenômeno externo e intersubjetivo, não como opinião subjetiva. Diante disso, ele defende o realismo comportamentista, que encontra a realidade do direito nas ações dos tribunais. Segundo esse modelo de realismo, a norma é vigente “se houver fundamentos suficientes para se supor que será aceita pelos tribunais como base de suas decisões”. O fato de as normas de direito compatibilizarem ou não com a consciência jurídica é um fato secundário. Em resumo, o direito “é vigente porque é aplicado”.

Segundo esse pensador, uma norma será vigente se “houver fundamentos suficientes para supor que será aceita pelos juízes e tribunais como base de suas decisões” (DINIZ, 1988, p. 76).

Significa que a efetividade condiciona a vigência das normas. Essa efetividade refere-se à aplicação judicial do direito: não interfere na efetividade o fato de as pessoas acatarem ou não uma proibição. Inclusive, essa indiferença se traduz no “aparente paradoxo segundo o qual quanto mais é uma regra acatada na vida jurídica extrajudicial, mais difícil é verificar se essa regra detém vigência, já que os tribunais têm uma oportunidade muito menor de manifestar sua reação” (ROSS, 2007, p. 60).

Apesar da crítica ao realismo psicológico e da defesa do realismo comportamentista, Ross afirma que sua posição é tanto comportamentista quanto é psicológica. Segundo o pensador:

Minha opinião é comportamentista na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; é psicológica na medida em que a aludida consciência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos (2007, p. 100).

Em resumo, enquanto realista jurídico, Alf Ross parece apoiar a validade jurídica sobre a realidade dos fatos e não sobre uma entidade transcendental. Isto é, reduz-se a dimensão da validade aos fatos ou fenômenos psicofísicos. Nesse sentido é que o direito vigente deve ser o conjunto abstrato de ideias normativas que “servem como um esquema de interpretação para os fenômenos jurídicos em ação, isto é, de normas efetivamente obedecidas, porque são vividas como socialmente obrigatórias pelo juiz e outras autoridades jurídicas, ao aplicar o direito” (DINIZ, 1988, p. 76).

Uma vez que a validade do direito reduz-se à dimensão da realidade, Alf Ross parece identificar a validade à eficácia³²:

[...] a doutrina de Alf Ross repousa na identificação de validade com eficácia, isto é, com o fato de que as normas são aplicadas pelos órgãos judicantes, porque se sentem obrigados por

³² Para Hart (2009, p. 133), não existe ligação necessária entre a validade de alguma norma particular e sua eficácia.

estas normas. Logo, dois são os fatores contidos no seu conceito de validade: o externo ou físico, relativo à eficácia do direito, isto é, à conduta do magistrado correspondente ao direito, e o interno ou psíquico, atinente ao motivo dessa conduta, ou seja, ao sentimento de estar obrigado pelo direito. Todavia, conserva a validade como ideia normativa ao declarar que um de seus elementos é a crença dos juízes na competência jurídica ou na autoridade dos que criam a norma, ou melhor a crença de que eles devem comportar-se da maneira prescrita pela legislador. Essa crença ou sentimento de estar obrigado pelo direito não é, para ele, um impulso interessado, isto é, o temor das sanções, mas uma atitude desinteressada da conduta. [...] Opõe-se à concepção que pretende afirmar que o direito consiste nas decisões judiciais, pois a qualidade de juiz não é um atributo natural, mas consequência da aplicação do direito vigente sobre a nomeação dos magistrados, que uma vez nomeados não ditam sentenças a seu bel-prazer, mas porque se sentem vinculados juridicamente. O conteúdo dessas decisões, de certo modo, está condicionado e determinado pelo que o juiz considera obrigatório como direito (1988, p. 76-77).

Se a ciência do direito deve estudar as normas consideradas obrigatórias, então, para Ross, a compreensão do direito leva em conta a noção de validade, explicada pelo reconhecimento da competência legislativa.

Em resumo, diante do exposto acerca do realismo escandinavo de Ross, é possível resumir seu pensamento da seguinte maneira:

- a) busca criticar a metafísica e o essencialismo no direito;
- b) defende um realismo jurídico que nasce em contraposição ao essencialismo-idealista jusnaturalista e positivista;
- c) critica o jusnaturalismo em razão da identificação entre direito e justiça, bem como em razão de que as asserções metafísicas não admitem refutação, sendo arbitrárias e subjetivas;
- d) critica o positivismo e razão da insuficiência na relação que trava entre a cultura e a aplicação do direito;
- e) defende o realismo jurídico, segundo o qual o direito deve ter sua vigência interpretada nos termos da efetividade social das normas jurídicas (correspondência entre direito e fatos);

- f) afirma a necessidade do conhecimento da realidade: a ciência do direito deve se fundar no princípio da verificação (ciência social empírica); e
- g) o direito é vigente quando é aplicado pelos tribunais: a efetividade condiciona a vigência das normas.

2.3.3.2 A teoria de Henrique Haba

Henrique Haba é um filósofo do direito³³ realista, de corte norte-americano. Para ele, toda a interpretação do fenômeno jurídico deve preocupar-se com a realidade empírica – o fator social –, motivo pelo qual ele critica tanto as teorias jusnaturalistas, quanto as teorias positivistas, entendidas por ele como essencialistas.

A teoria realista apresentada por Haba (1997, 2002, 2013) realiza uma crítica ao essencialismo e a sua utilização na teoria jurídica, como na noção de *natureza jurídica, espírito da lei, vontade do legislador* ou mesmo nos discursos extra-pragmáticos sobre os direitos humanos (2002, p. 520).

No campo da teoria do direito, os estudos realistas, segundo Haba (2006, p. 271), de dirigem principalmente a:

- Procuram tomar consciência de variados elementos que conformam a não racionalidade do direito.
- Por isso mesmo, não se envolvem nas diversões terminológica das construções de sistemas.
- Preocupados em mostrar a plasticidade heterogênea do pensamento jurídico real, não caem no autoengano de confundir as ordenações expositivas do teorizador com o pensamento dos próprios juristas reais.
- Os autores realistas devem ter claro que, para evitar de se enganar com apriorismos sobre o seu objeto de estudo, sem enfoca-lo em relação – falseável – com algo como uma ou outras ideias a ter em conta (VAZ FERREIRA), acreditadas empiricamente, as quais são apenas heurísticas e

³³ Haba considera que o direito é um conjunto de fenômenos que, somente parcial e debilmente, pode ser considerado racional. Para ele, não existe um sistema jurídico e, por isso, as reconstruções racionalistas do discurso jurídico se revelam como jogos de linguagem ilusionistas. O pensamento realista do direito deve possibilitar alcançar uma maior tomada de consciência a respeito dos múltiplos elementos de caráter não sistemática e não racional de determinam a prática do pensamento jurídico (1997, p. 564).

não menos elásticas que a própria realidade”.
(2006, p. 272. Tradução minha).

Haba afirma que os discursos jurídicos realistas colocam especial ênfase nas seguintes considerações:

1. Apontam com toda a franqueza o caráter convencional que, inevitavelmente, toda a designação linguística apresenta. Portanto:

a. destaca que todas as terminologia usadas para o direito são convencionais, sejam ou não especificamente técnicas, assim como qualquer dos sentidos imputados a elas mesmas (sobre os quais discutem entre si os juristas);

b. reconhecer que cada preceito jurídico oficial – Constituição, leis e demais – não apresentam um único sentido predeterminado, para as situações aonde há desacordo a respeito entre os jurídicas, pois a disposição contém, de fato, tantos sentidos diferentes quantos se apresentam a ser invocado seu texto por uns ou outros juristas na prática;

c. aceitar que o próprio interprete que escolhe qual dos sentidos imputará, por sua própria decisão (doutrina, juízes, administração), a normativa examinada.

2. Mostrar a diferença entre questões de fato (realidades) e questões de palavras (alternativas presentes para escolher denominações para essas realidades), especialmente aonde falta uma distinção entre ambos os tipos de questões, que leva a confusões importantes para o assunto em debate.

3. Igualmente, distinguir em uma base líquida entre o <<ser>> (realidades) e o <<dever ser>> (critérios normativos).

4. Mostrar que certos conceitos jurídicos básicos são superlativamente indeterminados, entre eles se fala também de fórmulas vazias persuasivas (<<unidade>> do direito, <<proporcionalidade>>, <<razoabilidade>>, <<equilíbrio>>, etc.).

5. Mostrar a importância fundamental de adotar decisivas precauções analítico-realistas quando os conceitos intervenham nos discursos jurídicos, em geral frente a utilizações nestes de um único universo simbólico do pensamento social vulgar (<<justiça>> e <<equidade>>, <<bem comum>>, <<interesse>> social ou da coletividade ou

nacional...); examinando tudo isso com base em precisões decisivas da Sociologia, Psicologia, Linguística e outras ciências sociais trazem para desmistificar o uso destes termos.

6. Não aceitar de maneira simplesmente dogmática umas ou outras doutrinas jurídicas como fundamento do raciocínio jurídico, mas confrontar elas com um cuidadoso exame sobre os resultados práticos na realidade social e também com outras razões extra dogmáticas pertinentes (ideologias, critérios básicos de valoração); evitar a utilização de termos de tipo essencialista (<<natureza>> jurídica e demais).

7. Fazer entrar em jogo, dentro do próprio raciocínio jurídico, certos saberes concretos proporcionados pelas ciências sociais empíricas [...], na medida em que esses conhecimentos resultam decisivos para calibrar as consequências práticas das soluções jurídicas em debate. Isso é: recorrer ao assessoramento interdisciplinar quando seja oportuno [...], para conhecer quais serão, na realidade – seguramente ou provavelmente – os resultados efetivos das soluções jurídicas; com o fim de não deixar de levar em conta esses elementos de juízo, como razões que o juiz maneja ao optar entre as soluções juridicamente possíveis para a questão (2006, p. 276-278. Tradução minha).

Esse quadro apresentado por Haba é o que ele denomina *enfrentamento à síndrome normativista* (2006, p. 278).

Nesse sentido, Haba (2006, p. 272) sugere que os estudos realistas do direito são de cunho negativo, porque sua função é desnudar os discursos jurídicos correntes. Além disso, servem para subverter “um céu ainda mais artificioso”, entendido por Haba como o racionalismo das aproximações ilusionistas da Teoria do Direito.

A crítica tradicional ao essencialismo, para Haba (2002, p. 504-505; 2013, p. 510-511) fundamenta-se no idealismo (irrealismo) presente em algumas teorias do direito, as quais apresentam conceitos³⁴ que não entram em contato com o *mundo real*. Em primeiro lugar, ele

³⁴ Para Haba, nenhum conceito por ser verdadeiro ou falso. Podem ser verdadeiras ou falsas as sentenças que utilizam uns ou outros conceitos. A verdade ou a falsidade, segundo o pensador, vai além do uso meramente semântico, pois depende as relações que uma sentença (fenômeno linguístico) possui com o mundo real.

critica o jusnaturalismo, em razão do essencialismo dos seus postulados, desconectados do mundo real. Em segundo lugar, critica o *normativismo* (positivismo), por se fundamentar na aplicação da *superstição de um único significado verdadeiro* para a compreensão do que é o direito.

Sobre a *superstição de um único significado verdadeiro*, Haba (2002, p. 507) afirma que o normativismo impõe encontrar normas pré-estabelecidas nos textos de direito positivo, com segurança e precisão. Essas normas são descobertas pelo jurista, como “*descobre uma estrela*”, essencialmente.

Diante disso, Haba (2002, p. 508) afirma que os normativistas impõe uma dupla redução do conhecimento, que amputa os possíveis contatos do pensamento jurídico com a realidade. Em primeiro lugar, reduzem sua consciência ao pronunciar discursos jurídicos ao nível de certos significados e de alguns jogos linguísticos profissionais, sem analisar as repercussões do seu discurso nos fatos concretos. Em segundo lugar, apresentam uma visão simplista e fictícia, porque omitem a existência de indeterminações e antinomias nos textos do direito positivo e, além disso, encobrem-nas mediante os modos como expõe a normativa jurídica, como *mito básico*, *natureza jurídica*, *essencialismo*, etc.

Enfim, o normativismo, denominado por Haba (2002, p. 509-510) *platonismo*³⁵ *juridicista*, parece não ir além do nível semântico das normas, contentando-se em apreendê-las em plano acríticos por excelência.

Contra as vias ilusionistas (essencialistas) do direito, Haba (2002, p. 505; 2006, p. 273) propõe uma contraposição realista. Para um enfoque realista-crítico do direito, o pensador afirma a necessidade de encarar as coisas de maneira distinta de como se costuma fazer no mundo jurídico. Segundo ele, o realismo jurídico “deixa de lado toda a *celestialidade* dogmático-essencialista”, e percebe as normas jurídicas como elas são de fato, reconhecendo as indeterminações linguísticas. Além disso, leva em consideração os resultados efetivos que as normas apresentam na realidade social: as normas devem apresentar certa correspondência com a realidade (HABA, 2002, p. 512).

³⁵ Esse platonismo, afirma Haba (2002, p. 510), se faz presente em duas fases. A primeira é quando se preparam os projetos de leis ou regulamentos, perante os quais se pensa que basta conhecer um determinado corpo de normas para tornarem-se realidade os objetivos perseguidos ao legisla-las. Parece que a prática se atuará conforme estas normas e de acordo com os objetivos.

Essa realidade acima afirmada, no entender de Haba (2006, p. 275) é uma realidade realista, que se coloca em contraposição à realidade considerada como tal pelas posições criticadas pelo realismo.

Haba denomina o seu realismo de realismo-crítico porque, segundo ele:

‘Realismo’ e ‘crítica’ são duas caras da mesma moeda. Uma visão realista sobre os discursos jurídicos muitas vezes leva a crítica localizada também sobre a realidade do direito. Os enfoque realistas-críticos não podem deixar de considerar se as normas jurídicas em questão e as interpretações delas, servem para alcançar objetivo sociais ao que se supõe sejam elas dirigidas” (2002, p. 512; 2006, p. 280).

O realismo-crítico não afirma que inexistem normas de direito positivo ou que, existindo, elas carecem de importância prática. Diferentemente, o realista, segundo Haba (2002, p. 514; 2006, p. 280) reconhece que tanto na atividade do jurista quanto nas condutas sociais em geral, as normas influenciam e servem como guias de conduta.

Contudo, apesar da importância do direito positivo, Haba (2002, p. 515) afirma que os realistas não transformam as normas em ilusões míticas, nem quando se referem ao texto positivo da lei (positivismo), nem quando poderiam ser inferidas de um céu discursivo racional (jursnaturalismo). Os realistas devem saber, diz o pensador, que não existe e nem pode existir um método – científico, racional ou dialético, etc. – para deduzir um único sentido ou o melhor sentido de normas cujo significado se discute na prática. A decisão de como entender os textos de direito não depende dos próprios textos, mas de outras coisas pelas quais o intérprete opta.

A interpretação escolhida por um jurista realista, segundo Haba (2002, p. 522), nunca ocorre em função de razões *celestiais* ou essencialistas, mas com base em considerações empíricas: deve ele decidir pela interpretação que apresentar maiores probabilidades (científicas) de ser um meio eficaz para a realização prática de determinado fim social.

Para Haba (2002, p. 516), se não há Deus, espírito da lei, vontade do legislador, modelo de racionalidade, etc., que leva a resolver o problema da interpretação, então o intérprete do direito somente pode se submeter a qualquer dessas coisas, inspirar-se em outras figuras da sua dogmática. Ao inclinar-se a uma dessas instâncias, foi ele quem decidiu tomar tal critério como critério de resolução.

Além disso, Haba (2002, p. 515) sugere que importa, para o realismo, a prática social, ou seja, a aproximação realista-crítica apreende o direito e o discurso jurídico tendo em vista como ele funciona na prática. O realismo jurídico impõe a investigação dos benefícios e malefícios, no mundo concreto, de uma prática ou valor jurídico, a fim de averiguar as consequências práticas. Nas palavras de Haba, “[...] deve-se ter claro para que fins práticos específicos – favorecer a quem (muitos ou poucos) e em que? – se busca que sirva a interpretação jurídica escolhida” (2002, p. 522).

Realistamente, quando se está diante de conceitos jurídicos que, na prática, funcionam como indeterminados (permitem múltiplas interpretações), então se admite que não cabe nenhuma interpretação verdadeira, mas deve-se examinar em que medida cada uma das interpretações pode ser a mais útil para a prática (HABA, 2013, p. 546).

Segundo o pensador, as orientações realistas na teoria do direito se ocupam das questões semânticas dos discursos jurídicos, no intuito de averiguar suas repercussões sociais efetivas, tanto sobre os operadores profissionais do direito, como os juízes, quanto sobre os destinatários normais (HABA, 2013, p. 533).

Nesse sentido, o realismo, no entender de Haba (2002, p. 528), relaciona-se a uma ética da responsabilidade social: toda a reflexão sobre o direito implica em considerações éticas, pois o realismo jurídico impõe o exame da realidade social, não sendo imune a provas e contraprovas de ordem empírico-social.

O realismo também se configura, para Haba (2013, p. 540-542), numa alternativa para encarar o direito como uma tecnologia social. Isso porque busca saber quais os aspectos das condutas sociais reais que servem ou não, as probabilidades de influência na prática, as questões de causa e efeito social. Para o pensador, o direito não é qualquer tecnologia social, mas uma tecnologia específica, que consiste em usar como meio os discursos com autoridade estatal, para influir sobre determinadas condutas humanas, capaz de obstaculizar ou de efetivar a realização de certas finalidades que importam à coletividade do país.

Haba (2013) afirma que os discursos não são uma tecnologia que deixa os operadores absolutamente livres para escolher qualquer conteúdo que considerem mais apropriado socialmente. Isso porque os atores operam socialmente dentro de um marco estabelecido pelos discursos próprios do ordenamento de direito positivo considerado. Somente dentro desse marco linguístico é que cabem as possibilidades de aplicação da tecnologia discursiva. Entendida como tecnologia social, afirma Haba, a ciência jurídica consiste na adequação de uma

ferramenta discursiva para auxiliar na implementação eficaz de determinadas finalidades, como as realidades nas quais vivem os seres humanos.

A ciência jurídica como tecnologia social deve pautar-se pela prática, como qualquer outra tecnologia: deve justificar-se pela eficácia dos seus meios, que são os discursos jurídicos.

O pensamento de Haba pode ser resumido com os seguintes argumentos:

- a) critica o essencialismo em razão da ausência de contato com o *mundo real*;
- b) critica as teorias essencialistas jusnaturalistas e positivistas em razão da ausência de relação com a realidade empírica;
- c) toda a interpretação do fenômeno jurídico deve preocupar-se com a realidade empírica;
- d) propõe uma abordagem realista do direito, a partir do realismo jurídico norte-americano;
- e) afirma a necessidade de se levar em conta os resultados efetivos que as normas apresentam na realidade social (correspondência entre normas e realidade social); e
- f) o realismo se relaciona a uma ética da responsabilidade social: toda a reflexão sobre o direito leva em consideração as implicações éticas (exame da realidade social).

2.3.4 Considerações finais acerca das teorias realistas

A análise das teorias realistas de Alf Ross e de Henrique Haba parece conduzir a algumas conclusões principais que serão apontadas, principalmente a crítica ao essencialismo, segundo eles, presente tanto nas teorias jusnaturalistas, quanto nas teorias positivistas.

Alf Ross, representante do realismo escandinavo, defende a necessária relação entre o direito e a realidade social. Para ele, a efetividade do direito condiciona a sua validade. A partir do pensamento apresentado no presente capítulo, é possível extrair as seguintes conclusões a respeito de seus postulados e sua crítica ao jusnaturalismo e positivismo essencialista:

- a) critica a metafísica e o essencialismo no direito;
- b) defende um realismo jurídico que nasce em contraposição ao essencialismo-idealista jusnaturalista e positivista;
- c) critica o jusnaturalismo em razão da identificação entre direito e justiça, bem como em razão de que as asserções

metafísicas não admitem refutação, sendo arbitrárias e subjetivas;

- d) critica o positivismo em razão da insuficiência na relação que trava entre a cultura e a aplicação do direito;
- e) defende o realismo jurídico, segundo o qual o direito deve ter sua vigência interpretada nos termos da efetividade social das normas jurídicas (correspondência entre direito e fatos);
- f) afirma a necessidade do conhecimento da realidade: a ciência do direito deve se fundar no princípio da verificação (ciência social empírica); e
- g) o direito é vigente quando é aplicado pelos tribunais: a efetividade condiciona a vigência das normas.

Por sua vez, Henrique Haba, representante do realismo norte-americano, também defende a necessária relação entre o direito e a realidade social. Haba critica o jusnaturalismo e positivismo, considerando ambos essencialistas. É possível extrair as seguintes conclusões acerca da sua teoria:

- a) critica o essencialismo em razão da ausência de contato com o *mundo real*;
- b) critica as teorias essencialistas, jusnaturalistas e positivistas, em razão da ausência de relação com a realidade empírica;
- c) toda a interpretação do fenômeno jurídico deve preocupar-se com a realidade empírica;
- d) propõe uma abordagem realista do direito, a partir do realismo jurídico norte-americano;
- e) afirma a necessidade de se levar em conta os resultados efetivos que as normas apresentam na realidade social (correspondência entre normas e realidade social); e
- f) afirma que o realismo se relaciona a uma ética da responsabilidade social: toda a reflexão sobre o direito leva em consideração as implicações éticas (exame da realidade social).

A partir do pensamento de Alf Ross e de Henrique Haba, analisados neste capítulo, parece ser possível afirmar que o realismo jurídico explica o fenômeno do direito a partir da relação entre as normas positivadas e a realidade social – a eficácia das normas. Segundo esse modelo de pensamento, a validade do Direito caracteriza-se pela sua eficácia. Assim, segundo os pensadores realistas, parece que o direito não é definido pela sua essência. Em resumo:

- a) o realismo jurídico pode ser compreendido como um conjunto de teorias que buscam afastar-se de investigações metafísicas;

- b) o realismo jurídico nega um fundamento absoluto ou essencial ao direito;
- c) o direito não é apreendido em ideais metafísicos, mas na realidade social;
- d) enfatiza a eficácia do direito em detrimento da validade;
- e) os princípios gerais do direito não são apriorísticos, mas derivam da experiência concreta; e
- f) apresenta uma concepção empírica do direito: direito como fato social que compreende tanto a norma quanto uma ação.

Diante disso, parece que se exclui o essencialismo da teoria do direito: o fenômeno jurídico é concreto (realidade material) e não essencial. Contudo, a análise da teoria parece conduzir à conclusão oposta. Apesar da crítica ao essencialismo, parece que o realismo jurídico, enquanto teoria do direito, também apresenta um modelo essencialista, porque:

- a) contra o positivismo jurídico, o direito não é visto como um conjunto de normas válidas em razão de seu fundamento (de validade);
- b) contra o jusnaturalismo, o direito não pode ser identificado à princípios metafísicos, como a justiça;
- c) nega um fundamento absoluto ou essencialista ao direito;
- d) sugere que o direito é identificado às normas efetivamente aplicadas numa determinada sociedade; e
- e) logo, parece existir uma relação de correspondência necessária entre as normas e a realidade social.

Se a análise realizada em Rorty, de que a relação entre a linguagem (norma jurídica) e a realidade (mundo externo) é uma relação não epistêmica, mas metafísica, então parece que o realismo é uma teoria metafísica. Conforme as ideias de Rorty (2007), a tentação de perceber o mundo como possuidor de uma natureza intrínseca (essência) que pode ser descrita por meio da linguagem normativa (privilegiar uma linguagem dentre as existentes), e a percepção do conhecer como representação acurada do que está fora da mente (mundo externo), é metafísica.

A crítica de Rorty (2007, p. 137) recai justamente sobre a busca de um vocabulário que represente a realidade (nesse caso o conhecimento do direito) – conhecimento como espelho da realidade –, pois para ele, o conhecer não pode ser explicado por noções como a realidade ou *ponto de vista objetivo*. Nesse sentido, a relação entre normas que descrevem a realidade (em sua eficácia, por exemplo), seria uma relação metafísica.

Se o realismo jurídico puder ser considerado uma teoria metafísica, então apesar da crítica ao essencialismo no direito, parece que a teoria realista jurídica afirma o essencialismo ao afirmar que o direito nasce e se identifica com a realidade social (correspondência entre a linguagem e a realidade).

2.4 O processo de refutação: teses e antíteses

O capítulo tem por objeto a análise do essencialismo no conhecimento do direito. Após uma breve consideração sobre o essencialismo, com foco na ideia de essência apresentada por Platão, em sua obra *A república*, foi mostrado que o essencialismo, no pensamento filosófico, não é o único caminho possível. Para tanto, apresentei uma alternativa ao essencialismo, com base na teoria ironista desenvolvida por Richard Rorty.

Da análise da *República* de Platão, foi possível sugerir três teses principais: (a) a existência da essência (as ideias); (b) a possibilidade de conhecimento da essência; e (c) o conhecimento das essências por meio do método dialético (somente por uma classe específica, os filósofos).

Por sua vez, Rorty nega as teses (a) e (b) percebidas em Platão, não se detendo na análise da tese (c), uma vez que ela perde seu objeto quando negada a tese (b). Segundo Rorty: (a') a essência é uma invenção humana, ou seja, não existe a essência enquanto algo que existe inerentemente no mundo exterior; e (b') nega a ideia do conhecimento como espelho da natureza, negando a possibilidade de se conhecer a essência (a busca de um vocabulário final verdadeiro que represente a realidade).

Rorty (1995) propõe aceitar a ideia de que a realidade é indiferente às descrições que os humanos fazem dela, além de ser o *eu* ou *essência* do humano criado pelo uso de um vocabulário específico. Segundo Rorty, se se aceitar a proposição acima, então se deve assimilar que a verdade não é encontrada, mas construída. Diante disso, o pensador sugere o abandono do discurso da correspondência verdadeira entre a descrição do mundo e o próprio mundo, com sua natureza intrínseca.

Essa análise do essencialismo, em Platão, e da alternativa oferecida por Rorty, não teve por pretensão esgotar o tema, mas apenas pincelar o que se pode entender por essencialismo, além de mostrar que esse modelo de pensamento não é único, havendo alternativas. A análise realizada teve por objetivo situar o essencialismo para que fosse

possível compreender a sua utilização no âmbito das teorias jurídicas, isto é, como o discurso essencialista e o discurso anti-essencialista foram apropriados pelo pensamento jurídico, visando à construção das teorias do direito.

Nesse sentido, também foram analisadas as teses essencialistas e as teses que criticaram o essencialismo no âmbito das teorias jurídicas. Dentre as teorias que justificam o essencialismo no direito, foram analisadas as teorias jusnaturalistas, de corte teológico, racionalista e naturalista, as teorias dialético-materialistas, e as teorias holistas, de matriz quântica e taoísta. Em resumo, essas teorias parecem ser fundamentadas em duas crenças principais: (a) a crença no direito natural (salvo as teorias dialético-materialistas); e (b) o fundamento do direito é uma essência.

As teorias realistas criticam a tese essencialista, mas parecem ser essencialistas ao postular que o fundamento de validade do direito é a sua eficácia: o direito deve ser entendido em relação à realidade social, sendo uma representação do mundo externo.

Dentre as teorias que criticam a tese essencialista no conhecimento jurídico, foram analisadas as teorias positivistas, especialmente a teoria de Kelsen, Bobbio e Ferraz Júnior. Em comum, os pensadores criticaram as crenças (a) e (b) do pensamento essencialista.

Nesta seção, será realizado o processo de tentativa de refutação das teses essencialistas do direito que foram analisadas no decorrer do capítulo, isto é, serão analisados os principais argumentos pró e contra o essencialismo na teoria do direito, a fim de verificar qual a tese que parece ser mais consistente teoricamente.

Em resumo, apesar das suas diferenças, todas as teorias essencialistas analisadas, apesar de suas diferenças, são consideradas metafísicas porque, em comum, compartilham as seguintes crenças:

- a) o direito natural: o direito é o direito natural (exceto para as teorias dialético-marxistas);
- b) o direito decorre de uma essência: Deus, a razão, a natureza, a justiça, a vontade social;
- c) o humano acessa (descobre) o direito pela sua racionalidade;
- d) o direito é definido pela sua essência (a essência pode ser conhecida e fundamentar um direito natural [holismo]);
- e) o direito é imutável (jusnaturalismo);
- f) o direito é inerente ao humano (jusnaturalismo e holismo), e
- g) o direito é universal (jusnaturalismo e holismo).

Por sua vez, em comum, as teorias anti-essencialistas, de corte positivista, afirmaram as seguintes teses:

- a') o direito é direito positivo;
- b') o fundamento do direito positivo é a norma superior hierárquica;
- c') o humano acessa a norma em razão de sua positivação;
- d') o direito é definido pela sua forma;
- e') o direito é mutável;
- f') o direito não é inerente ao ser humano; e,
- g') o direito não é universal.

Contra a tese (a), de que existe um direito natural, as teorias anti-essencialistas positivistas afirmam a tese (a'), segundo a qual somente é válido o direito positivo, posto pela autoridade normativa.

Maynéz (2009, p. 497) sugere que não existe direito natural como conjunto sistemático de normas reconhecido por todos, nem tampouco existe uma teoria jusnaturalista, mas incontáveis teorias sobre o direito natural, nas quais a maioria dos autores o contrapõe ao direito positivo.

Bobbio sugere, ademais, que o direito não é natural, mas positivo porque a validade se relaciona com o fundamento do direito, isto é, ter ele sido produzido por uma fonte autorizada.

Kelsen, por exemplo, sugere que não existe direito natural, não existindo uma essência da natureza humana da qual surgem os direitos. Ele critica a ideia de um direito ideal, natural, imutável e identificado à justiça.

Mas ainda que existisse uma *essência da natureza humana*, Kelsen argumenta que existe um princípio lógico que preceitua que a validade de uma norma não pode ser fundamentada sobre um fato da ordem do ser.

Conforme o princípio lógico mencionado, para Kelsen, a teoria do jusnaturalismo não pode obter normas da natureza, porque a natureza é um conjunto de fatos que estão ligados uns aos outros pelo princípio da causalidade. Por sua vez, o direito é regido pelo princípio da imputação. Para Kelsen, de um *ser* (um fato), não se pode concluir um *dever ser* (uma norma). Para ele, nenhum valor pode ser imanente à realidade empírica.

Segundo a tese kelseniana, todo o direito é positivo: ele não deriva de uma essência natural, nem é direito natural. Kelsen argumenta que não é a facticidade ou o ser natural que transforma um fato num ato jurídico, mas o sentido objetivo ligado ao ato.

Por sua vez, Ross critica a doutrina do direito natural, afirmando que são arbitrárias e subjetivas em razão de que a evidência não pode ser um critério de validade.

Nesse sentido, parece que a tese (a') é mais forte (teoricamente mais consistente) em razão dos argumentos apresentados. Além disso, se se considerar a sugestão de Rorty, de que não existe uma essência ou essência humana, então o direito não poderia se fundamentar na essência, motivo pelo qual não haveria direito natural. Quer dizer, se se abandonar a ideia de essência, considerada sem sentido porque não se pode saber se ela existe ou não, não há como se falar numa essência humana ou essência de Deus que justifique o direito natural.

Além disso, levando em consideração o argumento de Rorty, sobre a impossibilidade de um conhecimento como espelho da realidade, ainda que exista uma essência, pelo simples fato de não poder ela ser conhecida, extrai-se que, ainda que existisse a essência humana ou de Deus, ela não poderia fundamentar o direito natural (espelho da essência), porque não poderia ser conhecida.

Contra a tese (b), que afirma, como fundamento do direito, uma essência (a essência de Deus, da razão e/ou da natureza), o anti-essencialismo positivista afirma a tese (b'), segundo a qual o direito somente pode se fundamentar numa norma hierárquica superior.

Ross critica a tese (b) e afirma que a grande crítica reside no fato de que asserções metafísicas não admitem refutação “porque se movem numa esfera que ultrapassa o alcance da verificação”. Contudo, ele também critica a tese (b'), afirmando que a validade de uma norma sempre deriva de uma norma superior e, com isso, para explicar a validade da Constituição, é necessário postular uma norma superior, que é pressuposta, no entender de Kelsen. Essa norma superior (hipótese inicial) não teria outra função que a de outorgar validade à Constituição. Para Ross, esse fundamento de validade – a norma superior hierárquica – também é uma essência.

Maynéz (2009, p. 498) critica o fundamento que se atribui ao direito natural: o fundamento último do direito natural, enquanto a *natureza*, comporta inúmeros significados. A natureza é percebida, para alguns autores, como o mundo físico e biológico. Para outros, é o mundo psicológico e biológico do ser humano. Outros pensadores ainda afirmam que a natureza é o mundo do criador do universo. Finalmente, também se afirma a natureza *racional* e também a *natureza das coisas*.

Além disso, conforme a tese (b'), as normas do direito não podem derivar da natureza: para Bobbio, é ilusória a convicção da possibilidade

de extrair juízo de valor de um juízo de fato, visto que o *é* e o *dever ser* são de naturezas distintas.

O fundamento de validade de uma norma positiva, segundo Kelsen, não é a natureza ou o direito natural, mas a norma superior pressuposta como objetivamente válida e que opera a fundamentação de validade de norma inferior em razão de legitimar o ato que põe esta norma.

É justamente o fundamento do direito que faz com que Bobbio critique a ideia de direito natural. Para o autor, as normas de direito não se fundamentam na natureza, mas fundamentam-se por terem sido produzidas por uma fonte autorizada.

Também para as teorias dialético-materialistas, apesar de terem sido consideradas essencialistas, o direito é criado pelo ser humano (não necessariamente pelo Estado). O fundamento de validade do direito não é a natureza ou a natureza do homem, a razão ou Deus, mas a vontade das pessoas que vivem em sociedade (vontade social). O direito não é definido pela sua essência, mas pela sua forma e conteúdo, sendo ele mutável e histórico. O direito, nesse sentido, é posto para uma dada sociedade, com base em valores relativos, e vai se transformando no decorrer do tempo.

Nesse sentido, parece que a tese (b') é mais forte em razão dos argumentos apresentados e também em razão da conclusão de Rorty, de que parece plausível abandonar a ideia de essência, considerada sem sentido, porque não se pode saber se ela existe ou não. Ainda que exista uma essência, parece que ela não pode ser conhecida, motivo pelo qual ela não poderia ser o fundamento do direito natural. A norma superior hierárquica, de modo diferente, não parece ser uma essência, mas uma pressuposição da linguagem.

A tese (c) é correlata à (b). Segundo a tese (c), o humano acessa à essência por meio da racionalidade, tese esta já criticada por (a'). Os anti-essencialistas oferecem, de maneira diversa, a tese (c'), segundo a qual se acessa as normas porque foram positivadas.

Contra a tese (d), de que o direito é definido pela sua matéria (essência), as teorias anti-essencialistas positivistas afirmam a tese (d'), segundo a qual o direito é definido pela sua forma, não pela sua matéria.

Segundo Bobbio, por exemplo, o direito não é um valor, mas um fato jurídico. Além disso, ele exclui o essencialismo do direito ao afirmar que o direito não precisa ser justo: o direito é definido pela sua forma e não pelo seu conteúdo.

Se se aceitar como mais forte a tese (a'), em detrimento da tese (a), torna-se imperioso aceitar a tese (d') em detrimento da tese (d). Isso

porque, se o direito é direito positivo, logo o que importa é a sua forma – ter ele sido positivado pela autoridade normativa, independentemente do seu conteúdo.

Contra as teses (e), (f) e (g), de que o direito é imutável, inerente ao humano e, conseqüentemente, universal, as teorias anti-essencialistas positivistas afirmam as teses (e'), (f') e (g'), segundo as quais o direito é mutável, não é inerente ao humano e também não é universal (*a priori*).

Se normas de direito, conforme Bobbio, são produzidas por uma autoridade normativa, então o direito não é imutável, inerente ou universal (apesar de poder ser universalizado mediante um consenso político, por exemplo).

Nesse sentido, parece que as normas de direito constituem valores relativos e não absolutos (inerentismo e universalismo). Se normas não advêm de um núcleo imutável, natural e essencial, mas são legisladas pelo ser humano, então elas não podem constituir valores absolutos transcendentais ou essencialistas (universais e inerentes), mas somente valores relativos.

Kelsen argumenta que, somente se houvesse uma norma constitutiva de determinado valor e que prescrevesse determinada conduta como procedente de uma autoridade supra-humana, de Deus ou da essência da natureza, é que o valor por ela estatuído seria absoluto e imutável (essencialista).

Ainda que as normas de direito derivasse da natureza, Kelsen argumenta que elas não constituiriam valores imutáveis, pois a natureza não é imutável para justificar um direito natural imutável. Conforme ele afirmou, a natureza é um acontecer fático e se encontra em perpétua mutação.

Kelsen critica a ideia de um valor normativo absoluto e essencialista, sugerindo que a concepção que afirma um valor imanente à realidade tem origem metafísico-religiosa e radica na noção de que uma autoridade transcendental (Deus) criou a natureza e, justamente por isso, a ela se incorpora um valor moral absoluto. Se a natureza foi criada por um Deus justo, deduz-se que as normas da natureza formulam um direito também justo. Para Kelsen, se direito é o direito positivo, ele não é a essência natural, mas uma norma posta pelo Estado.

Outro argumento trazido por Kelsen como prova da inexistência de um direito natural essencialista e absoluto é a contradição dos próprios teóricos jusnaturalistas. Apesar de todos pressuporem um direito natural imutável, não é raro afirmarem direitos diferentes e contraditórios entre si, todos como absolutos.

Miaille, apesar de ter sido classificado como essencialista, também critica as teses (e), (f) e (g). Para ele, todo o direito é mutável, histórico e não universal. Mais do que isso, ele critica o idealismo nas explicações jurídicas: sugere que o idealismo é exemplo de uma concepção a-histórica do direito, que é a ideia universalista e essencialista do direito. Para Miaille a abstração não mais pertence à sociedade na qual foi produzida, mas passa a exprimir a pura razão e a racionalidade universal.

Na visão apresentada por Maynéz (2009, p. 500), é possível refutar a ideal de um direito imutável, inerente e universal. Segundo ele, a maioria dos jusnaturalismos prescreve normas universais, mas muitas vezes, se contradizem entre si. Além disso, relativa à mutabilidade ou imutabilidade das prescrições do direito natural, ele afirma que não coincidem os autores que afirmam a mutabilidade e imutabilidade das prescrições do direito natural.

Diante disso, considerando os argumentos apresentados, parece que as teses (e'), (f') e (g'), segundo as quais o direito é mutável, não é inerente ao humano e também não é universal, são mais fortes. Isso em razão da diversidade do ser humano: se não pode ser comprovada uma essência humana, então as normas são positivadas em razão de interesses e valores sociais, os quais não são os mesmos em todas as sociedades e períodos históricos. Daí porque os direitos nem sempre coincidem em todos os ordenamentos jurídicos. Além disso, se não se pode afirmar uma essência humana que justifique os direitos, logo eles não devem ser inerentes ou universais.

Nesse sentido, a partir da análise das teses (a), (b), (c), (d), (e), (f) e (g), próprias do essencialismo no conhecimento jurídico, bem como das teses (a'), (b'), (c'), (d'), (e'), (f') e (g'), oferecidas pelas teorias anti-essencialistas, parece que o anti-essencialismo apresenta argumentos mais consistentes teoricamente (fortes) para fundamentar e justificar o conhecimento do direito.

3 A INERÊNCIA E A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO DISCURSO DAS NAÇÕES UNIDAS

Investigarei o essencialismo enquanto fundamento do discurso de direitos humanos da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Para a investigação do essencialismo, analisarei os pressupostos da inerência e da universalidade, presentes nos principais textos de direitos das Nações Unidas. Dentre todos os importantes textos, optei por investigar aqueles considerados, pela própria Organização das Nações Unidas³⁶, principais em cada assunto específico.

Este capítulo é dedicado ao problema da tese: a justificação dos direitos humanos na inerência e na universalidade, que parece sustentar o pressuposto essencialista por detrás do discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos.

Parece que os direitos humanos se justificam e são impositivos porque são inerentes e universais, pressupostos que lhes garante validade material. A inerência, enquanto *a priori*, e o universalismo, que pressupõe esse *a priori* para todos os seres humanos (natureza humana), parecem justificar a ideia de haver um pressuposto essencialista nos direitos humanos.

Para os fins desta tese, a ideia de *pressuposto* deve ser entendida conforme o senso comum. Pressuposto é algo que está pré-suposto num discurso, em outras palavras, um fundamento sobre o qual o discurso torna-se possível. Nesse sentido, o pressuposto é entendido como um antecedente fundamental do discurso dos direitos humanos.

