

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL**

CAIO JESUS GRANDUQUE JOSÉ

A CONSTRUÇÃO EXISTENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS

**FRANCA
2009**

CAIO JESUS GRANDUQUE JOSÉ

A CONSTRUÇÃO EXISTENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Alberto Machado.

FRANCA

2009

José, Caio Jesus Granduque

A construção existencial dos direitos humanos / Caio Jesus Granduque José. –Franca : UNESP, 2009

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História,
Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito – Filosofia – Existencialismo. 2. Direitos humanos.

CDD – 340.1

CAIO JESUS GRANDUQUE JOSÉ

A CONSTRUÇÃO EXISTENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof. Dr. Antônio Alberto Machado, UNESP

1º Examinador: _____
Dr.(a)

2º Examinador: _____
Dr.(a)

Franca, _____ de _____ de 2009.

***À memória de meu avô
Granduque José, grande
homem.***

***Ao meu pai, Luiz Gonzaga, à
minha mãe, Cléia, e à minha
irmã, Mimi, porto em que me
refugio com segurança, reino
em que se torna possível a
busca da felicidade e a
contemplação da beleza da
vida, da terra, do mar e do
sol, porque sou aquilo que
faço de mim a partir do que
vocês me fizeram.***

AGRADECIMENTOS

Em especial, ao meu orientador, Prof. Dr. Antônio Alberto Machado, mestre cujas reflexões sobre o fenômeno jurídico tornaram possível e factível a realização do trabalho, por me apresentar novos mundos e me ensinar a voar nas asas da filosofia sem olvidar para a importância de ter os pés no chão.

Ao Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, que me honra ao me considerar um interlocutor, por me abastecer com diversos textos ao longo desta empreitada e, sobretudo, pelos valiosos apontamentos realizados no Exame de Qualificação, propulsores de inquietantes pensamentos.

Ao Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes, exemplo de seriedade no exercício da atividade científica, amigo por quem tenho profunda gratidão em razão da sua preocupação com minha formação, pelas críticas tecidas no Exame de Qualificação.

A toda comunidade da UNESP, universidade pela qual nutro intenso amor, a quem devo minha formação.

À CAPES, pela bolsa concedida, fundamental para a realização da pesquisa.

À querida Mariana, pela revisão do texto.

A todos que se consideram meus amigos. Em especial, a André, querido irmão, Fábio, irmão sempre presente, e Jeferson, companheiro de utopias, que, desde o início, apostaram neste trabalho.

“Todo um homem, feito de todos os homens, que os vale todos e a quem vale não importa quem”

Jean-Paul Sartre, *As palavras*

“A revolta é o ato do homem informado, que tem consciência dos seus direitos. Mas nada nos autoriza a dizer que se trata apenas dos direitos do indivíduo. Pelo contrário, parece efetivamente, pela solidariedade já assinalada, que se trata de uma consciência cada vez mais ampla que a espécie humana toma de si mesma ao longo de sua aventura”

Albert Camus, *O homem revoltado*

JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. 2009. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2009.

RESUMO

O trabalho propõe uma concepção dos direitos humanos em perspectiva *existencial*. Os direitos humanos são considerados um modo de *ser* do homem, ou, ainda, um produto da condição *existencial* da *realidade humana*. A partir da projeção das categorias e conceitos das *filosofias da existência* de Jean-Paul Sartre e Albert Camus no plano jurídico, o estudo promove uma nova compreensão da dignidade humana, assim como do sentido, da finalidade, da legitimidade e da gênese histórica dos direitos do homem, como também da teoria do direito subjetivo e até da teoria da justiça, com repercussões na própria ontologia jurídica, porquanto o direito passa a ser visto como uma *praxis da liberdade* e uma *praxis para a liberdade*. Arrimada no pensamento de Sartre e Camus, a pesquisa enfatiza a *responsabilidade existencial* dos juristas na *construção* dos direitos humanos, após denunciar os artifícios imanentes às fundamentações tradicionais desses direitos - seja ela jusnaturalista, para quem os direitos são *descobertos*, seja ela juspositivista, para quem os direitos são *aplicados* –, que se mostram funcionais para que eles *absurdamente* não sejam direitos propriamente ditos e não estejam em ação.

Palavras-chave: Direitos humanos. Sartre. Camus. Existencialismo. Filosofias da existência.

JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos.** 2009. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2009.

RIASSUNTO

Il lavoro propone una concezione dei diritti umani nel punto di vista esistenziale. I diritti umani sono considerati un modo di essere dell'uomo, o, ancora, un prodotto della condizione esistenziale della realtà umana. Dalla proiezione delle categorie e concetti delle filosofie dell'esistenza di Jean-Paul Sartre e Albert Camus nel piano giuridico, lo studio promuove una nuova comprensione della dignità umana, così come del senso, dello scopo, della legittimità e della storica genesi di diritti dell'uomo, nonché la teoria dei diritti soggettivi e fino alla teoria della giustizia, con ripercussioni nella propria ontologia giuridica, perché il diritto passa ad essere visto come una prassi della libertà e una prassi per la libertà. Fondata nel pensiero di Sartre e Camus, la ricerca sottolinea la responsabilità esistenziale dei giuristi nella costruzione dei diritti umani, dopo denunciare gli artifici immanenti ai tradizionali fondamenti di questi diritti - sia esso giusnaturalista, per chi i diritti sono scoperti, sia esso giuspositivista, a chi i diritti sono applicati -, che si dimostrano funzionali per che essi diritti non siano assurdamente diritti veramente delti e non siano in azione.

Parole-chiave: Diritti umani. Sartre. Camus. Esistenzialismo. Filosofie dell'esistenza.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
DELIMITAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DO TEMA.....	14
CAPÍTULO 1 MATRIZES FILOSÓFICAS: O LEGADO DAS <i>FILOSOFIAS DA EXISTÊNCIA</i> DE SARTRE E CAMUS.....	19
1.1 Sartre: filósofo da liberdade.....	25
1.2 Camus: <i>absurdo, revolta</i> e solidariedade.....	39
CAPÍTULO 2 FUNDAMENTOS E CONTRAFUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS: IMPLICAÇÕES NA AFIRMAÇÃO E NEGAÇÃO DOS DIREITOS.....	53
2.1 Pré-história dos fundamentos dos direitos humanos: contribuições ao desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa humana.....	53
2.2 Jusnaturalismo: os direitos humanos enquanto direitos universais, eternos e imutáveis.....	58
2.2.1 Jusnaturalismo racional moderno: as contribuições de Grócio e Pufendorf para o nascimento dos direitos do homem.....	61
2.2.2 Locke, Rousseau e os direitos naturais.....	65
2.2.3 Jusnaturalismo e Declarações de Direitos do século XVIII: o nascimento dos direitos humanos.....	69
2.2.4 Crítica à fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos: a essência precede a <i>existência</i>	72

2.3	Positivismo jurídico: o <i>ius</i> subjugado pela <i>lex</i>.....	77
2.3.1	O positivismo jurídico do século XIX: os direitos domesticados pela lei.....	78
2.3.2	O normativismo de Hans Kelsen: horizontes de uma <i>teoria pura</i> dos direitos humanos.....	85
2.3.3	Crítica à contrafundamentação juspositivista dos direitos humanos.....	96

CAPÍTULO 3 A CONSTRUÇÃO *EXISTENCIAL* DOS DIREITOS HUMANOS.....

104

3.1	O fracasso do <i>existencialismo jurídico</i> no pós-guerra do século XX.....	104
3.2	O egologismo <i>existencial</i> de Carlos Cossio: a liberdade como <i>prius</i> do direito.....	110
3.3	A dignidade humana e os direitos humanos entre a <i>existência</i> e a <i>coexistência</i>.....	121
3.4	O direito e os direitos humanos em perspectiva <i>existencial</i>.....	133
3.5	Gênese dos direitos humanos na Modernidade: do <i>absurdo</i> à solidariedade.....	145
3.6	O <i>absurdo</i> da dialética entre sistema jurídico e problema.....	152
3.7	Os direitos humanos como direitos subjetivos.....	160
3.8	Os direitos humanos entre o <i>absurdo</i> da justiça e a justiça <i>absurda</i>.....	172

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....

177

REFERÊNCIAS.....

182

INTRODUÇÃO

As ignomínias e as misérias que os seres humanos produziram e vivenciaram na primeira metade do século XX, através de empreendimentos genocidas, assassinatos niilistas e crimes racionais, que foram levados a cabo pelos regimes políticos totalitários e trazidos ao mundo junto com as bombas das guerras mundiais, sob o patrocínio e a justificação da razão instrumental, suscitaram reações no pós-guerra, que ressoaram até o final do século e continuam a gerar efeitos até os nossos dias.

Na seara do direito, em reação ao menoscabo e ao aviltamento da dignidade humana, irrompeu-se o processo de internacionalização dos direitos humanos. Os direitos do homem passaram, portanto, a ser proclamados e consignados em declarações, tratados e convenções internacionais, a fim de se expurgar e purificar por completo a culpa que o direito auferiu em razão da sua complacência com esses crimes e o com torto, já que o formalismo normativista e a desídia para com os valores, imanentes ao modo com que o fenômeno jurídico era concebido e praticado hegemonicamente àquela época, permitiu que se conferisse o verniz da juridicidade ao anti-direito ou ao não-direito que se expressava naqueles atos responsáveis pelos maiores pesadelos e horrores por que passou a humanidade.

No plano filosófico, a resposta adveio com o *existencialismo* ou com as *filosofias da existência*, sobretudo, pelas mãos do filósofo-literato francês Jean-Paul Sartre e pela pena do literato-filósofo franco-argelino Albert Camus. Deparados com a condição *absurda* que os homens experimentavam em meados do século XX, traduzida em desespero, angústia e desesperança, esses pensadores buscaram resgatar e revalorizar a dignidade humana, que se imaginava perdida nas engrenagens do *Gulag* soviético e do *Lager* nazista - gigantescas máquinas de despersonalização e esvaziamento do *ser* dos homens -¹ ou, ainda, na energia explosiva liberada pelas bombas atômicas norte-americanas.

¹ Sobre o *Lager* nazista e o *Gulag* soviético, confira: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23.

Sartre, Camus e a “reconstrução dos direitos humanos”² possuem, portanto, algo em comum: todos eles despontaram e raiaram no pós-guerra, congregando esforços para o combate contra o rebaixamento e o menosprezo da condição humana e, portanto, de sua imanente e eminente dignidade.

Mostram-se imprescindíveis, por conseguinte, não apenas por essa simples convergência de propósitos, mas também pelas implicações que o olhar sobre o (e *no!*) mundo através das lentes do *existencialismo* possam trazer para a *teoria* e a *filosofia do direito*, uma concepção e uma compreensão em perspectiva *existencial* dos direitos humanos.

Com efeito, o modo peculiar com que esses pensadores elaboraram o conceito de pessoa humana - sobrelevando-se o universo infinito que cada indivíduo encerra, de tal maneira que cada ser humano passa a ser considerado como insubstituível e morada na qual pulsa toda a humanidade, porquanto, segundo Sartre, cada homem é feito de todos os homens e, ao mesmo tempo, possui o mesmo valor que todos esses outros homens juntos - permite um novo entendimento do que seja a dignidade humana e, conseqüentemente, uma fundamentação original dos direitos do homem, com projeções na finalidade, no sentido, na legitimidade e na gênese histórica desses direitos, como também na teoria do direito subjetivo e, ainda, na teoria da justiça, repercutindo-se, por fim, na ontologia do próprio direito, que pode vir a ser concebido como uma *praxis da liberdade e para a liberdade*.

Há que se levar a sério, portanto, a sábia constatação do professor da Universidade de São Paulo, Fábio Konder Comparato: “As conseqüências dessa última etapa [promovida pelo pensamento *existencialista*] na elaboração do conceito de pessoa humana, para a teoria jurídica em geral e para o sistema de direitos humanos em particular, são da maior importância”.³

Pensar essas conseqüências, ou, mais precisamente, projetar no direito e, sobretudo, nos direitos humanos, as reflexões de Sartre e Camus, levando-as, nessa empreitada, às últimas conseqüências, é o que este estudo pretende fazer.

² Cf. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. passim.

³ COMPARATO, 2008, op. cit., p. 31.

Muito embora os totalitarismos estatais tenham encerrado seu ciclo vital na primeira metade do século XX, os processos de despersonalização dos seres humanos continuam a todo vapor, ainda que realizados de modo menos espetacular, mas não menos trágicos, pelo sistema capitalista de produção.⁴ A despeito da poeira, da ruína e dos destroços do muro de Berlim, novos muros são erguidos em todo o mundo, não mais para aprisionar potenciais refugiados políticos, mas sim para impedir o ingresso nos países centrais de refugiados econômicos, de maneira que o fascismo estatal dá lugar ao fascismo social.⁵

Justifica-se, portanto, a convocação com urgência de Sartre e Camus para, novamente, fazer frente ao totalitarismo, que se encontra sob vestes de outras cores. A atual circunstância pede Sartre e Camus, e não Sartre *ou* Camus, ou Sartre *contra* Camus, ou ainda Camus *contra* Sartre, até porque a Guerra Fria, que impulsionou um conflito intelectual intenso entre ambos, talvez uma das mais famosas querelas filosóficas que a história conheceu, pondo fim a uma apaixonante história de amizade e de cumplicidade filosófica, literária e política, já acabou. O mundo permite e clama que se promova a reconciliação de Sartre e Camus, conforme análise do estudioso Ronald Aronson:

As questões mais profundas que motivaram e dividiram Sartre e Camus ainda estão conosco. Grande parte da humanidade continua a lutar pela autodeterminação, ou a ser marcada pelas desigualdades de riqueza e poder, ou ainda a ser presa da dominação do Norte sobre o Sul. O terrorismo parece caminhar de mãos dadas com a economia global. A violência e a guerra estão na ordem do dia. O terror nuclear persiste. Muita coisa continua torta em nosso mundo e, para enfrentarmos isso, Sartre e Camus continuam a ser relevantes – assim como seu relacionamento, seus argumentos, suas sabedorias e pontos cegos. Mas o comunismo foi derrotado pelo capitalismo democrático, e quase todos os colonialismos foram abolidos. A Guerra Fria acabou. Desvaneceram-se os assuntos específicos que apartaram ambos, e nesse sentido vivemos num mundo diferente. Nós podemos agora apreciar tanto Camus quanto Sartre e rejeitar o maniqueísmo que os separou. Assim, eu não posso deixar de especular que o tempo é propício para um novo tipo de intelectual político que poderia reunir as forças dos dois homens e evitar as fraquezas de cada um.⁶

Circunscrito aos limites do direito, este trabalho pretende agregar o pensamento de Sartre e Camus, a fim de se reunir elementos que permitam uma denúncia eficaz e uma crítica radical de certos aspectos de algumas correntes do

⁴ Cf. COMPARATO, 2008, op. cit., p. 24.

⁵ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: PAOLI, Maria Célia; OLIVEIRA, Francisco de (Org.). **Os sentidos da democracia**. 2.ed. São Paulo: Vozes, 2000. p. 103-108.

⁶ ARONSON, Ronald. **Camus e Sartre**: o polêmico fim de uma amizade no pós-guerra. Trad. Caio Liudvik. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007. p. 381.

pensamento jurídico que, com seus fundamentos, mostram-se funcionais à inefetividade dos direitos humanos; para além disso, o legado filosófico desses pensadores poderá servir como matriz teórica para se construir, ainda que com todas as limitações que lhe sejam imanentes, uma concepção do direito e dos direitos humanos em perspectiva *existencial*.

Da mesma forma com que as águas próximas à foz do rio Amazonas se encontram na pororoca, provocando fortes estrondos e um espetáculo de inigualável beleza, os pensamentos de Sartre e de Camus irão imiscuir-se e interpenetrarem-se, tornando-se possível a constituição de novos olhares sobre o direito e os direitos do homem.

DELIMITAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DO TEMA

*“Começar a pensar é começar a ser atormentado”
(Albert Camus, O mito de Sísifo)*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representa o marco de uma nova era, na qual tem início a proteção internacional dos direitos humanos, em clara reação a um passado mais do que recente de horrores e crimes indizíveis, aviltantes da condição humana, perpetrados contra a humanidade pelos regimes políticos totalitários do início do século XX, vitimando milhões de pessoas.

Constituindo-se numa importantíssima etapa da história de afirmação dos direitos humanos, essa era foi designada pelo pensador italiano Norberto Bobbio como “a era dos direitos” (*l’età dei diritti*).¹ Essa famosa denominação traduz com exatidão o processo, que ainda se encontra em curso, de posituação supranacional dos direitos humanos através de inúmeros tratados e convenções internacionais que irromperam a partir da metade do século passado.

Em razão desse processo de internacionalização dos direitos humanos surge um novo “ramo” do direito, qual seja, o *direito internacional dos direitos humanos*, dedicando-se nos dias atuais incontáveis estudos à pesquisa dos sistemas internacionais e regionais de proteção, assim como à investigação da extensa estrutura normativa dos tratados e convenções internacionais, como também à análise da incorporação destes documentos ao direito interno.

Todavia, desde já há de se sublinhar que o presente trabalho não segue esse caminho, percorrendo outras veredas, em que pese partir da mesma fonte - os direitos humanos - que permite percorrer incontáveis trilhas.