Analisarei os seguintes instrumentos legais: a Carta das Nações Unidas, de 1945; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966; o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1969; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas em Religião ou Crença, de 1981; a Convenção contra a Tortura e outras formas de Tratamento ou Punição Cruel ou Degradante, de 1984; a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de

³⁶ Para saber mais, consultar o seguinte endereço eletrônico:

<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>>. Acesso em 07/02/2014.

1990; a Convenção de Viena, de 1993; bem como a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, de 2008.

Os direitos humanos, para os fins deste trabalho, devem ser entendidos no sentido posto pela primeira onda das Nações Unidas, isto é, o sentido dado pelos primeiros instrumentos de direitos humanos, que os preceituaram de maneira genérica, universal e essencial. Refiro-me principalmente à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas também aos dois Pactos de 1966, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

No sentido posto pela primeira onda das Nações Unidas, direitos humanos são algo inerente e universal aos seres humanos, mas proclamados pelo Direito Internacional, que estabelece obrigações que os Estados necessitam respeitar ao tomar parte dos tratados internacionais. Segundo a Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal representa o reconhecimento *universal* de que os direitos básicos (humanos) e as liberdades fundamentais são *inerentes* (já existem *a priori* e são apenas reconhecidas juridicamente pelo Direito Internacional) a todos os seres humanos, inalienáveis e igualmente aplicáveis a todos, considerando-se que cada ser humano nasce livre e igual em dignidade e direitos.

Os direitos humanos são entendidos como os direitos que se têm por ter nascido humano. Esses direitos podem ser entendidos, sumariamente, a partir de suas características, são elas:

- a) *inerentes*³⁷: a inerência dos direitos humanos significa que eles já existem na própria natureza humana e são apenas reconhecidos juridicamente nos tratados internacionais. A inerência implica em duas características: (a) *irrenunciáveis*: como os direitos humanos são inerentes à natureza humana, acaso se pudesse renunciá-los, se estaria a renunciar a própria condição de humano, ou seja, são inerentes ao ser humano. São, ademais, indisponíveis, pois que o titular de direitos deles não pode dispor arbitrariamente; e, (b) *inalienáveis e imprescritíveis*: são as características que preceituam que os direitos não podem ser transferidos de

³⁷ É comum de se encontrar, nos manuais e livros sobre direitos humanos, as características irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis de maneira autônoma e não abarcadas dentro da característica inerência. Contudo, entendo que é justamente a caracterização dos direitos humanos como inerentes que permite a justificação deles como irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis. Dessa maneira, opto por apresentar as características da maneira supramencionada, que se amolda melhor ao objeto da tese.

titularidade, seja por doação, por meio oneroso, etc., pois são inerentes à condição humana (conteúdo moral, individual, etc.) e não dependem de tempo determinado para o exercício da titularidade;

- b) *universais*: os direitos humanos são inerentes à natureza humana, motivo pelo qual pertencem a todos os seres humanos, independentemente de quaisquer diferenças; e
- c) *indivisíveis*: a concretização de um dos direitos depende da concretização dos demais.

Com o passar do tempo, outros instrumentos das Nações Unidas tornaram-se mais focados e especializados em relação ao tema abordado e aos grupos sociais identificados como necessitados de proteção. As Nações Unidas passaram a abordar alguns direitos humanos específicos e algumas questões específicas, como a discriminação racial (direito à igualdade), a tortura, as deficiências, as mulheres, dentre outros grupos.

A intenção da investigação dos textos supramencionados reside na tentativa de identificação dos pressupostos metafísicos presentes no discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos, ou seja, na identificação da base filosófica sobre a qual se construiu o discurso jurídico dos direitos humanos.

Iniciarei esta seção pela análise do surgimento das Nações Unidas enquanto organização internacional cuja função declarada (e de surgimento) é a proteção dos direitos humanos. A partir dessa análise preliminar, abordarei o problema da tese: a análise dos pressupostos filosóficos do inerentismo e do universalismo no discurso onusiano, sobre os quais parece se fundamentar a validade material dos direitos humanos. Após analisarei brevemente o pressuposto metafísico do essencialismo, entendido como teoria explicativa do problema da tese.

Em resumo, parece que os fundamentos do inerentismo e do universalismo são justificados porque existe uma crença na essência humana. No discurso dos direitos humanos, o inerentismo está ligado à tese epistêmica de conhecimento *a priori* e significa que os direitos são inerentes à própria natureza humana, sendo apenas juridicamente reconhecidos pelas Nações Unidas. Sendo eles inerentes à natureza humana, entendida essa como única e igual para todos, os direitos são considerados universais a todos os seres humanos.

Nesse sentido, uma vez que se cogita a ideia de uma natureza humana que possui direitos inerentes (e universais), parece que o fundamento dos direitos humanos reside no essencialismo: a existência de uma essência humana que possui direitos inerentes e, justamente por

isso, universais a toda a natureza humana, que são apenas juridicamente reconhecidos nos tratados de direitos humanos das Nações Unidas.

3.1 O surgimento das Nações Unidas e sua função declarada

A Organização das Nações Unidas (ONU), é uma Organização Internacional fundada em 1945, logo após a Segunda Guerra Mundial³⁸. A ONU se originou do comprometimento de cinquenta e um países, dentre eles o Brasil, para com a paz e segurança, o desenvolvimento de relações amistosas entre nações, a promoção do progresso social, melhores padrões de vida e direitos humanos³⁹.

O nome da Organização das Nações Unidas foi concebido em 1942, pelo então Presidente dos Estados Unidos da América, Franklin Roosevelt, e foi utilizado na Declaração das Nações Unidas, de 12 de janeiro de 1942, durante a Segunda Guerra Mundial, momento no qual os representantes de vinte e seis países assumiram o compromisso de que os seus governos continuariam a lutar contra as potências do Eixo.

Em 30 de outubro de 1943, os Governos da União Soviética, do Reino Unido, dos Estados Unidos da América e da China se encontraram em Moscou, na antiga União Soviética e assinaram uma Declaração para o estabelecimento de uma Organização Internacional que tivesse por objetivo a manutenção da paz e a segurança. Esse objetivo foi reafirmado no encontro dos líderes dos Estados Unidos, da antiga União Soviética e do Reino Unido, que ocorreu no Teerã em 1º de dezembro de 1943.

Durante a Conferência de Durbaton Oaks, ocorrida em Washington D.C., nos Estados Unidos, na data de 21 de setembro a 7 de outubro de 1944, a primeira planta da Organização das Nações Unidas foi preparada. Nessa data, os Estados Unidos, Reino Unido, a antiga União Soviética e a China concordaram a respeito dos objetivos, da estrutura e do funcionamento da Organização Internacional.

³⁸ Sobre o surgimento e história das Nações Unidas, é possível consultar o sítio eletrônico da ONU no Brasil: <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/a-historia-da-organizacao/>>. Acesso em 03/12/2013. Também é possível consultar o sítio eletrônico internacional das Nações Unidas: <<http://www.un.org/en/aboutun/history/index.shtml>>. Acesso em 03/12/2013.

³⁹ Segundo Gauchet (2009, p. 315), a “[...] consagração dos direitos do homem é, certamente, o fato ideológico e político maior dos nossos vinte últimos anos. Ela resume o triunfo das democracias; ela condensa as transformações que acompanharam a penetração de seus princípios; ela reúne suas novas incertezas” (2009, p. 315). Nas democracias moderna, para Gauchet, “nada de cidadão livre e participante. O apelo à vontade de todos, mas a secessão radical do ponto de execução onde ela se aplica” (2009, p. 49).

Posteriormente, na Conferência de Yalta, ocorrida em 11 de fevereiro de 1945, o Presidente estadunidense Franklin Roosevelt, o Primeiro Ministro inglês Churchill e o Premier Stalin, da antiga União Soviética, declararam estabelecida uma Organização Internacional para a manutenção da paz e da segurança.

A Carta das Nações Unidas, documento que formalmente deu origem à Organização, foi elaborada na data de 25 de abril a 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco, no estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América. A Carta foi elaborada pelos representantes dos cinquenta países presentes à Conferência sobre Organização Internacional.

Após a ratificação da Carta da ONU, em 24 de outubro de 1945, por seus cinco membros permanentes do Conselho de Segurança – a China, os Estados Unidos da América, a França, o Reino Unido, a ex-União Soviética – e pela maioria dos demais signatários, a Organização das Nações Unidas passou a oficialmente existir no plano jurídico e político.

A Assembleia-Geral da ONU se reuniu pela primeira vez em 10 de janeiro de 1946, na cidade de Londres, no Reino Unido. Nessa reunião, foi decidido que a sede permanente da ONU seria nos Estados Unidos. Atualmente, além da sede central em Manhattan, nos Estados Unidos, a ONU possui sedes em Genebra (Suíça), Viena (Áustria), Nairóbi (Quênia), além de escritórios em outros países.

Em 24 de janeiro de 1946, a Assembleia-Geral da ONU adotou a sua primeira Resolução⁴⁰, que tem como principal objetivo regular o uso pacífico da energia atômica, a eliminação de armas atômicas e das armas de destruição em massa. Desde essa primeira Resolução, que reporta ao descobrimento da energia atômica, a grande intenção da Organização das Nações Unidas foi a manutenção da paz internacional e da segurança das nações, por meio das seguintes recomendações:

- a) a troca de informações científicas básicas entre as nações para fins pacíficos;
- b) o controle da energia atômica, para que ela fosse utilizada somente em fins pacíficos;
- c) a eliminação de armamentos atômicos e outros armamentos utilizados para a destruição em massa da população; e

⁴⁰ A primeira Resolução adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/032/52/IMG/NR003252.pdf?OpenElement>>. Acesso em 03/12/2013.

d) a efetiva inspeção para a proteção dos Estados contra as violações e evasões da Resolução (NAÇÕES UNIDAS, 1946, p. 1).

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia-Geral das Nações Unidas adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴¹, considerada um ato histórico na luta contra a guerra e para a manutenção da paz e da dignidade humana. A Declaração de 1948, adotada sob a forma de Resolução, preceituou direitos inerentes a todo e qualquer ser humano, entendidos como direitos universais. Em seu texto, a Resolução preceituou direitos civis e políticos, direitos sociais, econômicos e culturais, assim como a fraternidade como valor universal.

A partir da Declaração Universal, a Organização das Nações Unidas proclamou diversos outros instrumentos internacionais que aprofundaram os direitos até então já proclamados, bem como criaram outros direitos antes não dispostos, como alguns direitos civis, culturais, políticos, econômicos e sociais.

Sequencialmente, no que tange aos Direitos Humanos, a Comissão para Refugiados da ONU (UNHCR) ganhou o primeiro de seus dois prêmios Nobel em 1954, em razão do trabalho realizado em prol dos refugiados europeus.

À época, o Comitê Nobel afirmou a importância do trabalho realizado para a paz, em razão da minimização dos efeitos da guerra e da promoção do sentimento de irmandade entre os seres humanos, apesar da distância das fronteiras nacionais. O segundo prêmio Nobel da paz concedido à UNHCR, em 1981, foi um reconhecimento à assistência concedida aos refugiados asiáticos.

Considerando a questão da paz e dos conflitos raciais, resultados das políticas de *apartheid*, efetivadas pelo governo da República da África do Sul, no dia 7 de agosto de 1963, o Conselho de Segurança da ONU votou o embargo de armas contra a África do Sul. Em sua decisão, a Organização das Nações Unidas:

- a) considerou as políticas de *apartheid* inconsistentes com os princípios contidos na Carta das Nações Unidas;
- b) determinou o abandono das políticas de *apartheid* pelo governo da República da África do Sul, assim como a liberdade dos presos, das pessoas internadas, ou das demais restrições impostas às pessoas que se opuseram ao regime de *apartheid*;

⁴¹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos está disponível no seguinte sítio eletrônico: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>>. Acesso em 03.12/2013.

- c) proibiu os Estados da venda e entrega de armas, munições ou veículos militares à África do Sul; e
- d) solicitou ao Secretário Geral da ONU a constante observação da questão relacionada ao governo da República da África do Sul⁴².

Em 1966, foram aprovados dois Pactos importantes sobre os direitos humanos, os quais aprofundaram os temas abordados na Declaração Universal. O primeiro é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e o segundo, o Pacto Internacional sobre direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em 12 de junho de 1968, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou o *Tratado de não proliferação de armas nucleares* (NPT)⁴³. Por meio do NPT, a ONU considerou que as consequências devastadoras de uma guerra nuclear seriam sentidas por todos os seres humanos. Além disso, avaliou que a proliferação de armas nucleares poderia aumentar o risco de uma guerra nuclear. Os objetivos do Tratado Internacional NPT são a prevenção do alargamento da tecnologia bélica e das armas nucleares, assim como a cooperação para o uso pacífico da energia nuclear e o desarmamento nuclear.

Para atingir o objetivo da não proliferação de armamento nuclear e, como medida da confiança construída entre os Estados que ratificaram o tratado, foi estabelecido o sistema guardião sob a responsabilidade da Agência Internacional de Energia Atômica (IAEA), para verificar a compatibilidade quando fossem realizadas as inspeções.

O Tratado de não proliferação de armas nucleares permite igual acesso à tecnologia nuclear por todos os Estados-partes, assim como a possibilidade de intercâmbio de informação científica no que tange às aplicações da energia atômica para fins pacíficos.

Em 2010 aconteceu uma Conferência para a revisão do *Tratado de não proliferação de armas nucleares*⁴⁴, presenciado por um total de 172 Estados-partes. O NPT representa o único compromisso em um

⁴² O embargo das Nações Unidas a respeito da política de *apartheid*, perpetrada pelo governo da África do Sul, pode ser encontrado no seguinte sítio eletrônico: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/181%281963%29>. Acesso em 04/12/2013.

⁴³ O *Tratado de não proliferação de armas nucleares* pode ser visualizado no seguinte sítio eletrônico: <<http://www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/NPT.shtml>>. Acesso em 04/12/2013.

⁴⁴ O Documento da *Conferência de Revisão do Tratado de não proliferação de armas nucleares* encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.un.org/en/conf/npt/2010/>>. Acesso em 04/12/2013.

Tratado multilateral para o objetivo de desarmamento nuclear dos Estados.

A Conferência de Revisão de 2010 considerou algumas questões-chave, como a universalidade do tratado, o desarmamento nuclear, medidas para o desenvolvimento de utilização pacífica da energia nuclear, dentre outras questões, e reafirmou os objetivos originários.

Em 4 de janeiro de 1969, entrou em vigor a *Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*⁴⁵, que será analisada oportunamente. Na Convenção, a ONU afirmou solenemente a necessidade da eliminação de todas as formas de discriminação racial no mundo.

Considerou a ONU, nesse sentido, que qualquer doutrina de superioridade racial, como políticas de *apartheid*, de segregação ou de separação, é uma doutrina cientificamente falsa, moralmente condenável, além de ser injusta e perigosa socialmente.

A ONU, por meio da *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*, considerou que quaisquer discriminações baseadas na raça, cor ou origem étnica, são obstáculos às relações amistosas entre as nações, à dignidade humana e à segurança entre as pessoas que vivem no mesmo Estado-nação.

Diante disso, a ONU resolveu adotar, na Convenção supramencionada, todas as medidas necessárias para a eliminação da discriminação racial em todas as suas modalidades e manifestações, para prevenir e combater doutrinas e práticas racistas, além de promover o entendimento entre raças e construir uma comunidade internacional livre de todas as formas de segregação racial e de discriminação racial.

Também se interconecta com os direitos humanos a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente, que ocorreu em junho de 1972, na cidade de Estocolmo, na Suécia. Essa Conferência deu origem ao Programa Ambiental das Nações Unidas (UNEP).

A Conferência de Estocolmo representa o primeiro passo da ONU em prol no meio ambiente, além de ser uma tentativa de formular um espaço comum para se pensar a preservação ambiental. Nessa Conferência se discutiu objetivos políticos com relação ao tema do meio ambiente, para além das posições normativas.

⁴⁵ A *Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial* está disponível no seguinte site eletrônico: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>. Acesso em 04/12/2013.

Entre junho e julho de 1975, aconteceu a primeira Conferência⁴⁶ Mundial sobre as Mulheres, na Cidade do México. A primeira Conferência coincidiu com o *Ano Internacional da Mulher* e foi uma tentativa de abrir um diálogo mundial sobre a igualdade de gênero, por meio de um lento processo que deveria envolver a deliberação, a negociação, a escolha de objetivos, a identificação de obstáculos e a revisão do progresso já realizado.

Na Conferência de 1975, a Assembleia-geral das Nações Unidas identificou três objetivos-chave para o trabalho da ONU no que tange às mulheres, são eles: (a) igualdade total de gênero e eliminação da discriminação de gênero; (b) total integração e participação da mulher no desenvolvimento; e (c) aumento da contribuição das mulheres para o fortalecimento da paz no mundo.

Posteriormente, em 18 de dezembro de 1979, a Assembleia-Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres⁴⁷ (CEDAW), considerando valores políticos, econômicos, sociais, culturais e civis.

A CEDAW é conhecida como a Carta internacional de direitos da mulher, a qual define o que é a discriminação contra a mulher, além de construir uma agenda para ações nacionais que tenham como objetivo erradicar essa forma de discriminação.

A discriminação contra a mulher, segundo o texto da CEDAW, deve ser entendida como qualquer distinção, exclusão ou restrição feita com base no sexo, que tem como efeito ou objetivo prejudicar ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais no campo político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro⁴⁸.

⁴⁶ Para saber mais sobre as Conferências Internacionais sobre as mulheres, consultar o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/followup/session/presskit/hist.htm>>. Acesso em 04/12/2013.

⁴⁷ A *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher* encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>. Acesso em 04/12/2013.

⁴⁸ A tradução feita pela autora do conceito de discriminação contra a mulher advém do seguinte texto da CEDAW: “[...] any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.”

Os Estados signatários da Convenção contra a discriminação da mulher se comprometem às medidas de combate à discriminação da mulher, principalmente nas seguintes formas: (a) incorporar o princípio da igualdade entre homens e mulheres nos sistemas jurídicos e abolir qualquer tipo de lei discriminatória; (b) estabelecer tribunais e outras instituições públicas que garantam a efetiva proteção das mulheres contra a discriminação; e (c) eliminar todos os atos de discriminação contra as mulheres, perpetrados por pessoas, organizações ou por empresas.

Em 25 de novembro de 1981, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a *Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas na religião ou na crença*⁴⁹. Em resumo, a Declaração dispôs que a religião e a crença, para qualquer pessoa que as professe, é um dos elementos fundamentais na sua concepção de vida. A liberdade de religião e de crença, nesse sentido, segundo o discurso da ONU, deve ser plenamente respeitada e garantida.

A ONU proclamou a *Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e de discriminação baseadas na religião ou na crença* e resolveu adotar todas as medidas necessárias para combater o avanço da eliminação da intolerância em todas as suas formas e manifestações, além da prevenção e combate à discriminação no que concerne à religião ou à crença.

Segundo a ONU, a liberdade de religião e de crença contribuem para o avanço do objetivo de paz mundial, justiça social, criação de laços amistosos entre as pessoas e eliminação de ideologias e práticas colonialistas e de discriminação racial.

Em 10 de dezembro de 1984, a Assembleia-Geral das Nações Unidas adotou a *Convenção contra a Tortura e outras formas de Tratamento ou Punição Cruel ou Degradante*⁵⁰. Por meio dessa Convenção, a Organização das Nações Unidas considerou a *Declaração sobre a proteção de todas as pessoas de serem sujeitas à tortura ou a outros tratamentos ou punições cruéis, inumanas ou degradantes*, adotada pela Assembleia-Geral da ONU na Resolução 3452 (XXX) de 9 de dezembro de 1975.

⁴⁹ A Declaração está disponível no seguinte endereço eletrônico:

<http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/36/55>. Acesso em 04/12/2013.

⁵⁰ A *Convenção contra a tortura e outras formas de tratamento ou punição cruel ou degradante* encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201465/volume-1465-I-24841-English.pdf>>. Acesso em 06/12/2013.

O grande objetivo da Convenção de 1984 foi o de tornar mais eficaz o combate à tortura e às demais formas de tratamento ou punição cruéis, inumanas e degradantes no mundo, considerando os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, principalmente em razão do reconhecimento da igualdade e inalienabilidade dos direitos proclamados, em razão da dignidade inerente de todos os humanos.

A Organização das Nações Unidas realizou quatro Conferências mundiais sobre as mulheres, tendo elevado a causa da igualdade de gênero para o centro da agenda global. A primeira Conferência foi realizada na Cidade do México, em 1975, conforme já mencionado. A segunda Conferência foi realizada na cidade de Copenhague, em 1980. Em 1985, foi realizada a terceira Conferência, em Nairóbi. A quarta foi realizada em Beijing, em 1995.

Em julho de 1985, a Conferência mundial para revisão os ganhos concernentes à década das mulheres⁵¹ na ONU ocorreu em Nairóbi, no Quênia.

O objetivo, desde o proclamado *Ano internacional da mulher*, em 1975, pela Assembleia-Geral da ONU, na Resolução 3010 (XXVII), foi o de intensificar as ações de promoção da igualdade entre homens e mulheres, realizando uma total integração da mulher no desenvolvimento humano e na construção da paz mundial. Nessa década da mulher, de 1972 até 1985, a ideia-objetivo para a mulher foi o da *igualdade, desenvolvimento e paz*.

Anteriormente, em 1980, na Conferência mundial de Copenhague, a Assembleia-geral da ONU, na Resolução 35/136, adotou o Programa de ação para a segunda metade da década da ONU para a mulher, considerando os obstáculos internacionais existentes para o desenvolvimento da mulher.

Apesar do progresso feito desde a primeira Convenção, realizada na Cidade do México, a segunda Convenção, realizada na cidade de Copenhague, reconheceu que alguns sinais de disparidade de sexo e gênero começaram a emergir dos direitos já assegurados e da habilidade das mulheres exercerem esses direitos. Os problemas foram verificados em razão dos seguintes motivos:

- a) falta de envolvimento dos homens para melhorar o papel das mulheres na sociedade;
- b) vontade política insuficiente;

⁵¹ Para saber sobre a Convenção, consultar o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.un.org/womenwatch/confer/nfls/>>. Acesso em 04/12/2013.

- c) falta de reconhecimento do valor da contribuição das mulheres para a sociedade;
- d) falta de atenção às necessidades específicas das mulheres no planejamento;
- e) falta de mulheres em cargos de tomada de decisão;
- f) serviços insuficientes para apoiar o papel das mulheres na vida nacional;
- g) falta de recursos financeiros necessários; e
- h) falta de conscientização das mulheres sobre as oportunidades disponíveis para elas⁵².

A Conferência mundial de Nairóbi⁵³ afirmou a necessidade do compromisso para a promoção de políticas nacionais e multilaterais e cooperação para o desenvolvimento humano, ou seja, um total desenvolvimento, que inclua o desenvolvimento na dimensão política, econômica, social, cultural, além de outras dimensões da vida humana.

Na Conferência mundial de Nairóbi, a ONU entendeu que a efetiva promoção dos direitos da mulher ocorre em condições internacionais de paz e segurança, onde as relações entre os Estados são baseadas no respeito pelos direitos das nações, pela soberania dos territórios, das pessoas em sua possibilidade de autodeterminação, pelo direito de viver em paz dentro das fronteiras territoriais de cada Estado-nação.

Além disso, a Conferência de Nairóbi incitou os governos dos países participantes a delegar responsabilidade para as questões das mulheres a todos os cargos e programas institucionais. Após a conferência, a Assembleia-Geral pediu às Nações Unidas para estabelecer pontos focais sobre as questões das mulheres em todos os setores de trabalho da Organização.

A Conferência de Nairóbi introduziu uma abordagem ampla para o desenvolvimento das mulheres no mundo, tendo reconhecido que a igualdade entre mulheres e homens não é um problema isolado, mas um problema que abrange todas as dimensões da atividade humana.

A quarta Conferência mundial da ONU sobre as mulheres e a igualdade de gênero ocorreu em Beijing (Pequim)⁵⁴, em 1995. O

⁵² Para saber mais sobre a Conferência de Copenhague, visitar o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/copenhagen.html>>. Acesso em 06/12/2013.

⁵³ Para saber mais sobre a Conferência de Nairóbi, visitar o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/nairobi.html>>. Acesso em 06/12/2013.

⁵⁴ Para saber mais sobre a Conferência de Pequim, consultar o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/beijingdeclaration.html>>. Acesso em 06/12/2013.

principal feito da quarta Conferência foi o reconhecimento da necessidade de mudar o foco da mulher para o conceito de gênero, reconhecendo que toda a estrutura da sociedade e todas as relações entre homens e mulheres deveriam ser reavaliadas. Os direitos das mulheres passaram a ser vistos como direitos humanos, e a igualdade de gênero passou a ser uma questão de interesse universal.

A Conferência de Pequim deu origem à Declaração de Pequim e a sua Plataforma de Ação, que é a agenda perante a qual os governos se comprometeram, visando à efetiva inclusão da dimensão do gênero em suas instituições, políticas, planejamento e decisão⁵⁵.

Em 2 de setembro de 1990, a Organização das Nações Unidas proclamou a Convenção sobre os Direitos das Crianças⁵⁶. A Convenção é formada pelo conjunto dos direitos mínimos e liberdades da criança – a pessoa com 18 (dezoito) anos incompletos –, que devem ser respeitados por todos os Estados.

Esses direitos das crianças se fundam no respeito pela dignidade inerente a todo o ser humano, independentemente da raça, cor, gênero, língua, religião, opinião, origem, *status* de nascimento ou habilidade.

A Convenção dos direitos das crianças foi inspirada na proclamação da Declaração Universal de 1948, de que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Nesse sentido, a Convenção dispõe sobre quatro princípios fundamentais: (a) a não discriminação; (b) a devoção aos melhores interesses da criança; (c) o direito à vida; e (d) a sobrevivência, ao desenvolvimento e ao respeito pelas opiniões da criança.

A Conferência Mundial em Direitos Humanos⁵⁷ ocorreu em Viena, na Áustria, em junho de 1993, que resultou na Declaração de Viena⁵⁸, e na qual se comemorou o ano internacional das pessoas

⁵⁵ A Conferência de Pequim foi revisada no ano de 2000, na cidade de Nova Iorque, sobre o tema: *mulher 2000: gênero, igualdade, desenvolvimento e paz para o século XXI*.

⁵⁶ A *Convenção sobre os direitos das crianças* está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.unicef.org/crc/>>. Acesso em 04/12/2013. Também está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>>. Acesso em 06/12/2013.

⁵⁷ Para saber mais sobre a Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, consultar o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.ohchr.org/EN/ABOUTUS/Pages/ViennaWC.aspx>>. Acesso em 04/12/2013.

⁵⁸ A Declaração de Viena de 1993 encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>. Acesso em 04/12/2013.

indígenas⁵⁹. Na data de 14 a 25 de junho de 1993, ocorreu a Conferência Mundial em direitos humanos. A Conferência buscou um plano comum para o fortalecimento dos direitos humanos no mundo, plano esse que deu origem, no dia 25 de junho, à Declaração de Viena. Durante a Conferência, se reconheceu a interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos.

A Declaração de Viena fez recomendações para reforçar e harmonizar a capacidade de monitoramento do sistema das Nações Unidas. A Declaração apelou para a criação de um Alto Comissariado para os Direitos Humanos pela Assembléia-Geral, cargo esse criado em 20 de dezembro de 1993 (Resolução 48/141).

A Declaração de Viena reconheceu e afirmou que todos os direitos humanos derivam da dignidade e do “[...] valor inerente à pessoa humana, e que a pessoa humana é o sujeito central dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e, conseqüentemente, deve ser o principal beneficiário”, podendo participar da realização desses direitos e liberdades (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Além disso, a Declaração também reconheceu que direitos humanos e liberdades fundamentais são direitos de nascimento de todos os seres humanos, sendo que a proteção e promoção desses direitos e liberdades é a primeira responsabilidade dos Governos.

Na data de 5 a 15 de setembro de 1994, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento⁶⁰ ocorreu na cidade do Cairo. A Conferência teve como temas principais a população e o desenvolvimento econômico sustentável.

Em março de 1995, o Encontro Mundial para o Desenvolvimento Social (WSSD)⁶¹ ocorreu na cidade de Copenhague e renovou o compromisso no combate à pobreza, ao desemprego e à exclusão social. Na finalização do Encontro, os Governos adotaram a Declaração e Programa de Ação, na qual se colocou as pessoas no centro do desenvolvimento.

O desenvolvimento, segundo a Declaração, deve ser baseado na dignidade humana, nos direitos humanos, na igualdade, no respeito, na

⁵⁹ Para saber mais sobre o ano internacional dos indígenas, consultar o seguinte endereço eletrônico: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/133>. Acesso em 04/12/2013.

⁶⁰ Para saber mais sobre a Conferência, consultar o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.un.org/popin/icpd2.htm>>. Acesso em 04/12/2013.

⁶¹ Para saber mais sobre o Encontro Mundial, consultar o seguinte endereço eletrônico: <<http://undesadspd.org/Home/WorldSummitforSocialDevelopment1995.aspx>>. Acesso em 04/12/2013.

paz, na democracia, na responsabilidade e cooperação mútua, no respeito pela diversidade religiosa e de valores étnicos e culturais das pessoas. Foram descritos dez grandes objetivos na Declaração (1995):

- a) as pessoas devem ser centrais ao desenvolvimento: a economia deve satisfazer as necessidades humanas de maneira eficaz;
- b) cumprir a responsabilidade para com as gerações futuras, com a equidade geracional e com o uso sustentável do meio ambiente;
- c) reconhecer que o desenvolvimento social é uma responsabilidade nacional que só pode ser alcançado com o compromisso coletivo e os esforços de uma comunidade internacional;
- d) integrar as políticas econômicas, culturais e sociais, para que se tornem complementares, e reconhecer a interdependência das dimensões pública e privada de atividade;
- e) o desenvolvimento social sustentável requer políticas econômicas;
- f) promover a democracia, a dignidade humana, a justiça social e a solidariedade em nível internacional, nacional e regional; garantir a tolerância, a não-violência, o pluralismo e a não-discriminação, com pleno respeito pela diversidade dentro e entre as sociedades;
- g) promover a distribuição equitativa da renda e o maior acesso a recursos por meio da equidade e igualdade de oportunidades para todos;
- h) reconhecer a família como unidade básica da sociedade, desempenhando ela fundamental papel no desenvolvimento social. As diferentes formas de famílias que existem em diferentes sistemas culturais, políticos e sociais devem ser protegidas;
- i) assegurar que as pessoas desfavorecidas e vulneráveis sejam incluídas no desenvolvimento social;
- j) promover o respeito universal e a proteção de todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais para todas as pessoas, assim como promover a igualdade de gênero, proteger os direitos das crianças e jovens, além de promover o fortalecimento da integração social e da sociedade civil;
- k) reafirmar o direito à autodeterminação dos povos, principalmente dos povos submetidos à dominação colonial ou outras formas de dominação ou ocupação estrangeira;

- l) apoiar o progresso e a segurança para as pessoas e as comunidades, para a satisfação das necessidades humanas básicas, dignidade pessoal, segurança e criatividade;
- m) reconhecer e apoiar os povos indígenas no desenvolvimento econômico e social, com respeito à identidade, tradições, formas de organização social e valores culturais;
- n) sublinhar a importância do governo, da administração transparente e responsável em todas as instituições nacionais ou internacionais, públicas ou privadas;
- o) reconhecer que capacitar as pessoas, especialmente as mulheres, é um dos principais objetivos do desenvolvimento. O *empoderamento* (*empowerment*) exige a plena participação das pessoas na formulação, efetivação e avaliação das decisões que determinam o funcionamento e o bem-estar das nossas sociedades;
- p) assegurar a universalidade do desenvolvimento social e delinear uma abordagem nova e reforçada para o desenvolvimento social, com um impulso para a cooperação e parceria internacional;
- q) melhorar a possibilidade de idosos alcançarem uma vida melhor;
- r) reconhecer que as novas tecnologias da informação e novas abordagens de acesso e de uso de tecnologias por pessoas que vivem na pobreza podem ajudar o desenvolvimento social e, portanto, reconhecer a necessidade de facilitar o acesso a essas tecnologias;
- s) reforçar as políticas e programas que melhorem, garantam e ampliem a participação das mulheres em todas as dimensões da vida política econômica, social e cultural, com acesso a todos os recursos necessários para o pleno exercício dos seus direitos fundamentais;
- t) criar condições políticas, jurídicas e sociais que permitam a repatriação voluntária de refugiados em segurança e dignidade aos seus países de origem, bem como o retorno voluntário e seguro das pessoas deslocadas internamente aos seus locais de origem e sua reintegração em suas sociedades; e
- u) enfatizar a importância do retorno de todos os prisioneiros de guerra, pessoas desaparecidas em ação e reféns de suas famílias, de acordo com as convenções internacionais, a fim de alcançar o desenvolvimento social integral.

A primeira responsabilidade dos Estados é a concretização dos objetivos acima mencionados, por meio da comunidade internacional, e não pelos Estados isolados.

No programa de ação, foram trabalhados os seguintes temas centrais: (a) ambiente propício para o desenvolvimento social; (b) erradicação da pobreza; (c) expansão do emprego produtivo e redução do desemprego; e (d) integração social.

Em 10 de setembro de 1996, a Assembleia Geral da ONU adotou o *Tratado compreensivo de banimento de teste nuclear – Comprehensive nuclear-test-ban treaty*⁶². Esse Tratado é considerado um marco para o desarmamento nuclear e a não proliferação de material bélico nuclear. Declara, logo em seu início, a necessidade de esforços progressivos para a redução das armas nucleares de maneira global, com a finalidade da eliminação total de tais armas.

No artigo primeiro, ao tratar das obrigações básicas, o Tratado supramencionado dispõe que cada Estado-parte é proibido de realizar quaisquer explosões nucleares ou quaisquer testes com armas nucleares, além de estar proibida qualquer explosão nuclear no território de sua jurisdição (NAÇÕES UNIDAS, 1996, p. 4).

Na data de 8 a 12 de abril de 2002, a segunda *Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento – Second World Assembly on Ageing*⁶³ buscou assegurar que as pessoas, em qualquer local do mundo, possam envelhecer com segurança e dignidade, assim como possam continuar a participar de suas sociedades como cidadãos.

Nesse sentido, em sua Declaração Política, já no primeiro artigo, a ONU e os Estados-partes se comprometeram com ações em diferentes níveis, incluídos os níveis nacional e internacional, para a realização de três direções prioritárias: (a) desenvolvimento de pessoas idosas; (b) avanço na saúde e no bem-estar no envelhecimento; e (c) propiciar ambientes que assegurem as condições precedentes (NAÇÕES UNIDAS, 2002, p.1).

O objetivo proposto comunica-se com a constatação presente no artigo segundo, que aponta para o fato de que o mundo está

⁶² Para saber mais sobre o Tratado de banimento nuclear, consultar o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.ctbto.org/the-treaty/>>. Acesso em 04/12/2013. Também disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.ctbto.org/fileadmin/content/treaty/treaty_text.pdf>. Acesso em 07/12/2013.

⁶³ O relatório da 2ª Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.197/9>. Acesso em 07/12/2013.

experimentando uma transformação demográfica sem precedentes. A expectativa é de que no ano 2050, o número de pessoas acima de 60 (sessenta) anos aumente de 600 (seiscentos) milhões para 2 (dois) bilhões de pessoas. Essa transformação demográfica, que vem ocorrendo, desafia as sociedades a promoverem oportunidades, especialmente para as pessoas idosas poderem realizar o seu potencial de participar ativamente em todos os aspectos da sua vida (NAÇÕES UNIDAS, 2002, p. 1).

Diante disso, artigo quinto reafirmou o compromisso na promoção da democracia, o reforço do Estado de direito, a promoção da igualdade de gênero, assim como a promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, incluindo-se o direito ao desenvolvimento. Reafirmou-se, ademais, o compromisso em eliminar todas as formas de discriminação, incluindo-se a discriminação em razão da idade (NAÇÕES UNIDAS, 2002, p. 2).

Também foi importante o compromisso firmado no artigo quinto, de que as pessoas, à medida que envelhecem, devem desfrutar de uma vida saudável, segura e com participação ativa na vida econômica, social, cultural e política de suas sociedades (NAÇÕES UNIDAS, 2002, p. 2).

Também no ano de 2002, na data de 8 a 10 de maio, foi realizada a *Conferência Internacional sobre as Crianças*⁶⁴ – *The international conference on children*. A Conferência, que aconteceu em uma Sessão Especial da Assembleia-Geral das Nações Unidas sobre as crianças, aventou o comprometimento com o objetivo de melhorar a situação das crianças no mundo.

A Resolução adotada pela Assembleia-Geral da ONU na Conferência Internacional sobre as Crianças, denominada *Um mundo para as crianças*⁶⁵ – *a world fit for children* (A/RES/S-27/2) –, reafirmou a obrigação em promover e proteger os direitos de cada criança e adolescente, entendidos os que têm idade inferior a 18 (dezoito) anos.

Tendo em conta os melhores interesses da criança, a Resolução baseou-se nos princípios da democracia, da igualdade, da não-discriminação, da paz, da justiça social, da universalidade, da indivisibilidade, da interdependência, e da interrelação entre todos os

⁶⁴ A Conferência Internacional sobre as Crianças está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.unicef.org/specialsession/>>. Acesso em 07/12/2013.

⁶⁵ A Resolução *Um mundo para as crianças* pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.unicef.org/specialsession/docs_new/documents/A-RES-S27-2E.pdf>. Acesso em 07/12/2013.

direitos humanos, incluindo o direito ao desenvolvimento. Por meio da Resolução, a ONU e os demais Estados-partes comprometeram-se com os seguintes princípios e objetivos:

- a) colocar a criança em primeiro lugar;
- b) erradicar a pobreza: investir na infância e eliminar o trabalho infantil;
- c) todas as crianças são iguais em dignidade e direitos: acabar com quaisquer formas de discriminação;
- d) cuidar de todas as crianças: nutrição, proteção, desenvolvimento, boa saúde, segurança emocional, etc;
- e) educar todas as crianças: todas as crianças devem ter acesso a educação primária gratuita e compulsória;
- f) proteger as crianças de maus-tratos e exploração;
- g) proteger as crianças da guerra e de conflitos armados;
- h) combater a AIDS/HIV (síndrome da imunodeficiência);
- i) escutar as crianças e promover sua participação como cidadãos que podem ajudar na construção de um mundo melhor; e
- j) proteger o planeta terra para as crianças (para as futuras gerações). (NAÇÕES UNIDAS, 2002c, p. 2-3).

Em 13 de abril de 2005, a Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas adotou a *Convenção Internacional para a Supressão de todos os atos de Terrorismo Nuclear*⁶⁶ – *International convention for the suppression of acts of nuclear terrorism* (A/RES/59/290).

Na Convenção, a ONU reconheceu que todos os Estados têm o direito a desenvolver a energia atômica para fins pacíficos. Contudo, a preocupação com o aumento dos atos de terrorismo em todas as suas formas e manifestações e, considerando *Declaração sobre as medidas para eliminar o terrorismo internacional* (Resolução 49/60 de 1994, da Assembleia-Geral da ONU), levou à adoção da Convenção para a supressão dos atos de terrorismo nuclear.

Material nuclear, segundo a Convenção, significa o plutônico, exceto aquele com concentração isotópica superior a 80% em plutônio-238; o urânio-233; o urânio enriquecido no isótopo 235 ou 233; o urânio contendo a mistura de isótopos como ocorre na natureza; e qualquer

⁶⁶ A Convenção Internacional para a Supressão de quaisquer atos de Terrorismo Nuclear está disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/59/290>. Acesso em 07/12/2013.

outro material que contenha um ou mais dos elementos anteriores (NAÇÕES UNIDAS, 2005, p. 2-3).

Em 8 de março de 2005, a Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas adota a *Declaração sobre a Clonagem Humana*⁶⁷ – *Declaration on Human Cloning* (A/RES/59/280). A Declaração foi dirigida pelos princípios da Carta da ONU e recordou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano, adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas em 11 de novembro de 1997.

A Declaração sobre a Clonagem também afirmou que a promoção e o progresso científico devem ser buscados de maneira a salvaguardar a vida e a respeitar os direitos humanos e os benefícios de todos. Convencida da urgência da prevenção dos potenciais perigos da clonagem para a dignidade humana, a ONU (2005, p. 1-2), por meio da Declaração, afirmou solenemente:

- a) os Estados-membros são chamados a adotar as medidas necessárias para proteger a vida humana na aplicação das ciências;
- b) os Estados-membros são chamados a proibir todas as formas de clonagem humana, na medida em que são incompatíveis com a dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e da vida;
- c) os Estados-membros são chamados a adotar as medidas necessárias para proibir a aplicação de técnicas de engenharia genética que podem ser contrárias a dignidade humana;
- d) os Estados-membros são chamados a tomar as medidas necessárias para evitar a exploração das mulheres na aplicação das ciências da vida;
- e) os Estados-membros são chamados a adotar e implementar uma legislação nacional que traga efeito às alíneas aqui mencionadas; e
- f) os Estados-membros são chamados, em seu financiamento à pesquisa médica, a levar em conta a pressão global sobre temas como a HIV/AIDS, a tuberculose e a malária (NAÇÕES UNIDAS, 2005, p. 2).

Em 15 de março 2006, a resolução 60/251, da Assembleia-Geral das Nações Unidas, estabeleceu o *Conselho de Direitos Humanos*

⁶⁷ A *Declaração sobre a Clonagem Humana* encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/59/280>. Acesso em 07/12/2013.

(HRC)⁶⁸, um corpo intergovernamental dentro da ONU, cujo principal propósito é resolver situações de violação de direitos humanos, promover e proteger os direitos humanos e fornecer recomendações. Os encontros do HRC, que é formado por 47 (quarenta e sete) Estados-membros das Nações Unidas e eleitos pela Assembleia-Geral, ocorrem no escritório das Nações Unidas situado em Genebra.

Na data de 3 de maio de 2008, a *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*⁶⁹ – *Convention of the rights of persons with disabilities* – foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos que negociou com a participação da sociedade civil. O grande propósito dessa *Convenção* foi a promoção, a proteção e a garantia do pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, além de promover o respeito por sua dignidade inerente.

As pessoas com deficiência, segundo a *Convenção*, são aquelas que as condições físicas, em longo prazo, intelectuais, sensoriais ou mentais que, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com os demais.

A *Convenção* levou em consideração as situações enfrentadas pelas pessoas com deficiência, as quais estão sujeitas a formas diversas e agravadas de discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica, nativa ou social, riqueza, nascimento, idade ou qualquer outra condição.

Diante disso, a Organização das Nações Unidas entendeu que, por meio da *Convenção internacional*, se pode promover e proteger os direitos e dignidade das pessoas com deficiência, buscando uma contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e promover a sua efetiva participação das dimensões civil, política, econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto em países em desenvolvimento e desenvolvidos.

Conforme se pode perceber, no decorrer da história, os Tratados Internacionais sobre direitos humanos se tornaram focados e

⁶⁸ Para conhecer mais sobre o *Conselho de Direitos Humanos*, visitar o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/HRCIndex.aspx>>. Acesso em 08/12/2013.

⁶⁹ Para saber mais sobre a *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*, visitar o seguinte endereço eletrônico: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=259>>. Acesso em 08/12/2013.

especializados, tanto em relação ao tema abordado como em relação aos grupos sociais identificados como necessitados de proteção⁷⁰.

O corpo do direito internacional dos direitos humanos, segundo a ONU, continua a crescer e a elaborar os direitos e as liberdades fundamentais consagrados na Carta Internacional dos Direitos Humanos, abordando questões como a discriminação racial, a tortura, os desaparecimentos forçados, as deficiências, os direitos das mulheres, das crianças, dos imigrantes, das minorias e dos povos indígenas⁷¹.

O direito internacional dos direitos humanos estabelece obrigações que os Estados são obrigados a respeitar. Ao tornar-se parte dos tratados internacionais, o Estado assume obrigações e deveres perante a lei internacional, de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos⁷².

Respeitar significa que o Estado deve abster-se de interferir ou cercear o exercício dos direitos humanos. Proteger significa que o Estado deve proteger os indivíduos e grupos contra os abusos dos direitos humanos. Realizar, por sua vez, significa que os Estados devem tomar as medidas possíveis para facilitar o gozo dos direitos humanos básicos⁷³.

A ratificação de um tratado internacional de direitos humanos implica um comprometimento do Estado em por em prática as medidas internas e a legislação compatível com as suas obrigações e deveres do tratado. Nesse sentido, o sistema jurídico interno fornece a principal proteção legal dos direitos humanos garantidos pelo direito internacional⁷⁴.

Quando os processos jurídicos nacionais não conseguem resolver os abusos dos direitos humanos, mecanismos e procedimentos para reclamações individuais e em grupo estão disponíveis, nos níveis

⁷⁰ As informações contidas nesse parágrafo foram extraídas do sitio eletrônico das Nações Unidas, no seguinte endereço: <http://www.un.org/en/documents/udhr/hr_law.shtml>. Acesso em 11/12/2013.

⁷¹ As informações contidas nesse parágrafo foram extraídas do sitio eletrônico das Nações Unidas, no seguinte endereço: <http://www.un.org/en/documents/udhr/hr_law.shtml>. Acesso em 11/12/2013.

⁷² As informações contidas nesse parágrafo foram extraídas do sitio eletrônico das Nações Unidas, no seguinte endereço: <http://www.un.org/en/documents/udhr/hr_law.shtml>. Acesso em 11/12/2013.

⁷³ As informações contidas nesse parágrafo foram extraídas do sitio eletrônico das Nações Unidas, no seguinte endereço: <http://www.un.org/en/documents/udhr/hr_law.shtml>. Acesso em 11/12/2013.

⁷⁴ As informações contidas nesse parágrafo foram extraídas do sitio eletrônico das Nações Unidas, no seguinte endereço: <http://www.un.org/en/documents/udhr/hr_law.shtml>. Acesso em 11/12/2013.

regional e internacional para ajudar a garantir que as normas internacionais de direitos humanos sejam respeitadas, efetivadas e aplicadas a nível local⁷⁵.

A Organização das Nações Unidas atua mundialmente por meio de programas de manutenção da paz, tentativas de alcançar a paz, prevenção de conflitos, assistência humanitária, desenvolvimento sustentável, proteção do ambiente e de refugiados, contra terrorismo, não proliferação de armas e desarmamento, promoção da democracia, direitos humanos, igualdade de gênero, governabilidade, desenvolvimento econômico e social, saúde internacional, erradicação de minas terrestres, expansão da produção de alimentos, além de outros programas que visam a alcançar os objetivos propostos pela Organização, no intuito da obtenção de um mundo mais seguro para as futuras gerações.

Os objetivos⁷⁶ das Nações Unidas podem ser sintetizados da seguinte maneira:

- a) manutenção da paz no mundo;
- b) desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;
- c) ajudar as nações a trabalharem conjuntamente para melhorar a vida das pessoas pobres, a erradicar a fome, as doenças e o analfabetismo, a encorajar o respeito pelos direitos e pela liberdade de todos; e
- d) constituir-se num centro para a harmonização das nações na obtenção dos objetivos comuns supramencionados.

Além dos objetivos acima delineados, as Nações Unidas agem de acordo com os seguintes princípios:

- a) o princípio da igualdade soberana de todos os membros da ONU;
- b) todos os membros se obrigam a cumprir de boa-fé os compromissos da Carta;
- c) todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não seja ameaçada a paz, a segurança e a justiça internacional;

⁷⁵ As informações contidas nesse parágrafo foram extraídas do sitio eletrônico das Nações Unidas, no seguinte endereço: <http://www.un.org/en/documents/udhr/hr_law.shtml>. Acesso em 11/12/2013.

⁷⁶ Os objetivos da ONU podem ser encontrados no sitio eletrônico das Nações Unidas, disponível em: <<http://www.un.org/en/aboutun/index.shtml>>. Acesso em 03/12/2013.

- d) todos os membros deverão abster-se, em suas relações internacionais, de recorrer à ameaça ou ao emprego da força contra outros Estados;
- e) todos os membros deverão dar assistência às Nações Unidas em qualquer medida que a Organização tomar em conformidade com os preceitos da Carta, abstendo-se de prestar auxílio a qualquer Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo;
- f) cabe às Nações Unidas fazer com que os Estados que não são membros da Organização ajam de acordo com esses princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais; e,
- g) nenhum preceito da Carta autoriza às Nações Unidas a intervir em assuntos que são essencialmente da alçada nacional de cada país.

Qualquer país pode ser membro da Organização das Nações Unidas. Para ser um país membro, é necessário apenas que a nação busque a paz, aceite todos os compromissos da Carta das Nações Unidas e que, a critério da ONU, esteja disposta a cumprir com as obrigações da Organização.

São membros fundadores cinquenta e um países que assinaram a Declaração das Nações Unidas em 1º de janeiro de 1942 ou que tomaram parte da Conferência de São Francisco (ocorrida na Califórnia, Estados Unidos da América), tendo assinado e ratificado a Carta. O Brasil foi um país fundador das Nações Unidas. Os demais países ingressaram posteriormente, por meio da decisão da Assembleia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança.

Atualmente, em 2015, a ONU é formada pelos seguintes cento e noventa e três países-membros, cuja data de ingresso é disposta entre parênteses: Afeganistão (19/11/1946), África do Sul (07/11/1945), Albânia (14/11/1955), Alemanha (18/09/1973), Andorra (28/07/1993), Angola (01/12/1976), Antígua e Barbuda (11/11/1981), Arábia Saudita (24/10/1945), Argélia (08/10/1962), Argentina (24/10/1945), Armênia (02/03/1992), Austrália (01/11/1945), Áustria (14/12/1955), Azerbaijão (02/03/1992), Bahamas (18/09/1973), Bahrain (21/09/1971), Bangladesh (17/09/1974), Barbados (09/12/1966), Belarus (24/10/1945), Bélgica (27/12/1945), Belize (25/09/1981), Benin (20/09/1960), Birmânia (19/04/1948), Butão (21/09/1971), Bolívia (14/11/1945), Bósnia e Herzegovina (22/05/1992), Botswana (17/10/1966), Brasil (24/10/1945), Brunei (21/09/1984), Bulgária (14/12/1955), Burkina Faso (20/09/1960), Burundi (18/09/1962), Cabo

Verde (16/09/1975), Camboja (14/12/1955), Camarão (20/09/1960), Canada (09/11/1945), Catar (21/09/1971), Cazaquistão (02/03/1992), Chade (20/09/1960), Chile (24/10/1945), China (24/10/1945), Colômbia (05/11/1945), Comores (12/11/1975), Congo (20/09/1960), Costa Rica (02/11/1945), Costa do Marfim (20/09/1960), Croácia (22/05/1992), Cuba (24/10/1945), Chipre (20/09/1960), Dinamarca (24/10/1945), Djibouti (20/09/1977), Dominica (18/12/1978), Egito (24/10/1945), El Salvador (24/10/1945), Emirados Árabes Unidos (09/12/1971), Equador (21/12/1945), Eritreia (28/05/1993), Eslováquia (19/01/1993), Eslovênia (22/05/1992), Espanha (14/12/1955), Estados Federados da Micronésia (17/09/1991), Estados Unidos da América (24/10/1945), Estônia (17/09/1991), Etiópia (13/11/1945), Fiji (13/10/1970), Filipinas (24/10/1945), Finlândia (14/12/1955), França (24/10/1945), Gabão (20/09/1960), Gâmbia (21/09/1965), Gana (08/03/1957), Geórgia (31/07/1992), Granada (17/09/1974), Grécia (25/10/1945), Guatemala (21/11/1945), Guiné (12/12/1958), Guiné Bissau (17/09/1974), Guiana (20/09/1966), Guiana equatorial (12/11/1968), Haiti (24/10/1945), Honduras (17/12/1945), Hungria (14/12/1955), Iêmen (30/09/1947), Ilhas Marshall (17/09/1991), Ilhas Salomão (19/09/1978), Islândia (19/11/1946), Índia (30/10/1945), Indonésia (28/09/1950), Iraque (21/12/1945), Irlanda (14/12/1945), Israel (11/05/1949), Itália (14/12/1955), Jamaica (18/09/1962), Japão (18/12/1956), Jordânia (14/12/1955), Kiribati (14/09/1999), Kuwait (14/05/1963), Letônia (17/09/1991), Líbano (24/10/1945), Lesoto (17/10/1966), Libéria (02/11/1945), Líbia (14/12/1955), Liechtenstein (18/09/1990), Lituânia (17/09/1991), Luxemburgo (24/10/1945), Macedônia (08/04/1993), Madagascar (20/09/1960), Malásia (17/09/1957), Malawi (01/12/1964), Maldivas (21/09/1965), Mali (28/09/1960), Malta (01/12/1964), Marrocos (12/11/1956), Mauritânia (27/10/1961), Maurícia (24/04/1968), México (07/11/1945), Moçambique (16/09/1975), Moldávia (02/03/1992), Mônaco (28/05/1993), Mongólia (27/10/1961), Montenegro (28/06/2006), Namíbia (23/04/1990), Nauru (14/09/1999), Nepal (14/12/1955), Nicarágua (24/10/1945), Níger (20/09/1960), Nigéria (20/09/1960), Noruega (27/11/1945), Nova Zelândia (10/12/1945), Omã (07/10/1971), Países Baixos (10/12/1945), Paquistão (30/09/1947), Palau (15/12/1994), Panamá (13/11/1945), Papua-Nova Guiné (10/10/1975), Paraguai (24/10/1945), Peru (31/10/1945), Polônia (14/10/1945), Portugal (14/12/1955), Quênia (16/12/1963), Quirguistão (02/03/1992), Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte (24/10/1945), República Africana Central (20/09/1960), República da Coreia (17/09/1991), República Democrática da Coreia (17/09/1991),

República Democrática do Congo (20/09/1960), República Democrática do Lao (14/12/1955), República Dominicana (24/10/1945), República Islâmica do Irã (24/10/1945), República Tcheca (19/01/1993), República Unida da Tanzânia (14/12/1961), Romênia (02/03/1992), Ruanda (18/09/1962), Rússia (24/10/1945), Santa Lúcia (18/09/1983), Samoa (15/12/1976), São Cristóvão e Névis (23/09/1983), São Vicente e Granadinas (16/09/1980), São Marino (02/03/1992), São Tomé e Príncipe (16/09/1975), Seicheles (21/09/1976), Senegal (28/09/1960), Serra Leoa (27/09/1961), Sérvia (01/11/2000), Singapura (21/09/1965), Síria (24/10/1945), Somália (20/09/1960), Sri Lanka (14/12/1955), Suazilândia (24/09/1968), Sudão do Sul (14/07/2011), Suécia (19/11/1946), Suíça (10/09/2002), Suriname (04/12/1975), Tailândia (16/12/1946), Tajiquistão (02/03/1992), Timor Leste (27/09/2002), Togo (20/09/1960), Tonga (14/09/1999), Trindade e Tobago (18/09/1962), Tunísia (12/11/1956), Turquemenistão (02/03/1992), Turquia (24/10/1945), Tuvalu (05/09/2000), Uganda (25/10/1962), Ucrânia (24/10/1945), Uruguai (18/12/1945), Uzbequistão (02/03/1992), Vanuatu (15/09/1981), Venezuela (15/11/1945), Vietnã (20/09/1977), Zâmbia (01/12/1964), Zimbábue (25/08/1980)⁷⁷.

3.2 A inerência e a universalidade enquanto fundamentos do discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos

O discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos, por meio das suas normativas de direitos, parece ter se fundamentado em dois pressupostos, o *inerentismo* e a *universalidade (universalismo)*. As normativas de direitos humanos parecem materializar, no espaço jurídico, os dois pressupostos supramencionados.

Mais do que isso, o *inerentismo* e o *universalismo* parecem ser pressupostos do próprio nascimento da Organização das Nações Unidas (ONU). A ONU nasceu para ser *universal* e para que suas normativas fossem *universais* a todos os povos e a todas as pessoas. Além disso, estabeleceu direitos humanos inerentes e universais, cujo fundamento é a própria inerência da dignidade humana (essência ou característica *a priori* do humano).

A ideia de que o *inerentismo* e o *universalismo* parecem ser pressupostos das teorias que sustentam o discurso onusiano dos direitos humanos advém da análise das normativas das Nações Unidas,

⁷⁷ A lista dos países é divulgada pelas Nações Unidas no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.un.org/en/members/index.shtml>>. Acesso em 03/12/2013.

principalmente da leitura dos seus principais tratados e convenções. Nesse sentido, a Carta das Nações Unidas⁷⁸ (1945), em seu preâmbulo, aponta como o principal motivo de seu surgimento a determinação dos povos em preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes trouxe sofrimento indizível à humanidade.

O motivo de surgimento das Nações Unidas (1945), por meio da Carta de São Francisco, foi a tentativa de estabelecer um órgão universal, ou que tivesse alcance *universal*, para a proteção da pessoa humana – proteção da dignidade *inerente* da pessoa humana, dignidade essa entendida como característica da própria natureza humana, com a qual todos os humanos nascem e conservam até o final da vida, isto é, inerente à essência humana.

Parece que a pretensão de universalidade das Nações Unidas decorre justamente do fato de ela preceituar direitos inerentes (*apriorísticos* ao humano) a todo e qualquer ser humano, o que lhe confere o atributo de ser universal para todos e todas.

Conforme o preâmbulo da Carta, a ideia foi a de afirmar, *universalmente*, a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres, na igualdade de direitos de nações pequenas e grandes, e estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos. Também havia a determinação à promoção do progresso social e de melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla (NAÇÕES UNIDAS, 1945).

O comprometimento demonstrado no preâmbulo da Carta de 1945 era para com todos os povos, todas as culturas e todas as pessoas, de maneira *universal*.

No intuito de alcançar a finalidade proposta, tornou-se necessário para todos os povos e todos os Estados-membros, de maneira *universal*, segundo as Nações Unidas:

- a) praticar a tolerância e viver em paz;
- b) unir as forças para manter a paz e a segurança internacional;

⁷⁸ A Carta das Nações Unidas foi adotada e aberta à assinatura na Conferência de São Francisco, que ocorreu no estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América, em 26 de junho de 1945. A Carta foi assinada pelo Brasil em 21 de setembro do mesmo ano e aprovada pelo Decreto lei nº 7.935/1945, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 19.841/1945.

- c) garantir, pela aceitação de princípios e pela instituição de métodos, que não deve ser usada a força armada, salvo no caso de interesse comum; e
- d) empregar mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos (NAÇÕES UNIDAS, 1945, preâmbulo).

Diante dos objetivos postos pelos Estados e por seus respectivos Governos, foi decidida a instituição da Carta das Nações Unidas, que estabeleceu uma organização internacional inteiramente nova, preocupada com a paz no mundo e os direitos humanos, a qual passou a ser conhecida como a Organização das Nações Unidas (ONU).

O primeiro capítulo do documento de instituição das Nações Unidas foi dedicado aos seus propósitos e princípios, e traz os dois primeiros artigos, sendo o primeiro sobre os propósitos e o segundo sobre os princípios reguladores das Nações Unidas. São os propósitos (objetivos) das Nações Unidas:

- a) a manutenção da paz e da segurança internacional;
- b) o desenvolvimento de relações amistosas entre todas as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
- c) a cooperação internacional para a resolução de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário;
- d) a cooperação internacional para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para *todos*, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
- e) ser o centro destinado a harmonizar a ação de todas nações para o alcance dos objetivos comuns (NAÇÕES UNIDAS, 1945, artigo 1º).

A Organização das Nações Unidas e os seus Membros (Estados-membros), visando a prossecução dos objetivos enunciados no artigo primeiro, devem agir de acordo com os seguintes princípios:

- a) a ONU é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros, os quais deverão cumprir de boa-fé as obrigações assumidas com a Carta;
- b) todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de tal maneira que a paz, a segurança internacional e a justiça não sejam ameaçadas;
- c) todos os membros deverão evitar, em suas relações internacionais, a ameaça e o uso da força contra a integridade

territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com os propósitos da ONU;

- d) todos os membros darão às demais nações toda a assistência em qualquer ação conforme à Carta, e se absterão de dar assistência a qualquer Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo;
- e) a ONU fará com que os Estados não-membros ajam de acordo com os princípios proclamados em tudo quanto for necessário para a manutenção da paz e da segurança internacionais; e
- f) nenhuma disposição contida na Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam da jurisdição interna de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos à solução nos termos da Carta (NAÇÕES UNIDAS, 1945, artigo 2º).

O ideal universalista aparece no artigo décimo terceiro da Carta das Nações Unidas, que aborda o objetivo da Assembleia-Geral da ONU, sendo eles: promover a cooperação política internacional; incentivar o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional; promover a cooperação internacional nas áreas econômica, social, cultural, educacional e de saúde, auxiliando na realização dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Também no capítulo nono da Carta supramencionada, aparece o ideal universalista. Esse capítulo, dedicado à cooperação internacional econômica e social, buscou a criação de condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos. No artigo quinquagésimo quinto, o universalismo parece ser um pressuposto latente no discurso da Carta de 1945, quando se afirmou que as Nações Unidas devem promover:

- a) padrões mais altos de vida, pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) soluções de problemas econômicos e sociais, de saúde e afins internacionais, bem como a cooperação cultural e educacional e internacional; e,
- c) o respeito *universal* e efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (NAÇÕES UNIDAS, 1945).

O *inerentismo* e o *universalismo*, enquanto pressupostos do discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos, também estão presente na Declaração *Universal* dos Direitos Humanos (DUDH)⁷⁹, sendo o termo *universalismo* inclusive expresso em sua nomenclatura.

Após a Carta de São Francisco, de 1945, o movimento internacional dos direitos humanos se fortaleceu quando as Nações Unidas adotaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos – *Universal declaration of human rights* (UDHR), em 1948. A Declaração, entendida como um ideal comum a ser atingido por *todos* os povos e nações, foi o primeiro documento, na história da humanidade, a soletrar direitos básicos políticos, econômicos, sociais e culturais, que todos os seres humanos devem desfrutar, de maneira universal (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Após a Declaração Universal, uma série de tratados internacionais sobre os direitos humanos foram adotados, os quais conferiram forma jurídica sobre os *direitos humanos* considerados pela Declaração *inerentes* à natureza do ser humano (essência humana) e desenvolveram o corpo dos direitos humanos internacionais.

Nesse sentido, a DUDH foi o documento que marcou a história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens legais e culturais, a Declaração deve ser entendida como um padrão comum de conquistas para todos os povos e todas as nações, de maneira *universal*. A Declaração de 1948 foi a primeira tentativa de proteger universalmente direitos humanos fundamentais, entendidos esses como inerentes ao ser humano. Nesse sentido, ela é percebida como a fundação dos direitos humanos internacionais.

A exposição supramencionada indica ser possível afirmar que o fato de os direitos humanos parecerem ser inerentes conferiu universalidade à sua proteção pelas Nações Unidas, isto é, uma vez que eles foram considerados um *a priori* da própria natureza humana, então eles são universais a todos os seres humanos (natureza humana).

Segundo a Organização das Nações Unidas (1948), a Declaração Universal representa o reconhecimento *universal* de que os direitos básicos e as liberdades fundamentais são *inerentes* a todos os seres humanos, inalienáveis e igualmente aplicáveis a todos, considerando-se que cada ser humano nasce livre e igual em dignidade e direitos.

⁷⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III), da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, tendo sido assinada pelo Brasil na mesma data.

Nessa passagem, fica perceptível que a inerência refere-se à tese apriorística, uma vez que se afirmou que o ser humano nasce livre e igual em direitos e dignidade: os direitos, dignidade e igualdade pertencem ao humano de maneira *a priori* ou em sua essência, sendo apenas reconhecidos juridicamente pelo direito internacional.

Conforme a redação expressa das Nações Unidas (1948), no preâmbulo da Declaração Universal, considerou-se que “[...] o reconhecimento da *dignidade inerente* a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Nesse sentido, independente da nacionalidade, local de residência, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, língua ou qualquer outra situação, a comunidade internacional assumiu, por meio da Declaração de 1948, o compromisso de defender a dignidade e a justiça para todos, *de maneira universal*.

Os princípios fundamentais dos direitos humanos, estabelecidos pela Declaração Universal de 1948, como a universalidade, a interdependência, a indivisibilidade, a igualdade e a não discriminação, além do fato de que os direitos humanos implicam, simultaneamente, direitos e obrigações, foram reiterados em inúmeras convenções internacionais de direitos humanos, declarações e resoluções.

No preâmbulo da Declaração Universal, a ONU (1948) afirma que o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo é o reconhecimento da dignidade *inerente* e dos direitos iguais e inalienáveis de *todos os membros da família humana*. Nesse sentido, aparecem ambos os pressupostos mencionados: o inerentismo aparece na ideia da existência da dignidade e de direitos *apriorísticos* ou inerentes à natureza humana, e o universalismo aparece na ideia de uma comunidade humana universal ou família humana, bem como na noção da universalização dos direitos – iguais e inalienáveis para todos, uma vez que inerentes à natureza do ser humano.

No preâmbulo, também se considerou que os povos das Nações Unidas, na Carta, reafirmaram sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade, no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. Levou-se em consideração, ademais, que os Estados-membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito *universal* e efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Além disso, a compreensão comum desses direitos e

liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Nesse sentido, a Assembleia-Geral das Nações Unidas (1948) proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a se atingir por todos os povos e por todas as nações, *universalmente*. O objetivo posto pela ONU e pelos Estados-membros é que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo a Declaração constantemente em seu espírito, se esforcem pelo ensino e educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdade, por promover medidas progressivas de caráter nacional e internacional, e por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-membros quanto entre os povos dos territórios sob a jurisdição dos Estados-membros.

No sentido disposto pelas orientações do Preâmbulo da Declaração Universal, o artigo primeiro é *universalista* com relação às suas pretensões e declara que *todos* os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Declara, ademais, que *todos* os seres humanos são dotados de razão e de consciência e devem agir, em relação aos demais, com espírito de fraternidade (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Em seu segundo artigo, a Declaração, também de maneira *universalista*, entendeu e dispôs que *toda a pessoa* tem direito a todos os direitos e as liberdades estabelecidas na própria Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, de origem nacional ou social, de riqueza, de nascimento ou de qualquer outra condição. Dispôs, ainda, que não será feita nenhuma distinção fundada na condição do estatuto político, jurídico ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação da soberania (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

No artigo terceiro, a ONU (1948) declara que todos os seres humanos, de maneira universal, *têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*. *Sequencialmente, no artigo quarto, a Declaração* dispôs que *ninguém* pode ser mantido em escravidão ou servidão, sendo a escravidão e o tráfico de escravos proibidos em todas as suas formas.

Seguindo na mesma linha de proteção dos direitos individuais, de maneira universal, o artigo quinto dispôs que *ninguém* pode ser sujeito à tortura ou outro tratamento ou punição cruel, inumano ou degradante. O artigo sexto, por sua vez, afirmou que *todos* têm o direito ao

reconhecimento, em todos os lugares, como pessoas perante a lei (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

No seu artigo sétimo, a Declaração dispôs, também de maneira universalista, que *todos são iguais* perante a lei e têm direito a igual proteção da lei, sem qualquer distinção. *Todos têm direito* a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a discriminação (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

No que tange às questões específicas sobre a jurisdição do Estado, a Declaração afirmou, em seu artigo oitavo, que *toda pessoa tem direito* a efetivo recurso para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. O artigo nono afirma que *ninguém será* arbitrariamente preso, detido ou exilado. O artigo décimo assegurou que *toda pessoa tem direito*, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra si (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Ainda sobre a questão de jurisdição e questão criminal, o artigo décimo primeiro afirma duas teses. A primeira tese é a que *toda pessoa* acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que se prove sua culpa, conforme a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Conforme a redação do artigo décimo segundo, ninguém pode ser sujeito a interferências na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda a pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Sobre a questão da liberdade de locomoção, inclusive fora das fronteiras estatais, o artigo décimo terceiro apresenta duas teses. A primeira afirma que toda a pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. A segunda tese afirma que toda a pessoa tem o direito de deixar um país, inclusive o próprio, e a regressar ao seu país (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Por sua vez, o artigo décimo quarto também declara duas teses. A primeira afirma que toda a pessoa tem o direito de procurar e gozar asilo em outros países em razão de perseguição. A segunda tese afirma que o direito de procurar e gozar de asilo não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum e por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas (1948).

Com relação à nacionalidade, o artigo décimo quinto afirma, em primeiro lugar, que *toda a pessoa tem direito* a uma nacionalidade. Sequencialmente, afirma que *ninguém* será arbitrariamente privado da sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

No que tange à família e ao casamento, o artigo décimo sexto dispôs três teses. A primeira afirma que os homens e as mulheres maiores de idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Eles têm direito a igualdade de direitos em relação ao casamento, durante o casamento e sua dissolução. A segunda tese do artigo décimo sexto é a de que o casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. A terceira tese afirma que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Com relação ao direito individual de propriedade, o artigo décimo sétimo dispôs duas teses. A primeira afirma que *toda a pessoa* tem direito à propriedade, sozinho ou em sociedade com outros. A segunda tese afirma que *ninguém* será privado arbitrariamente da sua propriedade (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Abordando as liberdades fundamentais, o artigo décimo oitavo afirma que *toda a pessoa* tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade, seja sozinho ou em comunidade com outros, em público ou em privado, de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino e pela prática, pelo culto e pelos ritos (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Sequencialmente, o artigo décimo nono dispôs que *toda a pessoa tem direito* à liberdade de opinião e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de ter opiniões sem interferência e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras. O artigo vigésimo afirma duas teses centrais. A primeira é que *todos têm* o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas. A segunda é que *ninguém* pode ser compelido a se associar (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Com relação aos direitos políticos, o artigo vigésimo primeiro afirma três teses. A primeira tese preceitua que *toda a pessoa* tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. A segunda tese preceitua que *toda a pessoa* tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país. A terceira tese do artigo vigésimo primeiro

preceitua que a vontade do povo será a base da autoridade dos poderes públicos, a qual deve ser expressa em eleições periódicas e legítimas que, por sufrágio universal e igual, serão realizadas por voto secreto ou processo equivalente a liberdade de voto (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Com relação à segurança social, o artigo vigésimo segundo preceitua que *toda a pessoa, como membro da sociedade*, tem direito à segurança social e tem direito à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Os direitos sociais, econômicos e culturais são indispensáveis à Declaração de 1948. Nesse sentido, o artigo vigésimo terceiro dispôs sobre o trabalho, em quatro teses, assim:

- a) toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra desemprego;
- b) toda a pessoa, sem qualquer distinção, tem direito à igual remuneração por igual trabalho;
- c) quem trabalha tem direito a uma remuneração justa e favorável, garantindo, para si e sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e completada, se necessário, por outros meios de proteção social; e
- d) toda a pessoa tem o direito de formar e se filiar em sindicatos para a defesa dos seus interesses (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

O artigo vigésimo quarto dispôs que *toda a pessoa tem direito* ao repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas. Segundo a redação do artigo vigésimo quinto, *toda a pessoa tem direito* a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar de si mesmo e de sua família, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Além disso, o *direito à segurança* em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (artigo 25º). O mesmo artigo, sequencialmente, afirma que a *maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças*

nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A questão da educação é abordada pelo artigo vigésimo sexto, o qual, em três teses, afirma:

- a) toda a pessoa tem direito à educação: a educação deve ser gratuita, ao menos nos graus elementar e fundamental. A instrução elementar será obrigatória. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado. O ensino superior deve ser igualmente acessível a todos, em função do seu mérito;
- b) a educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades da ONU em prol da manutenção da paz; e
- c) os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A cultura foi a questão central abordada pelo artigo vigésimo sétimo. Segundo o artigo, *toda a pessoa tem* o direito de participar livremente da vida cultura da sua comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. Além disso, toda a pessoa tem o direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística de que seja autor (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A Declaração, em seu final, no artigo vigésimo oitavo, afirma que *toda a pessoa tem direito a uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades estabelecidos (na Declaração) possam ser plenamente realizados* (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Além de possuir direitos, o artigo vigésimo novo dispôs os deveres de todos, de maneira universal. Segundo a redação do artigo:

- a) toda a pessoa tem deveres para com a comunidade na qual é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade;
- b) no exercício dos seus direitos e liberdades, toda a pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática; e

- c) os direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos fins e princípios da ONU (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

O pressuposto universalista também pode ser encontrado no texto da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados⁸⁰, de 1951⁸¹. Nesse sentido, o preâmbulo da Convenção reafirmou: a) a universalidade dos direitos e liberdades fundamentais, tal como afirmado pela Carta da ONU e pela Declaração Universal de 1948; b) a preocupação da ONU para com os refugiados; e c) a questão da concessão de asilo. A Convenção aborda a questão da universalidade da medida de concessão de asilo e/ou refúgio humanitário (NAÇÕES UNIDAS, 1951).

Diante da necessidade da concessão de asilo, ficou estabelecido que, universalmente, no que tange à repulsão (em francês *refoulement*), nenhum dos Estados contratantes poderá expulsar (ou *refouler*) um refugiado para fronteiras de territórios onde sua vida ou liberdade esteja ameaçada em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, ou pertencimento de determinado grupo social ou opinião política (NAÇÕES UNIDAS, 1951, artigo 33º).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁸², de 1966, igualmente foi influenciado pelos pressupostos *inerentista* e *universalista* onusiano. O inerentismo e o universalismo estão presentes, no Pacto, desde o seu preâmbulo, no qual foram reafirmadas algumas questões importantes para as Nações Unidas (1966a):

- a) de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo é o reconhecimento da dignidade *inerente* e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana;

⁸⁰ O termo *refugiado*, de acordo com a Convenção, em seu primeiro artigo, é um ser humano incapaz de regressar ou que não quer regressar ao seu país de origem devido a um receio fundado de ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou de opinião política (NAÇÕES UNIDAS, 1951).

⁸¹ A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados foi convocada pela Resolução 429 (V) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. A Convenção entrou em vigor, contudo, apenas em 22 de abril de 1954, tendo sido sujeita a uma única alteração, na forma do Protocolo de 1967, que removeu os seus limites geográficos e temporais originários.

⁸² O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2.200-A (XX), da Assembleia-Geral das Nações Unidas, na data de 16 de dezembro de 1966, tendo entrado em vigor em 23 de março de 1976. O Pacto foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 e aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, tendo sido promulgado pelo Dec. 592/1992.

- b) os direitos humanos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana;
- c) somente se forem criadas condições que permitam a todos os seres humanos, universalmente, gozarem dos seus direitos civis e políticos, bem como de seus direitos econômicos, sociais e culturais, é que se pode alcançar o ideal do ser humano livre; e
- d) os Estados são obrigados, nos termos da Carta das Nações Unidas, a promover o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Da leitura do Pacto, parece que o uso da palavra *inerência* não foi meramente retórico. Ao afirmar uma dignidade *inerente* e direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da *família humana*, os quais decorrem da própria dignidade inerente, parece que as Nações Unidas afirmaram que existe uma natureza ou essência humana, da qual todos os seres humanos fazem parte e da qual a dignidade e os direitos são inerentes, sendo apenas juridicamente reconhecidos pelo direito internacional.

O Pacto ora analisado também consagrou universalmente o princípio da autodeterminação dos povos, em seu artigo primeiro, tendo afirmado que todos os povos têm direito à autodeterminação e podem determinar livremente o seu estatuto político e o seu desenvolvimento econômico, social e cultural (NAÇÕES UNIDAS, 1966a).

A segunda parte do Pacto, que vai do artigo segundo ao quinto, abordou a questão da jurisdição, tendo afirmado uma jurisdição universal, que impôs que cada Estado-parte comprometer-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos, no seu território e sujeitos à sua jurisdição, os direitos reconhecidos no Pacto, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição (NAÇÕES UNIDAS, 1966a, artigo 2º).

No que tange ao direito à vida, reconhecido e protegido pelo artigo sexto como um direito *universal* e *inerente* ao ser humano, é importante mencionar que, nos países que ainda não aboliram a pena de morte, tal sentença só pode ser imposta para os crimes mais graves, conforme a lei em vigor no momento da prática do crime e não contrária às disposições do Pacto ora analisado e da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (NAÇÕES UNIDAS, 1966a).

O Pacto de 1966 dispõe, ademais, sobre a universalidade e a inerência de alguns direitos, como a proteção contra a tortura e penas, tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (artigo 7º); a

proteção contra a escravidão, tráfico e servidão (artigo 8º); direito à liberdade e segurança pessoal (artigo 9º); liberdade de ir e vir (artigo 12º); direito de presunção de inocência (artigo 14º); direito de ser reconhecido como pessoa (personalidade jurídica) em todos os lugares e territórios (artigo 16º); direito à intimidade (artigo 17º), a liberdade de pensamento, consciência e religião (artigo 18º); a liberdade de manifestar a religião ou crença (artigo 18º); o direito de ter opinião (artigo 19º); o direito à liberdade de expressão (artigo 19º); o direito de reunião pacífica (artigo 21º); e o direito de associação, de formar e aderir a sindicatos (artigo 22º) (NAÇÕES UNIDAS, 1966a).

Conforme o artigo décimo, ainda sobre a liberdade e dignidade da pessoa humana, toda a pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito por sua *dignidade inerente* (NAÇÕES UNIDAS, 1966a).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também consagrou, universalmente, a família como o núcleo natural e fundamental da sociedade, concedendo a ela a proteção da sociedade e do Estado. Nesse sentido, foi reconhecido o direito universal de fundar uma família, de contrair matrimônio e a igualdade entre os cônjuges (artigo 23º), assim como o direito de proteção das crianças (artigo 24º) (NAÇÕES UNIDAS, 1966a).

Direitos políticos e liberdades políticas também são direitos universais. Dentre eles, afirmou-se que todo o cidadão tem o direito e a possibilidade de:

- a) tomar parte na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, honestas, por sufrágio universal e igual, por escrutínio secreto, assegurando a livre expressão da vontade dos eleitores; e
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas do seu país (NAÇÕES UNIDAS, 1966a, artigo 25º).

Finalmente, o Pacto reconheceu, universalmente, o direito à igualdade perante a lei (artigo 26º), proibindo qualquer forma de discriminação e garantindo a todas as pessoas, proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou outra situação (artigo 26º); bem como a proteção dos direitos das minorias (artigo 27º) (NAÇÕES UNIDAS, 1966a).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pelas Nações Unidas (1966b), na mesma esteira dos

tratados já analisados, parece fundamentar suas premissas jurídicas sobre dois pressupostos, o *inerentismo* e o *universalismo*⁸³.

Configurando-se num tratado multilateral, o Pacto Internacional das Nações Unidas (1966b) busca o comprometimento dos Estados-partes à concessão *universal* de direitos econômicos, sociais e culturais para pessoas físicas, incluindo-se o direito à saúde, à educação, a um padrão de vida adequado, à segurança social, à vida em família, bem como direitos trabalhistas.

No preâmbulo ao Pacto Internacional, foram consideradas questões importantes, aparecendo explicitamente os pressupostos *inerentista* e *universalista*, são elas:

- a) de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo é o reconhecimento da dignidade *inerente* e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana;
- b) os *direitos humanos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana*;
- c) em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria só pode ser alcançado se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos direitos civis e políticos;
- d) a obrigações dos Estados, nos termos da Carta da ONU, para promover o *respeito universal e efetivo dos direitos humanos* e das liberdades fundamentais; e
- e) que o indivíduo tem deveres para com outras pessoas e com a comunidade a que pertence, tendo a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no Pacto ora analisado (NAÇÕES UNIDAS, 1966b).

Em seu artigo primeiro, o Pacto relembra que todos os povos, universalmente, têm direito à autodeterminação, podendo determinar livremente o seu estatuto político e o seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Além do artigo primeiro, o segundo estabelece a

⁸³ O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, tendo entrado em vigor somente no 3º dia de janeiro de 1976. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, tendo sido aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Dec. 591/1992.

universalidade presente no princípio da realização progressiva, segundo o qual cada Estado-parte compromete-se a tomar as medidas, individualmente e por meio da assistência internacional e cooperação, especialmente econômica e técnica, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vista a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos no presente Pacto, por todos os meios apropriados, principalmente pela adoção de medidas legislativas (NAÇÕES UNIDAS, 1966b).

Por meio do Pacto, os Estados-partes comprometem-se a garantir que os direitos enunciados sejam exercidos sem discriminação de qualquer tipo, como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Também se comprometem a assegurar o direito igual de homens e mulheres a usufruir de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no Pacto Internacional (NAÇÕES UNIDAS, 1966b, artigo 3º).