Muito embora seja fiel ao fenômeno da posituação universal dos direitos humanos, a designação de Bobbio mostra-se incongruente com a realidade histórica em que vivem as pessoas de “carne y hueso”,² posto que marcada pelo desprezo e desrespeito dos direitos, juízo que é compartilhado pelos estudiosos dos direitos humanos e pelo próprio intelectual italiano ao longo da obra citada, a ponto de se

¹ Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. passim.

² Expressão do eminente jusfilósofo argentino Carlos Cossio.

dizer hodiernamente que a “era dos direitos” corre o risco de se resumir a uma “era dos direitos nominais”,³ em que há apenas “direitos de *cartas*”, ou seja, direitos de papel (tais como os “tigres de papel”) ou mesmo direitos que se restringem às Cartas ou Declarações de direitos, consoante o feliz jogo de palavras – reconhecível mais facilmente no idioma italiano - do jurista Ricardo Guastini.⁴

Atento a esse problema, Norberto Bobbio conclama os sociólogos do direito para o estudo das razões que levam ao abismo entre as normas enunciadoras dos direitos humanos e a realidade concreta de violação desses direitos:

Ainda mais importante e amplíssima é a tarefa dos sociólogos do direito no que se refere a outro tema fundamental, o da aplicação das normas jurídicas, ou do fenômeno que é cada vez mais estudado sob o nome, por enquanto intraduzível [para o italiano] de *implementation*. O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação.⁵

É sobre essa problemática que este estudo pretende inclinar-se. Atende-se à exortação do filósofo da política sobre a importância da temática, contudo, diferentemente do que Bobbio sugere, a questão não é tratada na *sociologia do direito*, mas na seara da *teoria e filosofia do direito*.

Evidentemente, o problema da não-realização dos direitos humanos é um problema econômico, político, social e cultural. Mas também é um problema jurídico e, conseqüentemente, jusfilosófico.

Isso porque, parte-se da hipótese, que se pretende demonstrar ao final, de que há uma inextricável e contínua relação entre a tutela dos direitos humanos pela jurisdição e a fundamentação, com suas conseqüentes implicações na *teoria do direito*, desses mesmos direitos.

Conseqüentemente, o baixo nível de tutela jurisdicional dos direitos humanos, diagnosticado pelos estudiosos dos direitos do homem, está intimamente relacionado com a fundamentação tradicional e idealista desses direitos, seja ela jusnaturalista ou juspositivista, na medida em que se prestam a artifícios ideológicos

³ Expressão de Henry Steiner apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 158.

⁴ Cf. GUASTINI, Ricardo apud FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et al. 3.ed. Madrid: Trotta, 2007b. p. 190.

⁵ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 77.

funcionais para a “indiferença” dos juristas frente a esses direitos, o que se agrava ao se ter em vista a hegemonia com que imperam essas *teorias do direito* (e dos direitos humanos) no imaginário dos juristas em geral.

Mostra-se, neste ponto, fundamental o recurso às *filosofias da existência* de Jean-Paul Sartre e Albert Camus para o desvelamento ideológico desses fundamentos que apaziguam os juristas diante do *absurdo*⁶ consistente no divórcio entre os direitos humanos que estão nos livros (*law in the book*) e não estão em ação (*law in action*), assim como para o desenvolvimento de uma concepção desses direitos que coloque em relevo a responsabilidade *existencial* do homem-jurista na sua construção.

Daí porque se ousa discordar de Bobbio, para quem não existe relação entre a proteção e a fundamentação dos direitos humanos: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.⁷

Paradoxalmente, a resolução do urgentíssimo problema da proteção dos direitos humanos não pode abdicar de um regresso aos seus fundamentos, pois a questão da violação estrutural desses mesmos direitos passa pelo seu lastro, ou, melhor, pelos desdobramentos jurídicos que cada fundamentação enseja, com clarividente prejuízo à efetiva tutela dos direitos do homem.

Desde agora, há que se salientar que esta análise dos fundamentos dos direitos do homem será historicamente perspectivada, o que significa um regresso até o nascimento dos direitos humanos, que vieram à luz no século XVIII travestidos de direitos naturais, passando-se pelo estudo de sua transmutação em direitos fundamentais no século XIX, e culminando-se na reflexão sobre a positivação supranacional dos direitos humanos ao longo do século XX.

Não obstante, Bobbio reitera que “[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político”, razão pela qual “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e

⁶ Como se verá mais à frente, o *absurdo* é uma categoria fundamental do pensamento de Albert Camus e de Jean-Paul Sartre.

⁷ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 24, grifos do autor. Nesta passagem parece que Bobbio parafraseia a XI tese de Karl Marx sobre Feuerbach: “Os filósofos têm apenas *interpretado* o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é *transformá-lo*”.

seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los”.⁸

Todavia, por ser um problema jurídico, em virtude do qual se deve buscar juridicamente o reforço das garantias para que seja possível a realização desses direitos, não há como fugir da *teoria e filosofia do direito*, porquanto essa busca seguirá em diferentes direções conforme os fundamentos e as concepções que se tenha do direito e dos direitos humanos. Somado a isso, pode ser que as concepções que tradicionalmente estão associadas aos direitos humanos, quais sejam, jusnaturalista e juspositivista, possam “não facilitar” o reforço dessas garantias, não se esquecendo que despojados delas os direitos *absurdamente* não serão direitos propriamente ditos.

Nesse sentido, a concepção que o jurista possui dos direitos humanos condiciona a sua prática, seja ela comprometida ou indiferente a esses direitos, vale dizer, a proteção dos direitos do homem depende dos fundamentos com que eles se justificam.⁹

Essas diferentes concepções ressoam inclusive na própria jurisdição, conforme a lição do professor da Universidade de Coimbra, Antônio Castanheira Neves, que demonstra que “[...] um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo”.¹⁰

Por essa razão, este estudo concorda com a sentença de Bobbio de que o problema da violação dos direitos humanos é um problema jurídico, mas atreve-se a dizer que também é um problema jusfilosófico e, em certa medida, filosófico.

Diferentemente do que é propagado pelo senso comum, a reflexão propiciada pela *teoria e filosofia do direito* não se reporta a abstrações descoladas da realidade histórica, que em nada acrescentariam à urgente demanda de soluções para o

⁸ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 25.

⁹ Nessa esteira, o jurista espanhol Eusebio Fernandez afirma que “[...] *fundamentación y protección, aunque distintos – ya que uno es filosófico y el outro jurídico-político -, no se pueden presentar totalmente diferenciados. Uma mejor forma de proteger los derechos humanos no es sólo contar com las técnicas jurídicas que los garanticen*”. **Teoria de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Debate, 1984. p. 83. Tradução livre: Fundamentação e proteção, embora diferentes – já que uma é filosófica e a outra jurídico-política -, não podem se apresentar totalmente diferenciadas. Uma melhor forma de proteger os direitos humanos não é só contar com as técnicas jurídicas que os garantam.

¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ – os modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 74, p. 4, 1998.

problema da inefetividade dos direitos humanos, mas pode, por mais paradoxal que possa parecer, auxiliar na resolução desse problema, porquanto possui inegável repercussão prática. É nessa esteira que o constitucionalista espanhol Antonio Enrique Pérez Luño, crítico da posição de Bobbio, desenvolve sua argumentação: “*Precisamente la polémica sobre la fundamentación de los derechos humanos mantiene todavía hoy plena vigencia, porque los argumentos debatidos tienen puntual repercusión en la práctica*”.¹¹

Em suma, entende-se o certo exagero do notável pensador italiano, que, em razão do advento da Declaração Universal de 1948, deu por encerrada a discussão acerca dos fundamentos dos direitos humanos,¹² talvez como estratégia para advertir sobre a necessidade de que os direitos humanos sejam “levados a sério”,¹³ conforme se depreende do seguinte excerto:

[...] nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de ‘direito’).¹⁴

Contudo, para atender justamente ao seu apelo, ou seja, à necessidade urgente de que os direitos humanos sejam transformados em direitos propriamente ditos, o presente estudo volta-se aos fundamentos dos direitos do homem e,¹⁵ logicamente, às implicações jurídicas que emergem dessas concepções, trilhando os caminhos não recomendados e interditados por Bobbio, ousando desobedecê-lo, já que, ironicamente, podem ser eles que terminem por desembocar nas respostas que o próprio filósofo da política procurava.

¹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho e Constitución**. 9.ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 178. Tradução livre: Com efeito, a polêmica sobre a fundamentação dos direitos humanos mantém, todavia, plena vigência hoje, porque os argumentos debatidos têm oportuna repercussão na prática.

¹² Cf. BOBBIO, 1992, op. cit., p. 23.

¹³ É clara a referência à obra *Levando os direitos a sério* de Ronald Dworkin.

¹⁴ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 67.

¹⁵ Da mesma forma, entende o professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Aquiles Côrtes Guimarães, que “levar a sério os ‘direitos humanos’ significa voltar aos seus *fundamentos*”. **Fenomenologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 67, grifo do autor.

CAPÍTULO 1 MATRIZES FILOSÓFICAS: O LEGADO DAS *FILOSOFIAS DA EXISTÊNCIA* DE SARTRE E CAMUS

Mover-se nos meandros da *teoria e filosofia do direito* é explorar o lugar que o fenômeno jurídico ocupa na *existência* humana.¹ Partindo-se da assertiva de que o direito é um fenômeno histórico-cultural e, portanto, eminentemente humano, porquanto produto e obra do homem, a sua compreensão reclama o exame detalhado do que seja a *realidade humana*.

Nenhuma corrente filosófica levou mais a fundo essa investigação, elegendo a análise da *existência* humana como seu objeto primordial, do que a que se passou a rotular de *existencialismo*. Sob essa etiqueta classifica-se, ainda que superficialmente, inúmeras *filosofias da existência*, desenvolvidas em diversos matizes, que emergiram e se firmaram no contexto do pós-guerra do século XX.

A popularização de alguns de seus conceitos e o modismo que essa perspectiva filosófica representou até a década de 1970 fez com que a complexidade de suas análises fosse esquecida e as suas teorizações simplistamente identificadas com posturas não convencionais, que em nada correspondiam com essas filosofias.²

Isso fez com que inúmeros filósofos, classificados pelos manuais de história da filosofia como existencialistas, rejeitassem essa designação, a fim de evitar os mal-entendidos que o rótulo suscitava e preservar a riqueza de suas obras.

Até mesmo o maior divulgador do *existencialismo*, Jean-Paul Sartre, inicialmente recusou a etiqueta ao proclamar: “Minha filosofia é uma filosofia da existência: o existencialismo eu não sei o que é”.³ Ademais, Sartre alertava para os problemas decorrentes de uma rotulação: “Não gosto de falar do existencialismo. O

¹ Cf. COTTA, Sérgio. **Il diritto nell'esistenza**: linee di ontofenomenologia giuridica. 2.ed. Milano: Giufré, 1991. p. 3.

² Nesse sentido é o diagnóstico do filósofo francês Jean-Paul Sartre, para quem “[...] no fim de contas, a palavra [existencialismo] tomou hoje uma tal amplitude e extensão que já não significa absolutamente nada. Parece que à falta de uma doutrina de vanguarda, análoga ao surrealismo, as pessoas ávidas de escândalo e de agitação voltam-se para esta filosofia, que, aliás, nada lhes pode trazer neste domínio; na realidade, é a doutrina menos escandalosa e a mais austera possível; ela é estritamente destinada aos técnicos e filósofos”. **O existencialismo é um humanismo**. Trad. Vergílio Ferreira. 2.ed. Lisboa: Editorial Presença, [19--]. p. 238.

³ SARTRE, Jean-Paul apud HUISMAN, Denis. **História do existencialismo**. Trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru: Edusc, 2001. p. 7.

caráter próprio de uma pesquisa é ser indefinida. Dar-lhe um nome ou defini-la é fechar o círculo: que resta? Um modo finito e já ultrapassado da cultura, algo como uma marca de sabão”.⁴ De qualquer modo, em uma conferência destinada à tentativa de desfazer incompreensões que o vocábulo fomentava, o pensador francês assumiu a denominação já em seu próprio título, qual seja, *O existencialismo é um humanismo*.

O filósofo, romancista e dramaturgo Albert Camus, por sua vez, expurgava-se com a sentença: “Não sou filósofo. Muito menos existencialista”.⁵ Não obstante, de acordo com as lições de Vicente Barreto, “a obra camusiana pode ser considerada como um pensar prático sobre a existência”, motivo pelo qual “classificá-lo como existencialista é alargar um pouco o conceito de existencialismo para aplicá-lo a todos os escritores que colocam o problema da existência como fundamental em suas obras”.⁶ Não é outra a conclusão do estudioso da obra camusiana, Hélder Ribeiro, para quem “embora Camus não se queira existencialista, isso não é razão suficiente para lhe pouparmos esse título. O próprio processo intentado no MS [*O mito de Sísifo*] contra certas conseqüências do pensamento existencialista é instruído em formas existenciais”.⁷

Não obstante, talvez em respeito à vontade dos pensadores seja melhor denominar essa pluralidade de vertentes, que se dedicaram soberanamente ao exame da *realidade humana*, de *filosofias da existência*.⁸

Para além dessa polêmica, Nicola Abbagnano conceitua o *existencialismo* como “... um conjunto de filosofias ou de correntes filosóficas cuja marca comum não são os pressupostos e as conclusões (que são diferentes), mas o instrumento de que se valem: a análise da existência”.⁹

⁴ SARTRE, Jean-Paul. **Crítica da razão dialética**. Trad. Guilherme J. G. Teixeira. Porto Alegre: DP&A, 2002. p. 13.

⁵ CAMUS, Albert. **Estado de sítio**. Trad. Alcione Araújo e Pedro Hussak. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. “orelha” do livro.

⁶ BARRETO, Vicente. **Camus: vida e obra**. 2.ed. Rio de Janeiro: 1991. p. 46-47.

⁷ RIBEIRO, Hélder. **Do absurdo à solidariedade: a visão do mundo de Albert Camus**. Lisboa: Estampa, 1996. p. 90, destaque nosso.

⁸ Isso não implica o abandono da expressão *existencialismo*, já que tomados os cuidados de se esclarecer o seu desvirtuamento, não se vislumbra qualquer perigo em seu uso, razão pela qual ela aparecerá ao longo de todo o trabalho.

⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 468.

Apropriando-se do legado de Kierkegaard, que contrapunha ao sistema lógico e universal de Hegel a subjetividade e a particularidade do homem singular, e valendo-se do método fenomenológico criado por Edmund Husserl,¹⁰ essas filosofias elevam o homem ao centro de seu interesse, porém não o homem universal e abstrato, num sentido idealista, essencialista e metafísico, mas sim o homem concreto, *hic et nunc*, situado em contextos históricos, o que permite realçar a riqueza das várias dimensões da *realidade humana*.

Depreende-se, dessa forma, que o *existencialismo* se opõe a toda forma de explicação sistemática, universal, lógica e abstrata da realidade, preocupando-se com o *existente* humano concreto.

Ao se fazer uma rápida viagem pela história da filosofia, destoa-se de maneira clarividente a perspectiva existencialista do pensamento antigo, medieval e moderno. Nesse sentido, conforme as lições do jurista português João Baptista Machado, enquanto que para o pensamento antigo e medieval *o homem deve ser o que é* e para o pensamento moderno de raiz kantiana e idealista *o homem deve ser o que não é*, para o *existencialismo* a fórmula seria *o homem é o que deve ser*,¹¹ ou, melhor, sartreanamente, *o homem é o que deve fazer-se*.

Considerando-se que essas filosofias brotaram em meados do século XX, as razões de suas proposições mostram-se plenamente justificáveis. Isso porque, elas nascem em uma época de crise e expressam a situação de uma Europa dilacerada física e moralmente por duas guerras, cujas populações experimentam a perda da liberdade e o aviltamento da condição humana por ocasião dos totalitarismos nazi-fascistas e comunistas, simbolizados por empreendimentos trágicos como *Auschwitz* e o *Gulag*.¹²

¹⁰ Cf. HUISMAN, 2001, op. cit., p. 40 et. seq.

¹¹ Cf. MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. In: _____. **Obra dispersa:** filosofia do direito, direito público, outros. Braga: Scientia Iuridica, 1993. p. 85.

¹² “O século XIX apareceu cheio de esperanças no homem, que acreditava firmemente no futuro da ciência, certo do progresso de civilização enriquecida constantemente pelas descobertas técnicas, cuja nocividade só parecia evidente a alguns espíritos mais avisados. Sucedeu-lhe um século XX, em que predominam a dúvida, o desespero e a desilusão. Os temas constantes dessa época são o desespero, a derrelição, a angústia e a náusea, o desgosto e a vergonha. No século XIX, acreditava-se numa verdade absoluta, numa razão clara e distinta. O positivismo surgiu como um ‘canto de galo’ anunciando as promessas de uma nova era. O século XX parece não acreditar em mais nada. Onde o século XIX via clareza, simplicidade e facilidade, o século XX só vê enigma e escuridão. O mundo do século XX parece ser um mundo artificial onde tudo é absurdo”. GILES, Thomas Ransom. **História do existencialismo e da fenomenologia**. São Paulo: EDUSP, 1975, v.1. p. 1.

Comumente essa corrente filosófica é dividida pelos manuais de história da filosofia em dois grandes blocos: o primeiro é constituído pelo *existencialismo cristão* de Karl Jaspers e Gabriel Marcel, enquanto que o segundo é formado pelo *existencialismo ateu* de Martin Heidegger,¹³ Jean-Paul Sartre, Albert Camus e outros *existencialistas* franceses.