O Pacto das Nações Unidas (1966b) estabeleceu direitos econômicos, sociais e culturais considerados inerentes ao ser humano e liberdades fundamentais, de caráter universal. Esses direitos e liberdades, conforme a redação do artigo quinto, não podem ser destruídos, restritos ou derogados.

A terceira parte do Pacto Internacional, que vai dos artigos sexto ao décimo quinto, aborda os *direitos inerentes e universais* em si considerados, como o direito à educação, à saúde, de participação da vida cultural, dentre outros (NAÇÕES UNIDAS, 1966b).

O artigo sexto prescreve e reconhece o *direito de todos ao trabalho*, livremente escolhido ou aceito. Os Estados-partes devem salvaguardar esse direito, assegurando o seu pleno exercício, incluída a orientação técnica e profissional, assim como programas de formação, políticas e técnicas para alcançar o desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo. O direito ao trabalho implica a ideia de um trabalho decente, que efetivamente permita a pessoa desfrutar de condições justas e favoráveis, com salário equitativo e remuneração igual para trabalho de igual valor; com existência decente para a família do trabalhador; com condições de trabalho seguro e saudável; com oportunidade de promoção; e com repouso e lazer, além de férias periódicas e pagas (NAÇÕES UNIDAS, 1966b, artigo 7º).

Além disso, o direito de todos a formarem ou se filiarem em sindicatos de sua escolha, o direito de sindicatos formarem federações e confederações, além do direito de greve (artigo 8º). O Pacto Internacional também reconhece e prescreve o direito universal à

segurança social, incluindo os seguros sociais (artigo 9º), para proteger as pessoas contra diversos riscos, como riscos de invalidez, doença, maternidade, acidente de trabalho, velhice, dentre outros (NAÇÕES UNIDAS, 1966b).

As Nações Unidas (1966b) consideraram que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade. Por esse motivo, foi reconhecido o direito inerente a uma vida familiar, a um padrão de vida adequado para a família (artigo 11º), assim como a proteção e assistência da família (artigo 10º). Protegeu-se, ademais, o casamento celebrado com o livre consentimento dos futuros esposos, a mãe durante o período de tempo razoável antes e depois do parto, assim como a proteção e assistência de crianças e adolescentes contra a discriminação, exploração econômica e social, dentre outros (artigo 10º).

Sequencialmente, as Nações Unidas (1966b, artigo 12º) também reconheceram os direitos inerentes e universais à saúde física e mental, visando à diminuição da taxa de mortalidade infantil e de natimortos, o desenvolvimento saudável da criança, a melhoria da higiene ambiental e industrial, a prevenção, tratamento e controle de epidemias, doenças endêmicas ou outras; bem como a criação de condições que assegurem, a todos, assistência médica e serviços médicos em caso de doença.

O direito à educação foi reconhecido pelas Nações Unidas (1966b, artigo 13º) como direito inerente e universal, que deve visar à plena expansão da personalidade humana e do sentido da sua dignidade, além de reforçar o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A educação deve capacitar a todos a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecendo a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos e religiosos para a manutenção da paz.

Finalmente, o direito inerente e universal à participação na vida cultural, ao usufruto dos benefícios do progresso científico e suas aplicações, bem como à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor (NAÇÕES UNIDAS, 1966b, artigo 15º).

O Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸⁴, das Nações Unidas (2008), reconheceu os pressupostos *inerentista* e *universalista* em seu

⁸⁴ O Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* – foi adotado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em sua Resolução 8/2 de 18 de junho de 2008.

preâmbulo, no qual considerou os fundamentos a serem seguidos pelos Estados-membros:

- a) de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, *o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;*
- b) a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamou que *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos* e que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição;
- c) a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos reconhecem que o ideal do ser humano é livre, isento de temor e da miséria, só pode ser alcançado se forem criadas condições que permitam a cada um desfrutar de direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais;
- d) *reafirmam a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a interrelação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;* e
- e) cada Estado-parte no Pacto Internacional compromete-se a tomar medidas, individualmente e através da assistência e cooperação, especialmente econômica e técnica internacional, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto por todos os meios apropriados, incluindo a adoção de medidas legislativas⁸⁵ (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

⁸⁵ O texto foi extraído do Preâmbulo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que afirma expressamente, em sua língua original: “*The States Parties to the present Protocol, Considering that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world, Noting that the Universal Declaration of Human Rights¹ proclaims that all human beings are born free and equal in dignity and rights and that everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth therein, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, Recalling that the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenants on Human Rights² recognize that the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy civil, cultural, economic, political and social rights, Reaffirming the*

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial⁸⁶, das Nações Unidas (1969), apresentou como fundamento a inerência e a universalidade dos direitos humanos fundamentais. Os Estados-partes da Convenção consideraram, em primeiro lugar, os princípios da *dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos*, sobre os quais foi baseada a Carta das Nações Unidas.

Também consideraram o fato de que todos os Estados-membros se comprometeram a adotar as medidas, conjunta ou separadamente, visando à cooperação com a Organização para a consecução de um dos propósitos das Nações Unidas, que é o de promover e encorajar o *respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos*, sem qualquer distinção de raça, sexo, língua ou religião (NAÇÕES UNIDAS, 1969).

No preâmbulo da *Convenção*, as Nações Unidas (1969) reafirmaram os direitos humanos proclamados pela *Declaração Universal das Nações Unidas*, principalmente a proclamação de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, e que todos têm direito a todos os direitos e liberdades enunciados na *Declaração*, sem qualquer distinção, em particular quanto à raça, cor ou origem nacional. Além disso, que todos os seres humanos são iguais perante a lei e todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação.

Por fim, se considerou que a *Declaração das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*, de 1963 (Resolução da Assembleia-Geral 1904 – XVIII), afirmou solenemente a necessidade de eliminar rapidamente a discriminação racial em todo o mundo, em todas as suas formas e manifestações e de assegurar a

universality, indivisibility, interdependence and interrelatedness of all human rights and fundamental freedoms, *Recalling* that each State Party to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (hereinafter referred to as the Covenant) undertakes to take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures” (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

⁸⁶ A *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (Convention on the elimination of all forms of racial discrimination)* foi adotada pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965, tendo entrado em vigor em 4 de janeiro de 1969. A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.

compreensão e o respeito pela dignidade da pessoa humana (NAÇÕES UNIDAS, 1969).

As Nações Unidas (1969) e os Estados-partes, alarmados com as manifestações de discriminação racial que ainda existem em determinadas áreas do mundo e por algumas políticas governamentais baseadas na superioridade racial e no ódio, como as políticas de *apartheid*, de segregação e de separatismo, resolveram adotar todas as medidas necessárias para rapidamente eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações.

Para cumprir com a eliminação de todas as formas de discriminação racial, as Nações Unidas (1969) reafirmaram alguns direitos inerentes e universais, como o direito à igualdade e igual acesso aos direitos humanos e liberdades fundamentais (artigo 2º); o direito à igualdade perante a lei, independentemente de raça, cor, origem nacional ou étnica (artigo 5º); o direito à segurança pessoal (artigo 5º); e direitos políticos (artigo 5º).

As Nações Unidas (1969, artigo 5º) reafirmaram, ademais, alguns direitos civis considerados inerentes e universais, em particular: o direito à liberdade de locomoção; o direito à nacionalidade; o direito ao casamento e à escolha do cônjuge; o direito de possuir propriedade; o direito de herança; o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião; o direito de liberdade de opinião e de expressão; e o direito de se reunir em assembleia ou associação pacificamente.

Além dos direitos civis, as Nações Unidas (1969, artigo 5º) reafirmaram direitos econômicos, sociais e culturais considerados inerentes e universais ao ser humano, em particular: o direito de trabalhar e de escolher livremente o trabalho; o direito de formar e aderir a sindicatos; o direito de habitação; o direito à saúde pública e assistência médica; o direito à segurança social e seguros sociais; o direito à educação e formação; o direito à igualdade de participação em atividades culturais; e, finalmente, o direito de acesso à lugar ou serviço de uso público.

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher⁸⁷ (CEDAW), adotada pelas Nações Unidas (1979), é conhecida como a Carta internacional de direitos da mulher, em razão de definir o que é a discriminação contra a mulher,

⁸⁷ A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) foi adotada pela Resolução 34/1980, da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979. A Convenção entrou em vigor apenas em 3 de setembro de 1981, após o vigésimo país tê-la ratificado.

além de construir uma agenda para ações nacionais que tenham como objetivo erradicar com tal discriminação.

A Convenção buscou ampliar a compreensão do conceito de direitos humanos, tendo reconhecido formalmente a influência da cultura e da tradição sobre a restrição do gozo das mulheres sobre os seus direitos fundamentais. Em razão do universalismo da Convenção, os Estados-partes são obrigados a buscar a modificação, em seus territórios, dos padrões sociais e culturais de conduta individual, para eliminar os preconceitos e práticas baseadas na ideia da inferioridade ou superioridade de gênero, uma vez que se considerou que são os costumes, normas e estereótipos que dão origem ao grande número de restrições legais, políticas e econômicas, sobre o avanço do desenvolvimento das mulheres.

Do texto da introdução à Convenção das Nações Unidas (1979) se extrai que, dentre os tratados internacionais de direitos humanos, a Convenção assume o importante papel de trazer a metade feminina da humanidade para o foco de preocupações com os direitos humanos. Assim, o espírito da Convenção está enraizado nos objetivos das Nações Unidas, que é reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade, no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Em seu Preâmbulo, a Convenção apontou para a *universalidade e inerência* dos direitos humanos, tendo reafirmado algumas considerações, são elas:

- a) que a Carta das Nações Unidas afirmou a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade, no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres;
- b) que a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirmou o princípio da não discriminação e proclamou que todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e direitos e que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer tipo, incluindo distinção baseada no sexo;
- c) que os Estados-partes das Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm a obrigação de garantir a igualdade de direitos de homens e mulheres para desfrutar de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos;
- d) que a discriminação contra mulheres continua a existir e ela viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito pela dignidade humana, tornando-se um obstáculo à participação das mulheres, em igualdade de condições com os homens, na

vida política, social, econômica e cultural de seu país, dificultando o crescimento da prosperidade da sociedade e da família, além de dificultar o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade (NAÇÕES UNIDAS, 1979).

Por meio da Convenção, as Nações Unidas (1979) reafirmaram os direitos humanos universais e comprometeram os Estados-partes, nas dimensões social, econômica e cultural, em adotar as medidas necessárias para assegurar o pleno desenvolvimento da mulher, com a finalidade de garantir o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em condições de igualdade com os homens (artigo 3º).

No Protocolo Facultativo à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres⁸⁸, os Estados-partes consideraram a Carta da ONU e reafirmaram a fé nos Direitos Humanos fundamentais, na dignidade inerente, no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos entre homens e mulheres. Também consideraram que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que todos os seres humanos, *universalmente*, nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que todos têm direito a todos os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, incluindo a distinção baseada no sexo⁸⁹.

A Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância⁹⁰ e discriminação baseadas na religião ou na crença⁹¹, adotada pelas Nações Unidas (1981), dispôs que a religião e a crença,

⁸⁸ O *Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres*, de 6 de outubro de 1999, reafirmou a Declaração de Viena e o Programa de Ação e Declaração e Pequim e sua Plataforma de Ação.

⁸⁹ Em seu texto original, na língua inglesa, o Protocolo afirmou: “*Noting that the Charter of the United Nations reaffirms faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person and in the equal rights of men and women; Also noting that the Universal Declaration of Human Rights proclaims that all human beings are born free and equal in dignity and rights and that everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth therein, without distinction of any kind, including distinction based on sex, [...]*” (NAÇÕES UNIDAS, 1999).

⁹⁰ Para os efeitos da Declaração ora analisada, a expressão *intolerância e discriminação baseadas na religião ou crença* significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na religião ou crença e que tenha por objetivo ou efeito a abolição ou o fim do reconhecimento, gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições (NAÇÕES UNIDAS, 1981).

⁹¹ A Assembleia-Geral das Nações Unidas adotou a *Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas na religião ou na crença – Declaration on the elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion of belief* – na data de 25 de novembro de 1981 (A/RES/36/55).

para qualquer ser humano que as professe, são elementos fundamentais na sua concepção de vida. A *Declaração* buscou proteger a liberdade de religião e de crença. Diante disso, a ONU entendeu que a liberdade de religião e de crença deve contribuir para a consecução dos objetivos da paz mundial, da justiça social, da amizade entre os povos e da eliminação das ideologias ou práticas do colonialismo e da discriminação racial.

A *Declaração* de 1981 inicia-se com a consideração de que um dos princípios básicos da Carta das Nações Unidas (1945) é o da *dignidade e igualdade inerentes*, que existem como qualidades naturais e permanentes a todos os seres humanos, e que todos os Estados-membros se comprometeram a agir, em conjunto ou separadamente, em cooperação com a Organização, para promover e estimular o *respeito universal* e a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Também considerou, a *Declaração* ora analisada, que a *Declaração Universal* (1948) e os demais convênios de direitos humanos proclamam os princípios da não discriminação, da igualdade perante a lei e o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião e de crença (NAÇÕES UNIDAS, 1981).

Em seu artigo primeiro, a *Declaração* dispõe que todos, universalmente, devem ter o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Esse direito deve incluir a liberdade de ter a religião ou qualquer crença de sua escolha, e liberdade, individualmente ou em comunidade, em público ou privado, de manifestar essa religião ou crença em adoração, observância, prática ou ensino (NAÇÕES UNIDAS, 1981).

A erradicação da prática da tortura foi um dos principais desafios assumidos pela Organização das Nações Unidas alguns anos após a sua criação. Segundo a ONU, para garantir a proteção adequada para todas as pessoas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, foi necessário adotar padrões universalmente aplicáveis⁹². Estas normas universalmente aplicáveis consubstanciaram-se em *Declarações e Convenções internacionais*⁹³.

⁹² O Protocolo facultativo à convenção contra a tortura e outras penas cruéis, desumanas ou degradantes (OPCAT) foi aprovado em 18 de dezembro de 2002, na quinquagésima sétima sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução A/RES/57/199, e entrou em vigor em 22 de junho de 2006. Em seu preâmbulo, os Estados-partes do OPCAT reafirmaram que a tortura e os demais modos de tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes são proibidos e constituem grave violação aos direitos humanos. O Protocolo, nesse sentido, buscou atingir os objetivos da Convenção contra a tortura e reforçar a

A Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes⁹⁴, adotada pelas Nações Unidas (1984), reafirmou os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas (1945), principalmente o reconhecimento dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana, como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Nesse sentido, os fundamentos *universalista* e *inerentista* foram dispostos explicitamente na Convenção das Nações Unidas (1984). O *universalismo* encontra-se presente na ideia dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana. Por sua vez, o *inerentismo* está explícito no reconhecimento de que os direitos humanos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana e que, nos termos da Carta das Nações Unidas (1945, artigo 55), devem promover o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Além disso, conforme o Preâmbulo à Convenção, os Estados-partes levaram em conta a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 5º) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 7º), ambos os quais determinam que ninguém será submetido à tortura ou à penas, tratamento ou castigo cruéis, desumanos ou degradantes.

A Convenção sobre os direitos da criança⁹⁵, adotada pelas Nações Unidas (1990), foi o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante a incorporar toda a gama dos direitos humanos – civis, culturais, econômicos, políticos e sociais.

Apesar dos princípios de direitos humanos se aplicarem tanto aos adultos quanto às crianças, os líderes mundiais entenderam que as crianças necessitavam de cuidados especiais, uma vez consideradas pessoas em desenvolvimento. A *Convenção* das Nações Unidas (1990), nesse sentido, reúne e articula os direitos humanos universais das

proteção das pessoas privadas de liberdade contra a tortura e outros tratamentos cruéis, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

⁹³ Para saber mais, consultar o seguinte sítio eletrônico:

<<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet17en.pdf>>. Acesso em 04/01/2014.

⁹⁴ A *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes* foi adotada pela Resolução 39/46 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984.

⁹⁵ A *Convenção sobre os direitos da criança* foi adotada pela Resolução L44 (XLIV) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. A Convenção sobre os direitos das crianças foi adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia-Geral na resolução 44/25 de 20 de novembro de 1989. A Convenção entrou em vigor em 2 de setembro de 1990.

crianças, mencionados em outros instrumentos internacionais, além de fornecer um conjunto de princípios orientadores que molda a maneira pela qual devemos ver as crianças.

A *Convenção sobre os direitos das crianças* estabeleceu os direitos desses seres humanos em desenvolvimento. Juntamente com os dois Protocolos Facultativos, a *Convenção* expõe os direitos humanos que todas as crianças em todos os lugares têm, como os seguintes direitos: à sobrevivência; ao desenvolvimento pleno; à proteção contra influências nocivas; contra o abuso e exploração; de participar plenamente da vida familiar, cultural e social.

A UNICEF⁹⁶ afirmou que todo o direito enunciado na *Convenção sobre os direitos das crianças* é inerente à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento harmonioso de cada criança. A *Convenção* protege os direitos das crianças, estabelecendo padrões de cuidados da saúde, educação, serviços jurídicos, civis e sociais.

No preâmbulo da *Convenção*, as Nações Unidas (1990) reafirmaram algumas questões importantes, que apontam para o fundamento do *inerentismo* e do *universalismo* dos direitos humanos, são elas:

- a) de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da *dignidade inerente* e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;
- b) os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta das Nações Unidas, a sua fé nos *direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana*, tendo decidido a promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;
- c) na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, as Nações Unidas proclamaram e concordaram que *toda pessoa* faz jus a todos os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição;

⁹⁶ Para saber mais sobre a informação presente no parágrafo analisado, consultar o endereço eletrônico da UNICEF, disponível em: <http://www.unicef.org/crc/index_understanding.html>. Acesso em 16/12/2013.

- d) a ONU proclamou, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais;
- e) saber que *em todos os países do mundo existem crianças que vivem em condições excepcionalmente difíceis* e que essas crianças necessitam de considerações especiais;
- f) a importância das tradições e valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança; e
- g) a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, em particular nos países em desenvolvimento (NAÇÕES UNIDAS, 1990).

No artigo segundo, o *universalismo* da Convenção das Nações Unidas (1990) aparece na disposição de que todos os Estados-parte devem respeitar e garantir os direitos previstos na Convenção, de todas as crianças sujeitas à sua jurisdição, sem qualquer espécie de discriminação.

São os direitos inerentes e universais afirmados pela Convenção das Nações Unidas (1990, artigo 6º):

- a) o direito inerente à vida;
- b) o direito à sobrevivência; e
- c) o direito ao desenvolvimento.

Além dos direitos, a Convenção das Nações Unidas (1990) também afirmou algumas liberdades inerentes e universais: a) a possibilidade de as crianças manifestarem livremente suas opiniões e de serem ouvidas em processos judiciais e administrativos (artigo 12º); b) a liberdade de expressão das crianças (artigo 13º); c) a liberdade de pensamento, consciência e religião das crianças (artigo 14º); d) a liberdade de associação e de reunião pacífica (artigo 15º); e) a defesa da honra, família e correspondência (artigo 16º); e f) de acesso aos meios de comunicação e à informação (artigo 17º).

Outros direitos inerentes e universais foram afirmados posteriormente: o direito à saúde (artigo 20º); o direito à segurança social e ao seguro social (artigo 26º); o direito a um nível de vida adequado ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social das crianças (artigo 27º); bem como o direito à educação (artigo 28º).

Sequencialmente, a Convenção abordou o direito das minorias religiosas, linguísticas ou étnicas, às quais uma criança pertença, além do direito de professar e praticar sua religião ou utilizar sua língua (artigo 30º). Também foi reconhecido o direito ao lazer, atividades recreativas e de participação na vida cultural e artística por parte das

crianças (artigo 31º). O direito de proteção contra a exploração econômica e contra o desempenho de trabalhos perigosos, que interfiram na educação da criança ou que sejam prejudiciais à saúde física, mental, espiritual, moral ou ao desenvolvimento social encontra-se no artigo trigésimo segundo (NAÇÕES UNIDAS, 1990).

O artigo trigésimo sétimo, na esteira dos artigos precedentes, afirmou que os Estados-partes da Convenção assegurarão que: a) nenhuma criança será submetida à tortura ou outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes; b) nenhuma criança será submetida à pena de morte e à prisão perpétua sem possibilidade de libertação não serão impostas por infrações cometidas por pessoas com menos de dezoito anos; c) nenhuma criança será privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária; d) toda a criança privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana, e de uma forma que leve em consideração as necessidades das pessoas da sua idade; e e) toda criança privada de sua liberdade tem o direito a rápido acesso a assistência jurídica e outras assistências pertinentes.

Sequencialmente, o artigo trigésimo oitavo afirma o comprometimento dos Estados-parte em respeitar e fazer respeitar as normas de direito humanitário internacional, vindo a tratar da questão dos conflitos armados e de sua relevância para as crianças.

A Declaração de Viena⁹⁷, das Nações Unidas (1993), também parece ter se fundamentado no *inerentismo* e no *universalismo*. Nesse sentido, a Declaração reconheceu e afirmou que todos os direitos humanos derivam da dignidade e do “[...] valor inerente à pessoa humana, e que a pessoa humana é o sujeito central dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e, conseqüentemente, deve ser o principal beneficiário”, podendo participar da realização desses direitos e liberdades (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Além disso, a Declaração também reconheceu que direitos humanos e as liberdades fundamentais são *direitos de nascimento de todos os seres humanos*, sendo que a proteção e promoção desses direitos e liberdades é a primeira responsabilidade dos Governos (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

A Conferência mundial sobre direitos humanos, que deu origem à Declaração de Viena, reconheceu e afirmou que todos os direitos humanos derivam da dignidade e do valor inerente da pessoa humana, e

⁹⁷ A Declaração de Viena e o seu Programa de Ação foram adotados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que ocorreu em Viena, em 25 de junho de 1993.

que a pessoa humana é o sujeito central dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e, conseqüentemente, deve ser o principal beneficiário e deve participar ativamente da realização desses direitos e liberdades (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Por meio da Declaração, a Conferência e os Estados-parte reafirmaram compromissos outrora firmados em outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como os propósitos e princípios consagrados na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Além disso, foi enfatizada a responsabilidade universal e conjunta de todos os Estados, conforme a Carta das Nações Unidas, de desenvolver e encorajar o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

A Declaração de Viena, das Nações Unidas (1993), também reafirmou o inerentismo e o universalismo presentes no preâmbulo da Carta da ONU, principalmente no que tange:

- a) a determinação de reafirmar a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade inerente, no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos de homens e mulheres e das nações; e
- b) a determinação de preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, para estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, para promover progresso social e melhores condições de vida numa liberdade mais ampla, para praticar a tolerância e empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Foi enfatizado, sequencialmente, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui um ideal comum a *ser atingido por todos os povos e todas as nações*, sendo a fonte de inspiração e base para as Nações Unidas fazer avanços na configuração padrão conforme consta no humano internacional existente nos instrumentos de direitos, em particular no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

A Declaração de Viena apresenta sua pretensão universalista na importância que concede às mudanças que ocorrem no cenário internacional com relação às aspirações de uma ordem mundial baseada nos princípios consagrados na Carta da ONU, tendo se preocupado com:

- a) a promoção e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, o respeito à igualdade de direitos, a autodeterminação dos povos, a paz, a democracia, a justiça, a igualdade, o Estado de direito, o pluralismo, o desenvolvimento, melhores padrões de vida e solidariedade;
- b) a preocupação com as formas de discriminação e violência, principalmente aquelas sofridas pelas mulheres;
- c) a necessidade de a comunidade internacional encontrar formas e meios para eliminar os obstáculos e enfrentar os desafios para a plena realização de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais, e para impedir a continuação das violações dos direitos humanos em todo o mundo; e
- d) a necessidade de progredir na cooperação e solidariedade internacional (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que deu origem à Convenção de 1993, reafirmou o solene compromisso de todos os Estados a cumprir as suas obrigações para promover o *respeito universal* e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e demais instrumentos relativos aos direitos humanos e direito internacional. A *natureza universal* desses direitos e liberdades, segundo o texto expresso da Conferência, está fora de questão (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

No contexto apresentado, o reforço da cooperação internacional em matéria de direitos humanos é importante para a plena realização dos propósitos das Nações Unidas. Isso porque se considerou os direitos humanos e as liberdades fundamentais como *direitos inatos* de todos os seres humanos, sendo a sua proteção e promoção a primeira responsabilidade dos Governos⁹⁸ (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

A promoção e a proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais foi considerada como um objetivo prioritário

⁹⁸ Segundo o texto expresso da Conferência, em sua língua original, “The World Conference on Human Rights reaffirms the solemn commitment of all States to fulfil their obligations to promote universal respect for, and observance and protection of, all human rights and fundamental freedoms for all in accordance with the Charter of the United Nations, other instruments relating to human rights, and international law. The universal nature of these rights and freedoms is beyond question. In this framework, enhancement of international cooperation in the field of human rights is essential for the full achievement of the purposes of the United Nations. Human rights and fundamental freedoms are the birthright of all human beings; their protection and promotion is the first responsibility of Governments.” (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

das Nações Unidas (1993), conforme os seus propósitos e princípios, em especial o objetivo de cooperação internacional. Segundo a Conferência, no âmbito desses propósitos e princípios, a promoção e a proteção de todos os direitos humanos é uma preocupação legítima da comunidade internacional. Nesse sentido, considerou-se que todos os direitos humanos são:

- a) *universais*;
- b) indivisíveis;
- c) interdependentes; e
- d) interrelacionados.

Isso significa que a comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Apesar das particularidades nacionais e regionais, além dos diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, as comunidades devem levar em consideração que é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais⁹⁹ (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Os esforços do sistema ONU de direitos humanos para o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, de contribuir para a estabilidade e o bem-estar, para a melhoria das condições de paz e segurança, bem como para o desenvolvimento social e econômico, está em conformidade com a Carta das Nações Unidas (NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Os processos de promoção e proteção dos direitos humanos, conforme a Conferência, devem ser conduzidos em conformidade com os propósitos e princípios da Carta da ONU e do direito internacional. Mais do que isso, segundo as Nações Unidas (1993), a democracia, o

⁹⁹ O texto foi extraído da Conferência, em sua língua original, que afirmou: “4. The promotion and protection of all human rights and fundamental freedoms must be considered as a priority objective of the United Nations in accordance with its purposes and principles, in particular the purpose of international cooperation. In the framework of these purposes and principles, the promotion and protection of all human rights is a legitimate concern of the international community. The organs and specialized agencies related to human rights should therefore further enhance the coordination of their activities based on the consistent and objective application of international human rights instruments. 5. All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms.” (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais são interdependentes e se reforçam mutuamente.

A democracia se baseia na vontade livremente expressa do povo de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e sua plena participação em todos os aspectos de suas vidas. No contexto exposto, a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos nacional e internacional devem ser universais e conduzidas sem condições associadas (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

A comunidade internacional deve apoiar o fortalecimento e a promoção da democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais em todo o mundo¹⁰⁰. A Conferência também abordou a questão de gênero e considerou os direitos humanos das mulheres como uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Também abordou a questão das *minorias*, tendo afirmado que as pessoas pertencentes às minorias têm o direito de desfrutar de sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua, em privado e em público, livremente e sem interferência ou qualquer forma de discriminação. Reconheceu, ainda, a *dignidade inerente* e a contribuição única de povos indígenas ao desenvolvimento e pluralidade da sociedade (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

A Conferência Mundial reafirmou a importância de garantir a universalidade, objetividade e não seletividade do exame das questões de direitos humanos. A Conferência Mundial reafirmou, ademais, o direito universal e inalienável ao desenvolvimento, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

A Declaração reafirmou o direito inerente e universal à educação. Afirmou, ademais, que a educação e os direitos humanos devem visar à compreensão e à consciência comum para o reforço do compromisso universal dos direitos humanos (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

¹⁰⁰ Conforme o texto expresso da Conferência, em sua língua original: “8. Democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are interdependent and mutually reinforcing. Democracy is based on the freely expressed will of the people to determine their own political, economic, social and cultural systems and their full participation in all aspects of their lives. In the context of the above, the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms at the national and international levels should be universal and conducted without conditions attached. The international community should support the strengthening and promoting of democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms in the entire world.” (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência¹⁰¹, adotada pelas Nações Unidas (2008), reafirmou que todas as pessoas com todos os tipos de deficiência devem desfrutar de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

O fundamento *inerentista* e o *universalista* parece estar presente na Convenção de 2008, principalmente no preâmbulo, no qual as Nações Unidas (2008) reafirmaram os princípios proclamados da Carta de São Francisco, que reconhecem como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, a dignidade inerente, o valor inerente e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana. Além disso, reafirmou-se, por ocasião do supramencionado preâmbulo, a universalidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, além da necessidade de se garantir o pleno gozo desses direitos às pessoas com deficiência, sem discriminação.

As Nações Unidas (2008) também afirmaram, no preâmbulo da Convenção, que a discriminação contra qualquer pessoa com base na deficiência é uma violação da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana. Nesse sentido, o objetivo da Convenção é o de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

O fundamento da *inerência* também pode ser encontrado no artigo terceiro da Convenção, que aborda os princípios gerais e afirma o respeito pela *dignidade inerente*, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas e a independência das pessoas (NAÇÕES UNIDAS, 1990).

Por sua vez, o fundamento da *universalidade* está presente no artigo quarto da Convenção, que afirma, dentre as obrigações gerais, o comprometimento dos Estados-partes em assegurar o *pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência*, sem qualquer tipo de discriminação, por meio de medidas administrativas, legislativas, políticas públicas, tecnologias de informação e comunicação, ajudas técnicas para locomoção, formação de profissionais e equipes que trabalhem com as pessoas com deficiência.

¹⁰¹ A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é o tratado internacional de direitos humanos adotado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006, por meio da Resolução A/RES/61/106GA.

Dentre os direitos humanos inerentes e universais, a Convenção de 1990 reafirmou alguns, são eles: o direito inerente à vida (artigo 10º); a liberdade (artigo 14º); à segurança pessoal (artigo 14º); de prevenção contra a tortura ou tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante (artigo 15º); além da proibição de ser submetido, sem o livre consentimento, a experiências médicas ou científicas; a proteção contra a exploração, violência e abuso (artigo 16º); o direito à integridade física ou mental (artigo 17º); a liberdade de movimentação e nacionalidade (artigo 18º); o direito a uma vida independente e à inclusão na comunidade (artigo 19º); o direito à mobilidade pessoal com a máxima independência possível (artigo 20º); o direito à liberdade de expressão e de opinião e o acesso à informação (artigo 21º); o direito à privacidade (artigo 22º); sem intromissões arbitrárias ou ilegais na vida privada, família, correspondência ou outros tipos de comunicação, nem ofensas ilegais à honra e reputação; assim como o respeito pelo lar e pela família (artigo 23º), assim como pela formação da família, no que diz respeito à contração de casamento ou união estável e filiação; o direito à educação (artigo 24º); o direito ao trabalho e emprego, livremente escolhido, inclusivo e acessível para pessoas com deficiência (artigo 27º); o direito um padrão adequado de vida e à proteção social das pessoas com deficiência (artigo 28º); o direito à participação na vida política e pública (artigo 29º); e o direito de participação na vida cultural, recreação, lazer e esporte (artigo 30º).

3.3 Os direitos humanos inerentes e universais

A Organização das Nações Unidas, aparentemente criada sob o fundamento universalista, apresenta um discurso de direitos humanos, por meio da adoção de normativas, no qual os direitos humanos proclamados são percebidos como inerentes ao ser humano e à dignidade inerente, além de serem universais (ou universalista) para todos os povos, culturas e pessoas, independentemente das suas diferenças ou desigualdades concretas.

Em resumo, parece que os direitos e a dignidade são um *a priori* da essência humana (inerentes), que todos os seres humanos possuem pelo fato de terem uma essência humana, mas que são juridicamente reconhecidos pelo direito internacional (Nações Unidas), por meio dos tratados de direitos humanos.

Além disso, pelo fato de serem inerentes ao humano, então os direitos devem ser universais, pois a essência humana deve ser

compartilhada por todos os seres humanos. Conforme o discurso platônico, visto no capítulo primeiro, a ideia de essência humana comportaria diferentes seres humanos com a mesma essência (humana), motivo pela qual deve ser ela universal.

Nesse sentido, a ONU protegeu a *família humana*, entendendo que cada ser humano, em qualquer parte do mundo, é igual em dignidade e direitos. Mais do que isso, entendeu que os direitos humanos são inerentes ao ser humano por decorrerem da própria dignidade inerente que todos possuem, motivo pelo qual são iguais para todos e são universais.

Nesta seção, investigarei quais são esses direitos humanos inerentes e universais, conforme as normativas de direitos analisadas na seção anterior. Não abordarei a questão da dimensão e/ou geração dos direitos humanos, em razão da intenção proposta, que é a de investigar quais direitos podem ser considerados inerentes e universais, e não a análise do surgimento histórico dos direitos em gerações, desde antes do surgimento das Nações Unidas.

Se todos os direitos humanos decorrem da dignidade inerente ao ser humano, motivo pelo qual são considerados direitos humanos inerentes e universais, então podemos, segundo as Nações Unidas, considerar os seguintes direitos humanos:

- a) direito à vida (1948, artigo 3º; 1966a, artigo 6º; 1984; 1989; 1990, artigo 6º e 10º);
- b) direito à sobrevivência (1990, artigo 6º);
- c) direito ao desenvolvimento (1990, artigo 6º e 27º; 1993);
- d) direito à proteção contra influências nocivas (1990);
- e) direito à liberdade (1948, artigo 3º; 1966a, artigo 9º; 1990, artigo 14º), que envolve as seguintes liberdades: (a) liberdade da palavra (1948, preâmbulo); (b) liberdade de crença (1948, preâmbulo); (c) liberdade de não sentir medo (1948, preâmbulo); (d) liberdade de não passar necessidade (1948, preâmbulo); (e) liberdade de locomoção (1948, artigo 13º; 1951, artigo 26º; 1966a, artigo 12º; 1969, artigo 5º; 1990, artigo 18º); (f) liberdade de pensamento, consciência e religião (1948, artigo 18º; 1951, artigo 14º; 1966a, artigo 18º; 1969, artigo 5º; 1981, artigo 1º; 1990, artigo 14º e 30º); (g) liberdade de mudar ou manifestar religião, crença ou consciência pelo ensino, prática, culto ou ritos (1948, artigo 18º; 1981, artigo 1º; 1993); (h) liberdade de opinião e expressão (1948; artigo 19º; 1966a, artigo 19º; 1969, artigo 5º; 1990, artigo 13º; 1990, artigo 12º e 21º); (i) liberdade de

- reunião e associação pacífica (1948, artigo 20º; 1966a, artigo 21º; 1969, artigo 5º; 1990, artigo 15º); (j) liberdade de acessar os meios de comunicação e informação (1990, artigo 17º e 21º);
- f) direito à presunção de inocência (1948, artigo 11º; 1966a, artigo 14º);
- g) direito ao reconhecimento (1948, artigo 6º), o qual engloba os seguintes direitos: (a) direito de ter um registro civil (1990, artigo 7º); (b) direito de reconhecimento da personalidade jurídica (1948, artigo 6º; 1966a, artigo 16º); e, (c) direito de reconhecimento da pessoa civil (1948, artigo 6º).
- h) direito à segurança pessoal (1948, artigo 3º; 1966a, artigo 9º; 1969, artigo 5º; 1990, artigo 14º), que envolve os seguintes direitos: (a) direito de não ser mantido em escravidão ou servidão (1948, artigo 4º; 1966a, artigo 8º); (b) direito de não ser sujeito à tortura ou outro tratamento ou punição cruel, inumano ou degradante (1948, artigo 5º; 1966a, artigo 7º; 1989; 1990, artigo 15º e 37º); (c) direito de não ser arbitrariamente preso, detido ou exilado (1948, artigo 9º; 1966a, artigo 9º; 1990, artigo 37º); e, (d) direito de não ser explorado ou abusado (1990, artigo 16º).
- i) direito de receber asilo (1948, artigo 14º; 1951, preâmbulo; 1993);
- j) direito à integridade (1948, artigo 12º; 1990, artigo 17º), que envolve o direito à honra (1948, artigo 12º) e o direito à reputação (1948, artigo 12º);
- k) direito à intimidade ou sigilo (1948, artigo 12º; 1966a, artigo 17º; 1990, artigo 21º), que envolve a proibição de interferência na vida privada, família, domicílio ou correspondência (1948, artigo 12º; 1990, artigo 23º);
- l) direito à nacionalidade (1948, artigo 15º; 1966a, artigo 23º; 1969, artigo 5º; 1990, artigo 7º e 18º);
- m) direito à igualdade (1948, artigo 7º; 1951, artigo 20º; 1990, artigo 5º), que envolve os seguintes direitos: (a) igualdade perante a lei (1948, artigo 7º; 1951, artigo 16º; 1966a, artigo 26º; 1969, artigo 5º; 1981; 1990, artigo 5º); (b) igualdade de direitos (1951, artigo 5º; 1969, artigo 2º e 5º); (c) igualdade contra discriminação (1948, artigo 7º; 1969, artigo 5º); (d) igualdade de ter uma justa audiência por parte de um tribunal imparcial e independente (1948, artigo 10º; 1969, artigo 5º); (e) igualdade entre homens e mulheres (1948, artigo 16º);

- 1966a, artigo 3º e 23º; 1966b, artigo 3º; 1979, artigo 2º e 4º); (f) igualdade entre crianças nascidas dentro e fora do matrimônio (1948, artigo 25º); (g) igualdade de tratamento com relação à propriedade móvel e imóvel (1951, artigo 15º); (h) igualdade dos encargos fiscais entre nacionais e refugiados (1951, artigo 29º); (i) igualdade de assistência jurídica (1951, artigo 16º); (j) direito igual de estar perante um tribunal (1966a, artigo 14º; 1969, artigo 5º; 1969, artigo 6º); (k) igualdade de proteção das crianças (1966a, artigo 23º);
- n) direito individual de propriedade (1948, artigo 17º; 1969, artigo 5º);
- o) direito de herança (1969, artigo 5º);
- p) direito à moradia (1951, artigo 21º; 1969, artigo 5º);
- q) direito à autodeterminação dos povos (1966a, artigo 1º; 1966b, artigo 1º; 1993);
- r) direito de acessar local de uso público (1969, artigo 5º);
- s) direito à cultura (1948, artigo 27º; 1966b, artigo 15º; 1969, artigo 5º; 1990, artigo 19º e 30º), o qual engloba o direito de participar da vida cultural comunitária (1948, artigo 27º; 1966b, artigo 15º; 1969, artigo 5º; 1990, artigo 19º e 30º) e o direito autoral (1948, artigo 27º; 1951, artigo 14º; 1966b, artigo 15º);
- t) direito à educação (1948, artigo 26º; 1951, artigo 22º; 1966b, artigo 13º; 1969, artigo 5º; 1979, artigo 10º; 1981, artigo 5º; 1990, artigo 24º e 28º; 1993), que envolve os seguintes direitos: (a) educação gratuita nos graus elementares e fundamentais (1948, artigo 26º); (b) instrução elementar obrigatória (1948, artigo 26º); (c) ensino técnico profissional e generalizado (1948, artigo 26º); (d) ensino superior acessível a todos em função do mérito (1948, artigo 26º); e, (e) educação em religião conforme preferência (1981, artigo 5º);
- u) direito à família (1948, artigo 16º; 1966a, artigo 23; 1966b, artigo 10º; 1990, artigo 23º), que engloba os seguintes direitos: (a) direito de contrair matrimônio (1948, artigo 16º; 1966a, artigo 23º; 1966b, artigo 10º; 1969, artigo 5º; 1990, artigo 23º); (b) defesa da honra, família e correspondência (1990, artigo 16º e 23º); (c) direito de fundar uma família (1948, artigo 16º; 1966a, artigo 23º; 1966b, artigo 10º e 23º); (d) direito à proteção da família (1948, artigo 16º; 1966a, artigo 23º; 1966b, artigo 10º; 1990, artigo 23º); e, (e) direito

- de proteção do casamento (1951, artigo 12º; 1966a, artigo 23º; 1966b, artigo 10º; 1990, artigo 23º);
- v) direitos políticos (1948, artigo 21º; 1969, artigo 5º; 1990, artigo 29º), que englobam os seguintes direitos: (a) direito de votar e ser votado (1948, artigo 21º; 1966a, artigo 25º; 1969, artigo 5º); (b) direito de participar da vida política (1990, artigo 29º); e, (c) direito de acessar ao serviço público (1948, artigo 21º; 1966a, artigo 25º; 1969, artigo 5º);
- w) direito ao trabalho (1948, artigo 23º; 1966b, artigo 6º; 1969, artigo 5º; 1979, artigo 11º; 1990, artigo 27º), que engloba os seguintes direitos: (a) livre escolha de emprego (1948, artigo 23º; 1951, artigo 18º e 19º; 1966b, artigo 6º; 1969, artigo 5º; 1979, artigo 11º; 1990, artigo 27º); (b) condições justas de trabalho (1948, artigo 23º; 1969, artigo 5º; 1979, artigo 11º); (c) proteção contra desemprego (1948, artigo 23º; 1969, artigo 5º); (d) direito à igual remuneração por igual trabalho (1948, artigo 23º; 1951, artigo 17º; 1966b, artigo 7º; 1969, artigo 5º); (e) direito a uma remuneração justa e favorável que seja compatível com a dignidade humana (1948, artigo 23º; 1966b, artigo 7º); (f) direito de greve (1966b, artigo 8º); (g) direito a um padrão de vida digno (1990, artigo 28º); (h) garantia de alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis (1948, artigo 25; 1966b, artigo 10º); (i) condições de trabalho seguro e saudável (1966b, artigo 7º); e, (j) direito de formar e se filiar em sindicatos (1948, artigo 23º; 1951, artigo 15º; 1966a, artigo 22º; 1966b, artigo 8º; 1969, artigo 5º);
- x) direito ao repouso e ao lazer (1948, artigo 24º; 1990, artigo 30º e 31º), envolve o direito à férias remuneradas e periódicas (1948, artigo 24º; 1966b, artigo 7º); e,
- y) direito à segurança social e seguros sociais (1948, artigo 12º; 1951, artigo 23º; 1966b, artigo 9º; 1969, artigo 5º; 1979, artigo 11º; 1990, artigo 26º), que engloba os seguintes direitos: (a) direito à saúde (1948, artigo 25º; 1966b, artigo 12º; 1969, artigo 5º; 1990, artigo 20º); (b) direito aos cuidados especiais com relação à maternidade (1948, artigo 25º); (c) direito aos cuidados especiais com relação à infância (1948, artigo 25º; 1990, artigo 20º); e, (d) direito à segurança no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (1948, artigo 25º; 1966b, artigo 9º).