Desde já é importante esclarecer que a segunda perspectiva não é de forma alguma um ateísmo que se esforça para demonstrar que Deus não existe, mas sim uma doutrina que *prescinde* de Deus, que não se preocupa com Deus, enfatizando a *responsabilidade humana* na construção do seu destino, já que mesmo que haja uma prova válida de que Deus exista em nada se altera a *absurda* condição do homem de *ter-de-ser* ou *existir*, conforme a análise empreendida a seguir.¹⁴

Levando-se em conta a pluralidade das conclusões a que chegam cada bloco ou, mais precisamente, cada autor, as quais se revelam invariavelmente dissonantes entre si, fundamental se faz escolher com quais perspectivas filosóficas lastrear-se-á o trabalho. Com efeito, conforme já assentado, opta-se pelo pensamento de Jean-Paul Sartre e Albert Camus, porquanto ambos, para além de sobrelevarem a dignidade humana, enfatizam a *responsabilidade* do homem na construção de uma nova ordem, razão pela qual suas filosofias podem ser consideradas como filosofias da ação, o que se coaduna com os objetivos do trabalho de buscar fundamentos para uma efetiva realização dos direitos humanos, já que esses direitos serão aqui considerados como um produto do agir e fazer humanos livres ou, ainda, como uma *praxis da liberdade*.

Muito embora haja certa dissensão entre o pensamento de Sartre e Camus, o que explicita a singularidade do gênio de cada qual, na verdade “ambos, seja Camus, seja Sartre, possuem uma perspectiva em comum, pois vêm na liberdade a grande chave para a compreensão do que é humano”.¹⁵

¹³ Muito embora o núcleo de preocupações sobre o qual Heidegger se debruçou durante toda sua vida tenha sido a *questão sobre o sentido do ser*, negligenciada desde a antiga ontologia, cujo acervo - nas lições do filósofo alemão - deveria ser destruído, na medida em que se tomou o *ser* pelo *ente*, a sua analítica existencial parte do homem, já que é justamente o *Dasein* (traduzido por *ser-aí*, *realidade humana* ou *presença*), o único ente que permite o acesso ao ser, razão pela qual a primeira fase de seu pensamento pode ser classificada como *existencialista*.

¹⁴ Cf. SARTRE, [19--], op. cit., p. 295-296.

¹⁵ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 345.

Ambos, com efeito, tomam ciência e põem em relevo o *absurdo*. Aliás, o próprio Camus declarou que a sua diferença com Sartre é que ele, Camus, colocava o *absurdo* no início, mas esperava não encontrá-lo na chegada.¹⁶ Nessa esteira, pode-se concluir que “a diferença da filosofia de vida sartreana e camusiana reside no fato de que o absurdo para a primeira é o estado vital ‘par excellence’, enquanto para a segunda é uma constatação que permite ao homem começar a viver”.¹⁷

A cumplicidade desses pensadores se mostra ainda mais vigorosa e consistente quando comparadas a *estranheidade* do homem frente ao mundo, analisada por Camus, e a negatividade do *para-si* diante do *em-si*, teorizada por Sartre.¹⁸ Até mesmo a obra *O homem revoltado*, de Camus, cuja publicação representou a gota d’água para a ruptura entre ambos, denota uma vigorosa irmandade, conforme noticia Ronald Aronson:

O primeiro esboço das idéias de *O homem revoltado*, ‘Remarque sur la révolte’, parece ter sido escrito em 1943 ou 1944 diretamente sob a inspiração do contato de Camus com *O ser e o nada* [de Sartre]. Esse pequeno ensaio remete notavelmente à maneira como Sartre concebeu a negação do em-si pelo para-si, e num tom sartriano Camus enfatiza que a revolta *cria* valores.¹⁹

Na verdade, podem ser lembrados vários aspectos comuns no pensamento dos dois filósofos:

[...] a tomada de consciência lúcida e brutal do horror da condição humana; a passagem pelo desespero e o recurso ao sentimento de liberdade para sair dele; [...] a desconfiança nietzschiana em relação a todo o absoluto perturbador da consciência e a todo sucedâneo da ideia de Deus; o apelo à solidariedade como único valor social positivo.²⁰

Em suma, os dois filósofos colocam em relevo a *responsabilidade existencial* do homem na construção de seu destino ao salientar a força e o poder humanos, capaz de remover ou perpetuar tiranias e injustiças e que, *absurdamente*, esbarram num obstáculo intransponível: a morte.

¹⁶ Cf. LÉVY, Bernard-Henri. **O século de Sartre**: inquérito filosófico. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 353. Essa asserção é encontrada num artigo de Camus em que comenta *A náusea*, de Sartre. *In verbis*: “Constatar o absurdo da vida não pode ser um fim, mas apenas um começo. Esta é uma verdade da qual partiram todos os grandes espíritos. Não é esta descoberta que interessa, e sim as conseqüências e as regras de ação que se tira dela”. *A náusea*, de Jean-Paul Sartre. In: _____. **A inteligência e o cadafalso e outros ensaios**. Trad. Manuel da Costa Pinto. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002a. p. 136.

¹⁷ BARRETO, 1991, op. cit., p. 18.

¹⁸ Cf. LUMIA, Giuseppe. *Diritto, società e stato nella filosofia dell’esistenza*. Milano: Giufré, 1961. p. 88.

¹⁹ ARONSON, Ronald. **Camus e Sartre**: o polêmico fim de uma amizade no pós-guerra. Trad. Caio Liudvik. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007. p. 201.

²⁰ RIBEIRO, 1996, op. cit., p. 140.

A lucidez e a perspicácia desses pensadores, com todas essas nuances, serão pormenorizadamente analisadas a seguir. Desde agora, é importante esclarecer que nestes tempos de *modernidade líquida*, conforme a teorização do sociólogo polonês Zygmunt Bauman, nos quais como em nenhuma outra época salientam-se os efeitos e as conseqüências de nossas *escolhas*, ao *homo eligens* (homem que escolhe) evidencia-se a *angustiante* suspeita ou a descoberta dolorosa de que não existem regras claras e confiáveis, objetivos aprovados de validade universal, que possam aliviá-lo de sua *responsabilidade* pelas conseqüências imprevisíveis do que escolheu,²¹ o que explicita a atualidade das reflexões de Sartre e Camus.

Se os totalitarismos estatais de meados do século XX desnudaram a *absurdidade* da condição humana e colocaram na ordem do dia o problema da liberdade, contribuindo para o florescimento das idéias desses *filósofos da existência*, o *totalitarismo financeiro* e o *fascismo social* dos tempos hodiernos,²² em que pese tentarem sub-repticiamente escamotear essas questões, reforçam a importância de revisitar esses autores, até porque a condição humana permanece (e sempre será!) *absurda*.

²¹ Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 142-143.

²² “Com efeito, vivemos a *era do totalitarismo financeiro*, que é a forma mais atroz, mais selvagem, mais indigna de opressão e ditadura, jamais gerada nas entranhas do capitalismo”. BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 6, grifo nosso.

1.1 Sartre: filósofo da liberdade

“Como fazer, após a morte do homem, para que os direitos do homem não sejam direitos mortos de um homem morto? Pois bem, temos Sartre. O velho Sartre. Não o líamos mais. Mas com a força da idéia de ‘intencionalidade’ e do seu deslumbramento husserliano, ele tinha, há muito tempo, resolvido nossa equação”.

(Bernard Henri-Lévy, O século de Sartre: inquérito filosófico)

Jean-Paul Sartre (1905-1980) foi um intelectual total. Filósofo, romancista, dramaturgo, contista, crítico literário, ensaísta e analista político, este homem de seu tempo construiu sua vasta e multifacetada obra alimentado pelos problemas que a humanidade experimentou no pós-guerra do século XX, constituindo-se num dos maiores exemplos de intelectual engajado que o mundo já presenciou.

Incompreendido e atacado por todos os lados,²³ não raras vezes odiado, teve sua obra incluída no *Index* pelo Santo Ofício quando ainda estava vivo, sofreu atentados a bomba em seu apartamento e nas instalações da revista *Les temps modernes*, teve suas estátuas apedrejadas em Paris, numa espécie de atentado póstumo, ao mesmo tempo em que foi cultuado, mobilizando mais de 50 (cinquenta) mil pessoas em seu enterro.

O menino que sonhava em ser Espinosa e Stendhal tornou-se o Descartes e o Zola do século XX,²⁴ vale dizer, “o último filósofo, a quem devemos tudo” - segundo Giles Deleuze -,²⁵ e o vencedor do prêmio Nobel de literatura, recusado, porém, em 1964.

²³ “Atacaram-no em nome de Deus e da ciência, da moral e dos bons costumes, da juventude e da velhice, da direita e da esquerda, da extrema direita e da extrema esquerda, do conformismo achincalhado, do comunismo e do anticomunismo, da honra nacional e da bandeira espicaçadas, da transgressão necessária, da resistência, da colaboração”. LÉVY, 2001, op. cit., p. 45.

²⁴ Cf. HUISMAN, 2001, op. cit., p. 125.

²⁵ DELEUZE, Giles apud LÉVY, 2001, op. cit., p. 223.

Para Norberto Bobbio “[...] *su significación consiste en haber tratado de construir la más radical filosofía de la libertad que hasta hoy haya aparecido en la historia de la filosofía*”.²⁶

Com efeito, o *existencialismo* sartreano, teorizado principalmente em *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica* e *O existencialismo é um humanismo*, assim como problematizado em romances filosóficos, que exprimiram os mais complexos dramas humanos, pode ser caracterizado como uma *ontologia da liberdade*, ou ainda, como uma *ontologia do ser em situação*.

Levando-se em conta a análise de Adam Schaff que, ao escrever sobre o *existencialismo*, menciona duas tendências filosóficas que remontam ao pensamento grego, quais sejam, a filosofia jônica – que procurava a substância original do mundo, cujo exemplo marcante são os pré-socráticos que, ventilando hipóteses sobre o fogo, a água, o ar e a terra, procuravam a essência do *ser* -, e a filosofia socrática – que buscava refletir sobre os problemas práticos e morais da *existência* humana -, Sartre é eminentemente socrático.²⁷

O filósofo francês constata, tal como os pensadores *existencialistas* em geral, o *absurdo* da condição humana, o que significa considerar a *existência* contingente e gratuita, já que não há explicação que dê conta de justificá-la. A *existência* humana é para Sartre, portanto, por si só *absurda*, diferentemente do que apregoa Camus.

Ilustra essa contingência da *realidade humana* um excerto de seu romance *A náusea*:

O essencial é a contingência. O que quero dizer é que, por definição, a existência não é a necessidade. Existir é simplesmente *estar aqui*; os entes aparecem, deixam que os *encontremos*, mas nunca poderemos *deduzi-los*. Creio que há pessoas que compreenderam isso. Só que tentaram superar essa contingência inventando um ser necessário e causa de si próprio. Ora, nenhum ser necessário pode explicar a existência: a contingência não é uma ilusão, uma aparência que se pode dissipar; é o absoluto, por conseguinte a gratuidade perfeita. Tudo é gratuito: esse jardim, essa cidade e eu próprio.²⁸

O filósofo considera, por conseguinte, o homem como um ente *lançado ao mundo*, em estado de derrelição, abandonado à sua própria sorte, razão pela qual

²⁶ BOBBIO, Norberto. **El existencialismo**: ensayo de interpretación. Trad. Lore Terracini. 5.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 86. Tradução livre: sua significação consiste em ter construído a mais radical filosofia da liberdade que até hoje já apareceu na história da filosofia.

²⁷ Cf. MACIEL, Luiz Carlos. **Sartre**: vida e obra. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 16.

²⁸ SARTRE, Jean-Paul. **A náusea**. Trad. Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2006. p. 164-165, grifo do autor.

ele terá de fazer e ao fazer, fazer-se, a fim de dar sentido e justificar a *existência*, o que permite concluir que Sartre construiu uma filosofia da ação ou do engajamento, ou, melhor, uma autêntica filosofia da *praxis*.

E nisso reside outro aspecto da *absurdidade*, pois esse fazer e fazer-se é datado, posto que a *existência humana* é finita, na medida em que a morte é o fim da aventura neste mundo e é *absurdo* que esse fim seja *de per si* imprevisível. Ou seja, nas palavras da personagem Roquentin de *A náusea*, “para suportar [...] a condição humana precisa de muita coragem [...]; o próximo instante pode ser o de sua morte”.²⁹

Paralelamente à constatação do *absurdo* encontra-se o conceito de *intencionalidade* apropriado de Edmund Husserl, de acordo com o qual “a consciência sempre é consciência de alguma coisa”, não sendo temerário falar que a fenomenologia husserliana é um dos fundamentos do existencialismo sartreano em germe.³⁰

Isso porque, com ela a consciência torna-se agente e não mais receptáculo de impressões. Nessa esteira, a consciência não tem “conteúdo” e é posicional de um objeto, ou seja, a consciência é intencional. A fenomenologia, portanto, expulsa as coisas da consciência e restabelece a verdadeira relação entre esta e o mundo, a saber, a consciência como consciência posicional *do* e *no* mundo.³¹ Com efeito, Husserl ensina que não se pode dissolver as coisas na consciência e, por conseguinte, que conhecer não é comer com os olhos, mas sim “explodir em direção a”.³²

Recorrendo-se à explicação de Luiz Damon Santos Moutinho, infere-se que “é impossível um vivido, um fato de consciência que não intencione, que não aponte para algo. A medida da consciência se esgota numa relação – desvendando o mundo, preenchendo de significado, *humanizando-o*”.³³

²⁹ SARTRE, 2006, op. cit., p. 153.

³⁰ Cf. HUISMAN, 2001, op. cit., p. 54. A herança husserliana está presente, sobretudo, nas reflexões filosóficas sartreanas inaugurais: Cf. **A imaginação**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008a e **Esboço para uma teoria das emoções**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008c.

³¹ Cf. SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 22.

³² Cf. Id. Uma idéia fundamental da fenomenologia de Husserl: a intencionalidade. In: _____. **Situações I**. Trad. Cristina Prado. São Paulo: Cosac Naify, 2005h. p. 55-56.

³³ MOUTINHO, Luiz Damon Santos. **Sartre**: existencialismo e liberdade. São Paulo: Moderna, 1995. p. 58, grifo do autor.

De posse dessa teorização Sartre dá um passo fundamental na construção de sua doutrina, porquanto descobre que é a liberdade que permite à consciência funcionar desse modo posicional, intencionalmente, de modo que a liberdade é co-essencial à consciência, isto é, o seu próprio modo de ser. Em outras palavras, é a liberdade que estrutura o homem como homem e permite sua *existência*, já que é uma designação específica da própria qualidade de ser consciente.³⁴

A partir daí floresce com grande vigor o *existencialismo* sartreano e a fenomenologia se desenvolve como filosofia da ação e do fazer.³⁵ Para a compreensão do real alcance do significado dessas qualificações, ou seja, da tomada do *existencialismo* como filosofia da *praxis*, há que se descer às minúcias de alguns conceitos sartreanos desenvolvidos em seu *O ser e o nada* e que foram popularizados em *O existencialismo é um humanismo*. Assim, pode-se dizer que Sartre trabalha com três estruturas ontológicas: *em-si*, *para-si* e *para-outro*.³⁶

O *em-si* é o ser que *é o que é*. Ele é opaco, maciço, denso e pleno. É si-mesmo por todo o tempo, indefinitivamente. Desconhece, portanto, a alteridade e não se coloca jamais como *outro* a não ser si mesmo. Em síntese, ele escapa à temporalidade e simplesmente *é*, coincidindo sempre consigo mesmo.³⁷

À guisa de exemplo, pode-se dizer que as coisas são *em-si*, ou seja, uma pedra *é* indefinidamente a mesma pedra, da mesma forma que um cachorro *subsiste* enquanto cachorro. Ambos simplesmente *são*, ou melhor, *são o que são*.³⁸

Desde já, há que se abrir um parêntese e antecipar algumas reflexões posteriores, deixando-se, pois, assentado, que algumas correntes do pensamento jurídico concebem o direito e os direitos do homem como um *em-si*, vale dizer, como

³⁴ Cf. FERREIRA, Vergílio. Da fenomenologia a Sartre. In: SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. 2.ed. Lisboa: Editorial Presença, [19--]. p. 130.

³⁵ Entre 1939 e 1940, Sartre relata em seus cadernos que um fosso começou a separá-lo de Husserl, pois ele começou a se dar conta de que a fenomenologia husserliana evoluía para o idealismo. Cf. **Diário de uma guerra estranha**. Trad. Aulyde Soares Rodrigues e Guilherme J. F. Teixeira. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005b. p. 419-420.

³⁶ Cf. Id., 2007, passim.

³⁷ Cf. Ibid., p. 38-39.

³⁸ Albert Camus, em seu romance *A morte feliz*, ilustra que o homem não é um *ser-em-si* a partir das reflexões de uma personagem que escutara de outra, depois de muito tempo de afastamento, que ela não mudara em nada: "Admirava a curiosa cegueira pela qual os homens, bem-informados sobre as mudanças que se produzem neles próprios, impõem aos amigos a imagem que, de uma vez por todas, fizeram deles. Em sua opinião, julgavam-no segundo o que ele tinha sido. *Assim como um cão não muda de caráter, os homens são como os cães para os outros homens*". **A morte feliz**. Trad. Valerie Rumjanek. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 110, grifo nosso.

um fenômeno dado, pronto e acabado, que escapa à temporalidade e possui uma essência perene. Para essas vertentes, o direito (e os direitos!) *é*, ou melhor, *é o que é*, de modo a sempre coincidir consigo mesmo.

Fechando-se o parêntese, depreende-se que enquanto a matéria *resiste*, o objeto *consiste*, o animal *subsiste*, o homem é o único ente que *existe*.³⁹ O homem, ou, melhor, a consciência humana é o *para-si*.

O *para-si*, diferentemente do *em-si*, que é maciço e opaco, é vazio e incompleto. Se o *em-si* é somente si mesmo, o *para-si* é o ser que não pode coincidir consigo mesmo.⁴⁰ Ele não é simplesmente, tal qual uma pedra ou um animal, mas é um porvir e *tem-de-ser* o seu *ser*.⁴¹

Há uma tensão, ou, ainda, uma autêntica interdependência, entre o *em-si*, pronto e acabado, e o *para-si*, que a ele se refere e está por fazer e fazer-se.

Percebe-se, dessa forma, que Sartre “[...] quer uma ‘verdadeira’ coisa, um ‘verdadeiro’ sujeito e, entre os dois, uma dialética que ultrapasse o enfrentamento estéril do coisismo e subjetivismo”.⁴² Nas palavras do próprio pregador da liberdade: “recuso-me a escolher entre realismo e solipsismo, materialismo e idealismo – recuso esse enfrentamento estéril que atravessa a história da filosofia e que é dos adeptos do mundo sem consciência ou o dos fanáticos da consciência sem mundo”.⁴³

Diante dessa tensão dialética pode-se sartreanamente concluir que o *para-si*, ou, ainda, o homem não coincide consigo mesmo, porquanto “[...] é um ser para o qual, em seu próprio ser, está em questão o seu ser enquanto este ser implica outro ser que não si mesmo”.⁴⁴

O homem, por conseguinte, está condenado a *ter-de-ser*. O homem não pode abandonar a *existência*.⁴⁵ Na célebre fórmula sartreana: *o homem está condenado a*

³⁹ Cf. HUISMAN, Denis. **Dicionário de obras filosóficas**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 495.

⁴⁰ Cf. SARTRE, 2007, op. cit., p. 127.

⁴¹ Cf. Ibid., p. 178. A este respeito, Martin Heidegger já ensinava que a “essência” do *Dasein* (*ser-aí*, *realidade humana* ou *presença*) está em *ter-de-ser*. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 2.ed. São Paulo: Vozes, 2007, p. 85, 98, 172 e 282.

⁴² LÉVY, 2001, op. cit., p. 134.

⁴³ SARTRE, Jean-Paul apud Ibid., loc. cit.

⁴⁴ Id., 2007, p. 35.

⁴⁵ Cf. Id., 2006, p. 168.

*ser livre!*⁴⁶ “Condenado, porque não se criou a si próprio; e no entanto livre, porque uma vez lançado ao mundo, é responsável por tudo quanto fizer”.⁴⁷

Valendo-se de outro notável preceito sartreano, pode-se dizer que no homem *a existência precede e condiciona a essência*.⁴⁸ O homem *existe* e só depois se define. Ele nada mais é do que o que ele faz. Não há uma natureza humana dada e imutável, o homem não se submete a nenhuma espécie de determinismo,⁴⁹ que poderia ser associado à máxima: *o homem deve ser o que é*. Com efeito, o homem não se assemelha a uma planta, cujo futuro está “escrito” na semente, mas é o próprio demiurgo do seu futuro.⁵⁰

O homem jamais *é*. Ele *existe sendo, é sendo*.⁵¹ Se o *em-si* escapa à temporalidade, posto que ele simplesmente *é*, o *para-si* se temporaliza *existindo*, ou seja, ele só pode ser sob a forma temporal, e não por todo o sempre, já que a *existência* é finita.⁵²

Antecipando-se, novamente, as proposições porvindouras, há de se salientar que este estudo compreende o direito e os direitos como um modo de *ser* do homem, de modo que o fenômeno jurídico, enquanto produto do agir e do fazer humanos livres, nada mais é do que uma *praxis da liberdade*, assumindo os atributos que o homem lhe imprime, vale dizer, o direito (os direitos!) não *é*, mas *é sendo*, um *vir-a-ser* resultante do projetar do homem no mundo através da sua conduta e, pois, das suas *escolhas*, que se encontra enraizado na historicidade e não foge à temporalidade.

Voltando-se ao curso normal da reflexão, pode-se dizer que devendo *existir* no tempo o homem é um *vir-a-ser*, um *dever*, um projeto. Se o *em-si é o que é*, o homem, enquanto presente, *não é o que é* (passado) e *é o que não é* (futuro).⁵³

O passado é *em-si*, porquanto *é o que* o homem é sem poder vivê-lo. Já o presente é *para-si*, no seio do qual o homem está condenado a *ter-de-ser*, enquanto

⁴⁶ SARTRE, 2007, op. cit., p. 543.

⁴⁷ Id., [19--], p. 254.

⁴⁸ Id., 2007, p. 543.

⁴⁹ Cf. Id., [19--], p. 253.

⁵⁰ Cf. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: do romantismo aos nossos dias. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1991. p. 610.

⁵¹ Cf. SARTRE, 2007, op. cit., p. 207.

⁵² Cf. Ibid., p. 192.

⁵³ Cf. Ibid., p. 128.

que no futuro o homem faz-se ser como um projeto fora do presente rumo ao que não é ainda.⁵⁴

O passado não determina os atos a serem praticados, mas o homem não pode tomar uma decisão a não ser a partir dele. É o futuro, isto é, o *projeto fundamental* assumido por cada homem que dá sentido ao seu passado:

A liberdade, sendo escolha, é mudança. Define-se pelo fim que projeta, ou seja, pelo futuro que ela tem-de-ser. Mas, precisamente porque o futuro é o *estado-que-ainda-não-é daquilo que é*, só pode ser concebido em estreita conexão com aquilo que é. E não é possível que aquilo que é ilumine aquilo que ainda não é: pois aquilo que é *falta* e, conseqüentemente, só pode ser conhecido enquanto tal a partir daquilo que lhe falta. É o fim que ilumina aquilo que é.⁵⁵

O filósofo francês Bernard-Henry Lévy clareia esse ponto: “É o futuro que faz o presente, e não o presente que faz o futuro [...]. Ao invés de, como sempre se pensa, o passado engendrar o futuro, é o futuro que ‘decide’ o passado e, principalmente, decide ‘se o passado está vivo ou morto’”. E mais à frente arremata: “Ao invés [...] de me preparar para ser o que serei a partir do que fui, é o que sou, aqui, agora, que depende do que serei e é ele, então, o futuro, que dá ao presente, e ao passado, sua força, seu sentido, seu sabor”.⁵⁶ Assim, enquanto o senso comum pensa que o tempo flui como um rio que escoar em direção mar, de modo que o que está para vir vem de trás, da nascente do rio ou do passado, sendo, pois, o presente conseqüência do passado e o futuro conseqüência do presente, Sartre demonstra que o que vem é o futuro e o que escoar é o passado, ou seja, o tempo obedece a um caminho inverso ao que desenvolve o fluxo normal do rio.⁵⁷

O homem *existe*, pois, sempre para além do que é; porvir de si mesmo, ele é seu próprio futuro.⁵⁸ O futuro, ou, melhor, o *projeto fundamental* governa o fazer e, logicamente, o fazer-se, revelando aquilo que o homem é.

Com efeito, o homem faz e, ao fazer, faz-se, através de suas *escolhas*. Porque é livre e *está condenado a ser livre* o homem *tem-de-ser* escolhendo. A *absurdidade* emerge dessa condenação: não há possibilidade de não escolher. O homem não pode não escolher, ou seja, não pode recusar-se a *ser*.⁵⁹ Para a *realidade humana*, *ser é escolher-se*. Somos escolha, e ser é, para nós, escolher-

⁵⁴ Cf. SARTRE, 2007, op. cit., p. 172, 174, 180.

⁵⁵ Cf. Ibid., p. 610-611, grifo do autor.

⁵⁶ LÉVY, 2001, op. cit., p. 269.

⁵⁷ Cf. MOUTINHO, 1995, op. cit., p. 64-65.

⁵⁸ Cf. SARTRE, 2007, op. cit., p. 256, 261.

⁵⁹ Cf. Ibid., p. 590.

nos.⁶⁰ A própria não escolha é uma escolha ainda.⁶¹ O homem só não escolhe ser livre, ou seja, ele somente não dispõe acerca de sua *absurda* condenação a ter de *escolher* e, portanto, *ser*.

Essa terrível necessidade de ser livre constitui a sina do homem, ou seja, o fato de que ele não pode confiar a ninguém, salvo a si mesmo, o cuidado de se fazer *ser*, ainda que não tenha escolhido *ser* e haja nascido.⁶²

Nesse ponto, fácil fica perceber o que dá causa à *angústia* humana. Isso porque, se o homem, *absurdamente*, está condenado a *escolher* e a fazer-se, a *angústia* deriva das possibilidades, cujas conseqüências não estão previstas, decorrentes das inúmeras *escolhas* que se lhe põem, e da consciência de que a assunção de quaisquer delas é que revelam o que realmente ele seja.

Em outras palavras, é através das *escolhas* – que remetem ao *projeto fundamental* - e, por conseguinte, do fazer, que o homem, *existindo*, projeta-se no mundo, faz-se e define-se. A *realidade humana* nada mais é do que aquilo que o homem *escolhe* e faz.

Para Sartre, portanto, *ser* se reduz a *escolher* e, por conseguinte, a fazer. O homem não é primeiro para agir depois, de modo que *ser* é agir e deixar de agir é deixar de *ser*. A liberdade não é um dado ou uma propriedade; ela só pode ser *escolhendo-se* e o homem só pode ser captado, só pode ter desvelado o que realmente ele seja, enquanto *escolha* no ato de se fazer.⁶³

Por essa razão, num ensaio dedicado a comentar a obra *O ser e o nada*, o filósofo alemão Hans-Georg Gadamer afirma que para Sartre “*el ser es el ser de lo que se presenta mismo*”.⁶⁴

⁶⁰ Cf. SARTRE, 2007, op. cit., p. 414.

⁶¹ Cf. Id., [19--], p. 280.

⁶² Cf. Id., 2007, p. 475. No conto *A infância de um chefe*, Sartre ilustra literariamente esse juízo ao descrever a personagem desajustada Lucien: “Sua existência era um escândalo, e as responsabilidades que assumiria mais tarde serviriam apenas para justificá-la. ‘Final, [pensa Lucien] não pedi para nascer’”. *A infância de um chefe*. In: _____. **O muro**. Trad. H. Alcântara Silveira. 20.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005c. p. 186-187, destaque nosso.

⁶³ Cf. Id., 2007, p. 586, 587, 590.

⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *El ser y la nada* (J. P. Sartre). In: _____. **El giro hermenéutico**. Trad. Arturo Parada. 3.ed. Madrid: Catedra, 2007. p. 47. Tradução livre: o ser é o ser do que se apresenta por si mesmo.

A tomada de consciência de que o homem é livre e o seu próprio devir, de que ele *existe existindo* ou de que *ele faz seu caminho ao caminhar*, engendra a *angústia*.

É na *angústia* do *ser* finito que o homem adquire consciência da sua liberdade.⁶⁵ Posto que ele *tem-de-ser* e é responsável pelo que fizer de si, o homem *angustia-se* ao perceber que, de acordo com mais uma insigne sentença sartreana, *estamos sós e sem desculpas*.⁶⁶

A *angústia* sobreleva-se quando o homem percebe que, comprometido em sua *escolha*, pode abruptamente inverter essa escolha e “mudar o seu rumo”. Nas palavras do filósofo da liberdade: “[...] estamos perpetuamente submetidos à *ameaça* da *nadificação* de nossa atual escolha, perpetuamente submetidos à *ameaça* de nos escolhermos – e, em conseqüência, nos tornarmos – outros que não estes que somos”.⁶⁷

Não obstante, o homem, freqüentemente, edifica inúmeros parapeitos de proteção contra a *angústia*. Vale dizer, ele adota condutas de fuga contra a *angústia* e, conseqüentemente, contra a consciência de sua liberdade, a fim de tranqüilizar-se, escapando-se de sua *responsabilidade existencial*, porquanto essas condutas constituem um jogo permanente de desculpas.⁶⁸ Na verdade, diante da necessidade de *ter-de-ser*, imanente ao *para-si*, o homem empenha-se em alhear-se ante o devir, busca ser como um *ser-em-si*, ou seja, ser senão aquilo que é.

Essa atitude de fuga é denominada por Sartre de *má-fé*. Enquanto que a *mentira* implica que o mentiroso esteja completamente a par da verdade que esconde, a fim de enganar o *outro*, a *má-fé* é a conduta de quem mente a si mesmo, um auto-engano, seja para mascarar uma verdade desagradável, seja para apresentar como verdade um erro desagradável.⁶⁹

Na *má-fé* o homem esconde de si o *ser* que ele realmente é e tenta constituir-se como sendo aquilo que ele não é. Com efeito, “a condição de possibilidade da *má-fé* é que a realidade humana [...] *seja o que não é e não seja o que é*”.⁷⁰

⁶⁵ Cf. SARTRE, 2007, op. cit., p. 72.

⁶⁶ Cf. Id., [19-], p. 253.

⁶⁷ Id., 2007, p. 573, grifo do autor.

⁶⁸ Cf. Ibid., p. 84-85.

⁶⁹ Cf. Ibid., p. 93-94.

⁷⁰ Ibid., p. 115, grifo nosso.

Em suma, para Sartre o homem que *existe* no sentido pleno da palavra, isto é, que se reconhece *livre, responsável e sem desculpas* tem uma *existência autêntica*, enquanto que o homem que *existe* quedado na *má-fé*, valendo-se permanentemente de desculpas a fim de apaziguar a *angústia* e fugir da sua *responsabilidade existencial*, possui uma *existência inautêntica*.

Bem esclarece esse binômio o filósofo Denis Huisman:

[...] a humanidade vai dividir-se entre aqueles cuja existência será *autêntica*, que assumirão inteiramente sua consciência de ser (seu 'para-si') e aqueles que, recusando assumir seu 'para-si', se refugiarão no 'em-si' tornando-se o que Sartre chama os 'cafajestes' *inautênticos* e de 'má-fé'.⁷¹

Há que se ressaltar que as *escolhas* por meio das quais o homem *existe autenticamente*, ou seja, intenta seu *projeto fundamental* e faz-se *ser*, encontram limites no *outro*. Os homens não *existem* à revelia dos *outros*, vale dizer, eles *coexistem*. E aqui tem assento a terceira estrutura ontológica com a qual Sartre trabalha, qual seja, o *para-outro*.

Para o filósofo francês, "... a intuição genial de Hegel é a de fazer-me dependente do outro em meu *ser*", de modo que "... é somente na medida em que se opõe ao outro que cada um é absolutamente Para-si; afirma contra o outro e frente ao outro seu direito de ser individualidade".⁷²

A *realidade humana* é, por conseqüência, simultaneamente *para-si* e *para-outro*, cabendo ao homem *escolher* captar o *outro* como sujeito ou objeto.⁷³

Essa atitude do *para-si* em referência ao *outro* é tratada por Sartre em *O ser e o nada* como, fundamentalmente, uma constante guerra ou um conflito insolúvel, na medida em que o *para-si* objetifica o *outro*, estando as relações humanas destinadas ao fracasso. Daí por que o filósofo afirma que "o conflito é o sentido originário do ser-para-outro",⁷⁴ posto que, ao *existir, coexistindo*, o homem nada mais é do que um limite à liberdade do *outro*.

⁷¹ HUISMAN, 2001, op. cit., p. 140-141, grifo do autor.

⁷² SARTRE, 2007, op. cit., p. 307- 308.

⁷³ Cf. Ibid., p. 361, 638.

⁷⁴ Ibid., p. 454.

Traduz dramaturgicamente esse ponto de vista a conclusão da personagem Garcin, na peça *Entre quatro paredes*, sintetizada na famosa frase: “O inferno são os Outros!”.⁷⁵

Todavia, Sartre modifica esse posicionamento, talvez impulsionado pela experiência de vida coletiva vivenciada em 1940 na prisão do *Stalag* durante a invasão da França pela Alemanha nazista.⁷⁶

Nessa esteira, em *O existencialismo é um humanismo*, Sartre exalta a importância da *coexistência* e da solidariedade humana, abandonando seu pessimismo inicial, afirmando que “o outro é indispensável à minha existência” e descobrindo que a nossa liberdade “[...] depende inteiramente da liberdade dos outros, e que a liberdade dos outros depende da nossa”.⁷⁷

Compartilha dessa análise o filósofo italiano Giuseppe Lumia, para quem a exaltação da solidariedade presente nesse ensaio e em outros escritos posteriores não se encontra em *O ser e o nada*: “è evidente che siffatte conclusioni non possono in alcun modo conciliarsi con l’analisi ontologica dell’essere-per-l’altro che il Sartre aveva sviluppato nell’Être et Le néant”.⁷⁸

Nesse aspecto, em que se teoriza em torno de uma liberdade solidária, sobreleva-se o papel do direito e, conseqüentemente, dos direitos humanos, porquanto “[...] el Derecho debe aparecer como um instrumento imprescindible para realizar a libertad conjunta de todos los hombres”.⁷⁹

Diante do objetivo de alertar os homens para a importância da *existência autêntica*, de sorte a fazer com que cada um se coloque a questão de “o que fazer com sua liberdade”, Sartre obteve de forma evidente sua resposta durante a resistência francesa ao nazi-fascismo: “Foi na luta de vida e morte pela liberdade, pela identidade, que Sartre aprendeu que a liberdade não significa imobilidade. Pois,

⁷⁵ SARTRE, Jean-Paul. **Entre quatro paredes**. Trad. Alcione Araújo e Pedro Hussak. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008b. p. 125.