Esses direitos humanos e liberdades fundamentais, que foram sendo proclamados desde a adoção da Declaração Universal de 1948 e os Pactos de 1966 até as normativas mais específicas e recentes, que afirmam os direitos humanos de minorias e/ou grupos específicos, são entendidos no sentido posto pela primeira onda das Nações Unidas. Conforme analisado anteriormente, foi justamente a Carta das Nações Unidas (1945), juntamente com a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de direitos de 1966 que fixaram todos os direitos humanos como direitos inerentes e universais aos seres humanos.

As Nações Unidas (1948) entenderam que, se os direitos humanos decorrem da dignidade inerente que todo o ser humano possui, então todos os direitos humanos são universais e inerentes.

3.4 O essencialismo como fundamento do inerentismo e universalismo dos direitos humanos

A pesquisa da tese conduziu a algumas conclusões, com base na análise dos tratados de direitos humanos do Sistema Global das Nações Unidas, são elas:

- a) a dignidade humana é inerente: o inerente foi entendido como um *a priori* do ser humano, isto é, todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, possuem uma dignidade inerente;
- b) os direitos humanos decorrem da dignidade humana inerente: parece que os direitos humanos pertencem *a priori* aos seres humanos, sendo juridicamente reconhecidos pelas Nações Unidas em suas normativas de direitos humanos; e
- c) os direitos humanos são universais para todos os seres humanos.

Nesse sentido, suponho que o fundamento dos direitos humanos das Nações Unidas é o essencialismo, ou seja, a crença na essência humana. Parece que a construção de um direito humano inerente (*a priori*) e universal foi possível porque se considerou a existência de uma essência humana, comum para todos os seres humanos. Assim, parece que há mais do que o uso retórico de certos termos (inerência e universalismo) pelas Nações Unidas, que permite pressupor a crença (ou justificação) na essência humana.

As Nações Unidas afirmam, explicitamente, a crença na essência humana: “We have to free humanity from the scourges of genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against its very human *essence*.”

Traduzindo significa: “Nós temos que livrar a humanidade dos flagelos do genocídio, dos crimes de guerra, das limpezas étnicas e dos crimes contra a própria *essência humana*” (NAÇÕES UNIDAS, 19-- , grifo meu).

Para iniciar a análise do essencialismo como fundamento do discurso onusiano sobre os direitos humanos, importa o discurso pronunciado por René Cassin, laureado com o Prêmio Nobel da Paz (1968).

René Samuel Cassin recebeu o prêmio Nobel da Paz em 1968 em razão de seu trabalho na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), ocasião na qual afirmou que não haverá paz no planeta Terra enquanto os direitos humanos forem violados em alguma parte do mundo¹⁰².

Cassin começa seu discurso lembrando a Segunda Guerra Mundial e afirma a morte catastrófica de mais de setenta milhões de pessoas e a destruição da liberdade e dignidade humana. Diante das violações, ele afirma, se entendeu pela necessidade do estabelecimento de uma paz baseada em direitos humanos. Até 1940, o esforço coletivo destinava-se à luta contra a escravatura e tráfico de escravos. As declarações, até então, preocupavam-se com um tipo específico (categoria) de homem, como algumas minorias nacionais. Mas diante das violações abruptas das guerras, entendeu-se pela necessidade da proteção do homem integral: a proteção dos direitos de todos os homens. Dessa necessidade surgiu a Carta das Nações Unidas, em 1945, com a promessa do respeito e promoção dos direitos humanos¹⁰³.

Para Cassin, apesar de a Declaração não possuir obrigatoriedade jurídica, ela constitui o primeiro evento histórico importante para a defesa dos direitos de todos os humanos. Segundo o pensador, ela proclama um corpo de direitos como princípios, sem os quais nenhum homem pode realizar plenamente sua individualidade física, moral e intelectual. Além disso, ele afirma uma grande característica da Declaração: a sua universalidade – ela se aplica a todos os humanos, sem discriminação, e a todos os territórios, independentemente de seu regime político ou econômico. Nesse sentido, não se pode diminuir a universalidade da Declaração: deve-se reconhecer que existem direitos e

¹⁰² O discurso completo de René Cassin encontra-se disponível no sítio eletrônico do Prêmio Nobel: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1968/cassin-lecture.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

¹⁰³ O discurso completo de René Cassin encontra-se disponível no sítio eletrônico do Prêmio Nobel: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1968/cassin-lecture.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

liberdades comuns para todos os seres humanos, sem possibilidade de discriminação. Além disso, a universalidade dos princípios da Declaração não cria obstáculos ao estabelecimento de sistemas regionais para a aplicação desses princípios¹⁰⁴.

Cassin finaliza seu discurso afirmando a necessidade do estabelecimento da paz e da dignidade humana, para toda a humanidade¹⁰⁵.

Para demonstrar a aceitação da crença na essência humana, ao menos como justificção da tese das Nações Unidas de direitos inerentes e universais, mostrarei o resultado dos Relatórios de desenvolvimento humano (RDH), publicados anualmente (salvo o ano de 2006), desde o ano de 1990, pelas Nações Unidas.

O *Relatório de Desenvolvimento Humano*, das Nações Unidas, foi idealizado por Amartya Sen e Mahbul ul Haq, com base na ideia de que as pessoas são a verdadeira riqueza das nações. Conforme as Nações Unidas, o RDH é reconhecido como um exercício independente e uma ferramenta importante para aumentar a conscientização sobre o desenvolvimento humano em todo o mundo, sendo sua publicação garantida pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. Os Relatórios apresentam o índice de desenvolvimento humano, além de apresentarem dados e análises sobre a agenda global, questões e políticas públicas¹⁰⁶.

O primeiro Relatório, de 1990, coloca as pessoas no centro do desenvolvimento: o objetivo do desenvolvimento deve ser o de oferecer ao ser humano mais opções de vida digna, incluída a longevidade, o conhecimento e educação, a liberdade política, a segurança pessoal, a participação comunitária e a garantia de direitos humanos (1990b, p. 3).

O Relatório de 1990 também afirmou que seres humanos são a finalidade real de todas as atividades, tal como escreveram antigos filósofos como Emmanuel Kant, que observou “so act as to treat

¹⁰⁴ O discurso completo de René Cassin encontra-se disponível no sítio eletrônico do Prêmio Nobel: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1968/cassin-lecture.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

¹⁰⁵ O discurso completo de René Cassin encontra-se disponível no sítio eletrônico do Prêmio Nobel: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1968/cassin-lecture.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

¹⁰⁶ O trecho acima foi extraído do sítio eletrônico do Relatório de desenvolvimento humano, disponível em: <http://www.pnud.org.br/idh/RDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_RDH>. Acesso em 27 de janeiro de 2015.

humanity, whether in their own personal or in that of any other, in every case as an end in itself, never as a means only”¹⁰⁷ (1990b, p. 3).

Nesse sentido, é perceptível o fundamento essencialista como base do discurso onusiano sobre os direitos humanos. A concepção da humanidade como *fim*, a partir do segundo imperativo categórico kantiano (*tratar as pessoas como fins em si mesmas*), segundo Sandel (2012, p. 156), implica na obrigação de preservar os direitos humanos todos, porque todos são seres humanos racionais e merecedores de respeito, isto é, porque todos possuem uma dignidade intrínseca (*a priori ou inerente*).

A importância que Kant atribui à dignidade humana define a concepção onusiana de direitos humanos inerentes e universais. Trata-se de uma concepção de ser humano merecedor de respeito porque racional e capaz de pensar e agir livremente (com autonomia). É essa dignidade intrínseca que implica no tratamento de todos como fins em si mesmos (SANDEL, 2012, p. 137 e 143).

Nesse sentido, a filosofia essencialista de Kant parece ser uma teoria que está por detrás das normas das Nações Unidas de direitos humanos, fundamentando a noção da inerência de universalidade de direitos essenciais.

O Relatório de 2003, por sua vez, afirma que nem todas as pessoas possuem os direitos juridicamente garantidos. Apesar de os direitos humanos serem inerentes e universais, além de reconhecidos juridicamente pelas Nações Unidas, segundo o Relatório, “*o mundo já está atrasado*”, isto é, “mais de 50 nações tornaram-se mais pobres na última década. Muitas estão a ver a esperança de vida baixar devido à Síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA). Algumas das que têm pior desempenho – muitas vezes dilaceradas por conflitos – estão a ver diminuir a escolarização” (2003, p. 4). Nesse sentido, reconhecendo que o progresso no desenvolvimento humano não é automático e que nem todas as pessoas tem acesso aos direitos humanos juridicamente reconhecidos, o Relatório é dedicado à avaliação dos maiores problemas e análise do que precisa ser feito para reverter os retrocessos.

O Relatório aponta para um pacto político, para a necessidade de garantir a efetividade dos direitos inerentes e de objetivos a cumprir para o desenvolvimento humano. Segundo o Relatório, no ano de 2000 foi adotada a Declaração do Milênio, na qual alguns Chefes de Estado

¹⁰⁷ A citação de Kant, exposta pelo Relatório de 1990, pode ser traduzida da seguinte maneira: age de tal forma que trates a humanidade, na tua pessoa ou na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca apenas como um meio.

comprometeram seus países a adotar políticas para erradicar a pobreza, a promover a dignidade e a igualdade humana e alcançar a paz, a democracia e a sustentabilidade ambiental (NAÇÕES UNIDAS, 2003, p. 16).

Por sua vez, o Relatório de desenvolvimento humano de 2004, que trata do multiculturalismo, destaca o potencial de construir um mundo “mais pacífico e mais próspero, pondo as questões da cultura na corrente principal do pensamento e da prática do desenvolvimento” (NAÇÕES UNIDAS, 2004, p. v-vi).

Apesar do universalismo dos direitos humanos, preceituado nas cartas de direitos das Nações Unidas, o Relatório de 2004 aponta para a necessidade de gerir a diversidade cultural (multiculturalismo). Segundo o Relatório, durante muito tempo, as diversidades culturais e a aceitação de diferentes etnicidades, religiões e valores, foram consideradas ameaças à harmonia social, tendo como resultado a supressão das identidades culturais, muitas vezes de forma brutal e como política de Estado. O universalismo, nesse sentido, propõe-se a reconhecer as multiplicidades culturais (2004, p. 1). Nesse sentido é o discurso do Relatório sobre a globalização e o multiculturalismo:

O impacto da globalização sobre a liberdade cultural merece uma atenção especial. Os *Relatórios do Desenvolvimento Humano* anteriores têm abordado as fontes de exclusão económica, como as barreiras comerciais que mantêm os mercados fechados para as exportações dos países pobres, e as da exclusão política, como a fraca voz dos países em desenvolvimento nas negociações comerciais. Eliminar essas barreiras não eliminará, por si, um terceiro tipo de exclusão: a exclusão cultural. Isso exige novas abordagens baseadas em políticas multiculturais. Os fluxos globais de bens, ideias, pessoas e capitais podem parecer uma ameaça à cultura nacional, por muitos motivos. Podem levar ao abandono de valores e práticas tradicionais e ao desmantelamento da base económica de que depende a sobrevivência das culturas indígenas. Quando esses fluxos mundiais levam à exclusão cultural, são necessárias políticas multiculturais para gerir o comércio, a imigração e os investimentos, de formas que reconheçam as diferenças e as identidades culturais. E a exclusão do conhecimento tradicional dos

regimes mundiais de propriedade intelectual precisa de ser reconhecida explicitamente, tal como o impacte cultural de bens como filmes e a identidade cultural de imigrantes. Contudo, o objectivo das políticas multiculturais não é preservar a tradição, mas proteger a liberdade cultural e expandir as escolhas das pessoas – nas formas em que as pessoas vivem e se identificam – e não penalizá-las por essas escolhas. Preservar a tradição pode ajudar a manter as escolhas em aberto, mas as pessoas não devem ser confinadas a uma caixa imutável chamada “uma cultura”. Infelizmente, os debates de hoje acerca da globalização e da perda da identidade cultural têm sido travados, muitas vezes, com a preocupação de defender a soberania nacional, preservar a velha herança dos povos indígenas e salvaguardar a cultura nacional face aos crescentes influxos de pessoas, filmes, música e outros bens estrangeiros. Mas as identidades culturais são heterogêneas e evolutivas – são processos dinâmicos em que as inconsistências e os conflitos internos conduzem a mudança. Quatro princípios devem informar uma estratégia para o multiculturalismo na globalização:

- Defender a tradição pode atrasar o desenvolvimento humano.
- Respeitar a diferença e diversidade é essencial.
- A diversidade prospera num mundo globalmente interdependente quando as pessoas têm identidades múltiplas e complementares e pertencem, não só a uma comunidade local e a um país, mas também à humanidade em geral.
- Enfrentar os desequilíbrios do poder político e económico ajuda a prevenir ameaças às culturas de comunidades mais pobres e mais fracas (NAÇÕES UNIDAS, 2004, p. 88).

O Relatório de 2014 também parece reconhecer o fundamento essencialista dos direitos humanos e seu posterior reconhecimento jurídico ao afirmar que “o reconhecimento dos direitos humanos não precisa esperar pela sua legalização na forma de títulos legais. Muitas vezes, fornecem a motivação para essa legislação” (2004, p. 15). Mais do que isso, afirma que são direitos morais e o “reconhecimento ético

dos direitos humanos, sustentado pela discussão e argumentação públicas, por ir – e vai – além de uma simples base para uma legislação possível” (NAÇÕES UNIDAS, 2004, p. 15).

O Relatório de desenvolvimento humano de 2005 lembrou a promessa da Carta da ONU em libertar as futuras gerações da guerra, proteger os direitos humanos fundamentais e promover o progresso social e padrões de vida melhores em uma mais ampla liberdade. Lembrou, ademais, a Declaração do Milênio, de 2000, que apresenta uma promessa de integração global, construída com base na equidade, justiça social e respeito pelos direitos humanos, além da busca pelo alargamento dos direitos universais (NAÇÕES UNIDAS, 2005b, p. 17).

Esse Relatório, de 2005, traz dados que se fundamentam na vida concreta das pessoas: possuem direitos humanos inerentes e universais, mas algumas pessoas não os podem exercer. As Nações Unidas afirmam a dignidade e direitos inerentes, mas reconhecem a inefetividade dos direitos. Para explanar o que falei, importa a consideração do Relatório sobre a mortalidade infantil (direito à vida): segundo consta do texto, mais de 10 milhões de crianças morrem anualmente antes de completarem cinco anos de idade. Além disso, quase todas as mortes na infância são evitáveis. “A cada dois minutos, morrem quatro pessoas de malária, três das quais crianças. A maioria desses óbitos poderia ser evitada por intervenções simples e de baixo custo”. De fato, por cada “criança que morre, milhões adoecerão, ou perderão a escola, apanhadas num círculo vicioso que liga a saúde precária na infância à pobreza na idade adulta” (NAÇÕES UNIDAS, 2005b, p. 24).

Nesse sentido, apesar de serem, os direitos humanos do Sistema Global, fundamentados na inerência (direitos que existem *a priori*, próprios do ser humano) e na universalidade, a Organização das Nações Unidas aponta para o fato de que, na vida cotidiana, muitas pessoas não tem acesso aos bens assegurados por tais direitos, principalmente em razão econômica (ligada à determinada região geográfica), o que aponta para a necessidade de políticas públicas que efetivem os direitos.

Para ilustrar, segundo o Relatório: “a pobreza de rendimento está estreitamente ligada à fome. Num mundo de abundância, milhões de pessoas ficam todos os dias com fome. Mais de 850 milhões de pessoas, incluindo uma em cada três crianças em idade pré-escolar”, ainda estão presas num círculo vicioso de desnutrição e seus efeitos (NAÇÕES UNIDAS, 2005b, p. 24).

Ainda segundo o Relatório, a desnutrição enfraquece o sistema imunitário e aumenta o risco de saúde precária, o que agrava a desnutrição. Aproximadamente metade dos óbitos de crianças em idade

pré-escolar tem como causa questões relacionadas à desnutrição e doenças infecciosas (NAÇÕES UNIDAS, 2005b, p. 24).

O Relatório de 2007/2008, na esteira do Relatório de 2005, também afirmou que muitas pessoas não têm acesso aos bens ou direitos humanos inerentes e universais do Sistema Global. Preocupando-se com o problema ambiental, o Relatório afirma que o mundo é um lugar heterogêneo, no qual as pessoas têm diferentes níveis de rendimentos e riqueza. Segundo o texto analisado, os efeitos das alterações climáticas seriam sentidos em grau maior dependendo principalmente da situação de pobreza, sendo uma “ameaça massiva ao desenvolvimento humano” (NAÇÕES UNIDAS, 2006/2007, p. 5).

Com relação à disparidade de acesso aos direitos humanos inerentes e universais, o Relatório de 2007/2008 afirma que 40% da população mundial vive com menos de dois dólares por dia e correspondem a 5% do rendimento global, enquanto que os 20% mais ricos correspondem a três quartos do rendimento mundial (NAÇÕES UNIDAS, 2007/2008, p. 41).

O Relatório de desenvolvimento humano de 2009 também contesta o acesso aos direitos humanos inerentes e universais. Abordando o tema das migrações, afirma que a maioria dos migrantes, internacionais ou internos em seu país, buscam alcançar melhores condições de vida e desenvolvimento, como o acesso à educação e à assistência médica (NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 14-15).

O Relatório de desenvolvimento humano de 2010 relembra a visão original, de 1990, dos idealizadores do Relatório, Amartya Sen e Mahbub ul-Haq. Essa visão é a de avaliar o desenvolvimento humano não apenas com base na economia de um país (o produto interno bruto, por exemplo), mas também se as pessoas têm longevidade e vida saudável, se têm oportunidades para receber educação e se podem moldar seus próprios destinos. Esse conceito de desenvolvimento humano serviu de orientação para os 20 anos de Relatório (NAÇÕES UNIDAS, 2010b, p. 4).

O desenvolvimento humano é entendido como a ampliação das liberdades para que as pessoas possam ter vidas longas, saudáveis e criativas, bem como para que se envolvam ativamente na definição equitativa e sustentável do desenvolvimento humano. Nesse sentido, as pessoas seriam beneficiárias e impulsoras do desenvolvimento humano, que possui três componentes:

- a) *Bem-estar*: expansão das liberdades das pessoas – para que as pessoas possam prosperar.

- b) *Capacitação e agência*: habilitação das pessoas e dos grupos para que ajam – para gerar resultados valiosos.
- c) *Justiça*: expansão da equidade, sustentação dos resultados ao longo do tempo e respeito pelos direitos humanos e por outros objetivos da sociedade (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 38).

Para as Nações Unidas (2010, p. 38), as pessoas são vistas como arquitetas do seu desenvolvimento, seja pessoalmente ou coletivamente, no debate público e prática democrática.

Segundo o Relatório de 2010, na esteira de 1990, o universalismo dos direitos humanos remonta à Kant. O Relatório de 1990 apresenta o fundamento essencialista com base no segundo imperativo categórico kantiano. Por sua vez, o Relatório de 2010 afirma que o universalismo dos direitos humanos remonta a Immanuel Kant (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 33).

Nesse sentido, o universalismo dos direitos humanos é fundamentado no primeiro imperativo categórico kantiano: *universalize sua máxima*, que significa *aja segundo um princípio que, na sua opinião, deveria constituir uma lei universal*. Esse imperativo, aliado ao segundo, que é *tratar as pessoas como fins em si mesmas*, apresenta a concepção de humanidade *como fim*, ou seja, como valor *absoluto*. É a filosofia essencialista de Kant que parece ser a teoria por detrás das normas nas Nações Unidas de direitos humanos, fundamentando a noção da inerência de universalidades de direitos essenciais.

O Relatório de desenvolvimento humano de 2013 afirma a importância das decisões políticas, em razão dos seus efeitos globalizadores. Afirma, nesse sentido, a interconectividade entre países sobre questões como o comércio, a migração, a informação e tecnologias comunicacionais (NAÇÕES UNIDAS, 2013, p. vi).

O supramencionado Relatório, ademais, afirma que existem necessidades de vida universais de todos os seres humanos, aos quais se relacionam os direitos humanos (NAÇÕES UNIDAS, 2013, p. 34).

O último Relatório de desenvolvimento humano publicado, de 2014, aponta para a necessidade de *unidade* global (de todos os países), mas também de respeito às diferenças, além do respeito pelos direitos humanos universais (NAÇÕES UNIDAS, 2014, p. 28).

Segundo o Relatório de 2014, os direitos humanos são o corpo jurídico de valores fundamentais da civilização humana. Reconhece que as pessoas são diferentes, assim como as culturas são diferentes. As

peças vivem de maneiras diversas, assim como as civilizações se diferenciam. As pessoas creem em religiões diferentes e nascem com cores diferentes. Diferentes tradições culturais influenciam as vidas humanas. As pessoas se vestem de maneiras diferentes e se adaptam ao meio ambiente de diferentes formas. As pessoas também se expressam diferentemente. A música, a literatura e a arte refletem diferentes estilos. Mas apesar das diferenças, afirmou o Relatório, todas as pessoas tem o mesmo atributo: são humanas (“*But despite these differences, all people have one single common attribute: they are all human beings*”) (NAÇÕES UNIDAS, 2014, p. 39).

Nesse sentido, apesar das diferenças, todas as pessoas e culturas abraçam alguns princípios comuns: (a) nenhuma cultura tolera a exploração de seres humanos; (b) nenhuma religião possibilita a matança de inocentes; e (c) nenhuma civilização aceita a violência e o terror. Em resumo, são os princípios comuns que refletem os direitos humanos fundamentais – direitos que são preciosos para todos, em qualquer lugar. Diante disso é que não se pode aceitar que relativismos culturais sejam usados de pretexto para a violação de direitos humanos, os quais são considerados os valores mais fundamentais da civilização humana. Assim, faltar com respeito para com os direitos humanos seria acabar com a humanidade dos seres humanos (“*Failing to respect our human rights only undermines our humanity*”) (NAÇÕES UNIDAS, 2014, p. 39).

Diante dessa análise, bem como diante da consideração da Declaração de 1981, de que a dignidade e igualdade são inerentes ao ser humano e existem como qualidades naturais e permanentes a todos os seres humanos, parece haver duas grandes questões a respeito do essencialismo como fundamento do discurso onusiano sobre os direitos humanos:

- a) que as normativas de direitos apresentam uma visão essencialista do ser humano, que justifica a construção dos direitos humanos inerentes e universais; e
- b) que os relatórios analisam a eficácia dos direitos humanos inerentes e universais e apontam para a dicotomia entre as normativas (dever ser) e a prática (ser), perante a qual nem sempre esses direitos possuem eficácia (nem todas as pessoas têm acesso aos direitos inerentes e universais).

Nesse sentido, se se voltar ao pensamento de Platão, parece que os direitos inerentes são a ideia (o dever ser) e a realidade dos direitos são as sombras (o ser).

Os Relatórios de desenvolvimento humano de 2003, 2005 e 2007/2008 apontam para o fato de que nem todas as pessoas usufruem dos direitos inerentes e universais juridicamente garantidos.

Contudo, é perceptível o fundamento essencialista dos direitos inerentes e universais. Em primeiro lugar, as Nações Unidas (19--) afirmam explicitamente a noção de essência humana ao sugerir a necessidade de “livrar a humanidade dos flagelos do genocídio, dos crimes de guerra, das limpezas étnicas e dos crimes contra a própria essência humana” (NAÇÕES UNIDAS, 19--).

Em segundo lugar, conforme o Relatório de 1990, afirma-se que o fundamento das Declarações é o segundo imperativo categórico kantiano, de considerar a humanidade como fim e tratar as pessoas como fins em si mesmas, o que implica na obrigação de preservar os direitos humanos de todos, porque todos são seres racionais e merecedores de respeito (porque possuem dignidade intrínseca ou inerente).

Em terceiro lugar, o Relatório de desenvolvimento humano de 2010 aponta para o primeiro imperativo categórico kantiano como fundamento dos direitos humanos inerentes e universais: o universalismo dos direitos humanos é fundamentado no primeiro imperativo categórico kantiano.

Nesse sentido, ambos os imperativos categóricos kantianos fundamentam a inerência (segundo imperativo) e a universalidade (primeiro imperativo) dos direitos humanos. Isto é, parece que a filosofia essencialista kantiana está por detrás das normas nas Nações Unidas de direitos humanos, fundamentando a noção da inerência de universalidades de direitos essenciais.

Finalmente, o Relatório de 2014 afirma que, apesar das diferenças, todas as pessoas têm o mesmo atributo, qual seja, são humanas, apontando para a humanidade como característica intrínseca (*a priori*) (NAÇÕES UNIDAS, 2014, p. 39).

3.5 O fundamento filosófico do inerentismo (ou inatismo) dos direitos humanos

Nesta seção, o objetivo é compreender o fundamento filosófico do *inerentismo*, que parece configurar-se num pressuposto das Nações Unidas (1945), ligado à tese essencialista, além de estar presente no seu sistema de direitos humanos, principalmente na ideia de que a dignidade humana é inerente ao ser humano (natureza ou essência humana) e que todos os direitos humanos são inerentes, motivo pelo qual têm validade

material para todas as pessoas e em todos os países do mundo, independentemente das possíveis diferenças de religião, raça, cor, credo, gênero, sexualidade, dentre outras.

O inerentismo, enquanto a *priori*, parece estar presente em todo o discurso analisado das Nações Unidas sobre os direitos humanos, principalmente na ideia de que a dignidade humana e os direitos humanos são inerentes à própria essência do ser humano, motivo pelo qual todos os humanos nascem com essa dignidade e os direitos, os quais são protegidos juridicamente por meio do direito internacional (pelo sistema das Nações Unidas de direitos humanos).

Nesse sentido, parece que o inerentismo é o fundamento do universalismo dos direitos humanos, conforme será abordado na seção seguinte. Parece que o fundamento do universalismo é o inerentismo em razão do seguinte raciocínio: as Nações Unidas, por meio de suas normativas, afirmam que os direitos humanos e dignidade humana são inerentes ao ser humano, sendo que cada humano nasce com dignidade e com direitos, os quais são protegidos juridicamente pela ONU. Nesse sentido, uma vez que são direitos que todos possuem por terem nascido humanos, são universais.

A palavra *inerente* é utilizada, nesta tese, como sinônimo de *inato*. Traduzi do discurso dos direitos humanos a palavra inglesa *inherent* para inerente. Inerente é aquilo que é necessário, íntimo à pessoa, não separável da pessoa, unido estruturalmente à pessoa e, dessa forma, inato. Ainda assim, ambas as expressões, *inerente* e *inato*, devem ser entendidas como sinônimas e intercambiáveis.

Inato é uma característica, qualidade ou outro que nasce com o ser humano, isto é, que ele possui independentemente de qualquer coisa, pelo simples fato de ter nascido ser humano.

O inatismo foi conceituado por Chauí (2009, p. 69) como o fato de que o ser humano nasce com inteligência, não somente com princípios racionais, mas também com ideias verdadeiras e inatas. A doutrina do inatismo, conforme a autora, foi defendida por Platão (2000) e por Descartes (2000a).

A tese central dos inatistas, nas palavras de Chauí, é a seguinte:

Se, desde nosso nascimento, não possuímos em nosso espírito a razão com seus princípios e leis e algumas ideias verdadeiras das quais todas as outras dependem, nunca teremos como saber se um conhecimento é verdadeiro ou falso, isto é, nunca saberemos se uma ideia corresponde ou não à realidade a que ela se refere. Não teremos como

critério seguro para avaliar nossos conhecimentos (CHAUI, 2009, p. 70).

Se o verbete sobre o inerentismo e/ou inatismo da Blackwell (2014) estiver correto, em epistemologia ou filosofia da mente, existem várias opiniões sobre a concepção de ideias inatas. Uma delas afirma que ideias inatas não derivam da experiência, mas originam-se na própria mente. Outra concepção afirma que são ideias que potencialmente são inerentes à mente no momento do nascimento, mas que são manifestadas pela experiência. Uma terceira concepção considera-as como ideias que os humanos têm como disposição inata para se formar.

O conceito de inatismo remonta à teoria da reminiscência de Platão, mas tornou-se o debate central do racionalismo e do empirismo nos séculos XVII e XVIII, com Descartes e Leibniz a defender ideias inatas, e Locke e Hume a atacá-las. O debate também foi revitalizado por Chomsky, no século XX, que afirmou, em sua análise da capacidade linguística humana, que os seres humanos têm uma gramática universal inata, que é a pré-condição para a aquisição da linguagem (BLACKWELL, 2014).

Não cabe na investigação deste trabalho a avaliação da tese inatista. A intenção não é a de defesa ou de desconstrução dessa tese. A intenção é tão somente relacionar a conclusão dessa tese com o discurso dos direitos humanos ora analisado, no intuito de avaliar a relação entre ambos. Nesse sentido, condicionalmente aceitando que as conclusões desta tese inatista estejam corretas, avaliarei quais as suas relações com o discurso do Sistema Global ou Universal *onusiano* dos Direitos Humanos.

Para o entendimento desta tese, utilizarei a ideia de Descartes (2007) sobre a teoria das ideias inatas. A conclusão do pensamento cartesiano é que as ideias inatas são racionais porque nascemos com elas e porque elas são colocadas no espírito humano pelo Criador Deus.

Segundo Descartes, as coisas simples podem ser conhecidas por intuição à primeira vista, em si mesmas, sem qualquer dependência com outro fenômeno, mas nas próprias experiências ou graças a uma luz inata (2007, p. 34).

Para Descartes, o conhecimento seguro (científico) decorre de uma *razão humana* abstrata e essencialmente elevada à última potência. Mesmo que não se possa dizer que a razão sugere ao homem tudo aquilo que ele pensa ou imagina, todas as ideias devem conter um fundamento de verdade, pois que o *bom Deus*, ao contrário do gênio maligno,

concedeu razão a todos os humanos como um instrumento universal (DESCARTES, 2006, p. 48-50).

A ideia da existência de direitos inerentes à essência do ser humano encontra-se presente nas formulações teóricas do direito de matriz jusnaturalista. No jusnaturalismo, o fundamentando do direito é a própria essência: ou ele se fundamenta na ideia de Deus (jusnaturalismo teológico), ou se fundamenta na razão e natureza humana (jusnaturalismo racionalista), ou se fundamenta natureza física (jusnaturalismo naturalista).

Em resumo, segundo o jusnaturalismo, não somente existe a crença na essência humana, mas também a crença num direito que é inerente à essência humana e que é descoberto pela razão. Nesse sentido, o direito natural, nas três vertentes analisadas no capítulo anterior, é impositivo justamente por ser essencialista, considerado universal, imutável e inerente ao ser humano.

O jusnaturalismo teológico pressupõe que o humano acessa a lei divina por meio da razão e afirma um direito natural divino, que corresponde ao que há de inerente à essência humana. Por sua vez, o jusnaturalismo racionalista afirma que o direito é dedutivamente obtido da essência humana por meio da racionalidade. Finalmente, o jusnaturalismo naturalista funda o direito natural na própria essência da natureza, o qual também é inerente a essa natureza e pode ser conhecido pela racionalidade humana.

Por sua vez, o novo essencialismo, analisado no capítulo segundo, também parece afirmar um direito inerente à essência. Em resumo, suas teorias afirmam a crença na essência do universo e na essência humana, além de fundamentarem o direito na essência natural (direito natural), uma vez que apresentam uma aproximação entre a ordem jurídica e a ordem essencial do universo.

Nesse sentido, um dos pensadores do novo essencialismo que foi estudado, Telles Júnior, afirma a crença na existência da essência dos fenômenos do mundo e sugere que a própria essência humana é pertencente à essência do universo. Para esse pensador, o direito positivo deve se fundamentar no direito natural, ou seja, no direito inerente à essência humana. Segundo ele, o direito quântico, considerado o único legítimo, possui fundamento no direito natural.

De maneira parecida, Paulo Roney Ávila Fagundez, também pensador do novo essencialismo, propõe uma teoria holista-taoísta na qual afirma a crença na essência e na essência humana. Para ele, o

direito possui um fundamento holista e taoísta, que leva em consideração a essência do universo (inerente à essência humana)¹⁰⁸.

No âmbito dos direitos humanos, dizer que os direitos são inerentes e que decorrem de uma suposta natureza humana significa dizer que existe um fundamento metafísico na natureza do homem, mas não significa que parece haver uma defesa da Organização das Nações Unidas do direito natural, visto que, diferentemente da ideia de um direito natural imutável, não existe um rol definitivo dos direitos humanos. Os direitos humanos, no plano jurídico, não se confundem com direitos naturais, visto que aqueles são positivados e mutáveis no tempo.

O *inatismo* dos direitos humanos parece fundamentar-se na ideia de que os direitos humanos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana. Nesse sentido, foi preceituado pelas Nações Unidas que os direitos humanos e as liberdades fundamentais *são um direito inato* (inerente ou *a priori*, que existem antes do seu reconhecimento jurídico) *de todos os seres humanos*, sendo a sua proteção e promoção a primeira responsabilidade dos governos.

Sugeriu Ramos (2013, p. 27), que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, no seu sistema *onusiano*, consiste no conjunto das normas internacionais que estipula os “direitos *essenciais* do ser humano”.

Guerra, por sua vez, sugeriu que o sistema de proteção internacional *onusiano* dos direitos humanos “caracteriza-se como um sistema de cooperação intergovernamental que tem por objetivo a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana” (2013, p. 106).

Em seu relatório de desenvolvimento humano (HDR) de 2011, as Nações Unidas reconhecem o inerentismo dos direitos como direitos *a priori*, próprios da essência humana, ao afirmar que reconhece os direitos fundamentais ao meio ambiente como direito natural – como “direitos inerentes e universais” (2011, p. 95).

A Carta de São Francisco, instrumento de criação da Organização das Nações Unidas (1945), afirmou a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no *valor da pessoa humana*, na igualdade

¹⁰⁸ De maneira contrária, os pensadores do positivismo jurídico não percebem a existência de um direito inerente à essência humana. Segundo as teorias positivistas analisadas no capítulo anterior, o direito é direito positivo, que tem como fundamento uma norma superior hierárquica, não a essência do universo ou essência humana. Por sua vez, os teóricos do realismo jurídico também analisados no capítulo anterior afirmam um direito que não decorre da essência humana (criticam o jusnaturalismo, que afirma a inerente dos direitos à essência humana).

de direitos de homens e mulheres, dentre outros. Entendeu que os direitos humanos são, ademais, *direitos inerentes aos seres humanos*.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), por sua vez, afirmou que *direitos humanos são inerentes aos seres humanos*. Mais do que isso, segundo as Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa o reconhecimento universal de que os direitos básicos e as liberdades fundamentais são inerentes a todos os seres humanos, inalienáveis e igualmente aplicáveis a todos, considerando-se que cada ser humano nasce livre e igual em dignidade e direitos. Em seu *Preâmbulo*, a Declaração Universal afirma que o reconhecimento da *dignidade*¹⁰⁹ *inerente* e dos *direitos iguais e inalienáveis* de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

O artigo primeiro da Declaração de 1948 afirmou que *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*. Declara, ademais, que *todos os seres humanos são dotados de razão e de consciência e devem agir, em relação aos demais, com espírito de fraternidade* (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

¹⁰⁹ Sobre a ideia da dignidade inerente, Sidney Guerra afirmou a possibilidade de ela encontrar alicerces no pensamento cristão, “segundo o qual, criada à imagem e semelhança de Deus, a pessoa é dotada de atributos próprios e intrínsecos, que a tornam especial e detentora de dignidade” (2013, p. 64). Segundo Guerra, antes do cristianismo, não existia o conceito de pessoa, nem em grego e nem em latim. Para a cultura clássica, pré-cristianismo, o indivíduo não possuía valor absoluto, fazendo depender o seu valor do grupo, patrimônio familiar e raça. Além do cristianismo, para Guerra, também é possível que outro marco na construção do valor da pessoa humana seja o iluminismo do século XVIII. “Observava-se na Europa um grande desenvolvimento científico e cultural, transpondo-se imaginariamente o período de escuridão até então vivenciado. Iniciava-se o Século das Luzes. Os iluministas teceram diversas críticas ao absolutismo francês, propondo uma sociedade baseada no liberalismo econômico e político. Os direitos individuais do homem, principalmente os referentes à sua liberdade e à limitação do poder público, passam a ser indispensáveis para o desenvolvimento da dignidade humana nesse período”. (2013, p. 66). O autor afirmou que, à época, os seres humanos racionais tornaram-se o centro das ideias, tendo afirmado sua posição como sujeitos de direitos que devem ser preservados pelo Estado. Além disso, a ideia era a que somente a garantia das liberdades não era suficiente para proporcionar a dignidade humana. Tornou-se necessário, por conseguinte, a garantia do bem-estar do indivíduo – o Estado não mais deveria se abster somente, mas também deveria promover a dignidade por meio de prestações positivas. Nasceu o Estado do bem-estar social (*Welfare State*). Após as duas grandes Guerras Mundiais, a criação da ONU implicou o reconhecimento e a garantia da dignidade humana, dentro dos contornos iluministas. Conforme apontou Guerra, “[...] o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa pelo direito resultam justamente da evolução do pensamento humano a respeito do significado desse ser humano, e a compreensão do que é ser pessoa e de quais valores são inerentes a ela acaba por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o direito reconhece e protege tal dignidade” (2013, p. 68).

Parece que existe uma correlação entre o preceito da Declaração, que afirma que todos os seres humanos são dotados de razão, e o inatismo cartesiano, que entende a racionalidade humana inata.

Mais do que isso, diante da análise dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas, parece que a utilização do termo *inerência* não é meramente retórica, mas busca afirmar que aqueles direitos reconhecidos juridicamente pelas Nações Unidas são direitos inerentes à própria essência humana e, por isso, universais. Nesse sentido, esses direitos humanos juridicamente protegidos têm validade material não apenas por seu estatuto jurídico, mas também porque são direitos da própria essência do ser humano.

Se os direitos humanos são inerentes, não poderia ser diferente a redação do artigo sétimo da Declaração, que dispôs que *todos são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção da lei, sem qualquer distinção*.

Diante disso, sugeriu Sarlet (2010, p. 55-56) que essa concepção apresentada decorre da concepção jusnaturalista, que remete aos séculos XVII e XVIII. Os direitos fundamentais (ou humanos) nasceram como direitos naturais e inalienáveis do ser humano, sob o aspecto da condição humana. Decorre da concepção jusnaturalista a concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de direitos naturais e inalienáveis.