⁷⁶ Cf. LÉVY, 2001, op. cit., p. 435-466.

⁷⁷ SARTRE, [19--], op. cit., p. 275, 287.

⁷⁸ LUMIA, 1961, op. cit., p. 84. Tradução livre: é evidente que tais conclusões não podem de modo algum conciliarem-se com a análise ontológica do *ser-para-outro* que Sartre tinha desenvolvido em *O ser e o nada*.

⁷⁹ SAN MIGUEL, Luis Garcia. **Moral y derecho en la filosofía existencialista**: un estudio sobre Heidegger y Sartre. Madrid: Reus, 1965. p. 30. Tradução livre: ... o Direito deve aparecer como um instrumento imprescindível para realizar a liberdade conjunta de todos os homens.

a liberdade é por natureza criativa. Em sua incessante atualização o indivíduo deve escolher, e escolhendo, engajar-se”.⁸⁰

Sartre descobriu, portanto, o valor da solidariedade humana como realidade que podia dar um conteúdo, uma consistência prática e um terreno de ação à liberdade.⁸¹

Com efeito, o homem *escolhe-se* em relação com os outros, já que “[...] é em face dos outros que escolhemos e nos escolhemos a nós”.⁸² Ademais, o homem, ao *escolher-se*, afirma o valor do que *escolhe*, ou seja, cria uma imagem do homem por si escolhida, razão pela qual ele não só *se escolhe*, mas também *escolhe* todos os outros, de modo que ele é responsável por aquilo que é e, ainda, por todos os homens.⁸³

Estando condenado a ser livre o homem carrega nos ombros o peso do mundo inteiro, já que é *responsável* pelo mundo e por si mesmo enquanto maneira de *ser*.⁸⁴ Dessa forma, o homem *escolhe* o mundo, *escolhendo* a si mesmo.

É, destarte, *escolhendo* a si mesmo e, logicamente, o mundo, ou seja, construindo-se, que o homem constrói os valores e realiza-se eticamente. Se a *existência precede e condiciona a essência*, o homem, não tendo uma natureza prefixada, faz-se fazendo-se, constrói-se o que é, determina-se *essência* por aquilo que realiza. Ao partir do *nada*, posto que lançado ao mundo, sem leis inscritas numa vontade divina, na natureza ou num céu inteligível – diferentemente, como se verá, do que apregoa o jusnaturalismo -, abandonado a si e condenado a *ter-de-ser*, o homem tem de constituir-se uma tábua de valores e assumi-los com *responsabilidade*.⁸⁵

Percebe-se, por essa razão, que a moral para Sartre realiza-se realizando-se e a verdade de uma ética oferece-se iniludível ao homem no próprio ato em que ele se afirma (*escolhe-se*) moralmente em cada *situação* concreta.⁸⁶ É no ato, diante das *situações* que se colocam, que se revelam as *escolhas*, os valores eleitos e,

⁸⁰ GILES, 1975, op. cit., v.2, p. 325.

⁸¹ Cf. Ibid., p. 343.

⁸² SARTRE, [19--], op. cit., p. 285.

⁸³ Cf. Ibid., p. 244-247.

⁸⁴ Cf. Id., 2007, p. 678.

⁸⁵ Cf. FERREIRA, [19--], op. cit., p. 210.

⁸⁶ Ibid., p. 222.

logicamente, o que o homem *seja*. Por isso Sartre chega a afirmar que “... somos integralmente escolha e ato”.⁸⁷

As *situações* históricas nas quais o homem encontra-se imerso regem e estabelecem os limites das *escolhas* e, portanto, os valores a serem assumidos. Isso implica que a moral sartreana não é fadada a nenhuma espécie de gratuidade ou volubilidade. Elucidam esta questão as lições do português Vergílio Ferreira:

Se ainda não há uma tábua prévia de Valores, não poderemos escolher o que entendermos? Sartre responde que vivendo nós em ‘situação’, a nossa escolha não pode ou não deve ser caprichosa ou gratuita. Donde partir, porém, para a realização de um valor, se de nada podemos partir? [...] o Valor realizar-se-á, responde-nos Sartre (adaptando uma imagem de Bergson) como se realiza uma obra de arte. Não porque se prescreva uma moral ‘estética’, mas apenas porque uma obra de arte é imprevisível e todavia necessária, está implícita em cada pormenor e é todavia uma incógnita, realiza-se como um todo que a si mesmo justifica-se, efectiva-se efectivando-se, não existe sequer ‘virtualmente’ mas apenas como realização, não imita uma idéia de Beleza mas constitui-se, por si, beleza, é uma harmonia em si mesmo fechada, única, totalizadora. Um Valor realizamo-lo, ou antes, somo-lo, pela realização harmônica e nós próprios. Aceitarmos um Valor, ou sê-lo, exprime o desejo de um equilíbrio interior, de uma harmonia no todo que nos constituímos.⁸⁸

Para Sartre as coisas, dentre elas a moral e o direito, serão tais como o homem fizer com que elas sejam.⁸⁹ Nesse sentido, o homem é liberdade; mas (há que se ressaltar!) liberdade em *situação*. A liberdade é engajada e, como a consciência, existe *para*.⁹⁰

Isso significa, diferentemente do que pensa o senso comum, que liberdade não é a faculdade de obter os fins escolhidos, mas ter *autonomia de escolha*. Em outros termos, ser livre não significa obter o que se quis, mas determinar-se a querer. Se ao homem bastasse querer para realizar, ele estaria mergulhado em um mundo de sonhos e a liberdade desapareceria, já que só pode haver *para-si* livre enquanto comprometido em um mundo resistente. A *escolha*, enquanto fazer, pressupõe um começo de realização, distinguindo-se do sonho e do desejo.⁹¹

“Não há liberdade a não ser em situação, e não há situação a não ser pela liberdade”.⁹² Isso porque, “[...] não poderia haver liberdade a não ser *restringida*, posto que liberdade é escolha. Toda escolha [...] pressupõe eliminação e seleção

⁸⁷ SARTRE, 2007, op. cit., p. 592.

⁸⁸ Id., [19--], p. 213-214.

⁸⁹ Cf. Ibid., p. 266.

⁹⁰ Cf. GILES, 1975, op. cit., v.2, p. 345-346.

⁹¹ Cf. SARTRE, 2007, op. cit., p. 595.

⁹² Ibid., p. 602.

[...]. Assim, a liberdade não poderia ser realmente livre salvo constituindo a facticidade como sua própria restrição”.⁹³

Ser livre não é escolher o mundo histórico onde surgimos, mas *escolher* a si mesmo no mundo, não importa qual seja. O homem pode nascer escravo, senhor feudal, burguês ou proletário, mas o que ele realmente *é* depende das suas *escolhas* diante de sua *situação* histórica.⁹⁴ O homem, ao nascer, toma um lugar, mas ele é responsável pelo lugar que toma.⁹⁵

Posto isso, conclui-se que o *existencialismo* sartreano, ao conferir ao homem a *responsabilidade existencial* na construção de seu destino, porquanto ele é *liberdade situada* e *tem-de-ser* em meio às circunstâncias históricas das quais compartilha, confere-lhe uma suprema dignidade, diferentemente de outras doutrinas, que o fazem um simples objeto. Com efeito, diante do patético anúncio da morte do homem pelo *estruturalismo*,⁹⁶ torna-se fundamental o regresso a Sartre, sobretudo quando se queira fundamentar consistentemente a dignidade humana e, por conseguinte, pôr em destaque a imprescindibilidade dos direitos humanos.

⁹³ SARTRE, 2007, op. cit., p. 608-609.

⁹⁴ Essa conclusão está plasmada na fala da personagem Orestes, dirigida ao Deus Júpiter, em meio à peça *As moscas*: “Não sou senhor nem escravo, Júpiter. Eu *sou* minha liberdade! Assim que me criaste eu deixei de te pertencer”. SARTRE, Jean-Paul. **As moscas**. Trad. Caio Liudvik. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005a. p. 103, grifo do autor.

⁹⁵ Cf. Id., 2007, p. 609, 640.

⁹⁶ Para uma interseção entre a morte do homem ou a “desconstrução do sujeito” e os direitos humanos, conferir: ALVES, José Augusto Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádia. **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

1.2 Camus: *absurdo, revolta e solidariedade*

O argelino naturalizado francês Albert Camus (1913-1960) é considerado a consciência moral da *intelligentsia* no pós-guerra do século XX. Filósofo, romancista, contista, dramaturgo, poeta e cronista, este pensador combateu na resistência francesa o aviltamento da condição humana e os crimes contra a humanidade perpetrados pelo nazismo, ao mesmo tempo em que não se entregou sectária e cegamente a nenhuma espécie de ideologia, partido ou igreja, denunciando as violações da dignidade humana empreendidas, ainda que de formas distintas, por ambos os blocos antagônicos da Guerra Fria.⁹⁷

Pensador independente, Camus apostou no próprio homem, mais precisamente em sua coragem e lucidez, à revelia de qualquer sistema sócio-político-econômico, para solução dos mais angustiantes problemas humanos. Obcecado pela justiça, desconfiou das falsas esperanças, vale dizer, das promessas de quaisquer desses sistemas apresentadas como prenúncio do paraíso terrestre, já que, para ele, elas suscitavam o conformismo, a cegueira e a rendição ante as várias dimensões de injustiça a que estão submetidos os homens neste mundo.

Não é por outra razão que sua obra é qualificada como eminentemente humanista. Inequivocamente Camus preocupa-se com a busca pela felicidade humana, receitando a solidariedade como antídoto ao *absurdo* consistente em *existir* num mundo envenenado por injustiças.

Ao escavar, por meio da construção de seus romances e de suas personagens, os mais profundos problemas *existenciais*, Camus construiu uma obra que se tornou clássica, cujo reconhecimento máximo se deu com a premiação do Nobel de literatura em 1957.

⁹⁷ Conforme leciona Giuseppe Lumia: “*Anche per Camus, infatti, l’antitesi nella quale si dibatte il mondo contemporaneo non è tanto tra capitalismo e marxismo, entrambi del resto ugualmente irrispettosi dei più essenziali diritti umani, ma tra totalitarismo e libertà, tra oppressori e oppressi. Camus si schiera risolutamente dalla parte degli oppressi, ed auspica una sorte di socialismo non marxistico*”. LUMIA, 1961, op. cit., p. 93. Tradução livre: Também para Camus, na realidade, a antítese na qual se debate o mundo contemporâneo não é tanto entre capitalismo e marxismo, ambas igualmente desrespeitosas dos mais essenciais direitos humanos, mas entre totalitarismo e liberdade, entre opressores e oprimidos. Camus se enfileira resolutamente junto aos oprimidos, e aspira um tipo de socialismo não marxista.

A morte trágica num acidente de automóvel em 1960, descrita por Sartre como um verdadeiro escândalo, interrompeu a obra que todos ansiavam para presenciar o desfecho e comprovou a sabedoria do famoso aforismo: “aqueles a quem os deuses amam morrem jovens”.

Por meio da obra deste verdadeiro artista, que se dedicou por toda a sua curta *existência* a amar a vida, o sol e o mar, sem sucumbir ao desafio supremo de lutar pela justiça, o *existencialismo* ganhou a maior manifestação literária dos problemas humanos, num estilo inconfundível, por vezes chamado de mediterrâneo.

Camus problematizou o *absurdo da condição humana* literariamente atingindo o coração dos homens com sua arte. Sua filosofia foi desenvolvida em seus romances, ao mesmo tempo em que estão presentes em seus ensaios filosóficos imagens de sua obra ficcional, razão pela qual “[...] é de dentro das situações, das ocorrências, das vivências... que emergem os ensinamentos filosóficos camusianos, e não de uma cátedra ou da dedução de qualquer princípio metafísico”.⁹⁸

Posto isso, pode-se dizer que Camus parte do *absurdo*. Todavia, diferentemente de Sartre, conforme visto anteriormente, o escritor de *O estrangeiro* não encara o *absurdo* como conclusão, mas como elemento instigador da vivência humana.⁹⁹ Mais do que descobertas *absurdas* o que lhe interessa são as conseqüências advindas dessas descobertas.

O mal-estar diante da desumanidade do próprio homem, a *náusea* de que falava Sartre,¹⁰⁰ o sentimento de vazio, a *angústia* de se ver lançado e ter de *existir* em um mundo inóspito, contraditório e irracional, no qual o homem se sente um *estrangeiro*, um exilado em seu próprio reino, traduzem o sentimento do *absurdo*.

A impossibilidade de obtenção de respostas seguras aos questionamentos humanos *existenciais* fundamentais, tais como “de onde venho?”, “para onde vou?”, “por quê existo?”, ilustram o sentimento da *absurdidade*.

O advento de acidentes fatais inexplicáveis e a contração de doenças letais por pessoas em pleno gozo da saúde são exemplos corriqueiros do *absurdo*, em que pese a busca pelo conforto da alma remeter-nos à vontade divina.

⁹⁸ BITTAR; ALMEIDA, 2001, op. cit., p. 346.

⁹⁹ Cf. CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Trad. Ari Roitman e Paulina Watch. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007c. p. 16.

¹⁰⁰ Cf. Ibid., p. 29.

“E o que não dizer-se das guerras, da miséria, da exploração do homem, da degradação ambiental, enfim, da instrumentalização da humanidade em nome da acumulação, do lucro, ou de um suposto progresso científico e de uma mal arrevesada evolução tecnológica?”.¹⁰¹

Como explicar estes tempos de *era dos direitos*, em que se eleva a dignidade da pessoa humana ao status de princípio estruturante das ordens jurídicas, reconhecendo-se e positivando-se um considerável catálogo de direitos humanos, mas cuja síndrome de inefetividade permite pensar que se vive, na realidade, numa *era dos direitos nominais*, a não ser pelo *absurdo*?

O *absurdo* provoca um sentimento de *estranheidade* no homem diante de um mundo que aparenta ser indecifrável. Nas palavras do próprio autor de *A peste*:

Um mundo que se pode explicar mesmo que com raciocínios errôneos, é um mundo familiar. Mas num universo repentinamente privado de ilusões e de luzes, pelo contrário, o homem se sente um estrangeiro. É um exílio sem solução, porque está privado das lembranças de uma pátria perdida ou da esperança de uma terra prometida. Esse divórcio entre o homem e sua vida, o ator e seu cenário é propriamente o sentimento do absurdo.¹⁰²

Diferentemente da perspectiva sartreana, segundo a qual a contingência da *existência* humana no mundo, aliada à imprevisibilidade do fim de seu percurso (morte), é por si só *absurda*, na visão camusiana o *absurdo* não está no homem nem no mundo, mas depende do homem e do mundo, é o único laço entre os dois, ele os adere um ao outro, ou seja, o *absurdo* está na presença comum entre homem e mundo.¹⁰³ Na explicação do próprio Sartre, levada a cabo em comentário ao romance camusiano *O estrangeiro*, “[...] como a característica essencial do homem é ‘estar-no-mundo’, o absurdo acaba por coincidir com a própria condição humana”.¹⁰⁴

Essencialmente um divórcio, o *absurdo* não consiste em nenhum dos dois elementos comparados, quais sejam, homem ou mundo, mas nasce da sua confrontação, vale dizer, o sentimento do *absurdo* não advém do simples exame de um fato ou de uma sensação, mas sim da comparação entre um estado de fato e uma certa realidade, uma ação e um mundo que a supera.¹⁰⁵

¹⁰¹ MACHADO, Antônio Alberto. O direito e a ética do absurdo: uma leitura de Albert Camus. **Revista Justiça & Democracia**, São Paulo, n. 3, p. 112, 1997.

¹⁰² CAMUS, 2007c, op. cit., p. 20.

¹⁰³ Cf. Ibid., p. 35.

¹⁰⁴ SARTRE, Jean-Paul. Explicação de *O Estrangeiro*. In: _____. **Situações I**. Trad. Cristina Prado. São Paulo: Cosac Naify, 2005h. p. 119.

¹⁰⁵ Cf. CAMUS, 2007c, op. cit., p. 44-45.

Na realidade, o homem diante de um mundo irracional, durante a aventura em que consiste sua *existência*, deseja felicidade, razão e clareza, e nada obtém, rebentando aí o *absurdo*: “O absurdo nasce desse confronto entre o apelo humano e o silêncio irracional do mundo”.¹⁰⁶

Em outras palavras, o *absurdo* é “[...] o divórcio do espírito que deseja e o mundo que decepciona, minha nostalgia de unidade, o universo disperso e a contradição que os enlaça”.¹⁰⁷ Como se verá mais à frente, o *absurdo* manifesta-se ainda no descompasso que se dá entre os direitos humanos proclamados e a realidade histórico-concreta, entre a busca de solução com justiça dos problemas jurídicos produzidos permanentemente pela *realidade humana* e o silêncio despropositado dos sistemas jurídicos.

Consoante a explicação de Vicente Barreto, estudioso da obra camusiana, “o absurdo é, portanto, a conclusão a que se chega quando pretendemos encontrar no mundo ordem e razão, e achamos somente desordem e irracionalidade”, ou seja, ele representa uma percepção *existencial*, porquanto nada mais é do que “[...] a constatação da aparente irredutibilidade do mundo às categorias racionais”.¹⁰⁸

Não pode haver *absurdo* fora deste mundo, mas tampouco pode haver *absurdo* fora da *realidade humana*.¹⁰⁹ Por essa razão, o *absurdo* termina com a morte, em razão da qual o homem reconcilia-se com o mundo em que se sente um *estrangeiro*, isto é, em linguagem sartreana, torna-se um *em-si*.

Todavia, muito embora o *absurdo* cesse com a morte, inúmeras cortinas ilusórias são alçadas a fim de encobrir com subterfúgios, sub-repticiamente, o sentimento do *absurdo*, com vistas a aplacar a *angústia* que brota nos corações dos homens, cuja origem está na intuição de que se vive em um mundo que não lhes pertence.

Tudo está “armado” para assegurar uma paz tranquilizadora, expurgando-se com explicações racionais e universalizantes – levadas a termo, inclusive, como se pretende demonstrar, por algumas correntes do pensamento jurídico ou “ideologias jurídicas” - as situações que engendram esse sentimento da *absurdidade*, o que

¹⁰⁶ CAMUS, 2007c, op. cit., p. 41.

¹⁰⁷ Ibid., p. 62.

¹⁰⁸ BARRETO, 1991, op. cit., p. 43-44.

¹⁰⁹ Cf. CAMUS, 2007c, op. cit., p. 45.

permite aos homens – e aos homens/juristas - prosseguir conformadamente no cotidiano alienante, encenando uma “vida de gado”.

Mesmo assim, o artista argelino explica que não raras vezes os cenários desabam:

Acordar, bonde, quatro horas no escritório ou na fábrica, almoço, bonde, quatro horas de trabalho, jantar, sono e segunda terça quarta quinta sexta e sábado no mesmo ritmo, um percurso que transcorre sem problemas a maior parte do tempo. Um belo dia surge o ‘por quê’ e tudo começa entrar numa lassidão tingida de assombro. ‘Começa’, isto é o importante. A lassidão está ao final dos atos de uma vida maquinal, mas inaugura ao mesmo tempo um movimento da consciência. Ela o desperta e provoca sua continuação. A continuação é um retorno inconsciente aos grilhões, ou é o despertar definitivo.¹¹⁰

Camus ilustra o *absurdo* através do *mito de Sísifo*, que na mitologia grega foi condenado pelos deuses a empurrar uma rocha incessantemente até o alto de uma montanha, de onde tornava a cair por seu próprio peso, devendo o *herói absurdo* apanhar novamente o rochedo, levá-lo até o cume da montanha, para que ela voltasse a rolar, retomando esse trabalho indefinidamente. Não se sabe ao certo a razão de sua pena, mas o fato é que seu desprezo pelos deuses, seu ódio à morte, sua paixão pela vida lhe valeram esse suplício indizível, friamente orquestrado pelos deuses, que pensaram, com certa razão, que não há castigo mais terrível que o trabalho inútil e sem esperança.¹¹¹

Após contemplar a pedra despencando por alguns instantes, Sísifo terá de regressar à planície. É durante esse regresso, essa pausa, que se repete com tanta certeza quanto a sua desgraça e na qual lhe sobrevém a consciência de sua condição, que o *herói absurdo* interessa a Camus:

Este mito só é trágico porque o seu herói é consciente. O que seria a sua pena se a esperança de triunfar o sustentasse a cada passo? O operário trabalha todos os dias de sua vida nas mesmas tarefas, e este destino não é menos absurdo. Mas só é trágico nos raros momentos em que se torna consciente. Sísifo, proletário dos deuses, impotente e revoltado, conhece toda a extensão de sua miserável condição: pensa nela durante a descida. A clarividência que deveria ser o seu tormento consoma, ao mesmo tempo, sua vitória. Não há destino que não possa ser superado com o desprezo.¹¹²

Percebe-se, por conseguinte, que a lassidão provoca o movimento de consciência. É na descida da montanha o momento trágico em que Sísifo toma consciência de sua *absurda* condição. No entanto, a possibilidade de sua vitória reside paradoxalmente aí, na sua lucidez.

¹¹⁰ CAMUS, 2007c, op. cit., p. 27.

¹¹¹ Cf. Ibid., p. 137-138.

¹¹² Ibid., p. 139.

A consciência de Sísifo faz com que ele seja superior ao seu destino e mais forte que sua rocha. Portador de uma alegria silenciosa, ele sabe que seu destino, criado por si, lhe pertence, que a rocha é sua casa, que é dono de seus dias.¹¹³

Ao perceber que sua vida aparece não sob a forma do rochedo, mas como tudo aquilo que faz o homem superior ao mundo que o cerca, Sísifo sente-se bem e constata que a felicidade reside na luta contra o *absurdo*. E aqui reside o seu legado: “A lição de Sísifo é a de que ele no seu trabalho inútil nega os deuses e o seu rochedo”.¹¹⁴

Consciente do *absurdo*, o homem (e o homem/jurista!) pode, em suma, despertar definitivamente, lutando para superá-lo, residindo aqui a felicidade, ou retornar inconscientemente aos grilhões e algemas que o aprisionam e escamoteiam o *absurdo*.

O despertar é definitivo, porque “um homem consciente do *absurdo* está ligado a ele para sempre”.¹¹⁵ E somente constatando o *absurdo* é que um homem pode começar a ser feliz.¹¹⁶ Camus aposta, dessa forma, na coragem e lucidez do homem para reagir ao *absurdo* e buscar constantemente a felicidade. Conforme a análise de Vicente Barreto, para Camus “[...] os homens podem ser felizes na medida em que são conscientes e lúcidos de sua condição”.¹¹⁷

Em suas *Cartas a um amigo alemão*, Camus evidencia que ao menos o homem tem um sentido diante da *absurdidade*: “Continuo a pensar que este mundo não tem qualquer sentido superior. Mas sei que nele, se alguma coisa tem sentido é o homem, porque ele é o único a exigí-lo. Este mundo possui pelo menos a verdade do homem”.¹¹⁸

¹¹³ Cf. CAMUS, 2007c, op. cit., p. 140-141.

¹¹⁴ BARRETO, 1991, op. cit., p. 64.

¹¹⁵ CAMUS, 2007c, op. cit., p. 46.

¹¹⁶ Na peça *Calígula*, Camus constata pela boca do imperador romano que “Os homens morrem e não são felizes”. CAMUS, Albert. **Calígula** seguido de **O equívoco**. Trad. Raul de Carvalho. Lisboa: Livros do Brasil, [19--]a. p. 24.

¹¹⁷ BARRETO, 1991, op. cit., p. 64-65.

¹¹⁸ CAMUS, Albert. **Cartas a um amigo alemão**. Trad. José Carlos González e Joaquim Serrano. Lisboa: Livros do Brasil, [19--]b. p. 81.

E na mesma obra evidencia o poder humano ao perguntar-se “O que é o homem?” para logo em frente responder: “Ele é a força que acaba sempre por derrubar os tiranos e os deuses”.¹¹⁹

Ao mesmo tempo em que o *absurdo* aniquila todas as possibilidades de liberdade eterna do homem, vez que a morte é a suprema injustiça, ele devolve-lhe e exalta sua liberdade de ação.¹²⁰ Em virtude do *absurdo*, o homem nada pode e no entanto pode tudo; se o mundo o tritura, a sua coragem e lucidez o liberta.¹²¹

Nessa esteira, o *homem absurdo* possui nitidamente duas características: a coragem e a lucidez. Coragem para viver num mundo *non sense*, incompreensível e, em última instância, injustificável, sem recursos, podendo contar apenas consigo e com sua racionalidade. E a lucidez para encarar o *absurdo*, sem se valer de qualquer explicação transcendental apaziguadora, e conhecer os limites de sua condição.¹²²

“É preciso então muita coragem para manter tanta lucidez, sem fugir para qualquer tipo de crença, de seita, de manipanso, de alucinógeno, de magia ou ainda outras ilusões menos éticas como a ganância e a acumulação”.¹²³

Tal qual o *homem condenado a ser livre* sartreano, o *homem absurdo* camusiano é o responsável pelo seu destino, é o caminhante cujo caminho *existencial* se faz ao caminhar. Sua angustiante aventura é possível porque ele é livre e carrega o peso nos ombros de ter de construir o seu futuro, consoante a explicação da personagem de *A queda*: “[...] a liberdade não é uma recompensa, nem uma condecoração que se comemora com champanha. Nem, aliás, um presente [...]. Oh, não, é um encargo, pelo contrário, e uma corrida de fundo, bem solitária, bem extenuante”.¹²⁴

Todavia, o filósofo argelino explica que aqueles que não possuem a lucidez e a coragem necessárias para assumir esse encargo e encarar o *absurdo* da condição humana buscam outra saída: o *suicídio*.

¹¹⁹ CAMUS, [19--]b, op. cit., p. 42 Nessa esteira, o Deus Júpiter confessa, resignadamente, na peça sartreana *As moscas*, que “Uma vez que a liberdade explodiu na alma de um homem, os deuses nada podem contra ele”. SARTRE, 2005a, op. cit., p. 78.

¹²⁰ Cf. CAMUS, 2007c, op. cit., p. 46.

¹²¹ Cf. Ibid., p. 101.

¹²² Cf. Ibid., p. 79.

¹²³ MACHADO, 1997, op. cit., p. 113.

¹²⁴ CAMUS, Albert. *A queda*. Trad. Valerie Rumjanek. 14.ed. Rio de Janeiro: Record, 2006b, p. 100.

Para o autor de *Calígula*, o *suicídio* é o único problema filosófico realmente sério. Responder a questão fundamental da filosofia é julgar se a vida vale ou não vale a pena ser vivida.¹²⁵

Ao refletir sobre essa pergunta filosófica fundamental, Camus afirma que há duas espécies de *suicídio*: o *filosófico* e o *físico*.

O *suicídio filosófico* é aquele “retorno aos grilhões”, ao invés do “despertar definitivo”, de que se falava logo acima, diante da tomada da consciência do *absurdo*. Ou melhor, é o afastamento da lucidez e da razão para fugir do absurdo, uma espécie de “traição à inteligência”, na expressão de Antônio Alberto Machado, que exemplifica: “a proliferação de igrejas e seitas, o misticismo, o obscurantismo, o esoterismo; enfim, a busca de uma explicação irracional para o absurdo do mundo configuram formas de suicídio intelectual, porquanto obscurecem a razão enquanto instrumento da verdade”.¹²⁶

Em síntese, o *suicídio filosófico* representa posturas que visam a ocultar o *absurdo*: “O salto sob todas as suas formas, a precipitação no divino ou no eterno, o abandono às ilusões do cotidiano ou da idéia, todas essas telas ocultam o absurdo”.¹²⁷

O que gera perplexidade é que as instituições sociais estão orquestradas para *induzir*, *instigar* e *auxiliar* os homens a cometerem essa forma de *suicídio*, garantindo-lhes que ao procederem assim alcançarão a paz:

Estranho a mim mesmo e a este mundo, armado somente com um pensamento que se nega quando afirma, que condição é esta em que só posso ter paz deixando de saber e viver, em que o apetite de conquista se choca contra os muros que desafiam seus assaltos? Querer é suscitar paradoxos. Tudo está arrumado para que nasça uma paz envenenada que a displicência, o sono do coração ou as renúncias mortais proporcionam.¹²⁸

Já o *suicídio físico* pode ser alcançado de forma brusca ou gradual. O primeiro caso, que é o modo mais conhecido pelo senso comum, dá-se com a morte instantânea ou súbita do homem, enquanto que o segundo pela degradação física, sucessiva, diferida no tempo, passo a passo, como, por exemplo, o mergulho em alucinógenos deletérios ou em quaisquer tipos de práticas autodestrutivas.¹²⁹

¹²⁵ Cf. CAMUS, 2007c, op. cit., p. 17.

¹²⁶ MACHADO, 1997, op. cit., p. 114.

¹²⁷ CAMUS, 2007c, op. cit., p. 105.

¹²⁸ Ibid., p. 34.

¹²⁹ Cf. MACHADO, 1997, op. cit., p. 114.

Fácil fica perceber que ambas as formas de *suicídio* resolvem à sua maneira o problema do *absurdo*, através de posturas divergentes no que concerne à “metodologia”, porém teleologicamente voltadas para a mesma fuga da *absurdidade*.

Não obstante, em antítese a essas posturas “covardes” Camus preconiza outra solução. Contra o *absurdo* ele afasta o *suicídio* e defende justamente o viver mais, a paixão pela vida, reservando ao homem - com sua lucidez e coragem - a tarefa de sua própria construção *existencial*.

O homem não é um *em-si*, consoante Sartre, ou seja, não é o que é, mas, nas palavras de Camus, “[...] é a única criatura que recusa a ser o que é”.¹³⁰ E essa recusa, por meio da qual ele se faz, tem de ser nesta vida: “Se ele quer ser outra coisa, é nesta vida”.¹³¹ Isso porque, como diria de maneira belíssima a personagem de *O avesso e o direito*, “a vida é curta, e é pecado perder tempo”.¹³²

Valendo-se da explicação de Vicente Barreto, “se o homem vive num mundo injusto e miserável, mas neste mundo ele consegue encontrar-se, pelo menos por um momento feliz, então existem algumas boas razões para não se desesperar”.¹³³

Assim, o *absurdo*, que era um convite à morte, porquanto apenas superável pelo *suicídio*, é transformado por Camus em regra de vida.¹³⁴ “Viver é fazer com que o absurdo viva. Fazê-lo viver é, antes de mais nada, contemplá-lo”.¹³⁵

Nesse contexto, para o autor de *A morte feliz*, uma das poucas posturas filosóficas coerentes, que permite ao homem enfrentar o absurdo, com coragem e lucidez, sem se valer de nenhuma espécie de fuga, é a *revolta*.

A *revolta* é o confronto perpétuo do homem com sua escuridão, a exigência de transparência impossível e o questionamento do mundo a cada segundo.¹³⁶ Ela nasce do espetáculo da desrazão diante de uma condição injusta e incompreensível, clamando e exigindo que o escândalo termine ao reivindicar ordem no meio do caos e unidade no próprio seio daquilo que foge e desaparece.¹³⁷

¹³⁰ CAMUS, Albert. **O homem revoltado**. Trad. Valerie Rumjanek. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005b. p. 21-22.

¹³¹ Id., 2007c, p. 102.

¹³² Id. **O avesso e o direito**. Trad. Valerie Rumjanek. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007a. p. 107.

¹³³ BARRETO, 1991, op. cit., p. 36.

¹³⁴ Cf. CAMUS, 2007c, op. cit., p. 75.

¹³⁵ Ibid., p. 66.

¹³⁶ Cf. Ibid., loc. cit.

¹³⁷ Cf. Id., 2005b, p. 21.

Ao longo de sua teorização, o filósofo franco-argelino explica que há duas formas de *revolta*: a *metafísica* e a *histórica*.

A *revolta metafísica* é aquela por meio da qual o homem questiona a *existência* permanentemente, inquietando-se, metafisicamente, diante de toda a criação, que é *de per si* injustificável. Consoante esclarece Camus: “A revolta metafísica é o movimento pelo qual um homem se insurge contra a sua condição e contra a criação. Ela é metafísica porque contesta os fins do homem e da criação”.¹³⁸

Enquanto que na experiência do *absurdo* o sofrimento é individual, a partir do movimento da *revolta metafísica* ele ganha a consciência de ser coletivo, passa a ser aventura de todos, já que reconhece que toda a *realidade humana* sofre com esse distanciamento em relação a si mesma e ao mundo, de modo a fundamentar o primeiro valor dos homens: *eu me revolto, logo existimos*.¹³⁹ Com efeito, como os homens são todos irmãos no *absurdo*, vale dizer, são da mesma forma *estrangeiros* num *exílio* comum, através da *revolta* ele se transcendem nos *outros*, já que tomam ciência de que não estão sozinhos no *absurdo* da condição humana e, impulsionados por uma espécie de solidariedade metafísica, buscam fazer com que este mundo se torne um relativo *reino*.¹⁴⁰

A *revolta histórica*, por sua vez, é aquela em que os homens tomam consciência de não poderem separar-se de seu tempo e, incorporados a ele, rebelam-se contra situações impeditivas de seu livre desenvolvimento, insuflados por situações de injustiça já vivenciadas, afirmando valores e direitos.

Na *revolta histórica* os homens *recusam*, mas não *renunciam*. Ao perguntar-se sobre o que é um *homem revoltado*, Camus responde que é “um homem que diz não”, explicitando que “[...] se ele recusa, não renuncia: é também um homem que diz sim, desde o seu primeiro movimento”.¹⁴¹ Isso significa que o homem revoltado rebelam-se contra a injustiça que o oprime, conquanto diz *não*, mas sem deixar de dizer *sim* a alguns valores, que justamente legitimam sua *revolta* e devem estar presentes em qualquer situação, principalmente após a *revolta*.

¹³⁸ CAMUS, 2005b, op. cit., p. 39.

¹³⁹ Ibid., p. 35.

¹⁴⁰ Cf. RIBEIRO, 1996, op. cit., p. 182, 266.

¹⁴¹ CAMUS, 2005b, op. cit., p. 25.