De modo especial, conforme sugeriu Sarlet (2010, p; 38), os valores que percebi no decorrer desse trabalho, como a dignidade humana, a igualdade e a liberdade, encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana e no pensamento cristão.

Nesse sentido, é possível aventar a hipótese de que os direitos humanos, dentro do sistema global *onusiano*, decorrem filosoficamente das antigas formulações de direitos do homem. Conforme Bobbio (1992, p. 18), os direitos do homem tinham sua fundamentação na teoria do direito natural. Sob essa ótica, tutelavam apenas os direitos inerentes à natureza humana. A justificativa filosófica de origem transcendental pautava-se pela natureza, alheia à vontade humana.

Os direitos do homem tinham sua fundamentação na teoria *jusnaturalista*. Extraído da natureza, o direito *natural* decorre de toda a natureza e, não necessariamente, da natureza *do humano*. Decorre da natureza, mas, a ele, é necessário acrescentar o mundo socializado do humano: instituições, etc. Mesmo assim, seu conteúdo, em que pese variável, derivou de um imutável núcleo (MIAILLE, 1979, 251-253).

O *jusnaturalismo* foi o paradigma que acompanhou a modernidade, se configurando na base doutrinária das revoluções

burguesas e no fundamento dos direitos do homem. Constituído pelos elementos da imutabilidade, universalidade e racionalidade via intuição ou revelação, etc., o *jusnaturalismo* vinculava direito e moral (LAFER, 1991). Sob essa ótica, foram tutelados apenas os direitos inerentes à natureza e, conseqüentemente, à natureza humana. A justificativa filosófica de origem transcendental pautava-se pela natureza, alheia à vontade humana (BOBBIO, 1992, p. 18).

Kelsen também entendeu a vinculação implícita do sistema universal de direitos humanos à doutrina do *jusnaturalismo*, uma vez que o sistema universal pressupõe um direito positivado que corresponde à natureza do humano – todos têm direitos pelo fato de terem nascido humanos (o direito inerente ou inato).

É esse o desígnio do *jusnaturalismo*, conforme se extrai do pensamento kelseniano:

Somente podem valer a normas do direito positivo conformes ao direito natural. E se a norma de um direito positivo apenas vale na medida em que corresponda ao direito natural, então o que vale na norma do direito positivo é apenas o direito natural. É esta efetivamente a consequência da doutrina jusnaturalista que, ao lado ou por cima do direito positivo, afirma a validade de um direito natural e, ao proceder assim, vê neste direito natural o fundamento de validade do direito positivo. Isto, porém, significa que, de acordo com esta teoria, só o direito natural pode, na verdade, ser considerado válido, e não o direito positivo *como tal* (2009, p. 44).

A doutrina do *jusnaturalismo*, conforme afirmou Kelsen (2009, p. 102), é uma doutrina idealista do direito que distingue o direito real positivo – posto pelos humanos – de um direito ideal, natural e imutável, identificado à justiça, que tem como fonte a natureza. Nesse sentido, a natureza, em geral, e a natureza do homem, em particular, funcionam como uma autoridade normativa, visto que as normas da conduta justa podem ser extraídas dedutivamente da natureza.

Sequencialmente à Declaração de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, na esteira da Carta de São Francisco, reconheceu que a *dignidade inerente* e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Reconheceu, ademais, que os direitos decorrem *da dignidade inerente* à pessoa humana (NAÇÕES UNIDAS, 1948; 1966a; 1945)

Importante é a terceira parte do Pacto Internacional de 1966, que se inicia com o postulado segundo o qual todo o ser humano tem o *direito inerente à vida*, direito esse que deve ser protegido pela lei. Nesse sentido, ninguém será arbitrariamente privado de sua vida. O Pacto também dispôs que toda a pessoa privada da *liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito por sua dignidade inerente* (NAÇÕES UNIDAS, 1966a).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966b) reconheceu a *dignidade inerente* e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana. Além disso, que todos os direitos humanos decorrem da *dignidade inerente à pessoa humana* (NAÇÕES UNIDAS, 1966b).

Diante disso, nenhuma restrição e derrogação de direitos humanos (inerentes) fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, serão admitidos sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os a um menor grau. Mais ainda, no artigo vigésimo quinto do Pacto se afirmou que nenhuma disposição do Pacto pode ser interpretada em detrimento do *direito inerente* a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e recursos naturais (NAÇÕES UNIDAS, 1966b).

A Convenção Internacional sobre todas as formas de Discriminação Racial (1969) reafirmou os princípios da *dignidade e igualdade inerentes* a todos os seres humanos, sobre os quais foi baseada a Carta das Nações Unidas. Nesse sentido, reafirmou os direitos humanos proclamados pela *Declaração Universal das Nações Unidas* de 1948, principalmente a proclamação de que todos os seres humanos *nascem livres e iguais em dignidade e direitos*, e que todos têm direito a todos os direitos e liberdades enunciados na *Declaração*, sem qualquer distinção, em particular quanto à raça, cor ou origem nacional (NAÇÕES UNIDAS, 1969).

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979) afirmou a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade, *no valor da pessoa humana*, na igualdade de direitos entre homens e mulheres (NAÇÕES UNIDAS, 1979).

Por sua vez, a Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Intolerância e Discriminação baseadas em Religião ou Crença (1981) afirmou que um dos princípios básicos das ONU é o da *dignidade e igualdade inerentes*, que existem como *qualidade natural e permanente* (NAÇÕES UNIDAS, 1981).

A Convenção contra a Tortura e outras formas de Tratamento ou Punição Cruel ou Degradante (1984) reconheceu os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana, como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Afirmou, ademais, que esses direitos humanos decorrem da *dignidade inerente à pessoa humana* (NAÇÕES UNIDAS, 1984).

A Convenção sobre os Direitos das Crianças (1990) entendeu que todo o direito enunciado em seu texto é *inerente à dignidade da pessoa humana* e ao desenvolvimento harmonioso de cada criança. Isso porque, conforme sugeriu em seu preâmbulo, de acordo com os princípios proclamados da Carta das Nações Unidas, afirmou a fé no *valor da pessoa humana e o reconheceu que a dignidade inerente e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*. A Convenção de 1990, em seu sexto artigo, afirma os direitos das crianças, entendendo que todas possuem *inerentemente* os seguintes direitos: o direito inerente à vida; e, o direito à sobrevivência e ao desenvolvimento (NAÇÕES UNIDAS, 1990).

A Declaração de Viena de 1993, por meio de sua Conferência, reconheceu e afirmou que todos os direitos humanos derivam da dignidade e do *valor inerente à pessoa humana*. Além disso, que a pessoa humana é o sujeito central dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e, conseqüentemente, deve ser o principal beneficiário e deve participar ativamente da realização desses direitos e liberdades (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

A Declaração de Viena também reconheceu que direitos humanos e liberdades fundamentais são *direitos de nascimento* (ou *inatos*) de todos os seres humanos, sendo que a proteção e promoção desses direitos e liberdades é a primeira responsabilidade dos Governos e o objetivo prioritário das Nações Unidas (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Além do *inatismo* dos direitos humanos, segundo o texto da Declaração de Viena, sendo os direitos inatos e, mais do que isso, sendo eles universais, o próprio universalismo é visto como um valor inerente e natural quando se afirmou que a *natureza universal desses direitos humanos e liberdades fundamentais está fora de questão* (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2008) relembrou os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, como a dignidade e o *valor inerentes* e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Inclusive, a

Convenção afirma como seu princípio geral o respeito pela *dignidade inerente* de todo o ser humano (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Isso porque o próprio propósito da Convenção ora mencionada é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua *dignidade inerente*.

A tese inerentista, que fundamenta o discurso do sistema ONU de direitos humanos, recebeu posicionamentos que lhe foi favorável, mas também posicionamentos que lhe foi antagônico. O problema posto pela tese foi o de investigar a existência do fundamento inerentista na validação material dos direitos humanos. Dessa forma, não cumpre a análise de posicionamentos que valoram positivamente ou que desqualificam a inerência dos direitos humanos a partir de padrões morais.

A análise realizada resulta na ideia de que parece que existe um fundamento inerentista dos direitos humanos que, aliado ao fundamento universalista, garante validade material para o sistema onusiano de direitos humanos.

Além disso, conforme mencionei, parece que a utilização da expressão direitos inerentes não é meramente retórica, mas afirma que os direitos reconhecidos e garantidos juridicamente pelas Nações Unidas possuem validade material pelo fato de se fundamentarem em direitos inerentes ao ser humano (à sua essência ou natureza humana). Nesse sentido é que a tese da inerência liga-se à tese essencialista: os direitos são inerentes (*a priori*) à própria essência do ser humano, seu fundamento.

Conforme afirmei na seção anterior, o próprio Relatório de Desenvolvimento Humano de 1990, das Nações Unidas, afirmou expressamente que o fundamento da tese inerentista é o segundo imperativo categórico kantiano, segundo o qual deve-se agir de tal forma “que trates a humanidade, na tua pessoa ou na pessoa de outrem sempre como um fim e nunca apenas como um meio (1990b, p. 3).

A concepção da humanidade como fim, conforme Sandel (2012, p. 156), implica na obrigação de preservar os direitos humanos de todos, porque todos são seres humanos racionais e merecedores de respeito. A ideia de que todos possuem uma dignidade intrínseca (*a priori ou inerente*), mostra o fundamento essencialista como base do discurso onusiano de direitos humanos. Esse discurso parece se fundamentar na filosofia essencialista de Kant para fundamentar a noção de inerência dos direitos essenciais.

Esse inerentismo, enquanto pressuposto filosófico, significa que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, ou seja, que o humano nasce com direitos pelos simples fato de nascer humano. Parece que o inerentismo significa que o ser humano possui uma essência humana e, justamente em razão dela, os direitos humanos lhes é inerente.

3.6 O fundamento filosófico do universalismo

Nesta seção, o objetivo é compreender o fundamento filosófico do universalismo¹¹⁰, que parece configurar-se num pressuposto das Nações Unidas (1945), do seu surgimento e manutenção, além de estar presente no seu sistema de direitos humanos, principalmente na ideia de que todos os direitos humanos são universais, motivo pelo qual têm validade material em todos os países do mundo e para todas as pessoas, independentemente de quaisquer diferenças.

O universalismo moral é uma posição meta-ética, na qual se pressupõe uma ética universal para todas as pessoas em situação semelhante, independente de cultura, raça, sexo, religião, nacionalidade, sexualidade ou qualquer outro sinal distintivo (PRINCETON ENCYCLOPEDIA, 2014)

O *universalismo*¹¹¹, na filosofia ética, significa que os princípios éticos são princípios para todas as pessoas, prescrevendo obrigações e

¹¹⁰ A concepção universalista difere da concepção multiculturalista dos direitos humanos. Em resumo, Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 18-21) sugere que a concepção dos direitos humanos universais é a concepção de um localismo globalizado (o localismo de corte ocidental). Segundo ele, a dicotomia universalismo *versus* relativismo deve ser superada por ser intrinsecamente falsa, pois ambos são prejudiciais para uma concepção emancipatória dos direitos humanos. Diante disso, seria necessário adotar a perspectiva multicultural dos direitos humanos, considerada por ele contra-hegemônica. Nesse sentido, ele afirma: “O multiculturalismo, tal como eu entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo. [...] Nesse domínio, a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceptualização e prática dos direitos humanos de um localismo globalizado num projecto cosmopolita”. (2003, p. 18). Para o pensador, é necessário criar um novo paradigma, denominado *hermenêutica diatópica*, que propicie a mediação e conciliação dos valores de cada cultura, ou seja, um diálogo intercultural. Sobre a *hermenêutica diatópica*, ele afirma: “Requer, não apenas um tipo de conhecimento diferente, mas também um diferente processo de criação de conhecimento. A hermenêutica diatópica exige uma produção de conhecimento colectiva, interactiva, intersubjetiva e reticular”. (SÓUSA SANTOS, 2003, p. 23). Em resumo, para ele, o multiculturalismo implica em conjugar o princípio da igualdade ao reconhecimento das diferenças.

¹¹¹ A lógica universalista kelseniana é diferente da lógica essencialista. Se as considerações de Kelsen (2012, p. 374) estiverem corretas, o universalismo deve ser entendido como o primado da ordem jurídica internacional. Sobre o primado da ordem jurídica internacional e

definindo os direitos para todos os humanos. Se O'Neill (1996) estiver correto, existe uma versão *minimalista* do universalismo, que consiste na reivindicação de que princípios éticos são destinados a todas as pessoas. Também existe uma segunda concepção do universalismo que enfatiza o conteúdo, afirmando que os princípios éticos recomendam a mesma matéria para todos – as mesmas obrigações, direitos, virtudes e assim por diante.

Nesse sentido é que, segundo o verbete da Enciclopédia de Princeton, redigido por O'Neill (1996), os direitos humanos universais enfatizam não somente que todos os seres humanos têm direitos, mas que todos têm os mesmos direitos.

Conforme analisado na seção sobre o fundamento do inerentismo, parece que o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos, ao afirmar que a dignidade e os direitos são inerentes (*a priori*) ao ser humano (à sua essência ou natureza), sugere que esse direitos também são universais. Ao sugerir que todo e qualquer ser humano nasce com direitos humanos (inerentes), os quais são reconhecidos e protegidos

a validade material a partir do direito internacional como ordem universal, Kelsen afirmou: “Se se parte da validade do Direito internacional, surge a questão de saber como, deste ponto de vista, se poderá fundamentar a validade da ordem jurídica estadual; e, nesta hipótese, esse fundamento de validade tem de ser encontrado na ordem jurídica internacional. Isso é possível porque, como já notamos a outro propósito, o princípio da efetividade, que é uma norma do Direito internacional positivo, determina, tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais e estas, por conseguinte, podem ser concebidas como delegadas pelo Direito internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como numa ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional”. (KELSEN, 2012, p. 374).” [...] relativamente à esfera de validade material da ordem jurídica de cada Estado tem o Direito internacional incidência. Como as suas normas, especialmente, podem compreender todas as matérias possíveis e, portanto, também aquelas que até aqui foram reguladas pelas ordens jurídicas estaduais, ele limita o domínio de validade material destas. Os Estados singulares conservam, é verdade, mesmo sob o Direito internacional, a sua competência fundamental para normar tudo, no entanto, apenas mantêm esta competência na medida em que o Direito internacional não se apossa de uma matéria e, assim a subtraia a uma livre regulamentação por parte da ordem jurídica estadual. Esta, se se pressupõe o Direito internacional como ordem jurídica supraestadual, já não tem uma competência soberana. Mas tem, no entanto, uma pretensão à totalidade (*Totalitätsanspruch*), somente limitada pelo Direito internacional a certas matérias, como acontece com outras ordens ou comunidades jurídicas imediatas em face do Direito internacional, constituídas por tratado internacional” (KELSEN, 2012, p. 376). Sobre essa universalidade do direito internacional – primado do direito internacional –, Kelsen (2012) entendeu, no excerto acima, que o Estado é determinado pelo direito internacional na sua existência jurídica, sendo uma ordem jurídica delegada pelo direito internacional em sua validade. Nesse sentido, somente a ordem jurídica internacional seria soberana. As ordens jurídicas estaduais são subordinadas à ordem jurídica internacional.

juridicamente pelas Nações Unidas, por meio dos tratados internacionais, parece que é o inerentismo, e não um consenso político, que fundamenta o universalismo das Nações Unidas. Significa que, ainda que haja um consenso político, utiliza-se o essencialismo para garantir a validade material dos direitos humanos, ou seja, os direitos são válidos porque inerentes e universais.

A Carta das Nações Unidas (1945) é o instrumento de criação de uma organização internacional que tem a pretensão de ter todos os Estados como seus membros. A Organização das Nações Unidas, por meio de sua Carta de constituição, nasce com a pretensão de universalidade¹¹², ou seja, de ser uma Organização composta por todos os povos e nações e cujo sistema de direitos humanos fosse global.

Na Carta, as Nações Unidas (1945) afirmaram a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres, na igualdade de direitos de nações pequenas e grandes, e estabeleceu condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos.

Essa intenção foi visualizada também por Ramos (2013, p. 77 e 28), que afirmou a origem do sistema *onusiano*, universal ou global de proteção aos direitos humanos, na Carta da Organização das Nações Unidas. Antes da Carta, afirmou o autor, somente existiam institutos fragmentados e voltados a situações localizadas ou a direitos específicos. A Carta foi o primeiro tratado de alcance universal, que reconheceu os direitos de todos os seres humanos, impondo aos Estados o dever de assegurar a dignidade e o valor de todos os humanos.

O autor ainda mencionou:

Com a internacionalização dos direitos humanos, implantou-se formalmente o *universalismo dos direitos humanos*, inoculado pela adoção pelos Estados do *mesmo texto* de direitos humanos imposto nos tratados ratificados.

¹¹² Apontou Lima e Brito (2010, p. 25-26) a importância de abordar a diferença entre universalismo e universalização. “Enquanto este, com o sufixo ‘ação’, denota um processo, ou seja, um caminhar para a constatação da universalidade dos direitos humanos no contexto internacional, o universalismo, com o sufixo ‘ismo’, representa uma tendência, uma defesa de que os direitos do homem são e devem ser universais. A universalidade, por sua vez, é um fato, uma constatação”. Mais do que isso, a “universalidade dos direitos humanos já estava afirmada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Contudo, o contexto político de sua adoção não a imbuíu de legitimidade no que concerne ao universalismo. A Declaração de Viena, contudo, reafirmou com veemência essa característica dos direitos do homem” (2010, p. 109).

Porém, não basta a adoção da *mesma redação* de um determinado direito em dezenas de países que ratificaram um tratado para que o universalismo seja implementado. É necessário que tenhamos também uma *mesma interpretação* desse texto. Ou seja, é necessário que exista um mecanismo internacional que averigüe como o Estado *interpreta* o texto adotado.

Por isso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por duas partes indissociáveis: o rol de direitos de um lado e os processos internacionais que interpretam o conteúdo desses direitos e zelam para que os Estados cumpram suas obrigações. (RAMOS, 2013, p. 33).

Ao criar o sistema universal de direitos humanos, o objetivo das Nações Unidas foi o de garantir a paz no mundo e os direitos humanos. Nesse sentido, enquanto organização *mundial* ou *universal*, a ONU teve por objetivo:

- a) *a manutenção da paz e da segurança internacional;*
- b) *o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;*
- c) *a cooperação internacional para a resolução de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário;*
- d) *a cooperação internacional para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e*
- e) *ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns* (NAÇÕES UNIDAS, 1945, artigo 1º).

Percebendo os direitos humanos como direitos inerentes de todos os seres humanos, as Nações Unidas buscaram o *respeito universal e efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos*, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representa o reconhecimento *universal* de que os direitos básicos e as liberdades fundamentais são inerentes a todos os seres humanos, inalienáveis e igualmente aplicáveis a todos, considerando-se que cada ser humano nasce livre e igual em dignidade e direitos. Nesse sentido, independente

da nacionalidade, local de residência, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, língua ou qualquer outra situação, a comunidade internacional assumiu, por meio da Declaração, o compromisso de defender a dignidade e justiça para todos (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Os princípios fundamentais dos direitos humanos, estabelecidos pela Declaração Universal, como a universalidade, a interdependência, a indivisibilidade, a igualdade e a não discriminação, além do fato de que os direitos humanos implicam simultaneamente os direitos e obrigações dos detentores de obrigações e direitos proprietários, foram reiterados em inúmeras convenções internacionais de direitos humanos, declarações e resoluções.

A Assembleia-Geral das Nações Unidas (1948) proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a se atingir por todos os povos e por todas as nações, *universalmente*. O objetivo é que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo a Declaração constantemente em seu *espírito*, se esforcem, pelo ensino e educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e por medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universalmente e de maneira efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-membros quanto entre os povos dos territórios sob a jurisdição dos Estados-membros.

Por ser universal, a Declaração de 1948 dispôs que *todos são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção da lei, sem qualquer distinção. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação* (NAÇÕES UNIDAS, 1948, artigo 7º).

Diante disso, sugeriu Sarlet (2010, p. 55-56) que a concepção apresentada decorre da concepção jusnaturalista, que remete aos séculos XVII e XVIII. Os direitos fundamentais (ou humanos) nasceram como direitos naturais e inalienáveis, sob o aspecto da condição humana. Essa concepção jusnaturalista, apontou Sarlet, continuou a vigente após a Declaração Universal de 1948.

Sarlet explica sua ideia da seguinte maneira:

[...] fala-se de uma universalidade abstrata dos direitos fundamentais, no sentido de que eram reconhecidos a todos os homens, situando-se numa dimensão pré-estatal, integrando-se ao direito interno apenas mediante seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva de determinado Estado, desvinculando-se, nesta segunda etapa da evolução histórica, de sua

dimensão abstratamente universal. A partir da Declaração Universal da ONU, constata-se a existência de uma nova fase, caracterizada pela universalidade simultaneamente abstrata e concreta, por meio da positivação – na seara no Direito Internacional – de direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos, e não apenas (mas também) aos cidadãos de determinado Estado.

[Sarlet distanciou-se da ideia de universalidade concreta, de Bobbio, por entender] que a terceira fase na evolução dos direitos fundamentais não se limita a uma universalidade concreta, mas se revela, por igual, uma universalidade abstrata, à semelhança do que foi afirmado com relação à primeira fase, na medida em que, ao menos no plano doutrinário e legislativo, é preciso reconhecer que os direitos fundamentais passaram a integrar aquilo que poderíamos denominar de patrimônio cultural comum da humanidade (SARLET, 2010, p. 56).

Conforme analisei no capítulo anterior, o jusnaturalismo afirma a crença na essência e na essência humana, além de afirmar o direito natural, cujo fundamento é a própria essência de Deus, do ser humano ou da natureza. Nesse sentido, o direito natural deve ser universal¹¹³.

Em seu relatório de desenvolvimento humano (HDR) de 2011, as Nações Unidas afirmam o princípio universalista, assim como sugerem que existem reclamações universais para a vida (2011, p. 13 e 26). Também sugerem, as Nações Unidas (2011, p. 95), que *o universalismo decorre do inerentismo*, ao afirmar que se reconhece os direitos fundamentais ao meio ambiente como direitos naturais, isto é, como direitos inerentes e universais.

Sequencialmente, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, das Nações Unidas (1951), lembrou que a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirmaram o princípio de que todos os seres humanos, *universalmente*, gozam de direitos e liberdades fundamentais, sem discriminação.

¹¹³ O positivismo criticou a ideia da universalidade do direito. Para Bobbio, conforme analisei no capítulo segundo, diferencia-se o positivismo do jusnaturalismo por alguns critérios específicos, sendo o primeiro critério a antítese universalidade/particularidade, visto que o direito positivo, entendido como legítimo, vale apenas em alguns lugares, não sendo universal.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, das Nações Unidas (1966a), reconheceu o sistema universalista dos direitos humanos quando afirmou que os direitos humanos decorrem da dignidade inerente ao ser humano e, justamente por isso, são os mesmos (ou universais) para todos os seres humanos (a família humana). O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, das Nações Unidas (1966b), também aceitou a proposta universalista do sistema de direitos humanos, ao afirmar os que todos os seres humanos (universalmente a família humana) possuem inerentemente direitos iguais e inalienáveis.

Do universalismo decorrem as obrigações dos Estados, nos termos da Carta das Nações Unidas (1945), para promover o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. No próprio Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, se reafirmou a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

A Convenção Internacional sobre todas as formas de Discriminação Racial (1969) aceitou o universalismo do sistema de direitos humanos ao afirmar que todos os seres humanos *nascem livres e iguais em dignidade e direitos*, e que todos têm direito a todos os direitos e liberdades enunciados na *Declaração Universal* de 1948, sem qualquer distinção, em particular quanto à raça, cor ou origem nacional. Além disso, a Convenção parece ser universal na medida em afirma que todos os seres humanos são iguais perante a lei e todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação (NAÇÕES UNIDAS, 1969).

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979), na esteira Declaração Universal de 1948, reafirma o princípio da não discriminação e proclama que *todos os seres humanos* nascem iguais em dignidade e direitos e que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer tipo, incluindo distinção baseada no sexo. A Convenção propõe políticas universalistas ao afirmar que o desenvolvimento pleno e completo de um país, o bem-estar do mundo e a causa da paz requer a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com os homens em todos os campos (NAÇÕES UNIDAS, 1979).

A Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Intolerância e Discriminação baseadas em Religião ou Crença (1981) aventou o universalismo do sistema de direitos humanos ao afirmar o

respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (NAÇÕES UNIDAS, 1981).

A Convenção contra a Tortura e outras formas de Tratamento ou Punição Cruel ou Degradante (1984) afirmou que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados de maneira *universal*. A Convenção também sugere o universalismo do sistema de direitos humanos ao preceituar a existência de uma *família humana*, detentora de direitos iguais e inalienáveis (NAÇÕES UNIDAS, 1984).

A Convenção sobre os Direitos das Crianças (1990), em seu preâmbulo, relembra a universalidade do sistema de direitos humanos ao afirmar que toda pessoa faz jus a todos os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição (NAÇÕES UNIDAS, 1990).

A Declaração de Viena, de 1993, afirmou que a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui um ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, sendo a fonte de inspiração e base para as Nações Unidas fazer avanços na configuração padrão conforme consta no humano internacional existente nos instrumentos de direitos. Mais importante foi a necessidade, delineada na Declaração de Viena, de promover o respeito *universal* e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em conformidade com a Carta das Nações Unidas (1945). Isso porque, segundo consta do texto legal, a *natureza universal desses direitos e liberdades, segundo o texto expreso da Conferência, está fora de questão*. Conforme a Declaração de Viena, todos os direitos humanos são: *universais*, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados (NAÇÕES UNIDAS, 1993).

Para Lima e Brito, atualmente existe um consenso internacional acerca da universalidade dos direitos humanos, sendo a Declaração e Programa de Ação de Viena uma prova relevante desse consenso (2010, p. 28).

Se no que tange ao universalismo dos direitos humanos, a Declaração de Viena pode ser considerada o marco principal do Direito Internacional dos Direitos Humanos, visto que em seu artigo primeiro afirma que a natureza universal dos direitos e liberdades, é inquestionável, por outro lado, por detrás desse consenso universalista, há grande dissenso acerca do significado da universalidade dos direitos (LIMA E BRITO, 2010, p. 110).

Guerra (2013, p. 105), por sua vez, entendeu que uma das conquistas mais significativas da Conferência de Viena relaciona-se à questão da universalidade, visto que ao seu final sobreveio o consenso sobre o caráter universal dos direitos humanos e sobre a “realidade de que a diversidade cultural não pode ser invocada para justificar sua violação, isto é, ainda que as diversas particularidades históricas, culturais, étnicas e religiosas devam ser levadas em conta, é dever dos Estados” a promoção dos direitos humanos independentemente ou apesar de tais diferenças.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2008) reafirmou a *universalidade*, indivisibilidade, interdependência e interrelação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, além da necessidade de se garantir o pleno gozo desses direitos às pessoas com deficiência, sem discriminação (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

A pretensão de universalidade do sistema de direitos humanos também parece estar presente na criação do Escritório das Nações Unidas sobre o Universalismo Unitário (UU-ONO), denominado, em inglês, de *Unitarian Universalist United Nations Office*¹¹⁴, baseado em valores universalistas unitários.

Segundo o sítio eletrônico do supramencionado Escritório das Nações Unidas, a visão é a de uma comunidade global, de um mundo pacífico e sustentável, conforme previsto da Carta de São Francisco. Diante disso, a missão é dupla: em primeiro lugar, a promoção de uma comunidade mundial pacífica, justa, sustentável e plural que promova os direitos humanos; e em segundo lugar, inspirar os valores universalistas unitários para apoiar e participar do trabalho da ONU.

O universalismo, conforme apresentado, tanto esteve presente à hora da criação da Organização das Nações Unidas, quanto no desenvolvimento do seu Sistema Global ou Universal dos Direitos Humanos. Por sistema universal de direitos humanos, entende-se as Declarações, Pactos, relatórios e outros documentos da Organização das Nações Unidas, que tem incidência global, isto é, incidem sobre toda *família humana* – todos os povos, culturas e seres humanos, de maneira universal e formalmente igualitária.

Nesse sentido, conforme as Nações Unidas, em seu Relatório de desenvolvimento humano de 2010, afirmaram que a Declaração Universal foi uma resposta ao fracasso político que originou o

¹¹⁴ O endereço eletrônico do escritório é: <<http://www.uua.org/international/un/>>. Acesso em 13 de março de 2014.

nacionalismo extremista, o fascismo e a guerra mundial. Essa Declaração estabeleceu um conjunto de autorizações e direitos para “todos os membros da família humana”, com fundamento em valores universais (2010, p. 20).

O Sistema *onusiano* Universal dos Direitos Humanos é composto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (resolução da ONU de 1948), bem como pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seus protocolos facultativos. Além desses documentos, o Sistema também é formado pelos demais documentos da ONU que abordam temas específicos, em razão da importância de tais temas, como a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.

Em comum, os documentos do sistema *onusiano* parecem demonstrar a tendência universalista de proteção do ser humano enquanto ser dotado de valor e essência – proteção da dignidade inerente de todo o ser humano. Para além das diferenças culturais, percebi que esse Sistema Global protege o ser humano (o valor de ser humano) enquanto pertencente de uma mesma comunidade: a humanidade, denominada pelos documentos de direitos humanos, *a família humana*.

Bobbio (2004, p. 26-30, 127), entendeu, nesse sentido, que os *direitos humanos* nada mais são do que a manifestação de um sistema de valores humanamente fundados e reconhecidos a partir de um consenso, histórico e não absoluto, mas *geral* da sua validade. Dessa fundamentação, compreendeu Bobbio, se extrai que os *direitos humanos* – valores fundados consensualmente por todos – é universalista de fato e não apenas por meio de princípios. Por conseguinte, existe uma prova do compartilhamento de valores comuns mundialmente.

Nesse sentido é que o artigo 53, da Convenção de Viena (1993) afirmou que as normas de direitos humanos (Direito dos Tratados) são normas *jus cogens*, ou seja, representam uma norma imperativa de Direito Internacional Geral. Essa norma, aceita e reconhecida pela comunidade internacional, só pode ser modificada por uma norma ulterior de Direito Internacional da mesma natureza.

Apesar da inexistência de uma lista que delimite as normas consideradas *jus cogens*, entendeu-se, na Declaração de Viena, que as violações dessas normas constitui claramente uma violação dos valores universais aceitos pela comunidade internacional.

Em seu relatório de direitos humanos (HDR) de 2013, as Nações Unidas reconhecem que existe um *universalism of life claims*, ou seja,

necessidades universais ou universalmente de todos os seres humanos para uma vida digna (2013, p. 34).

Em seu relatório de desenvolvimento humano de 2014, as Nações Unidas afirmam a necessidade de abraçar a universalidade, bem como sugerem que a universalidade é um meio poderoso para “dar resposta direta à natureza incerta da vulnerabilidade” (2014, p. 24). Parecem sugerir, ademais, que a universalidade decorre da inerência ao apontar para o valor igual dos seres humanos: “Todos os indivíduos têm igual valor e igual direito à proteção e apoio”. Mais ainda: “A ideia que subjaz ao desenvolvimento humano é a promoção de oportunidades de vida iguais para todos, com base no princípio kantiano de que todas as pessoas são de igual valor, tal como consagrado na Carta das Nações Unidas”. (2014, p. 41).

O problema proposto nesta tese foi a investigação do fundamento universalista como garantia da validade material dos direitos humanos. Nesta seção, foi analisado o universalismo enquanto fundamento filosófico. Diante disso, não faz parte do objetivo do trabalho analisar os argumentos favoráveis ao universalismo e os argumentos que lhes é desfavorável. Também não é o objetivo deste trabalho analisar o debate ou dicotomia entre universalismo e relativismo ou entre universalismo e localismos. Ainda assim, a título de curiosidade, mencionarei alguns argumentos contrários e outros favoráveis ao universalismo dos direitos humanos, sem, contudo, analisá-los, uma vez que não pretendo oferecer uma solução para esse problema.

Segundo o pensamento de Miaille (1979, p. 48), a concepção de *Direitos Humanos* do sistema ONU é própria de um *universalismo a-histórico*. Isso porque, quando uma ideia se transforma em explicação de tudo, ela traz como efeito o deslocamento do contexto geográfico e histórico nos quais as ideias e teorias foram efetivamente produzidas e passam a constituir um conjunto de noções “[...] universalmente válidas (universalismo), sem intervenção de uma história verdadeira (não história). O pensamento idealista torna-se um fenómeno em si alimentando-se da sua própria produção.” Assim, esse modelo de pensamento consegue se fazer *abstracto*, ou seja, abstrair-se da própria sociedade que o produziu, para exprimir a pura razão e a racionalidade universal.

Boaventura de Sousa Santos critica o fundamento universalista dos direitos humanos, mediante a noção de que o valor universal proclamado é um valor ocidental. Conforme afirmou o pensador, enquanto se conceberem direitos humanos universais “[...] os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado — uma forma

de globalização de-cima-para-baixo. Serão sempre um instrumento do ‘choque de civilizações’” (2010).

Nesse sentido, Boaventura considera o *universalismo* como um *localismo globalizado*, que consiste no processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso, “[...] seja a atividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em língua franca, a globalização do *fast food* americano ou da sua música popular” (2010).

No mesmo sentido posto por Boaventura, Fleiner (2003, p. 44) percebe a necessidade de se perceber que os *direitos universais* se situam num plano de mundo ocidental de valores *individualistas*. Deve, por conseguinte, haver uma relativização, ou seja, um diálogo com outras tradições culturais, nas quais prevalecem valores voltados à coletividade. Para esse autor, os valores individualistas não podem se sobrepôr à coletividade, tampouco os valores coletivos podem ter o condão de destruir intrinsecamente os direitos humanos individuais. Isso porque a dignidade humana reside na sua individualidade, mas também na noção de coletividade, pois que mediante seu pertencimento ao coletivo o homem encontra sua dignidade.

Contrário ao universalismo, Herrera Flores (2007, p. 58), assume uma postura que ele chama de relativista. Para ele, o relativismo significa conhecer que existem diversas formas de vida e diversas culturas. Por conseguinte, adota-se uma postura teórica que se baseie em práticas sociais relacionais: tudo deve ser entendido *em relação* ao contexto que o institui, pois é nesse que encontram seus fundamentos e razões de se manter ou de se transformar. Deixa de existir, conseqüentemente, um modelo único que determina a razão, para que possam coexistir variados modos de busca de coerência racional.

Arruda Júnior e Gonçalves (2004, p. 36), em que pese terem partido de pressupostos diferentes, defendem que os *direitos humanos* são justificáveis em razão de sua *universalidade*. Todavia, é uma *universalidade* que foi forjada no pensamento iluminista, de corte ocidental. Existe, por conseguinte, a necessidade sociológica e prática de uma *exigência de inclusividade* (social e cultural), ou seja, de uma *universalidade concreta* e não apenas formal.

Para Arruda Júnior e Gonçalves (2004, p. 36), o *universalismo* nada mais é do que um *culturalismo de corte ocidental hegemônico*, ou seja, os *direitos humanos* são justificáveis em razão de sua *universalidade*, forjada no pensamento iluminista ocidental.

Por sua vez, Mouffe (2003, p. 25) critica a vertente ocidental universalista que pressupõe um centro de poder e soberania, rodeado de

periferias. Melhor seria reconhecer o pluralismo de valores e uma ordem mundial multipolar, na qual as unidades regionais coexistam, com seus valores e culturas próprias, bem como que diferentes compreensões dos *direitos humanos* sejam consideradas legítimas. Mesmo assim, Mouffe não teoriza para os localismos culturais, pois pressupõe, em meio à pluralidade de valores e características regionais, a possibilidade de uma conexão a partir do processo histórico da humanidade.

A grande crítica, conforme relatou Guerra (2013), reside nos questionamentos sobre a possibilidade de serem considerados universais os direitos humanos proclamados pelas Nações Unidas, quando outros povos, como o povo africano e asiático ficaram alijados das relações internacionais em razão de não terem o reconhecimento da sua personalidade jurídica internacional. Nesse sentido, Guerra relatou a crítica relativista:

Partido sempre de um ponto de vista particular, que envolve a comunidade, a doutrina relativista concebe uma série de críticas à concepção universalista dos direitos humanos, por exemplo, que a noção de direitos humanos contrapõe-se à noção de deveres proclamados por muitos povos; o conceito de direito humanos leva em consideração uma visão antropocêntrica do mundo, que não é compartilhada por todas as culturas; o caráter ocidental da visão dos direitos humanos, que pretende ser geral e imperialista; a falta de adesão formal por parte de muitos Estados aos tratados de direitos humanos ou a falta de políticas comprometidas com tais direitos, o que seria indicativo da impossibilidade do universalismo (2013, p. 286).

Para os defensores do relativismo, em geral, os direitos humanos devem ser vistos a partir de cada contexto social, político, econômico, moral, dentre outros, não podendo ser definidos em escala global (GUERRA, 2013, p. 288).

Defensor do universalismo, Bobbio (2004, p. 26-30, 127), não admite o caráter culturalista da concepção de direitos humanos universalizada. Para ele, os *direitos humanos* nada mais são do que a manifestação de um sistema de valores humanamente fundados e reconhecidos a partir de um consenso, histórico e não absoluto, mas *geral* da sua validade.

Dessa fundamentação se extrai que os *direitos humanos* – valores fundados consensualmente por todos – é universalista de fato e não

apenas por meio de princípios. Por conseguinte, existe uma prova do compartilhamento de valores comuns mundialmente. Além disso, não podemos negar, para Bobbio, que a Declaração Universal de 1948 colocou as premissas para a transformação dos indivíduos (não mais apenas os Estados), em sujeitos jurídicos do direito internacional. Disso resulta que o alcance da Declaração é universal a todos os indivíduos (BOBBIO, 2004, p. 26-30, 127).

Resulta, então, o caráter *universal* (e não de *universalização*¹¹⁵) dos direitos humanos. Isto é, trata-se de afirmar que os direitos humanos são de titularidade de todos e todas que nasceram humanos, independentemente de quaisquer distinções, seja de etnia, credo, nacionalidade, idade, etc.

De igual forma, para Trindade (1997, p. 218), os direitos humanos não são adstritos aos interesses políticos ou econômicos estatais. Tampouco se pode limitá-los em razão de argumentos culturalistas, pois que o princípio da universalidade é compatível com a diversidade (religiosa, ideológica, cultural, etc.), sendo essa mesma diversidade um valor a ser defendido.

O espanhol Peces-Barba (1999) vai ainda mais além. Para esse autor, os direitos humanos são atemporais e os humanos os detêm por serem humanos, isto é, porque são direitos inerentes. Dessa maneira, os direitos não são afetados pelo desenvolvimento histórico da humanidade. Além disso, para Peces-Barba, existe o reconhecimento desses direitos no mundo inteiro. Portanto, a universalização é temporal e, ao mesmo tempo, espacial.

O universalismo, por conseguinte, apresentou razões para sua crítica e defesa. Contudo, conforme afirmei, o objetivo proposto não é o de proceder a um debate entre universalismo e relativismo, mas atacar o problema da tese: parece que existe um fundamento universalista no sistema onusiano de direitos humanos, que lhe garante validade material. Esse universalismo, conforme investigado, reside na noção de que os direitos humanos são universais para todas as pessoas – os direitos são iguais para todo o ser humano – e universais geograficamente, para todos os países.

¹¹⁵ As Nações Unidas, em seu Relatório de desenvolvimento humano de 2004, sugeriu a diferença entre o termo universal, utilizados nos tratados de direitos humanos, e a noção de universalização, que implica em tornar universal algo que não é inerente ao ser humanos (como a dignidade e os direitos humanos). A ideia de universalização, por exemplo, aparece no sentido de universalizar o acesso a serviços básicos: “Não é fácil universalizar o acesso a serviços básicos onde existe fragmentação étnica e as identidades foram politizadas” (2004, p. 67).

Por fim, resta apenas questionar se o universalismo decorre de um consenso político sobre quais direitos devem ser considerados universais (universalizar direitos) ou se decorre do fundamento inerentista, que preceitua direitos apriorísticos, próprios da natureza ou essência humana.

Diante da análise efetuada nesta seção, parece que o universalismo decorre do próprio fundamento inerentista. Segundo as Nações Unidas, em seus tratados, os direitos humanos não são universalizados (direitos que, por meio de um consenso político ou outro, devem ser considerados universais em razão da universalização efetuada pelo direito internacional), mas são universais porque inerentes à natureza humana.

Nesse sentido, o texto do Relatório de desenvolvimento humano de 2010, das Nações Unidas, afirma que o “[...] universalismo, que remonta a Immanuel Kant, está no âmago do desenvolvimento humano; requer que garantamos às gerações futuras a mesma atenção concedida à actual” (2010, p. 33).

No pensamento kantiano, a metafísica¹¹⁶ é possível se se provar a possibilidade de juízos sintéticos *a priori*, universais, sobre as realidades metafísicas – sobre Deus, alma, mundo, substância, etc. Parece que Kant (1983), conforme sua própria explanação, demonstra a existência e a validade dos juízos sintéticos *a priori*, apresentando a diferença entre o *fenômeno* (a realidade para o entendimento humano) e o *noumeno* (a realidade em si), afirmando que o conhecimento da realidade é fenomênico. No seu pensamento, quando o juízo for sintético e *a priori*, o conhecimento que se obtém é universal, necessário e verdadeiro.

Parece que, em Kant, não se pode conhecer o *noumeno* (as coisas em si), mas somente os fenômenos (como as coisas parecem aos humanos), visto que o “fenômeno é aquilo que de modo algum pode encontrar-se no objeto em si, mas sempre na sua relação com o sujeito sendo inseparável da representação do primeiro” (1983, p. 70).

Para Kant, não é possível uma metafísica que investigue a figura de Deus, mas apenas uma metafísica que tem por objetivo a investigação de conceitos usados pela ciência, como o espaço, o tempo, a universalidade, etc.; ou seja, o estudo das condições apriorísticas da existência dos objetos do conhecimento. Exemplo disso é a noção de

¹¹⁶ Segundo o entendimento de Andery *et all* (2007, p. 345), Kant se haveria “a possibilidade da Metafísica, um conhecimento especulativo da razão que não se dirige aos objetos experienciáveis, encontrar o caminho seguro da ciência. Essa preocupação com o estabelecimento das possibilidades da razão orienta a estruturação do seu sistema filosófico”.

Kant, de que a capacidade de ser afetado pelo objeto está *a priori* no ser humano, segundo a ideia de que “O efeito de um objeto sobre a capacidade de representação, na medida em que somos afetados pelo mesmo é sensação” (KANT, 1993, p. 34). Essa capacidade, denominada *intuição pura*, parece ser, no pensamento kantiano, necessária e igual em todos os seres humanos.

Além disso, com relação à essência humana, em sua *Metafísica dos costumes*, Kant (1993, p. 25) entende que as leis morais têm força de lei porquanto “possam ser consideradas como fundamentadas *a priori* e necessariamente”. A moral, segundo Kant, não é a ciência da felicidade e também não se funda na experiência. Além disso, o “conhecimento das leis morais não foi obtido pela observação de si mesmo ou da animalidade em nós; tampouco foi tomada da observação do mundo” (1993, p. 27).

Preceitos morais, na filosofia kantiana, obrigam a todos pelo simples fato de que todo o homem é livre e é dotado de uma razão prática. Segundo o pensador:

[...] se um sistema de conhecimento *a priori* por simples noções se chama *Metafísica*, neste caso uma filosofia prática que tem por objeto não a natureza, mas sim a liberdade do arbítrio, irá supor e ainda exigirá uma *Metafísica dos costumes*. Quero dizer, que até mesmo é obrigatório ter essa *Metafísica* e que todo homem a possui, ainda que ordinariamente de uma maneira vaga e, por assim dizer, inconsciente. De fato: como poderia crer sem princípios *a priori* que levam dentro de si uma legislação universal? Porém, assim como deve haver também numa *Metafísica da natureza* regras para a aplicação dos princípios gerais mais elevados relativos a uma natureza em geral, aos objetos da experiência, deve haver também uma *Metafísica dos costumes*; e deveremos com frequência tomar por objeto a *natureza* particular do homem [...] (KANT, 1993, p. 27-28).

É interessante o pensamento moral kantiano para a fundamentação teórica do discurso dos direitos humanos universais. Essa é a leitura de Sandel (2012), para quem Kant parte da ideia de que os humanos são seres racionais e merecedores de dignidade e respeito. Mais do que isso, segundo a compreensão de Sandel:

[...] a *Fundamentação* de Kant foi uma crítica arrasadora ao utilitarismo. Kant argumenta que a

moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade. Ele afirma, ao contrário, que ela está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas.

A *Fundamentação* de Kant foi publicada pouco depois da Revolução Americana (1776) e antes da Revolução Francesa (1789). Em sintonia com o espírito e com o impulso moral daquelas revoluções, elas fornece uma base consistente para aquilo que os revolucionários do século XVIII denominaram os direitos do homem, e nós, no século XXI, chamamos de direitos humanos (2012, p. 137).

Para Sandel (2012, p. 137 e 143), parece que a importância que Kant atribui à dignidade define as concepções atuais de direitos humanos universais. Os seres humanos são merecedores de respeito, em Kant, porque são racionais e capazes de pensar e agir livremente (agir como autonomia, segundo a lei que se impõe a si mesmo). E a dignidade humana, em Kant, exige que as pessoas sejam tratadas como fins e si mesmas.

Em sua *Fundamentação*, parece que Kant busca responder a seguinte pergunta: *qual é o princípio supremo da moralidade?* Para tanto, segundo a leitura de Sandel (2012, p. 150-152), em primeiro lugar, parece que só a *motivação do dever* (não a vontade) confere valor moral a uma ação. Em segundo lugar, parece que, em Kant, uma pessoa só é livre quando sua vontade for determinada de maneira autônoma, quando comandada por uma lei que a própria pessoa se impõe. Finalmente, parece que as ações devem ser comandadas pelo *imperativo categórico*, ou seja, o que importa numa ação é a disposição mental, independentemente das consequências.

Diante disso, Kant apresenta dois imperativos categóricos. O primeiro é *universalize sua máxima*, que significa *aja segundo um princípio que, na sua opinião, deveria constituir uma lei universal*. O segundo imperativo categórico kantiano é *tratar as pessoas como fins em si mesmas*. É essa a concepção de humanidade *como fim*, ou seja, como valor *absoluto*. Essa filosofia, conforme Sankey (2012, p. 156), explica o porquê o princípio kantiano do respeito se aplica ao discurso dos direitos humanos universais. Significa que, em Kant, a justiça obriga a preservar os direitos humanos de todos, simplesmente porque todos são seres humanos racionais e merecedores de respeito.

Nesse sentido, a filosofia essencialista de Kant é uma teoria que está por detrás das normas das Nações Unidas de direitos humanos,

fundamentando a noção da inerência e da universalidade de direitos essenciais.

A partir da análise realizada nesta seção e na seção anterior, as Nações Unidas, em suas normativas, sugeriram que a dignidade humana e os direitos humanos são inerentes (apriorísticos) à natureza humana e são reconhecidos juridicamente pelos tratados como direitos universais a todos e todas. Nesse sentido, parece que o fundamento do universalismo é o inerentismo dos direitos humanos.

3.7 As normas jurídicas enquanto formalização de teorias

A tese não tem por objetivo efetuar uma crítica (crítica-política) às normativas das Nações Unidas, mas apontar que, por detrás das normas da ONU, parece existir uma escolha teórica questionável, que é o essencialismo.

Nesta seção, busco mostrar a possibilidade de vislumbrar as normas jurídicas enquanto formalização de teorias e, no âmbito dessa ideia, a noção do essencialismo como fundamento das teorias por detrás das normas. Nesse sentido, o inerentismo e o universalismo aparecem como pressupostos de validade das normas de direitos humanos. Em resumo, ao aventar a dignidade humana e direitos humanos inerentes (*a priori*) à essência humana, torna-se possível falar em direitos universais a todos e todas.

Para a melhor compreensão da ideia apresentada, em primeiro lugar, toma-se em consideração a ciência e suas teorias. Na teoria de Popper, conforme a interpretação de Rodrigues e Grubba (2012, p. 100), o termo ciência deve denominar a ciência teórica e as teorias, hipóteses e conjecturas construídas. Essa ciência teórica mantém relação com os fatos do mundo empírico, para a construção de leis (as teorias, conjecturas, etc.).

Para descrever o que foi dito, apresento o seguinte esquema:

CIÊNCIA → FATO

A ciência do direito é diferente da ciência teórica descrita por Popper. A ciência do direito parece não se relacionar imediatamente aos fatos, mas às teorias, e só mediadamente aos fatos, da seguinte maneira:

CIÊNCIA → TEORIAS (NORMA) → FATO

A ideia apresentada refere-se ao fato de que nas ciências cujo objeto não são os fatos, mas um discurso sobre os fatos (as ciências normativas de Kelsen), como a ciência do direito e a ética, “[...] não é possível isolar variáveis e estabelecer controles efetivos; na realidade, o

que se faz é observar os resultados decorrentes das decisões tomadas anteriormente” (RODRIGUES; GRUBBA, 2012, p. 102).

A partir da ideia de uma ciência do direito que se relaciona primariamente com teorias (normas) e somente secundariamente aos fatos, torna-se possível pensar as normas jurídicas enquanto formalização de teorias e a noção do essencialismo como fundamento das teorias por detrás das normas (RODRIGUES; GRUBBA, 2012, p. 102).

Parece que, se a norma é uma interpretação do mundo, da forma como foi apresentado anteriormente (NORMA → FATO), então ela é uma hipótese teórica (KELSEN, 2012).

Importante é que, se Popper (1992, p. 13) estiver correto, todas as observações do mundo são interpretadas conforme um conhecimento prévio. Significa que as hipóteses teóricas sobre o mundo apresentam certo referente ou escolha teórica prévia à interpretação. Segundo o pensamento de Popper, as observações “[...] não poderiam existir se não houvesse um conhecimento anterior que elas pudessem modificar”.

É nesse sentido que afirmei a possibilidade de questionar as escolhas teóricas das Nações Unidas na hora da formalização das suas normativas e que sustentam o seu discurso sobre os direitos humanos.

Reforço que não se trata de realizar uma crítica política, mas uma crítica às teorias que sustentam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos.

De maneira mais detalhada, Popper explica a ideia de interpretação da realidade (os fatos) pelas teorias (escolhas teóricas), que ele denomina de teoria do holofote. Segundo o pensador supramencionado, grande parte das teorias percebem os sentidos como fonte do conhecimento. Popper (1975) denominou essas teorias de *balde mental* ou *mente como recipiente*¹¹⁷.

De acordo com a teoria do *balde mental*, também conhecida como tábula rasa ou quadro vazio, o ser humano adquire conhecimento por intermédio dos sentidos, ou seja: “os estímulos vindos do mundo exterior atingem os sentidos, transformando-se em dados sensoriais, em sensações ou percepções” (POPPER, 2002, p. 28).

A teoria da *tábula rasa* é defendida por Locke (1999), para quem os conhecimentos se iniciam com a experiência dos sentidos, isto é, pela percepção, organizada pelo entendimento. Conforme a interpretação da teoria de Locke, o ser humano nasce como uma folha de papel em branco, que pode ser preenchida pelas experiências. De acordo com a

¹¹⁷ Essa análise foi realizada por Rodrigues e Grubba (2012, p. 53), na obra *Conhecer Direito I*.

teoria da *tábula rasa*, Locke entendeu que o conhecimento ocorre da seguinte maneira:

Os passos pelos quais a mente alcança várias verdades. Os sentidos inicialmente tratam com ideias particulares, preenchendo o gabinete ainda vazio, e a mente se familiariza gradativamente com algumas delas, depositando-as na memória e designando-as por nomes. Mais tarde, a mente, prosseguindo em sua marcha, as vai abstraindo, apreendendo gradualmente o uso dos nomes gerais. Por este meio, a mente vai se enriquecendo com ideias e linguagem, materiais com que exercita sua faculdade discursiva. E o uso da razão torna-se diariamente mais visível, ampliando-se em virtude do emprego desses materiais. Embora a posse de ideias gerais, o uso de palavras gerais e a razão geralmente cresçam juntos, não vejo como isso possa de algum modo prova-las inatas. Concordo que o aparecimento de algumas verdades aparece bem cedo na mente, mas de modo tal que mostra que não são inatas. Pois, se observarmos, descobriremos que isto continua também com as ideias não-inatas, mas adquiridas, sendo aquelas primeiras impressas por coisas externas, com as quais as crianças se deparam bem cedo, ocasionando as mais frequentes impressões em seus sentidos. Nas ideias assim aprendidas, a mente descobre que algumas concordam e outras diferem, provavelmente tão logo tenha uso da memória, tão logo seja capaz de reter e receber ideias distintas. Mas, quer isto seja ou não existente naquele instante, uma coisa é certa: existe muito antes de uso de palavras, ou chega antes do que ordinariamente denominamos 'o uso da razão'. Pois uma criança sabe como certo, antes de poder falar, a diferença entre as ideias de doce e amargo (isto é, que o doce não é amargo), como sabe depois (quando começa a falar) que a amargura e a doçura não são a mesma coisa. (LOCKE, 1999, p. 41-42)

O conhecimento, para Locke, não é nem inato nem universal, mas decorre das experiências do mundo empírico.

Em sentido próximo a Locke, Hume (19--) avançou a teoria da *tábula rasa*, visto que para ele, o conhecimento se constitui de matérias de fato, mas também das relações entre as ideias.

Conforme a análise de Rodrigues e Grubba (2012, p. 54), Popper (1975; 1998) defende, em contraposição à teoria da *mente como recipiente*, a *teoria do holofote*. Se essa teoria estiver correta, toda a observação é precedida de expectativas ou hipóteses, sendo que são as hipóteses que atribuem significado à observação. Significa que é a teoria – hipótese, conjectura, expectativa, “[...] ponto de vista, ou outro nome que se lhe queira dar – que antecede a observação e lhe atribui significado” (RODRIGUES; GRUBBA, 2012, p. 54).

No entender de Popper, o que o holofote torna visível depende da sua posição, ou seja:

[...] de nosso modo de dirigi-lo e de sua intensidade, cor, etc., embora também venha a depender em larga escala das coisas iluminadas por ele. Similarmente, uma descrição científica dependerá em ampla escala de nosso ponto de vista, nossos interesses, que são como uma regra relacionada com a teoria ou hipótese que desejamos comprovar, mas também dependerá dos factos descritos. Pois, se tentarmos formular nosso ponto de vista, então sua formulação, via de regra, será o que às vezes se chamam uma hipótese operante, isto é, uma suposição provisória, cuja função é ajudar-nos a selecionar e a ordenar os factos. Mas devemos deixar claro que não pode haver qualquer teoria ou hipótese que não seja, nesse sentido, uma hipótese operante e não permaneça assim. De facto, nenhuma teoria é final e cada teoria nos auxilia a escolher e ordenar factos. (POPPER, 1998, p. 268-269).

No sentido apontado por Popper (1975, p. 318), parece que as observações são secundárias às hipóteses. Em suma, a teoria ou hipótese precedem a experiência e observação, sendo anteriores. Para Popper, significa que os sentidos e a linguagem estão sempre impregnados de teorias¹¹⁸.

¹¹⁸ Com relação à noção de que toda a interpretação da realidade (do fato) requer uma teoria (ou linguagem) prévia, tal como proposto por Popper em sua teoria do holofote; Sellars (2008, p. 23) atacou o *mito do dado*. O pensador identificou o domínio do uso da palavra com a posse de um conceito, isto é, sugeriu que o domínio de uma linguagem é pré-requisito da experiência consciencial. Em sua doutrina do nominalismo psicológico, Sellars afirmou que toda a consciência é uma questão linguística e que o conhecimento é inseparável da

De maneira similar à teoria do holofote, Laudan (2010, p. 22) fala em malha conceitual. Para esse pensador, com a noção de investigação de problemas empíricos ele não sugere que os problemas sejam diretamente oferecidos pelo mundo como “pedaços verídicos de dados sem ambiguidade”.

Para Laudan (2010, p. 22), o mundo é percebido por meio de *lentes* ou de uma *malha conceitual* “[...] e que tais malhas e as linguagens nas quais estão embutidas podem, pelo que sabemos, da um ‘matiz’ não eliminável ao que percebemos”. Significa que os problemas surgem dentro de um contexto investigativo e são, em parte, definidos pelo contexto e a partir das teorias que se possui.

Para o objeto de estudo desta tese, significa analisar quais as hipóteses teóricas escolhidas que sustentaram a formalização das normativas de direitos humanos e, conseqüentemente, sustentam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos. A partir da análise realizada, parece que o essencialismo, com base no inerentismo e universalismo, é o fundamento das teorias por detrás das normas.

As ciências, conforme o pensamento popperiano analisado, têm por objeto os fatos, e investigam os fatos por meio de teorias. Por sua vez, a ciência do direito, que engloba os direitos humanos, tem por objeto as normas jurídicas. Segundo Kelsen (2012, p. 1) é importante excluir da ciência do direito tudo o que não pertença ao seu objeto. Assim, diferentemente das demais ciências, a ciência do direito tem por objeto as normas, e essas se relacionam com os fatos por meio de teorias, conforme o seguinte esquema:

CIÊNCIA → TEORIAS (NORMA) → FATO

Na ideia da *norma como esquema de interpretação* de Kelsen (2012, p. 4), parece que as normas jurídicas são criadas a partir da interpretação de fatos, o que requer sempre escolhas teóricas – é justamente a ideia do holofote de Popper (1998). Segundo Kelsen:

O que transforma [um] fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o

prática de justificar asserções. Sellars critica o *mito do dado* afirmando que todo o relato é mediado pela linguagem e prática social. Conforme ele sugeriu: “[...] há uma diferença entre *inferir* que algo é o caso e, por exemplo *ver* tal ser o caso. Se o termo ‘dado’ faz referência apenas àquilo que é observado como sendo observado, ou, quem sabe, a um subconjunto preciso de coisas que nós dizemos determinar pela observação, a existência de ‘dados’ seria tão não-controverso como a existência de perplexidades filosóficas. Porém, certamente, isso não é assim. A expressão ‘o dado’, como uma peça de discurso técnico profissional – epistemológico –, carrega um compromisso teórico substancial, e pode-se negar que existam ‘dados’ ou que qualquer coisa seja, nesse sentido, ‘dado’, sem contrapor-se à razão. (SELLARS, 2008, p. 23).

seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. [...] A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica. (KELSEN, 2012, p. 4).

O direito, para Kelsen (2012), é um sistema de normas que regulam o comportamento humano, isto é, uma ordem coativa e normativa da conduta humana. Nesse sentido é que a ciência do direito, ao ter por objeto as normas, relaciona-se com os fatos (as condutas humanas). Dessa maneira, “[...] a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser” (KELSEN, 2012, p. 6).

O processo de criação normativa é constituído por uma série de atos que, no entender de Kelsen (2012, p. 8), possuem o sentido de normas. Para ele:

Quando dizemos que, por meio de um dos atos acima referidos ou através dos atos do procedimento legiferante, se ‘produz’ ou ‘põe’ uma norma, isto é apenas uma expressão figurada para traduzir o que o sentido ou o significado do ato ou dos atos que constituem o procedimento legiferante é uma norma. No entanto, é preciso distinguir o sentido subjetivo do sentido objetivo. ‘Dever-ser’ é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato também objetivamente o sentido de dever-se é que designamos o deve-ser como ‘norma’. A

circunstância de o ‘dever-ser’ constituir também o sentido objetivo do ato exprime que a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida), não apenas do ponto de vista do indivíduo que põe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado – e isso muito embora o querer, cujo sentido subjetivo é o dever-ser, tenha deixado faticamente de existir, uma vez que, com a vontade, não desaparece também o sentido, o dever-ser; uma vez que o dever-ser ‘vale’ mesmo depois de a vontade ter cessado, sim, uma vez que ele vale ainda que o indivíduo cuja conduta, de acordo com o sentido subjetivo do ato de vontade, é obrigatória (devida) nada saiba desse ato e do seu sentido, desde que tal indivíduo é havido como tendo o dever ou o direito de se conduzir de conformidade com aquele dever-se. Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser ‘objetivo’, é uma norma válida (‘vigente’), vinculando os destinatários. (KELSEN, 2012, p. 8-9).

O ato de criação normativa, no sentido apresentado, vincula-se aos fatos sociais (o ser). As normas podem ser criadas por meio de uma moral social, que nada mais é do que uma teoria interpretativa dos fatos que transformam o *ser* em *dever-ser* por meio do processo normativo¹¹⁹.

¹¹⁹ De maneira similar à Kelsen, Reale percebeu o processo legiferante como a interpretação valorativa de fatos. O jurista e filósofo brasileiro Miguel Reale (1910-2006) sistematizou a teoria tridimensional do direito, na qual o conceito de Direito se compõe de uma tríade de elementos: a) o fato; b) o valor; e c) a norma. De maneira simplificada, para que exista o Direito, é necessário existir um fato valorado segundo uma norma jurídica. O autor entendeu que o objeto específico da Ciência do Direito se compõe nas normas jurídicas. A ciência do direito é apreendida na realidade cultural e a *norma* é entendida como o resultado da tensão dialética entre o *fato* e o *valor*. Por conseguinte, o direito só pode se constituir quando determinadas valorações dos fatos “[...] sociais culminam numa integração de natureza normativa. [...] o direito é impensável sem um momento de racionalização coincidente com seu momento de caráter normativo.” (REALE, 1981, p. 5). A norma, diante disso, é variável em função dos outros dois elementos da relação: o valor e o fato (REALE, 1986, p. 61). Finalmente, para Reale, a ciência do direito não intenta partir dos fatos para chegar às normas, tal como se operasse por meio de um método indutivo. Isso porque “[...] a norma não resulta apenas dos fatos, mas da atitude espiritual (adesão, reação etc.) assumida pelo homem em face de um sistema de fatos. Os fatos, por conseguinte, são causa indireta, condição material da lei que tem a sua fonte direta nos valores que atuam sobre a psique humana, sobre o espírito”. (REALE, 2000, p. 15). Em síntese, significa que não se pode ir dos fatos às normas, mas se pode analisar os fatos para investigar os princípios científicos que foram pressupostos das normas.

Para Kelsen, por exemplo, os membros de uma comunidade podem se conduzir de uma determinada maneira, e esse costume pode transformar-se numa vontade coletiva, cujo sentido subjetivo é um dever-ser. E então, “[...] o sentido subjetivo dos atos constitutivos do costume apenas pode ser interpretado como norma objetivamente válida se o costume é assumido como fato produtor de normas por uma norma superior” (KELSEN, 2012, p. 10).

Se a teoria kelseniana apresentada estiver correta, então as normas relacionam-se aos fatos no seguinte sentido: uma escolha teórica (que pode ser uma moral social) seleciona condutas (fatos) do mundo do ser e transforma-os em dever-ser por meio do processo de criação normativa.

Mais do que isso, considerando-se que, no entender de Kelsen, não existem valores sociais absolutos, mas apenas valores relativos, então a escolha teórica pode variar no tempo e espaço, isto é, os valores e, conseqüentemente, as escolhas teóricas “[...] que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos” (2012, p. 76).

Essa ideia apresentada coaduna-se perfeitamente com a noção explicitada pela teoria do holofote: o que o holofote torna visível depende da posição de cada um. Quer dizer, a escolha teórica que está pressuposta no momento da criação normativa depende da posição (ou valores) do órgão normativo. Se esse posicionamento estiver correto, parece plausível afirmar as normas jurídicas enquanto formalização de teorias – a respeito dos fatos.

Diante disso, quando afirmei que a inerência e o universalismo parecem ser pressupostos das teorias que sustentam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos, a intenção foi a de sustentar que a escolha teórica utilizada pelas Nações Unidas para a criação das suas normas de direitos humanos parece ser essencialista, carregando consigo os pressupostos da inerência e do universalismo.

Mais ainda, ao preceituar uma dignidade humana inerente e direitos humanos inerentes ou *apriorísticos* ao ser humano, a ONU fundamenta o universalismo de tais direitos, os quais, por serem inerentes e universais, parecem ser fundados na própria essência humana.

A ideia principal da tese, por conseguinte, não é criticar as normas de direitos humanos das Nações Unidas, que apresentam um avanço político inegável na defesa da dignidade humana, mas afirmar

que por detrás das normas há uma escolha teoricamente questionável, que é o essencialismo.

Além disso, importante destacar que o essencialismo apresenta um forte apelo retórico no campo político e do convencimento. A escolha por uma justificativa essencialista pode ser uma escolha política de justificação dos Direitos Humanos e não uma escolha científica ou lógica.

3.8 Teoria explicativa: parece existir um pressuposto metafísico essencialista que justifica o discurso onusiano dos direitos humanos

Nesta seção, buscarei analisar o essencialismo como fundamento metafísico das teorias por detrás das normas de direitos humanos. Diante da análise efetuada neste capítulo (3.2, 3.3, 3.4, 3.5), parece que os direitos humanos são inerentes à natureza humana (essência) e são universais. Nesse sentido, por serem um *a priori* do humano (para todos universalmente), parece que os direitos humanos fundamentam-se num pressuposto essencialista.

Como resumo deste capítulo (3.4 e 3.5), o inerentismo significa, no âmbito do discurso das Nações Unidas, que o humano nasce com direitos pelo simples fato de nascer humano. Isto é, parece que o ser humano possui uma essência humana e, justamente em razão dela, os direitos humanos lhes é inerente. A partir dessa análise de que a dignidade humana e os direitos humanos são inerentes (apriorísticos) ao humano e são reconhecidos juridicamente pelos tratados como direitos universais a todos e todas, parece que o fundamento do universalismo é o inerentismo dos direitos humanos.

Nesse sentido é que parece haver um reconhecimento, por parte das Nações Unidas, da existência de uma essência humana (natureza humana comum), munida de direitos e dignidade inerente, da qual se pode extrair (conhecer) esses direitos e dignidade para se formular as normativas jurídicas que os reconheçam e protejam. Daí porque se falar num pressuposto essencialista por detrás das teorias que sustentam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos.

A ideia, por conseguinte, não é a de efetuar uma crítica política das Nações Unidas ou de suas normativas, aprovadas mediante um consenso político, mas sugerir que, por detrás das normas de direitos humanos, existe uma escolha teórica (e não meramente retórica) questionável, que é o essencialismo.

Foram analisadas as principais declarações de direitos humanos, tratados, pactos, etc., do sistema universal ou global *onusiano* de direitos humanos. A partir dessa observação pormenorizada, de todos os preâmbulos e artigos, percebi que todos os textos apontam para a existência de quatro ideias. São elas:

- a) a dignidade humana é inerente (inata) à família (natureza ou essência humana);
- b) os direitos humanos decorrem da dignidade humana inerente;
- c) os direitos humanos são inerentes (ínatos ou *a priori*) a todos os seres humanos; e,
- d) os direitos humanos são universais.

O problema da tese, por conseguinte, reside na justificação dos direitos humanos na inerência e na universalidade: parece que os direitos humanos se justificam e são impositivos porque são inerentes e universais, pressupostos que lhes garante validade material. Quer dizer, parece que os direitos humanos positivados derivam de uma opção teórica questionável, que é o essencialismo. O essencialismo, enquanto opção teórica, fundamenta-se em dois pressupostos, o inerentismo e o universalismo.

Essa conclusão hipotética que apresentei, de que o sistema das Nações Unidas fundamenta suas premissas no inerentismo e no universalismo dos direitos, conduz à hipótese que o sistema de direitos humanos fundamenta-se num único pressuposto metafísico, o essencialismo.

Cheguei a essa hipótese da seguinte maneira:

- a) os direitos humanos são inerentes (ínatos ou *a priori*) aos seres humanos (à família humana, natureza humana), entendendo que existe um algo (essência) que une todos os seres humanos pelo simples fato de ser humano;
- b) os direitos humanos universais, fundamentados em Kant, parecem decorrer da inerência dos direitos, pois as Nações Unidas sugeriram que a dignidade humana e os direitos humanos são inerentes (apriorísticos) à natureza humana e são reconhecidos juridicamente pelos tratados como direitos universais a todos e todas;
- c) diante de (a) e (b), parece que a inerência e universalidade dos direitos e da dignidade decorrem do reconhecimento da existência de uma essência humana (de um algo comum e *a priori* a todos os seres humanos);
- d) diante do reconhecimento, por parte das Nações Unidas (3.2 e 3.3), da existência de direitos inerentes e universais (*a priori* à

natureza humana), os quais são protegidos juridicamente pelo direito internacional, parece que se admite a possibilidade de *conhecer a essência*. Se se pode conhecer direitos considerados inerentes ao ser humano (*à natureza humana*), então parece possível formular a tese do conhecimento como espelho da natureza, combatida por Rorty (2.1.2).

Nesse sentido que apresentei, parece existir um grande fundamento de todo o discurso de direitos humanos. Esse grande fundamento ou pressuposto é o *essencialismo*.

Mais do que isso, a teoria explicativa do problema posto parece ser o pressuposto metafísico do essencialismo: parece que os fundamentos do inerentismo e do universalismo são justificados porque existe uma crença na essência humana, possuidora de direitos e dignidade *a priori* (inerentes e universais a todos que partilham da mesma essência).

O essencialismo, no dicionário de verbetes de Oxford (2014), consiste na ideia de que existem certas atitudes ou emoções que são biologicamente inerentes ao ser humano. Essência, por sua vez, é entendida como a inerência de algo.

No dicionário de verbetes de Blackwell (2014), o essencialismo é uma tese que sugere qualidades inerentes a certos objetos, além de uma crença no real e na verdadeira essência das coisas. Quer dizer, a tese essencialista contemporânea afirma que algumas propriedades de um objeto são essenciais para ele e que, enquanto exista o objeto, as qualidades essenciais também existem. A essência seria inerente à coisa. O essencialismo foca-se na relação entre a essência e a identidade individual.

Reivindicações de origem essencialistas tem uma grande quantidade de plausibilidade intuitiva, mas nem todo mundo compartilha a intuição. Uma série de filósofos tentaram oferecer argumentos contrários a essas reivindicações (STANFORD, 2012).

Se o dicionário de verbetes de Stanford (2013) estiver correto, o essencialismo pode ser caracterizado como a doutrina de que (pelo menos alguns) os objetos têm (pelo menos algumas) propriedades essenciais. Esta caracterização não é universalmente aceita, mas tem a virtude de ser simples e direta.

O essencialismo, no âmbito desta tese, deve ser entendido como a ideia de que existe uma essência de ser humano, que é universal, que pode ser conhecida e que permitiu a construção do discurso dos direitos humanos que legisla a partir da essência. Parece que existe, no discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos, o fundamento metafísico

do essencialismo, e que ele é possível porque se fundamenta em outros dois pressupostos, mencionados anteriormente, são eles: (a) o inerentismo; (b) o universalismo.

A noção de essência de ser humano, que parece existir, pode visualizar na ideia de que *existe uma dignidade inerente ao ser humano*, além de que o ser humano, por si só, conforme sugere o discurso das Nações Unidas (1945; 1948; 1966a; 1966b; 1991), possui um valor inerente. Além disso, que é dessa dignidade inerente que decorrem os direitos humanos, que por sua vez, também são inerentes e universais.

Conforme o discurso das Nações Unidas (1948) ora analisado, os direitos humanos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana. Mais importante é que, segundo as Nações Unidas, a dignidade e a igualdade inerentes existem como *qualidades naturais e permanentes*. Parece que a dignidade e a igualdade entre os seres humanos são qualidades naturais, que decorrem da natureza do ser humano e que são permanentes. Quando se afirma que *existe uma natureza humana*, a hipótese é a que existe uma *essência humana*.

O essencialismo pressupõe que existe uma essência de ser humano ou, em outras palavras, que existe uma natureza humana, comum a todos os seres humanos (universal).

O discurso das Nações Unidas, em todas as normativas investigadas, também sugere que o fato de os direitos humanos serem inerentes, por existir uma suposta natureza humana universal, faz com que os direitos sejam iguais e inalienáveis (não podemos dispor ou alienar algo que constitui nossa essência) de todos os membros da *família humana*. Nesse sentido é que, segundo o discurso dos direitos humanos, a natureza *universal* dos direitos e liberdades está *fora de questão* (NAÇÕES UNIDAS, 1991).

Os direitos humanos e as liberdades fundamentais, conforme a Organização das Nações Unidas (1991), são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

Além disso, o inerentismo e universalismo, segundo as Nações Unidas (2010, p. 33), remontam à Kant, e significam que leis morais têm força de lei porquanto “possam ser consideradas como fundamentadas *a priori* e necessariamente” (KANT, 1993, p. 25).

Preceitos morais, em Kant, obrigam a todos pelo simples fato de que todo o homem é livre e é dotado de uma razão prática. Nesse sentido, é interessante como o pensamento moral de Kant fundamenta teoricamente o discurso dos direitos humanos universais: Kant parte da noção de que os humanos são seres racionais e merecedores de

dignidade e respeito, e a dignidade humana exige que as pessoas sejam tratadas como fins em si mesmas (SANDEL, 2012, p. 137).

Em seus dois imperativos categóricos (universalize sua máxima para constituir uma lei universal e tratar as pessoas como fins em si mesmas), Kant formula uma concepção de humanidade com valor absoluto. Na interpretação dos direitos humanos, eles devem ser preservados porque são de titularidade de seres humanos racionais e merecedores de respeito.

Essa possibilidade de essência do ser humano, que parece estar insculpida no sistema universal *onusiano*, leva a conceituar os direitos humanos, conforme a conceituação de Lima e Brito (2010, p. 23), da seguinte maneira: direitos humanos são os direitos *essenciais* para a existência digna no homem. Como essa conceituação é tautológica, a autora afirmou que se utiliza da expressão direitos humanos como os “direitos de que todos os homens são titulares pela suficiente condição de serem humanos, independente de qualquer outra condição ou circunstância” (2010, p. 24).

Se a avaliação que realizei do sistema *onusiano* estiver correta, então é possível afirmar que o discurso dos direitos humanos presente no sistema universal *onusiano* de direitos humanos fundamenta-se no metafísico pressuposto do essencialismo. Em outras palavras, significa que para o problema posto pela tese, de que os direitos humanos, aparentemente, se justificam e são impositivos porque são inerentes e universais, pressupostos que lhes garante validade material; então a teoria explicativa deve ser: parece que os fundamentos do inerentismo e do universalismo são justificados porque existe uma crença na essência humana, que pode ser conhecida e que permite a formulação jurídica dos direitos humanos universais.

Isso porque se entendeu que os direitos humanos são inatos ou inerentes aos seres humanos, ou seja, são positivados pelo sistema global, mas foram extraídos da própria natureza (a humana). Os seres humanos possuem direitos inatos pelo simples fato de terem nascido, apesar de seres tais direitos protegidos por lei. Destarte, considerou-se que existe uma natureza humana.

Essa natureza humana pode ser entendida como a essência do ser humano. E justamente em razão dessa essência, igual para todo o ser humano, que os direitos humanos decorrentes da natureza humana são universais. Se a essência é igual para todos, os direitos também devem ser os mesmos. Logo, infere-se que da essência da natureza humana decorrem direitos humanos universais.

Nesse sentido, se eu não estiver errada, não somente se pressupõe que existe uma essência humana, mas também que se pode conhecer essa essência, e conhecer ela com segurança, a fim de extrair dela os direitos humanos.

3.9 O problema do essencialismo como fundamento por detrás das teorias que justificam as normas de direitos humanos

Neste capítulo e, especialmente na seção anterior, analisei o fundamento das teorias por detrás das normas de direitos humanos e cheguei à conclusão de que esse fundamento parece ser o essencialismo.

Em resumo, o discurso dos direitos humanos das Nações Unidas fundamenta a dignidade humana e os direitos humanos no inerentismo, ou seja, a dignidade e os direitos são inerentes à natureza (família) humana (um *a priori* da essência do ser humano), motivo pelo qual são universais. Segundo o Relatório de desenvolvimento humano de 2010, os preceitos do inerentismo e universalismo fundamentam-se em Kant (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 33).

Isso significa, se a interpretação de Sandel (2012, p. 156) estiver correta, dois imperativos categóricos: (a) *universalize sua máxima*, que significa *aja segundo um princípio que, na sua opinião, deveria constituir uma lei universal*; (b) *tratar as pessoas como fins em si mesmas*, que representa a concepção de humanidade *como fim* ou como valor *absoluto*.

Diante disso, se os direitos humanos são inerentes à essência do ser humano e são universais, então parece que o fundamento do discurso onusiano dos direitos humanos é um fundamento metafísico, a saber, o essencialismo.

Nesta seção, analisarei o problema do essencialismo para o discurso dos direitos humanos. Conforme expus neste capítulo, a teoria explicativa da tese (TE) é que parece existir um grande fundamento ou pressuposto dos direitos humanos, que é o *essencialismo*: os fundamentos do inerentismo e do universalismo são justificados porque parece existir uma crença na essência humana.

No sentido delineado no parágrafo anterior, os direitos humanos se justificariam e seriam impositivos porque são inerentes e universais, pressupostos que lhes garante validade material. Justamente pelo fato de serem inerentes e universais, parece que os direitos humanos positivados fundamentam-se no essencialismo. A TE apresentada é extraída das seguintes hipóteses subsidiárias:

- a) os direitos humanos são inerentes aos seres humanos;
- b) os direitos humanos são inerentes porque decorrem do *valor* do ser humano (da essência humana);
- c) os direitos humanos são universais;
- d) os direitos humanos são universais porque fundados no imperativo categórico kantiano;
- e) os direitos humanos são universais porque inerentes à essência humana;
- f) parece que existe a crença na essência humana, que fundamenta um *a priori* de direito e dignidade (inerentes), que seriam universais a todos;
- g) se há uma formulação dos direitos humanos inatos, ela só é possível porque se pode conhecer a essência humana; e
- h) além da crença na existência da *essência* humana, parece existir a confiança na possibilidade de se *conhecer a essência*.

A partir dessas considerações apresentadas, parece possível afirmar que o essencialismo dos direitos humanos implica em um duplo postulado:

- a) a crença na existência de uma essência humana; e
- b) a crença na possibilidade de conhecimento da essência.

Esse duplo postulado apresentado é o mesmo presente na teoria platônica, teorias jusnaturalistas dos direitos e teorias do novo essencialismo do direito, conforme analisado no capítulo segundo.

Platão, por exemplo, em sua *A república*, assume que existem entidades que fornecem as características essenciais aos objetos do mundo empírico, a saber, as ideias. Por sua vez, as teorias jusnaturalistas fundamentam o direito na própria essência, podendo ser a essência de Deus (jusnaturalismo teológico), a razão e natureza humana (jusnaturalismo racionalista), ou natureza física (jusnaturalismo naturalista). As teorias do novo essencialismo, por fim, sugerem a crença na essência e afirmam a aproximação entre a ordem jurídica e a ordem essencial do universal, pressupondo que o fundamento das leis é o direito natural. Para essas teorias do direito, se é possível formular teorias e normas sobre a essência, significa a possibilidade de conhecimento dessa essência.

Com relação à tese (a) de que existe uma essência humana, foi argumentado que não se pode afirmar a existência ou inexistência da essência, não se podendo provar, filosoficamente, que ela existe ou mesmo que ela não existe.

Rorty (2007, p. 28 e 292) sugeriu que não parece haver natureza humana comum, nem uma solidariedade humana intrínseca que possa

servir como um ponto de referência moral. Para ele, é necessário repudiar a própria ideia da existência de uma natureza intrínseca a ser expressa ou representada. Diante disso, sugeriu que a preocupação com a essência deve ser considerada sem sentido por não apresentar consequências práticas.

No âmbito do direito, as teorias positivistas não se preocupam com a existência da essência. Ao definir o direito pela sua forma, independentemente do conteúdo, exclui-se da sua análise todo o conteúdo moral ou essencialista. Por sua vez, o realismo jurídico critica o essencialismo no direito e busca afastar-se de quaisquer investigações metafísicas, negando um fundamento absoluto ou essencial ao direito.

Com relação à tese (b), de que se pode conhecer a essência e, justamente por isso, elaborar direitos referentes à essência – representação é precisa e corresponde à realidade que enuncia –, foi ela igualmente criticada.

Rorty apresenta a tese de que a linguagem ou o conhecimento não é um espelho da realidade. Significa que, para ele, não se pode ter certeza do conhecimento enquanto algo que se refira ao mundo exterior. Assim, ele nega a possibilidade de se conhecer a essência e nega a busca de um vocabulário final verdadeiro que represente a realidade.

Para o pensador, as palavras tomam sentido ante outras palavras e não em virtude do seu caráter argumentativo. Por isso, ele sugere retirar as metáforas visuais e especulares da fala, compreendendo que a fala não é a exteriorização de representação interna e não é uma representação (1995, p. 362).