E aqui está a diferença com a *revolução*, na medida em que nesta há *renúncia* e não *recusa*, ou seja, os revolucionários simplesmente dizem *não* ao *status quo*, sem se preocuparem com o *sim*, com a afirmação de valores, muitos dos quais já estão presentes no tempo histórico em que se rebelam e sem os quais a ação acaba por ser totalitária. Isso porque, “quando a revolução é o único valor, não há mais direitos; na verdade, só há deveres. Mas, por uma inversão imediata, em nome desses deveres assumem-se todos os direitos”.¹⁴²

Ilumina o contraste entre *recusa*, assumida pelo *homem revoltado*, e *renúncia*, traduzida como abandono de tudo o que há no mundo e contra a qual se volta Camus, a inesquecível lição da personagem revoltada Tarrou, proferida em meio à sua luta contra a *peste*: “Final, é bobagem viver só na peste. Na realidade, um homem deve lutar pelas vítimas. Mas, se deixa de gostar de todo o resto, de que serve lutar?”.¹⁴³

Nesse ponto, Camus, pioneiramente e com grande fôlego, oferece, ao longo de sua obra *O homem revoltado*, um verdadeiro libelo contra os trágicos e niilistas totalitarismos europeus do século XX, examinando detidamente o nazismo alemão, o fascismo italiano e o socialismo real soviético.

Nos totalitarismos, o *eu me revolto*, logo “*existimos*” cede espaço ao *eu me revolto*, logo “*existiremos*”. Com o “*existiremos*” estão legitimados os crimes contra a humanidade, os crimes racionais ou, ainda, os assassinatos niilistas, posto que o homem é considerado descartável e tudo passa a ser permitido para a construção do “paraíso terrestre” e de um novo homem.¹⁴⁴ Em oposição, Camus exalta a vida e a dignidade humana ao sustentar que “[...] em vez de matar e morrer para produzir o ser que não somos, temos que viver e deixar viver para criar o que somos”.¹⁴⁵ Em suma, para o pensador mediterrâneo, “se não existimos, eu não existo”, ou seja, “[...] basta faltar, no mundo insubstituível da fraternidade, um único ser humano, e ei-lo logo despovoado”.¹⁴⁶

¹⁴² CAMUS, 2005b, op. cit., p. 193.

¹⁴³ Id. **A peste**. Trad. Valerie Rumjanek. 16.ed. Rio de Janeiro: Record, 2006a. p. 223. Isso significa que a *revolta*, diferentemente da *revolução*, não abdica da beleza do mundo, conforme a lição de Camus: “Há a beleza e há os humilhados. Sejam quais forem as dificuldades a empreender, não gostaria nunca de ser infiel nem a uma nem aos outros”. CAMUS, Albert apud RIBEIRO, 1996, op. cit., p. 271.

¹⁴⁴ Cf. CAMUS, 2005b, op. cit., p. 324.

¹⁴⁵ Ibid., p. 288.

¹⁴⁶ Ibid., p. 324.

A *revolução*, destarte, ao *renunciar*, intenta a totalidade, sufocando o espírito *revoltado*, cuja luta contra o *absurdo* deve ser constante. Sentencia a este respeito Camus: “O revolucionário é ao mesmo tempo revoltado ou então não é mais revolucionário, mas sim policial e funcionário que se volta contra a revolta. Mas, se ele é revoltado acaba por se insurgir contra a revolução”.¹⁴⁷

Isso porque, o *revoltado* não pode encontrar repouso, ele deve permanentemente dizer *não*, já que o valor (e, como se verá mais à frente, os direitos humanos!) que o mantém de pé e pelo qual se rebelou não é uma dádiva definitiva, devendo lutar incessantemente para mantê-lo, já que a existência que este valor obtém desmorona se a *revolta* não o sustenta.¹⁴⁸

A verdadeira *revolta* é, portanto, criadora e mantenedora de valores. Na lição do autor de *O mal-entendido*: “O revoltado, no sentido etimológico, é alguém que se rebela. Caminhava sob o chicote do senhor, agora o enfrenta. Contrapõe o que é preferível ao que não o é. Nem todo valor acarreta a revolta, mas todo movimento de revolta invoca tacitamente um valor”.¹⁴⁹

Ademais, ao dizer *não* - cujo significado se desvela em expressões tais como “as coisas já duraram demais”, “até aí, sim; a partir daí, não”, “assim já é demais”, ou ainda, “há um limite que você não pode ultrapassar” - o *revoltado* percebe que possui um direito que está sendo afetado pelo *outro*: “Dessa forma, o movimento de revolta apóia-se ao mesmo tempo na recusa categórica de uma intromissão julgada intolerável e na certeza confusa de um direito efetivo ou, mais exatamente, na impressão do revoltado de que ele ‘tem direito de...’”.¹⁵⁰

A *revolta*, portanto, não é um movimento desatinado, uma rebeldia sem causa, mas, por ser engendrada por situações de injustiça vivenciadas nas realidades mais concretas, sem abdicar da razão e lucidez, reivindicando direitos humanos fundamentais e afirmando valores, instaura uma nova moral, fundada na solidariedade humana.

¹⁴⁷ CAMUS, 2005b, op. cit., p. 285.

¹⁴⁸ Cf. Ibid., p. 328.

¹⁴⁹ Ibid., p. 26.

¹⁵⁰ Ibid., p. 25.

A *revolta*, nesse sentido, constrói essa moral historicamente, na medida em que é instigada pelas injustiças que aumentam a injustiça da própria condição humana traduzida no *absurdo*:

[A revolta] abre caminho para uma moral que, longe de obedecer a princípios abstratos, só os descobre no calor da batalha, no movimento interminável de contestação. Nada autoriza a dizer que esses princípios sempre existiram, é inútil declarar que existirão. Mas eles existem, e na mesma época em que nós existimos. Negam conosco, ao longo da história, a servidão, a mentira e o terror.¹⁵¹

Com efeito, a *revolta* vive não na abstração, mas na realidade que ela deseja modificar, de modo que os valores e os direitos são construídos pelo *homem revoltado* na ação, no fazer, na *praxis*.

Tomada consciência da *absurdidade* de sua condição, ao homem abre-se, pois, a saída da *revolta*, por meio da qual se reconhece solidariamente o *outro* – que compartilha do mesmo sofrimento de *estranheidade* - como parceiro ou cúmplice na aventura em que consiste a *existência* humana.

Por essa razão, pelo fato de que *estamos sós* (*e sem desculpas*, diria Sartre!) a luta pela felicidade não pode prescindir do aforismo: *eu me revolto, logo existimos*.¹⁵² Isso porque, é a solidariedade quem dá certo sentido à *existência* humana, porquanto ela funciona como um antídoto contra o veneno do *absurdo*, mostrando-se como um caminho indispensável para busca da felicidade.

A injustiça impulsiona, por conseguinte, a *revolta*, porque ela aniquila a *coexistência*, ou seja, a injustiça arruína a riqueza que advém das relações humanas durante a aventura dos homens neste mundo:

Se a injustiça faz mal ao revoltado, não é pelo fato de contrariar uma idéia eterna da justiça, que nós não sabemos onde situar, mas pelo fato de perpetuar a muda hostilidade que separa o opressor do oprimido. Ela mata o pouco de existência que pode vir ao mundo pela cumplicidade mútua dos homens.¹⁵³

Diante de uma idéia eterna, universal e transcendente de justiça, Camus prefere a ética do justo, materializada nos atos de devido respeito ao homem que se encontram nas pequenas coisas, no cotidiano, nos assuntos concretos, por mais insignificantes que possam parecer. Isso porque, o ideal de justiça está longe de

¹⁵¹ CAMUS, 2005b, op. cit., p. 325.

¹⁵² Cf. Ibid., p. 128.

¹⁵³ Ibid., p. 325-326.

assegurar a realização da justiça, valendo mais *ser justo* do que a própria justiça.¹⁵⁴

Numa sociedade deveras “empestada”, que só cristaliza o *absurdo* da *existência* humana, estando claramente dividida em vítimas e carrascos, Camus conclama o aparecimento de uma terceira categoria, qual seja, a dos *revoltados*, autênticos médicos interessados em curar as doenças que impedem que os homens usufruam plenamente a sua condição, interditando, conseqüentemente, qualquer possibilidade de busca pela felicidade.¹⁵⁵

Como há, de certo modo, vergonha em ser feliz sozinho, segundo a inesquecível e belíssima conclusão da personagem Rambert, do romance *A peste*,¹⁵⁶ o caminho para a felicidade passa, inelutavelmente, pela solidariedade.

Do *absurdo* à *revolta*, da *revolta* à solidariedade e, possivelmente, da solidariedade à felicidade: é este o movimento que perpassa por todo o pensamento camusiano. Não é por outra razão que, para o pensador mediterrâneo, a felicidade do homem encontra-se na luta contra o *absurdo*, exteriorizada na *revolta*, fundada na solidariedade e invocadora da justiça. É este o rochedo de Sísifo...

¹⁵⁴ Cf. QUADROS, Antonio. Apresentação. In: CAMUS, Albert. **Os justos**. Trad. Antonio Quadros. Lisboa: Livros do Brasil, [19--]c. p. 8-12.

¹⁵⁵ Cf. BARRETO, 1991, op. cit., p. 162.

¹⁵⁶ Cf. CAMUS, 2006a, op. cit., p. 183.

CAPÍTULO 2 FUNDAMENTOS E CONTRAFUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS: IMPLICAÇÕES NA AFIRMAÇÃO E NEGAÇÃO DOS DIREITOS

2.1 Pré-história dos fundamentos dos direitos humanos: contribuições ao desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa humana

Os direitos humanos são um produto da Modernidade e uma herança do movimento iluminista. Por mais que insistam alguns autores em identificar a existência de direitos do homem em períodos anteriores, não há como se negar que o nascimento de direitos com atributos que lhes permitam ser diferenciados dos outros direitos em geral só adveio com a elaboração teórica da Escola Moderna de Direito Natural, ou seja, com a importante corrente do pensamento jurídico denominada jusnaturalismo antropológico ou racional, ou, mesmo, jusracionalismo.

Prova disso é que Fábio Konder Comparato, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, atesta como registro de nascimento dos direitos humanos na história o artigo I da Declaração de Direitos do “bom povo da Virgínia”, proclamada em 16 de junho de 1776.¹

Isso não significa que não tenha havido expressivas contribuições anteriores. De modo algum. Com efeito, os direitos humanos foram forjados historicamente em processos que significaram avanços e retrocessos sociais, numa verdadeira dialética de afirmação e negação da dignidade humana.

Assim, embora o florescimento dos direitos do homem tenha se dado na Modernidade, mais precisamente, no século XVIII, sob o fundamento jusnaturalista antropológico, não é de se desprezar o legado das correntes filosóficas, das religiões e dos pensadores que se situam no que se poderia chamar de uma “pré-história” dos direitos humanos.

¹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 50. *In verbis*, consoante a tradução de Comparato, presente na página 118: “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança”.

Ainda que não tenha exercido influência direta na fundamentação jusnaturalista moderna para a tutela jurídica desses direitos - naquele momento considerados naturais e inatos ao homem - esse legado foi fundamental para a construção do conceito de dignidade da pessoa humana, exercendo, portanto, uma influência indireta, o que não significa que não tenha sido decisiva, nessa gestação dos direitos, porquanto seria impossível a concepção dos direitos humanos sem uma referência a esse eminente valor, que representa uma autêntica matriz da qual deriva todo o edifício representado pelas diferentes dimensões dos direitos do homem.

Por conseguinte, o que se conhece hoje por dignidade da pessoa humana não brotou do acaso. Fruto da contribuição de pensadores situados em todos os períodos da história da humanidade, desde a Antigüidade até os dias contemporâneos, assim como das *revoltas* de sujeitos discriminados da condição humana para afirmação da sua personalidade em situações em que era negada – como se verá à frente-, o princípio da dignidade da pessoa humana é o resultado dessa luta miscelânea - pois travada em diferentes trincheiras - pela afirmação da identidade e ampliação do reconhecimento da alteridade humanas.

Consoante o brilhante e belíssimo estudo do professor Comparato, já no célebre período axial - compreendido entre os séculos VIII e II a.C. e considerado por Karl Jaspers como a época em que se forma o eixo histórico da humanidade, porquanto terá suas idéias e princípios desdobrados pelo curso posterior da história, na medida em que coexistem pensadores como Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e Dêutero-Isaías em Israel - “[...] o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais”.²

Não se pode, por conseguinte, negligenciar a sabedoria grega, havendo mesmo quem defenda, como é o caso do professor de filosofia da Universidade de Bruxelas, Guy Haarscher, que “é incontestável que as origens da filosofia dos direitos do homem devem ser procuradas no pensamento grego”.³

² COMPARATO, 2008, op. cit., p. 8-12.

³ HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos humanos**. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 58.

Nesse sentido, o jurista William Couto Gonçalves sustenta que o código genético dos direitos humanos está impresso nessa antiga filosofia, cuja contribuição para o desenvolvimento da noção de dignidade da pessoa humana foi essencial: “Ora, se elementos para a construção da noção de direito natural originariamente estão na Grécia, deve-se concluir que originariamente também na Grécia estão os elementos para a construção da noção de Direitos Humanos”.⁴

Assim, não é de se desprezar, por exemplo, a crítica do sofista Antifonte (480 – 411 a.C.) à divisão da humanidade em gregos e bárbaros, que era prevalente na Grécia como forma de afirmação da suposta superioridade grega: “[...] pela natureza, bárbaros e gregos somos todos iguais [...] respiramos o mesmo ar com boca e nariz, todos nós comemos com o auxílio de nossas mãos”.⁵

Ademais, os estóicos desenvolveram uma filosofia cujas premissas centravam-se na unidade moral do ser humano e na dignidade do homem, possuidor de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo por ser considerado filho de Zeus.⁶

Na mesma esteira, Guy Haarscher afirma que a *maiêutica* socrática, com a qual nasceu a filosofia moral, instituiu uma condição absolutamente necessária para o desenvolvimento dos direitos humanos, qual seja, o racionalismo.⁷

Mesmo assim, paradoxalmente, junto a esses avanços promovidos pelos gregos havia retrocessos que implicavam na negação da dignidade de alguns helenos, quais sejam, as mulheres, os escravos e os metecos, que não possuíam o status de cidadão ateniense.

Não menos importante é a herança das religiões monoteístas, as quais, com a crença em um Deus único e transcendente, criador do mundo e dos homens à sua imagem e semelhança, sobrelevaram a posição da criatura humana diante das outras criaturas, atribuindo-na, concomitantemente, uma dimensão espiritual e outra terrena.

Dentre essas religiões o professor da Universidade de São Paulo, Celso Lafer, sublinha o papel do cristianismo na pré-história dos direitos humanos:

O cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a idéia de que

⁴ GONÇALVES, William Couto. **Gênese dos direitos humanos na antiga filosofia grega**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 11.

⁵ ANTIFONTE apud COMPARATO, 2008, op. cit., p. 15.

⁶ Cf. *Ibid.*, p. 16.

⁷ HAARSCHER, 1997, op. cit., p. 58.

cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. Neste chamamento não ‘há distinção entre judeu e grego’ (são Paulo, *Epístola aos Romanos*, 10, 12), pois ‘não há judeu, nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus’ (são Paulo, *Epístola aos Gálatas*, 3, 28). Neste sentido, o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos.⁸

Todavia, não se esquecendo que o desenvolvimento do conceito de pessoa humana e, logicamente, da proteção dos direitos humanos, está sujeito a processos contraditórios, em cujo seio encontram-se justapostos avanços e retrocessos, faz-se mister destacar que essa igualdade universal entre os seres humanos postulada pela mensagem evangélica limitava-se ao plano divino, já que “[...] o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados”.⁹

Não são apenas essas as contradições que atingem a doutrina cristã. A fissão provocada pelo movimento da Reforma intensifica os paradoxos ao colocar em xeque a autoridade da Igreja em matéria de fé e ao defender a tolerância, sem poder esquecer, porém, que em muitos aspectos o protestantismo desempenhou um papel inverso, por vezes até reacionário.¹⁰

De qualquer modo, dessa ruptura da unidade religiosa provocada pela Reforma deriva o direito individual à liberdade de opção religiosa. Outrossim, outra consequência do protestantismo que merece ser destacada, nesta sucinta reconstituição da pré-história dos direitos humanos, é a laicização do direito natural e o apelo à razão como fundamento da juridicidade, teorizadas pelo jusnaturalismo moderno, fato que se mostrou indispensável para a concepção e o nascimento dos direitos do homem enquanto direitos naturais, conforme a análise que será feita pormenorizadamente logo abaixo.¹¹

Em síntese, as filosofias gregas e as religiões monoteístas, em especial, o cristianismo,¹² somadas ao legado dos pensadores do período axial, cujos ensinamentos ressoam nos dias de hoje, forneceram elementos seminais para o

⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 119.

⁹ COMPARATO, 2008, op. cit., p. 18.

¹⁰ Cf. HAARSCHER, 1997, op. cit., p. 95.

¹¹ Cf. LAFER, Celso, 1988, op. cit., p. 121.

¹² Para o professor Ingo Wolfgang Sarlet, “da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 44.

desabrochar dos direitos do homem no século XVIII, porquanto deram os sustentáculos para a construção do conceito de dignidade da pessoa humana, sem o qual não seria possível sequer se pensar em direitos que, por serem fundamentais, são de titularidade universal, vale dizer, de toda e qualquer pessoa, pelo simples fato de possuir intrínseca uma eminente e irrenunciável dignidade decorrente de sua própria condição humana.