A tese do espelho da natureza (o conhecimento da essência) parece não se sustentar, pois o humano interpreta os fatos a partir de teorias ou conceitos já aprendidos pela linguagem (teoria do holofote ou malha teórica).

Nesse sentido, a ideia de essência deve ser considerada sem sentido. Mais do que isso, não se pode saber se existe ou não existe a essência, mas que ela deve não existir, por se tratar de uma criação linguística humana que visa a conceder justificção universal para alguns argumentos filosóficos, os quais não poderiam ser combatidos ou refutados. A essência seria uma validação última, universal e verdadeira.

Mas ainda que exista a essência, segundo as teorias estudadas, parece não ser possível conhecê-la, porque:

- a) não se conhece a essência porque não é possível um conhecimento verdadeiro (a verdade é entendida como manifestação linguística);

- b) não parece ser possível um conhecimento que espelha a natureza, já que todo o conhecimento é mediado ou interpretado pelas teorias prévias que o ser humano aprendeu;
- c) parece que não há relação direta entre o sujeito que conhece e a essência a ser conhecida, pois toda a interpretação é uma interpretação à luz de uma teoria; e
- d) parece não ser possível distinguir a aparência e realidade. A distinção entre aparência e realidade, postulada por Platão, não pode ser comprovada ou refutada pelo conhecimento humano. A busca por entidades em sua realidade, enquanto uma busca metafísica, é uma busca sem sentido, sendo impossível de ser alcançada.

Também a partir da análise das teorias do direito sobre o essencialismo, se a conclusão apresentada estiver correta, parece que os argumentos anti-essencialistas positivistas e realistas são teoricamente mais consistentes.

O positivista Kelsen (2009, p. 50) argumenta que não há direito natural e que não existe uma essência da natureza humana da qual surgem direitos. Segundo ele, existe um princípio lógico que preceitua que a validade de uma norma (dever ser) não pode ser fundamentada sobre um fato da ordem do ser. Não seria possível, para o pensador, deduzir normas da essência ou natureza porque natureza é um conjunto de fatos que estão ligados uns aos outros pelo princípio da causalidade: “é um ser; e de um ser não pode concluir-se um dever-ser, de um facto não pode concluir-se uma norma” (2009, p. 103).

Kelsen afirma que, se a ordem coativa é regida pelo princípio da imputação e não pelo princípio da causalidade, então as normas de direito não podem advir da natureza ou essência.

Por sua vez, o positivista Bobbio (1996, p. 161) entende que o direito positivo não é um valor, mas um fato jurídico. Para ele, deve-se extrair do direito qualquer elemento moral ou essencialista, bem como desvincular o direito de noções essencialistas, como Deus, a natureza ou a essência humana. Além disso, afirmou que o direito não decorre da natureza em geral ou essência humana, mas são válidas por terem sido produzidas por uma fonte autorizada.

O realista Ross (2007, p. 31) sugere que leis são promulgadas para dirigir as pessoas, não para comunicar verdades. Nesse sentido, regras jurídicas são diretivas, não verdadeiras ou falsas. Contudo, ele recai no mito do espelho da natureza, uma vez que afirma a necessidade do conhecimento da realidade. Quer dizer, para ele, a ciência do direito é vinculada à realidade, sendo que a efetividade condiciona a vigência

das normas. Em resumo, para ele, o direito deve espelhar a realidade e a tarefa da filosofia do direito “deve consistir na interpretação da *vigência* do direito em termos de efetividade social, isto é, de uma certa correspondência entre um conteúdo normativo ideal e os fenômenos sociais” (2007, p. 94).

De maneira similar, o realista Haba também apresenta o discurso do conhecimento do direito como espelho da realidade, apesar de sua aparente crítica ao essencialista. Para ele, deve-se levar em consideração os resultados efetivos que as normas apresentam na realidade social: as normas devem apresentar certa correspondência com a realidade (HABA, 2002, p. 512).

Conforme o processo de tentativa de refutação das teses essencialistas do direito, que realizei no capítulo segundo, parece que as teses anti-essencialistas são mais consistentes. Os principais argumentos trazidos, principalmente pelo anti-essencialismo de matriz positivista, são:

- a) o direito é direito positivo;
- b) o fundamento do direito positivo é a norma superior hierárquica;
- c) o humano acessa a norma em razão de sua positivação;
- d) o direito não é inerente ao ser humano; e
- g) o direito não é universal.

Assim, em primeiro lugar, afirmaram que não existe um direito natural, mas somente um direito positivo. Justamente por não existir um direito natural, ele não pode extrair seu fundamento da essência humana.

Ainda que existisse uma essência humana, conforme Kelsen, existe um princípio lógico que preceitua que a validade de uma norma não pode ser fundamentada sobre um fato da ordem do ser. Dessa maneira, para Kelsen, a teoria do jusnaturalismo não pode obter normas da natureza, porque ela é um conjunto de fatos que estão ligados uns aos outros pelo princípio da causalidade. Por sua vez, o direito é regido pelo princípio da imputação. Para Kelsen, de um ser (um fato), não se pode concluir um dever ser (uma norma).

Além disso, ainda que existisse a essência humana, ela não poderia fundamentar o direito natural (espelho da essência), porque não poderia ser conhecida.

Nesse sentido, parece que a tese de que o direito não pode ser fundamentar na essência é mais forte em razão dos argumentos apresentados e também em razão das considerações de Rorty sobre a impossibilidade do conhecimento especular da realidade (da essência).

Se não pode ser comprovada uma essência humana, então as normas são positivadas em razão de interesses e valores sociais, os quais não são os mesmos em todas as sociedades e períodos históricos. Daí porque os direitos nem sempre coincidem em todos os ordenamentos jurídicos.

Diante dos argumentos apresentados, parece possível afirmar as seguintes conclusões:

- a) parece que o essencialismo é o fundamento por detrás das teorias que sustentam as normas de direitos humanos das Nações Unidas; e
- b) se a conclusão apresentada estiver correta, de que o essencialismo é o fundamento do Sistema das Nações Unidas de direitos humanos, então parece ser esse fundamento teoricamente questionável.

O argumento trazido aqui, nesse sentido apresentado, não é um argumento político (crítica política). Independentemente da importância política do Sistema das Nações Unidas de direitos humanos, ele parece de fundamentar num pressuposto questionável, que é o essencialismo. Isso porque, em primeiro lugar, não se pode provar, filosoficamente, a existência ou não de uma essência humana.

Mas ainda que exista uma essência, parece não ser possível ter acesso a essa *essência* por meio do conhecimento, motivo pelo qual a essência não seria um fundamento adequado a sustentar o edifício teórico e jurídico dos direitos humanos.

5 CONCLUSÃO

A análise do fundamento por detrás das teorias que sustentam as normativas de direitos humanos do Sistema Universal das Nações Unidas foi o objeto da tese.

O objeto supramencionado, dos fundamentos dos direitos humanos, foi delimitado nas principais normativas do Sistema Universal de Direitos Humanos, com base na classificação das Nações Unidas. Além disso, pressupus que o fundamento por detrás das teorias que sustentam as normativas de direitos humanos é o essencialismo, motivo pelo qual delimito a investigação nos principais argumentos que justificam e criticam o essencialismo, por meio da análise de autores específicos do campo da Filosofia e do Direito.

Para trabalhar adequadamente esse objeto, foi problematizado, a partir de uma leitura popperiana (método de tentativa e eliminação do erro), o fato de os direitos humanos serem justificados e impositivos, aparentemente, porque inerentes e universais, pressupostos que lhe garante validade material.

O problema da tese é justamente a compreensão de qual é o fundamento de validade material dos direitos humanos, isto é, se a validade decorre da positivação (preenche à forma exigida) ou se existe outro fundamento de validade dos direitos (natureza ou conteúdo valorativo).

Para responder ao problema posto pela pesquisa, ofereci uma hipótese preliminar (**TE**), que é a teoria explicativa: afirmei que parece existir um pressuposto essencialista, que está por detrás das normas de direitos humanos das Nações Unidas. Parece que os direitos humanos se justificam e são impositivos porque são inerentes e universais, pressupostos que lhes garantiriam validade material. Esse fundamento, entretanto, está alicerçado em uma opção teórica questionável, que é o essencialismo.

A **TE** apresentada foi extraída das seguintes hipóteses subsidiárias:

- a) os direitos humanos são inerentes aos seres humanos;
- b) os direitos humanos são inerentes porque decorrem do *valor* do ser humano e da sua dignidade inerente;
- c) se são inerentes, logo são universais;
- d) se os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos e universais, logo eles decorrem de uma suposta essência humana;

- e) existe uma essência do ser humano;
- f) se há uma formulação dos direitos humanos inatos, ela só é possível porque se pode conhecer a essência humana; e
- g) além da crença na existência da *essência* humana, parece existir a confiança na possibilidade de se *conhecer a essência*.

Pressupondo as normas jurídicas enquanto formalização de teorias (conhecimento prévio ou teoria do holofote) e entendendo que as hipóteses teóricas sobre o mundo apresentam um referente prévio à observação, aventei a hipótese de ser, o essencialismo, o fundamento das teorias por detrás das normas de direitos humanos. Em resumo, parece que os fundamentos do inerentismo e do universalismo são justificados porque existe uma crença na essência humana.

No intuito de investigar o problema e a hipótese propostos, e tendo como objetivo geral a análise do essencialismo enquanto possível fundamento por detrás das teorias que justificam as normativas de direitos humanos das Nações Unidas, a tese se estruturou em dois capítulos, relacionados aos objetivos específicos, são eles:

- a) identificar o essencialismo enquanto pressuposto filosófico, na teoria de Platão e a alternativa oferecida por Rorty (segundo capítulo);
- b) analisar o essencialismo na teoria do direito, a partir de uma investigação das principais teorias que lhes são favoráveis e as principais teorias que lhes são contrários (segundo capítulo);
- c) identificar se é possível afirmar o essencialismo enquanto pressuposto por detrás das teorias que justificam o Sistema das Nações Unidas de Direitos Humanos (terceiro capítulo);
- d) analisar como o essencialismo parece garantir a validade material para as normativas de direitos humanos das Nações Unidas (terceiro capítulo); e
- e) identificar o problema do essencialismo enquanto fundamento das teorias por detrás do discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos (quarto capítulo).

No segundo capítulo, o objetivo foi o de identificar o essencialismo. Para tanto, foi mostrado o pensamento essencialista de Platão, bem como a alternativa oferecida por Rorty ao essencialismo.

Do pensamento Platônico, analisei três teses: (a) que existem essências; (b) que as essências podem ser conhecidas; e (c) que nem todos podem conhecer as essências: somente os filósofos por meio do método dialético.

Além do pensamento de Platão, mostrei que Rorty oferece uma alternativa ao essencialismo. Esse pensador: (a) critica a tese da

existência da essência; (b) critica a tese da existência da essência humana; (c) critica a tese de que se pode conhecer a essência; (d) nega a noção de conhecimento como espelho da natureza (da realidade).

O essencialismo é uma tese que sugere qualidades inerentes a objetos, além da crença na existência da verdadeira essência das coisas, focando-se na relação entre a essência e a identidade individual. Enquanto definição de uma crença numa entidade metafísica, o essencialismo é a crença na existência de uma entidade que concede identidade a todo o que existe no mundo.

Ainda no segundo capítulo, o objetivo foi o de analisar o essencialismo na teoria do direito, a partir da investigação e análise das principais teorias que lhe é favorável e das principais teorias que lhe é contrário.

Com relação às teorias essencialistas, em primeiro lugar, foi analisado o *jusnaturalismo*, em sua matriz racionalista, teológica e naturalista. Nas três vertentes, parece que o jusnaturalismo enfatiza a legitimidade de um direito natural em nível metafísico, ou seja, um direito estruturado sobre a crença em valores essencialistas (naturais, universais e imutáveis).

Nesse sentido, o fundamento do direito natural postulado não é a norma superior hierárquica, mas a própria essência (Deus, a razão ou a natureza). Diante disso, em resumo, o jusnaturalismo parece se configurar em uma teoria essencialista, porque afirma: (a) a crença na essência; (b) a crença na essência humana; e (c) o direito é direito natural: o fundamento do direito é a essência.

Sequencialmente, ainda no âmbito das teorias essencialistas, foram analisadas as teorias dialético-materialistas de Michel Miaille e Lyra Filho. Miaille entende que o direito está inserido na dimensão social e materialista, vindo a afirmar que o direito tem como fundamento a vontade social. Por sua vez, Lyra Filho identifica o direito à justiça social. Ambos os pensadores buscaram romper com o essencialismo no fenômeno jurídico. Contudo, parece que tal crítica à essência é meramente retórica, uma vez que o direito é, por ambos, definido a partir de uma análise da sua essência.

Por fim, no âmbito das teorias essencialistas, foram analisadas as teorias holistas de Goffredo Telles Júnior e de Paulo Roney Ávila Fagundez, os quais identificam o direito à justiça, à felicidade e demais *essências*, fundamentando o direito na essência do universo.

Telles Júnior afirma que o direito é a ordenação quântica das sociedades humanas e que o direito legítimo é o direito natural, ao qual é conferido o nome de direito quântico. Para Telles Júnior, existe o

direito positivo, mas o fundamento da positivação deve ser o direito natural. Nesse sentido, sendo o direito quântico legítimo, então a teoria proposta fundamenta-se no postulado essencialista. Por sua vez, Ávila Fagundez apresenta uma teoria que busca compreender o conhecimento jurídico a partir da filosofia oriental. A partir de uma crença na essência, o pensador afirma que o direito é fundamentado numa ética holista, ou seja, na ideia de que todos os seres estão em convivência fraterna, pois são partes de uma essência universal.

Diante disso, a análise de ambos os autores parece sustentar a existência de um Direito que se fundamenta no pressuposto essencialista: (a) de que o universo possui uma essência; (b) de que o ser humano possui uma essência; (c) de que a essência pode ser conhecida; (d) de que conhecida, a essência pode fundamentar um direito natural; e (e) de que esse direito essencialista seria o mais justo e conduziria à felicidade.

Também foram analisadas as teorias positivistas do direito, enquanto teorias não-essencialistas. Optei por analisar as teorias de Kelsen, Bobbio e Ferraz Júnior. A teoria desenvolvida por Kelsen critica o jusnaturalismo essencialista e afirma que não existe uma essência humana da qual surgem os direitos, logo não há direito natural. Além disso, afirma que a validade de um dever ser (uma norma) não pode ser fundamentada sobre um ser (fato). Por fim, critica a doutrina do jusnaturalismo, que afirma poder deduzir normas da essência ou da natureza.

Por sua vez, Bobbio apresenta críticas ao jusnaturalismo e afirma que somente o direito positivo é direito. Contra a ideia do direito como um valor (essencialista), Bobbio afirma que o direito é um fato jurídico. Além disso, contra a ideia de que o direito é natural, Bobbio afirma que as normas do direito não se fundamentam na natureza, mas fundamentam-se por terem sido produzidas por uma fonte autorizada.

O terceiro filósofo analisado, Ferraz Júnior, afirma que o fenômeno jurídico é um sistema de comunicação que se desenvolve por meio das normas positivadas.

Em resumo, a partir do pensamento de Kelsen, Bobbio e Ferraz Júnior, é possível afirmar que o positivismo jurídico explica o fenômeno jurídico a partir da positivação das normas. O Direito positivo não é definido pela sua essência, mas pela sua forma, independentemente do seu conteúdo.

Após, foi investigada a teoria do realismo jurídico no pensamento de Alf Ross e Henrique Haba. Ambos os pensadores criticam as teorias essencialistas, consideradas por eles as teorias jusnaturalistas e

positivistas. Ross buscou romper com o essencialismo e defendeu a necessária relação entre o direito e a realidade social. Para ele, a efetividade do direito condiciona a sua validade. Haba, também no intuito de romper com o essencialismo, defende a necessária relação entre o direito e a realidade social (realidade empírica).

Ambos os pensadores supramencionados percebem que o realismo jurídico explica o fenômeno do direito a partir da relação entre as normas positivadas e a realidade social – a eficácia das normas. Isso quer dizer que a validade do Direito caracteriza-se pela sua eficácia. E assim, parece que o direito não é definido pela sua essência, mas pela realidade material. Contudo, a análise da teoria parece conduzir à conclusão oposta. Apesar da crítica ao essencialismo, parece que o realismo jurídico, enquanto teoria do direito, também apresenta um modelo essencialista, porque afirma existir uma relação de correspondência necessária entre as normas e a realidade social, sendo essa relação metafísica.

Ao final do capítulo, busquei realizar o processo de refutação entre as teses essencialistas e contrárias ao essencialismo. Após esse processo, parece ser possível afirmar que as teses anti-essencialistas do positivismo jurídico são mais fortes que as demais.

Em primeiro lugar, afirmou-se que, se se abandonar a ideia de essência, considerada sem sentido porque não se pode saber se ela existe ou não, não há como se falar numa essência humana ou essência de Deus que justifique o direito natural. Nesse sentido, a conclusão de que parece plausível é abandonar a ideia de essência, considerada sem sentido porque não se pode saber se ela existe ou não. Ainda que exista uma essência, tem-se que ela não pode ser conhecida, motivo pelo qual ela não poderia ser o fundamento do direito natural.

Em segundo lugar, contra as teses de que o direito é imutável, inerente ao humano e, conseqüentemente, universal, afirmou-se que o direito é mutável, não é inerente ao humano e também não é universal. Se normas de direito não são naturais, mas produzidas por uma autoridade, então o direito não é imutável, inerente ou universal. Nesse sentido, parece que as normas de direito constituem valores relativos e não absolutos. Se normas não advêm de um núcleo imutável, natural e essencial, mas são legisladas pelo ser humano, então elas não podem constituir valores absolutos transcendentais ou essencialistas, mas somente valores relativos.

No terceiro capítulo, busquei identificar se é possível afirmar o essencialismo, analisado no capítulo segundo, enquanto pressuposto por detrás das teorias que justificam o Sistema das Nações Unidas de

Direitos Humanos. Para tanto, analisei as principais normativas de direitos das Nações Unidas: a Carta das Nações Unidas, de 1945; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951; o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de 1966; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1969; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas em Religião ou Crença, de 1981; a Convenção contra a Tortura e outras formas de Tratamento ou Punição Cruel ou Degradante, de 1984; a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1990; a Convenção de Viena, de 1993; bem como a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, de 2008.

A partir da análise desses principais instrumentos de direitos, me pareceu possível sugerir algumas conclusões, são elas:

- a) os direitos humanos são inerentes aos seres humanos;
- b) os direitos humanos são inerentes porque decorrem do *valor* do ser humano e da sua dignidade inerente;
- c) os direitos humanos são universais;
- d) parece que são universais porque inerentes;
- e) os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos e universais, e parecem decorrer de uma suposta essência humana;
- f) existe uma essência do ser humano;
- g) se há uma formulação dos direitos humanos inatos, ela só é possível porque se pode conhecer a essência humana;
- h) além da crença na existência da *essência* humana, parece existir a confiança na possibilidade de se *conhecer a essência*.

Diante disso, se estiver correto o argumento que apresentei no terceiro capítulo da tese, sintetizado nesta conclusão, então o essencialismo é o pressuposto que busca garantir a validade material para as normativas de direitos humanos das Nações Unidas. Em resumo, os mencionados fundamentos dos inerentismo e do universalismo são justificados porque parece existir uma crença na essência humana, além da crença na possibilidade de conhecer essa essência, que permite a construção das normativas de direitos humanos.

Em resumo, parece que o fundamento dos direitos humanos das Nações Unidas é o essencialismo, ou seja, a crença na essência humana. Parece que a construção de um direito humano inerente (*a priori*) e

universal foi possível porque se considerou a existência de uma essência humana, comum para todos os seres humanos. Assim, parece que há mais do que o uso retórico de certos termos (inerência e universalismo) pelas Nações Unidas, que permite pressupor a crença (ou justificação) na essência humana.

Sequencialmente, verifiquei, com base nas normativas das Nações Unidas analisadas, quais são os direitos humanos considerados inerentes e universais, para analisar o que é esse fundamento filosófico do inerentismo e do universalismo, presente no discurso da ONU sobre os direitos humanos.

Inerente foi percebido como aquilo que é necessário e não separável da pessoal, isto é, inato. O inerentismo, enquanto pressuposto filosófico, significa que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, que o humano nasce com direitos pelos simples fato de nascer humano. Parece que o inerentismo implica em o humano possuir uma essência humana e, em razão dela, direitos inerentes.

Parece que a utilização da expressão direito inerentes não é meramente retórica. Ela aponta para o fato de que os direitos reconhecidos e garantidos juridicamente pelas Nações Unidas possuem validade material pelo fato de se fundamentarem em direitos inerentes ao ser humano (à sua essência ou natureza humana). Nesse sentido é que a tese da inerência liga-se à tese essencialista: os direitos são inerentes (*a priori*) à própria essência do ser humano, seu fundamento.

O universalismo, por sua vez, significa que os princípios éticos são princípios para todas as pessoas (filosofia ética). Nesse sentido, os direitos humanos universais conduzem à ideia de que não somente todos os seres humanos têm direito, mas que todos têm os mesmos direitos.

Sequencialmente, analisei a ideia de normas jurídicas enquanto formalização de teorias e a noção do essencialismo como fundamento das teorias por detrás das normas. Nesse sentido, o inerentismo e o universalismo aparecem como pressupostos de validade das normas de direitos humanos.

Se a escolha teórica que está pressuposta no momento da criação normativa depende da posição (ou valores), então parece plausível afirmar as normas jurídicas enquanto formalização de teorias – a respeito dos fatos. Disso resulta que a inerência e o universalismo parecem ser pressupostos das teorias que sustentam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos, e conseqüentemente, que a escolha teórica utilizada pelas Nações Unidas para a criação das suas normas de direitos humanos parece ser essencialista.

Após, analisei a teoria explicativa da tese, isto é, o essencialismo como fundamento das teorias por detrás das normas de direitos humanos. Os direitos humanos justificam-se e são impositivos porque são inerentes e universais, pressupostos que lhe garante validade material. Essa conclusão que apresentei, conduz à hipótese que o sistema de direitos humanos fundamenta-se, metafisicamente, num único pressuposto, o essencialismo.

Cheguei a essa hipótese da seguinte maneira:

- a) os direitos humanos são inerentes (inatos) aos seres humanos;
- b) os direitos humanos são universais aos seres humanos;
- c) o universalismo parece decorrer do inerentismo dos direitos;
- d) parece que o inerentismo e universalismo justificam-se em razão de um crença na existência da essência humana; e
- e) se há uma formulação dos direitos humanos inatos, ela só é possível porque se pode conhecer a essência humana.

Nesse sentido, a teoria explicativa do problema posto parece ser o pressuposto metafísico do essencialismo: parece que os fundamentos do inerentismo e do universalismo são justificados porque existe uma crença na essência humana.

Finalmente, busquei identificar o problema do essencialismo enquanto fundamento por detrás das normativas de direitos humanos. Independentemente da importância política do Sistema das Nações Unidas de Direitos Humanos, que não é questionada nesta tese, parece que o Sistema se fundamenta num pressuposto questionável, o essencialismo.

Em primeiro lugar, o essencialismo parece ser um fundamento questionável em razão da impossibilidade de se provar, filosoficamente a existência ou não da essência humana. Se a conclusão extraída do pensamento de Rorty, de que parece plausível abandonar a ideia de essência, considerada sem sentido, for correta, então a essência não poderia fundamentar o Sistema de Direitos Humanos.

Além disso, se as normas de direitos humanos são positivadas em razão de valorações sociais, que não são as mesmas em todas as localidades e tempos históricos, então não seria logicamente possível fundamentá-las numa suposta existência da natureza humana. Mais ainda, não seriam inerentes nem universais os direitos se não se puder afirmar uma essência humana que justifique a existência dos direitos.

Em segundo lugar, ainda que exista a essência, parece ser questionável utilizá-la como fundamento por detrás das normas do Sistema das Nações Unidas de Direitos Humanos. Isso porque, ainda que ela existe, parece não ser possível conhece-la, ou mesmo ter certeza

do seu conhecimento. Significa que parece não ser possível haver um acesso à essência por meio do conhecimento. Se esse argumento estiver correto, então o essencialismo não seria um fundamento adequado a sustentar o edifício teórico e jurídico dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ANDERY ET. ALL. *Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.
- AQUINO, Tomás de. *Os pensadores*. São Paulo: Nova cultural, 2000.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Direito: ordem e desordem, eficácia dos direitos humanos e globalização*. Florianópolis: IDA, 2004.
- BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2006.
- BLACKWELL REFERENCE ONLINE. *Essentialism*. Disponível em: <http://www.blackwellreference.com/public/tocnode?id=g9780631213260_chunk_g978063121326022>. Acesso em 18 de março de 2014.
- _____. *Innatism*. Disponível em: <http://www.blackwellreference.com/public/tocnode?query=%28inherit%29+AND+innatism&widen=1&result_number=2&from=search&id=g9781405106795_chunk_g978140510679510_ss1-125&type=std&fuzzy=0&slop=1>. Acesso em 18 de março de 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1996.
- _____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BUCKINGHAM, Will; et. all. *O livro da filosofia*. São Paulo: Globo, 2011.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Editora Ática, 2009.
- CROWELL, Steven. Existentialism. In. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Existentialism. 2010. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/existentialism/>>. Acesso em 20 de março de 2014.
- DESCARTES, René. *Os pensadores*. Discurso do método. São Paulo: Nova Cultural, 2000a.
- _____. *Discurso del método*. Buenos Aires: Centro Editor de Cultura, 2006.
- _____. *Regras para a orientação do espírito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

- FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e taoísmo: elementos para compreensão do sistema jurídico à luz do princípio único universal*. 2003. Tese (Doutorado) – CPGD, UFSC, Florianópolis, 2003.
- _____. *Direito e taoísmo: elementos para compreensão do sistema jurídico à luz do princípio único universal*. São Paulo: LTr, 2004.
- _____. *O novo (em) direito*. Florianópolis: OAB Editora, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.
- _____. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo, Atlas, 1980a.
- _____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980b.
- _____. Existe um espaço no saber jurídico atual para uma teoria crítica? In. PLASTINO, Carlos Alberto (Org.). *Crítica do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984. p. 65-72.
- _____. A relação entre a dogmática jurídica e a pesquisa, parte II. In. NOBRE, Marcos et alii. *O que é pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 73-80.
- FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos?* São Paulo: Editora Mas Limonad, 2003.
- GAUCHET, Marcel. *A democracia contra ela mesma*. São Paulo: Radical Livros, 2009.
- GILL, Mary Louise. *Method and metaphysics in Plato's sophist and statesman*. In. Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2005. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/plato-sophstate/>>. Acesso em 13 de abril de 2014.
- GRUBBA, Leilane Serratine; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O direito como um processo emancipatório: a epistemologia dialética no Brasil. In., *Revista argumenta*. n. 18. Paraná: UEMP, 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2-18>>. Acesso em 5 de agosto de 2014.
- GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HABA, Pedro Henrique. Samiótica ilusionista y semiótica desencantadora: mitomanias de la razón <constructivista>> ?racionalidad de los juristas o racionalis de los iusemióticos?. In., *13º Coloquio Internacional de la International Association for the semiotics of law*. São Paulo: 18-21 de Agosto de 1997.
- _____. “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial: (realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)”. *Doxa*. N. 25 (2002). ISSN 0214-8876, pp. 503-531

_____. *Metodología jurídica irreverente: elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*. Madrid: SAFEKAT, 2006.

_____. La opción capital para los discursos jurídicos: ? novelas de conceptos o uma tecnologia social?. In., *Doxa: cadernos de filosofia del derecho*. n. 36, 2013. p. 509-550.

_____. *Docencia burocratizada*. Enseñanza bur(r)ocratizante, unos alegatos que van a contravía de las políticas universitarias dominadoras. San José (Costa Rica): Isolma, 2014.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. *O nome do riso: breve tratado sobre arte e dignidade*. Florianópolis: CESUSC; Florianópolis: Bernúncia, 2007.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. São Paulo: Escala, 19--.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura. Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. *Doutrina do direito*. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Coimbra: 2009.

_____. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KOLAKOWSKI, Leszek. *Horror metafísico*. Campinas: Papyrus, 1990.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LIMA E BRITO, Lara Souza. *Liberdade e direitos humanos: fundamentação jusfilosófica de sua universalidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMONGI, Dante Braz. *O projeto político de Pontes de Miranda: Estado e democracia na obra de Pontes de Miranda*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

LAUDAN, Larry. *O progresso e seus problemas: rumo a uma teoria do crescimento científico*. São Paulo: Unesp, 2010.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano. Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LYRA FILHO, Roberto. *O direito que se ensina errado*. Brasília, Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980.

_____. *Problemas atuais do ensino jurídico*. Brasília, Obreira, 1981a.

_____. *Razões de defesa do direito*. Brasília, Obreira, 1981b.

_____. *O que é Direito?* 2. ed. São Paulo, Brasiliense, 1982.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã: Feuerbach – a contraposição entre a cosmovisões materialista e idealista*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 50ª ed. México: Porrúa, 2009.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes, 1979.
- MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *In. Política & Sociedade: Revista de Sociologia Política*. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política. v.1. n. 3. (2003). Florianópolis: UFSC: Cidade Futura, 2003.
- NAÇÕES UNIDAS. *Uneven development is the root of many crimes*. 19--. Disponível em: <<http://www.un.org/ga/president/63/interactive/protect/ngugi.pdf>>. Acesso em 28.01.2015.
- _____. *Charter of United Nations*. 1945. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/charter/>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.
- _____. *Resolution on atomic energy*. 1946. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/032/52/IMG/NR003252.pdf?OpenElement>>. Acesso em 03 de dezembro de 2013.
- _____. *The universal declaration of human rights*. 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em 6 de dezembro de 2013.
- _____. *Convention and protocol relating to the status of refugee*. 1951. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>>. Acesso em 22 de janeiro de 2013.
- _____. *Resolution 181 [S5386]: embargo contra a África do Sul*. 1963. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/181%281963%29>. Acesso em 4 de dezembro de 2013.
- _____. *International covenant on civil and political rights*. 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2014.
- _____. *International covenant on economic, social and cultural rights*. 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Acesso em 28 de janeiro de 2014.
- _____. *Optional protocol to the international covenant on civil and political rights*. 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2014.

_____. *Treaty on the non-proliferation of nuclear weapons*. 1968.

Disponível em:

<<http://www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/NPTtext.shtml>>.

Acesso em 4 de dezembro de 2013.

_____. *International convention on the elimination of all forms of racial discrimination*. 1969. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>.

Acesso em 4 de dezembro 2013.

_____. *Declaration on the protection of all persons from being subjected to torture, and other cruel, inhuman or degradind treatment or punishment*. 1975. Disponível em: < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/001/65/IMG/NR000165.pdf?OpenElement>>. Acesso em 4 de dezembro de 2013.

_____. *World conference of the international women's year*. 1975a.

Disponível em:

<<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/mexico.html>>. Acesso

em 4 de dezembro de 2013.

_____. *Convention of the elimination of all forms of discrimination against women*. 1979. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>>.

Acesso em 13 de janeiro de 2014.

_____. *World Conference of the United Nations decade for women: equality, development and peace*. 1980. Disponível em:

<<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/copenhagen.html>>.

Acesso em: 6 de dezembro de 2013.

_____. *Declaration on the elimination of all forms of intolerance and discrimination based on religion and belief*. 1981. Disponível em:

<http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/36/55>.

Acesso em 4 de dezembro de 2013.

_____. *Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. 1984. Disponível em:

<<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201465/volume-1465-I-24841-English.pdf>>. Acesso em 6 de dezembro de 2013.

_____. *World Conference to review and appraise the achievements of the UN decade for women, Nairobi*. 1985. Disponível em:

<<http://www.un.org/womenwatch/confer/nfls/>>. Acesso de 4 de

dezembro de 2013.

_____. *Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. 1987. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>>.

Acesso em 05 de janeiro de 2014.

_____. *Second optional protocol to the international covenant on civil and political rights*, aiming at the abolition of the death penalty. 1989.

Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/2ndOPCCPR.aspx>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2014.

_____. *Convention on the rights of child*. 1990. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>>. Acesso em 6 de dezembro de 2013.

_____. Human rights report. 1990b. Disponível em:

<http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/219/hdr_1990_en_complete_nostats.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

_____. *Vienna Declaration and Programme of Action*. 1993.

Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>.

Acesso em 16 de janeiro de 2014.

_____. *International conference on population and development*. 1994.

Disponível em: <<http://www.un.org/popin/icpd2.htm>>. Acesso em 4 de dezembro de 2013.

_____. *Fourth world conference on women*. 1995. Disponível em:

<<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/fwcwn.html>>. Acesso em 4 de dezembro de 2013.

_____. *World summit for social development division*. 1995b.

Disponível em:

<<http://undesadspd.org/Home/WorldSummitforSocialDevelopment1995.aspx>>. Acesso em 4 de dezembro de 2013.

_____. *Comprehensive nuclear-test-ban treaty*. 1996. Disponível em:

<http://www.ctbto.org/fileadmin/content/treaty/treaty_text.pdf>. Acesso em 7 de dezembro de 2013.

_____. *Optional protocol to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women*. 1999. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCEDAW.aspx>>. Acesso em 13 de janeiro de 2014.

_____. *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict*. 2000. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx>>. Acesso em 16/12/2013.

_____. *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography*. 2000.

Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>>. Acesso em 16/12/2013.

- _____. *Second World Assembly on Ageing*. 2002. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.197/9>. Acesso em 7 de dezembro de 2013.
- _____. *A world fit for children*. 2002. Disponível em : <http://www.unicef.org/specialsession/docs_new/documents/A-RES-S27-2E.pdf>. Acesso em 7 de dezembro de 2013.
- _____. *Internacional conference on children*. 2002. Disponível em: <<http://www.unicef.org/specialsession/>>. Acesso em 7 de dezembro de 2013.
- _____. *Human Development Report*. Objectivos de desenvolvimento do milénio: um pacto entre nações para eliminar a pobreza humana. 2003. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/264/hdr_2003_en_complete.pdf>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.
- _____. *Relatório do desenvolvimento humano*. Liberdade cultural num mundo diversificado. 2004. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2004-portuguese.pdf>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.
- _____. *Declaration on human cloning*. 2005. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/59/280>. Acesso em 07/12/2013.
- _____. *International convention for the suppression of acts of nuclear terrorism*. 2005a. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/59/290>. Acesso em 07/12/2013.
- _____. *Relatório do desenvolvimento humano*. Cooperação internacional numa encruzilhada: ajuda, comércio e segurança num mundo desigual. 2005b. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/266/hdr05_complete.pdf>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.
- _____. *Optional protocol to the convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. 2006. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCAT.aspx>>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.
- _____. *Relatório do desenvolvimento humano*. Combater as alterações climáticas: solidariedade humana num mundo dividido. 2007/2008. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2007-8-portuguese.pdf>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

_____. *Convention on the rights of persons with disabilities*. 2008.

Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx>>. Acesso em 06 de janeiro de 2014.

_____. *Optional protocol to the convention on the rights of persons with disabilities*. 2008. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/OptionalProtocolRightsPersonsWithDisabilities.aspx>>. Acesso em 06 de janeiro de 2014.

_____. *Optional protocol to the internacional covenant on economic, social and cultural rights*. 2008. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>>. Acesso em 28 de janeiro de 2014.

_____. *Relatório do desenvolvimento humano*. Ultrapassar barreiras: mobilidade e desenvolvimento humanos. 2009. Disponível em:

<<http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2009-portuguese.pdf>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

_____. *2010 review conference of the parties to the treaty on the non-proliferation of nuclear weapons*. 2010. Disponível em:

<<http://www.un.org/en/conf/npt/2010/>>. Acesso em 4 de dezembro de 2013.

_____. *Relatório do desenvolvimento humano*. A verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. 2010b. Disponível em:

<http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/PNUD_HDR_2010.pdf>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

_____. *Human Development Report*. Sustainability and equity: a better future for all. 2011. Disponível em:

<http://www.pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr_2011_pt_complete.pdf>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

_____. *Human Development Report*. The rise of the south: human progress in a diverse world. 2013. Disponível em:

<<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013-resumo.pdf>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

_____. *Relatório do desenvolvimento humano*. Sustentar o progresso humano: reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência. 2014.

Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>>. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

_____. *Unitarian United Nations Office*. 2014. Disponível em:

<<http://www.uua.org/international/un/>>. Acesso de 13 de março de 2014.

- NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce Homo*: de como a gente se torna o que a gente é. Porto Alegre: L&PM, 2003.
- O'NEILL, Onoral. Universalism in ethics. In. *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. 1996. Disponível em: <http://caae.phil.cmu.edu/cavalier/80130/part2/Routledge/R_Deontology.html>. Acesso em 03/06/2014.
- OXFORD REFERENCE. *Entry Essentialism*. 2014. Disponível em: <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095758372>>. Acesso em 18 de março de 2014.
- PECES-BARBA, Gregorio *et alii*. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III e Boletín Oficial del Estado (BOE), 1999.
- PLATÃO. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- _____. *A república*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PONTES DE MIRANDA. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Investigação científica e Política Jurídica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Tomo III
- _____. *Introdução à sociologia geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- _____. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- _____. *O problema fundamental do conhecimento*. Campinas: Bookseller, 1999.
- POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1975.
- _____. *A miséria do historicismo*. São Paulo: Editora Cultrix, 1980.
- _____. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP; 1998. 2 v.
- _____. *A vida é aprendizagem*. Epistemologia evolutiva e sociedade aberta. Lisboa: Edições 70, 2001.
- _____. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Lisboa: Edições 70, 2002.
- PRINCETON ENCYCLOPEDIA. *Moral universalism*. 2014. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Moral_universalism.html>. Acesso em 3 de junho de 2014.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. Dialética da expressão jurídica. In: FARIA, Anacleto de Oliveira (coord.). *Textos clássicos de filosofia do Direito*. Publicação em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1981. p. 1-7.

_____. *Teoria tridimensional do Direito*. Situação atual. 4. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine.

Conhecer direito I: a teoria do conhecimento no século XX e a ciência do direito. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. A questão dos direitos humanos para além das normativas jurídicas: um diálogo entre Lyra Filho e Herrera Flores para a dignidade humana. *In., Pensar*. v. 17. n. 2. Jul/dez. Fortaleza: UNIFOR, 2012, p. 499-522.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. Fundamentos epistemológicos da ciência do direito em Tércio Sampaio Ferraz Júnior: a questão da cientificidade do modelo de decidibilidade.

In. Revista Opinião Jurídica. n. 14. Ano X. Fortaleza: Unichristus, 2012. p. 170-191. Disponível em:

<http://www.faculdadechristus.com.br/downloads/opinioao_juridica/revisata_opinioao_juridica_14_edt.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2014.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine.

Bachelard e os obstáculos epistemológicos à pesquisa científica do direito. *In., Sequência*. Ano XXXIII. n. 64. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p307>>. Acesso em 4 de maio de 2014.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine;

HEINEN, Luana Renostro. *Conhecer direito II: a epistemologia jurídica no Brasil*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine;

HEINEN, Luana Renostro. Direito, holismo e complexidade. *In: OLIVEIRA JÚNIO, José Alcebíades de.; TRAMONTINA, Robison; COPETTI SANTOS, André Leonardo (Org.). Filosofia do direito I*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 412-431.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. A ânsia de tudo conhecer: a epistemologia de Pontes de Miranda. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, Niterói, 2012. *Anais...* Niterói: CONPEDI, 2012.

- RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. 3. ed. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.
- _____. Um mundo sem substâncias ou essências. In: MAGRO, C., PEREIRA, A. C. (Orgs.) *Pragmatismo: a filosofia da criação e da mudança*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000.
- _____. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2007.
- SANDEL, Micheal J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SANT'ANNA, Sílvio L. A cosmovisão dialético-materialista da história (Prefácio). In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã: Feuerbach – a contraposição entre a cosmovisões materialista e idealista*. 3. ed. Tradução de Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos*. 2010. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>. 2003. Acesso em: 25.Mar.2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SELLARS, Wilfrid. *Empirismo e filosofia da mente*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- SICHIROLLO, Livio. *Dialéctica*. Lisboa: Presença, 1973.
- STANDFORD. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Arguments for origin of essentialism. 2012. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/essential-accidental/origin-essentialism.html>>. Acesso em 13 de março de 2014.
- _____. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Essential vs. accidental properties. 2013. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/essential-accidental/index.html#FouWayChaEss>>. Acesso em 13 de março de 2014.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O direito quântico*. 6. ed. São Paulo: Livros de Direito, 1985.
- _____. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.