2.2 Jusnaturalismo: os direitos humanos enquanto direitos universais, eternos e imutáveis

Na história da afirmação dos direitos humanos o papel representado pela fundamentação jusnaturalista é tão marcante e memorável que ainda hoje há estudiosos e juristas que identificam os direitos do homem já positivados nas declarações, tratados e convenções internacionais, como direitos naturais.

Conforme as lições de Norberto Bobbio, os direitos humanos nascem no século XVIII como direitos naturais universais, passando à condição de direitos fundamentais no século XIX, ou seja, direitos positivos particulares - posto que a titularidade dos direitos restringia-se aos cidadãos dos respectivos Estados que os tutelavam -, para finalmente se tornarem direitos positivos universais no século XX, dando início à “era dos direitos”.¹³

Mesmo assim, não é reduzido o número de pensadores e juristas contemporâneos renomados que concebem os direitos humanos tal como nasceram, vale dizer, enquanto direitos naturais, usando até mesmo as expressões como sinônimos, destacando-se, nesse sentido, o filósofo humanista-cristão Jacques Maritan, o jusfilósofo espanhol Luís Legaz y Lacambra, o ex-presidente da Corte Suprema espanhola José Castan Tobeñas, o jurista argentino Carlos Ignacio Massini Correas, dentre outros, podendo a lista se estender facilmente.

À guisa de exemplo, enquanto para Legaz y Lacambra os direitos humanos comprovam a existência e a realidade do direito natural,¹⁴ para Jacques Maritan “a verdadeira filosofia dos direitos da pessoa humana repousa pois sobre a idéia da lei natural. A lei natural que nos prescreve nossos deveres mais fundamentais [...] é a mesma que nos prescreve nossos direitos fundamentais”.¹⁵

Percebe-se, por conseguinte, que a corrente jusnaturalista ou do direito natural, que na história do pensamento jurídico é, sem sombra de dúvidas, a mais antiga, porquanto existente desde a Antigüidade, perpassando pela Idade Média e

¹³ Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

¹⁴ “*Para mí es indiscutible que los derechos humanos son derechos naturales y que en la existencia de éstos consiste la realidad del Derecho Natural*”. LEGAZ Y LACAMBRA, Luís apud EZCURDIA LAVIGNE, José A.. **Curso de derecho natural**: perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos. Madrid: Reus Editorial: 1987. p. 7. Tradução livre: Para mim é indiscutível que os direitos humanos são direitos naturais e que na sua existência está a realidade do Direito Natural.

¹⁵ MARITAN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Trad. Afrânio Coutinho. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1967. p. 63.

Moderna – havendo, por essa razão, autores que proclamam um “eterno retorno” do direito natural -, ainda sobrevive, a ponto de até hoje povoar o imaginário dos juristas.

Para a doutrina jusnaturalista é direito o que é natural (sartreanamente: o direito *é o que é* natural), ou seja, a juridicidade é um *dado* universal, eterno e imutável que provém e deve ser *descoberto* da “natureza”. Por conseqüência, conforme as distintas concepções que se tenha acerca da “natureza” emergem diversos significados do direito natural.¹⁶

Ao longo da história da humanidade e do pensamento jurídico pelo menos três significados foram atribuídos à “natureza”, resultando no jusnaturalismo cosmológico da Antigüidade, no jusnaturalismo teológico da Idade Média e no jusnaturalismo antropológico da Modernidade, sendo que este último será examinado mais detidamente logo à frente, pois foi quem deu à luz os direitos humanos.

Assim, no jusnaturalismo cosmológico dos gregos a natureza era considerada como o cosmos, a *physis*, da qual certas regras, válidas por todos os tempos e eficazes em todos os lugares, derivar-se-iam, constituindo-se no direito natural, em oposição às regras derivadas da arte e da convenção, componentes do direito positivo.¹⁷

Inesquecíveis, nesse contexto, as lições de direito natural proferidas por Antígona na tragédia grega de Sófocles, que leva o nome da heroína; filha de Édipo e irmã de Etéocles e Polinices, os quais numa luta fratricida pelo trono morreram de um só golpe pelas mãos um do outro, sobrinha de Creonte, que assume o trono e edita uma lei proibindo que se enterrasse um dos irmãos, sob pena de lapidação em praça pública, Antígona desobedece ao direito positivo, à lei da cidade, enterrando o irmão. Diz Antígona a Creonte as razões pelas quais infringiu sua lei:

Porque não foi Zeus quem a ditou, nem foi a que vive com os deuses subterrâneos – a Justiça – quem deu aos homens tais normas. Nem nas tuas ordens reconheço força que a um mortal permita violar aquelas não-escritas e intangíveis leis dos deuses. Estas não são de hoje, ou de ontem: são de sempre; ninguém sabe quando foram promulgadas.¹⁸

¹⁶ Cf. D'ENTRÈVES, Alessandro Passerin. **Derecho natural**. Trad. M. Hurtado Bautista. Madrid: Aguilar, 1972. p. 9.

¹⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2.ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Unb, 1997. p. 30.

¹⁸ SÓFOCLES. **A Antígona**. Trad. Guilherme de Almeida. Petrópolis: Vozes, 1965. p. 19.

Essa concepção jusnaturalista também se fez presente no direito romano, sendo digna de nota a síntese com que Cícero, numa perspectiva estoíca, trata o problema da lei natural:

A reta razão, *conforme à natureza, gravada em todos corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem*, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandados, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo Senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; *não é uma lei em Roma e outra em Atenas, uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos.*¹⁹

Na Idade Média, por sua vez, a natureza era considerada o produto da inteligência e da potência criadora de Deus, de modo que o jusnaturalismo assume uma perspectiva teológica, de acordo com a qual o direito natural torna-se a lei inscrita por Deus no coração dos homens, ou mesmo a lei revelada pelos textos sagrados, que transmitem a palavra divina, ou, ainda, a lei comunicada aos homens por Deus, através da razão.²⁰

Nesse sentido, destaca-se a teorização de São Tomás de Aquino, o “doutor angélico”, para quem o direito natural é o que está contido no Antigo e no Novo Testamento, constituindo-se o cristianismo na mais clarividente comprovação da supremacia do direito natural sobre o direito positivo, que não *cria* nem *inventa* nada, mas *descobre* de forma progressiva uma verdade implícita, porquanto na ordem do universo *tudo está previsto*, embora não tenha sido ainda *descoberto* e determinado.²¹

Por fim, a Escola Clássica de Direito Natural, que engendra o jusnaturalismo moderno-iluminista ou jusracionalismo, concebe a natureza como a ordem racional do universo e, por conseguinte, o direito natural como o conjunto de leis sobre a conduta ou natureza humana que, paralelamente às leis físicas do universo, estão inscritas naquela ordem e podem ser *captadas* ou *apreendidas* ou *descobertas* pela razão do homem, à maneira de uma dedução de estilo matemático e geométrico.²²

À revelia dessas diferenças, algumas características estão presentes em todas essas doutrinas do direito natural: a) admissão do direito natural como direito;

¹⁹ CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Trad. Amador Cisneiros. Bauru: Edipro, 1995. p. 75, grifo nosso.

²⁰ Cf. BOBBIO, 1997, op. cit., p. 30.

²¹ Cf. Ibid., p. 36, 37 e 39.

²² Cf. Ibid., p. 31-32.

b) afirmação do direito natural como superior ao direito positivo;²³ c) concepção do direito natural como ordem objetiva, superior, dada, pronta e acabada; e, logicamente, d) identificação do direito natural com normas de condutas universais, eternas e imutáveis.

Metodologicamente, todas as vertentes jusnaturalistas assumem a tríade “verdadeiro, justo, obrigatório”, vale dizer, a partir do verdadeiro (*ser*) se chega ao obrigatório (*dever ser*) através de um critério de justiça natural.²⁴

Em suma, o jusnaturalismo busca compreender o direito pela explicitação de seus fundamentos ontológicos, seja com base na ontologia metafísica dos gregos, seja por meio da ontologia teológico-metafísica medieval, ou, ainda, através da ontologia convertida em antropologia (a investigação acerca da “natureza do homem”) no pensamento moderno e iluminista.²⁵

2.2.1 Jusnaturalismo racional moderno: as contribuições de Grócio e Pufendorf para o nascimento dos direitos do homem

A idéia de que o homem possui direitos inatos, decorrentes da sua própria natureza humana, pressupostos e antecedentes a qualquer organização política e, por essa razão, por ela invioláveis, foi elaborada pelo jusnaturalismo moderno. Foi o jusnaturalismo antropológico, portanto, quem deu à luz os direitos humanos, travestidos de direitos naturais.

Sob a influência da mentalidade racionalista, *de per se* anti-dogmática e anti-escolástica, forjada em manifesta reação à concepção teológico-metafísica do mundo, que predominara no pensamento medieval, essa vertente jusnaturalista procurou laicizar o direito natural.

Nesse sentido, Hans Welzel leciona que “*un razionalismo di nuova specie, orientado sulla scienza della natura e su Descartes, fu la forza motrice della dottrina*

²³ Cf. BOBBIO, 1997, op. cit., p. 45.

²⁴ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7.ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007. p. 119.

²⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 24.

profana del diritto naturale".²⁶ Não por acaso essa corrente também é conhecida como jusracionalismo moderno.

Destaca-se, nessa esteira, a tentativa de se aplicar o método da livre pesquisa racional, da mesma maneira como o faziam as ciências físicas ou naturais para conhecer as leis da natureza, ao campo da ética, das leis morais, dos costumes sociais e, sobretudo, das normas jurídicas.²⁷

Essa metódica projeta-se e ressoa nas próprias Declarações de Direitos do século XVIII, consideradas produto da razão e enunciadoras de direitos *captados* racionalmente da natureza humana. Nas palavras de Bobbio:

[...] o jusnaturalismo moderno, fruto do racionalismo matematizante aplicado à esfera da conduta humana [...] pretende, assim, ter condições de fixar, em um sistema perfeito, de caráter permanente, todos os direitos e deveres do homem e do cidadão. Daí, as famosas declarações que contêm um elenco bastante amplo de tais direitos e deveres.²⁸

Inúmeros pensadores que adotaram essa perspectiva metodológica emprestam seus nomes ao que se chama hoje de Escola Clássica de Direito Natural, destacando-se Hugo Grócio, Samuel Pufendorf, Cristian Thomasius, Cristian Wolff, etc. Todavia, em observância aos objetivos do trabalho, o estudo voltar-se-á aos pensadores que mais se destacaram e semearam o terreno para o florescimento dos direitos humanos: Grócio e Pufendorf.²⁹

Nesse sentido, há quem sustente, como o faz o jurista espanhol José Martínez de Pisón, que “[...] *Grocio [...] y Pufendorf dejarán ya a finales del siglo XVII bien codificada la teoría de los derechos naturales y pudiera decirse que su influencia se plasma en las revoluciones posteriores*”.³⁰

Com efeito, o holandês Hugo Grócio (1583-1645), considerado o pai do direito natural e do direito internacional moderno, foi teólogo e jurista, e seu pensamento pode ser identificado como humanista cristão.

²⁶ WELZEL, Hans. **Diritto naturale e giustizia materiale**. Trad. Giuseppe de Stefano. Milano: Giufrè, 1965. p. 168. Tradução livre: Um racionalismo de nova espécie, orientado pela ciência da natureza e por Descartes, foi a força motriz da doutrina profana do direito natural.

²⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. **Il diritto naturale nel secolo XVIII**. Torino: Giappichelli, 1947. p. 11.

²⁸ Cf. Id., 1997, p. 46.

²⁹ “*L’iniziatore del moderno giusnaturalismo fu Ugo Grozio. Sulle orme segnate dal Grozio Samuele Von Pufendorf elaborò un sistema completo di diritto naturale*”. Id. Op. cit., 1947, p. 13, grifo do autor. Tradução livre: O fundador do jusnaturalismo moderno foi Hugo Grócio. Nas pegadas de Grócio, Samuel Pufendorf elaborou um sistema completo de direito natural.

³⁰ **Derechos humanos**: historia, fundamento y realidad. Zaragoza: Egido, 1997. p. 59. Tradução livre: Grócio e Pufendorf deixaram já em finais do século XVII bem codificada a teoria dos direitos naturais e pode-se dizer que sua influência se plasma nas revoluções posteriores.

Vivendo num contexto histórico permeado pelas guerras de religião, Grócio, em sua obra prima *De iure belli ac pacis*, buscou um marco de convivência pacífica e de tolerância religiosa, defendendo a humanização da guerra e sua sujeição a um direito natural, fundado na razão.

Contemporâneo de Galileu, que fundou a autonomia do conhecimento físico-matemático, Grócio instituiu a autonomia do conhecimento do direito, ao estilo de uma matematização, posto que o considerava como algo que se define e vale independentemente de qualquer experiência e realidade empírica, ou seja, como uma espécie de aritmética, que expressaria uma verdade universal que seria verdade mesmo que não houvesse mundo nem homens.³¹

Para *captar* racionalmente o direito, Grócio dizia que não se devia recorrer à autoridade das Sagradas Escrituras, nem aos antigos pensadores, ou mesmo à jurisprudência romana, mas sim observar a natureza humana. Assim, para Grócio os princípios informadores da conduta humana derivam da própria natureza do homem. Dessa forma, a primeira observação que se impõe é que a natureza humana, segundo o pensador holandês, é dotada de um *appetitus societatis*, ou seja, o homem é por natureza um animal social, razão pela qual é natural e, portanto, justo, o direito cujos princípios e normas busquem a conservação da sociedade.³²

Por conseqüência, Grócio aduz que o que está em oposição a tal juízo é contrário ao direito da natureza, vale dizer, da natureza humana e, por conseguinte, injusto.³³ E essa asserção é válida por si só, ou seja, mesmo que não existisse Deus, da mesma forma como dois e dois são quatro: “O que acabamos de dizer teria lugar de certo modo, mesmo que se concordasse com isso, o que não pode ser concedido sem um grande crime, isto é, que não existiria Deus ou que os negócios humanos não são objeto de seu cuidado”.³⁴

É neste ponto que se encontra o grande mérito de Grócio, segundo a análise de Antônio Manuel Hespanha: “[...] Grócio tem a seu crédito o facto de ter, pela

³¹ Cf. CABRAL DE MONCADA, Luís Solano. **Filosofia do direito e do estado**. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1955. v.1. p. 162-163.

³² Cf. BOBBIO, 1947, op. cit., p.15-16.

³³ Cf. GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De iure belli ac pacis)**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v.1. p. 40.

³⁴ Ibid., loc. cit. “Esse Deus parece assim impotente, fantomático. Ele está presente, mas totalmente anexado pela razão. O verme da laicização, ou do ateísmo, está pois no fruto do racionalismo moderno”. HAARSCHER, 1997, op. cit., p. 131.

primeira vez, formulado, cautelosamente, a ‘hipótese impiíssima’ de prescindir do papel constituinte de Deus na formação de um direito de gênero humano”.³⁵

Daí por que o recurso à analogia com a matemática: ela ilustra como o direito não pode ser mudado nem mesmo por Deus,³⁶ porquanto sua naturalidade é permanente no tempo e no espaço, o que permite qualificá-lo como um direito imutável, eterno e universal.

Aqui reside a contribuição do fundador do direito internacional para o nascimento dos direitos humanos no século XVIII:

O método dedutivo, influência do raciocínio matemático e geométrico, é o que possibilita à reta razão alcançar as regras invariáveis da natureza humana. É essa idéia que está na raiz das modernas Declarações de Direitos Humanos. Declara-se não o que é oculto e imperceptível, mas o que é de fácil acesso à razão humana.³⁷

Samuel Pufendorf (1632-1694), jurista alemão, desenvolveu as premissas de Grócio, concebendo o direito natural como um rígido e estruturado sistema racional. Com sua obra *De iure naturae et gentium*, publicada em 1672, ele não só determinou por um século os rumos da doutrina jusnaturalista, como ainda estabeleceu as bases para a edificação das idéias políticas do século XVIII, dando ensejo ao nascimento dos direitos humanos.³⁸

A clara separação do direito natural da teologia moral e a elevação do jusnaturalismo ao status de ciência distinta das demais ciências da natureza constituíram-se em dois grandes objetivos pufendorbianos.³⁹

Não obstante, o seu maior legado foi a construção de um sistema de direito natural, deduzido *more geometrico* de um único princípio imanente à natureza humana, qual seja, o de “conservação do indivíduo”, cuja observância encontra-se na promoção do instinto de sociabilidade, do qual deriva a idéia de que os homens são naturalmente livres e iguais.⁴⁰

Assim, Pufendorf coloca em relevo no seu sistema de direito natural o que ele denomina “dignidade da natureza humana” (*dignitas naturae humanae*), avançando no estabelecimento de condições para a insurgência dos direitos humanos:

³⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. Apresentação. In: GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v.1. p. 15.

³⁶ Cf. D'ENTRÈVES, 1972, op. cit., p. 66.

³⁷ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 229.

³⁸ Cf. WELZEL, 1965, op. cit., p. 196.

³⁹ Cf. BOBBIO, 1947, op. cit., p. 31.

⁴⁰ Cf. CABRAL DE MONCADA, 1955, op. cit., p. 184.

*L'idea della dignità dell'uomo, fondata sulla libertà morale, sta al centro del sistema di diritto naturale di Pufendorf. Essa riempie col proprio contenuto l'idea di socialità, essa penetra il giudizio su tutti i rapporti giuridici, nel sistema di Pufendorf, e, mediante la serietà morale della sua esposizione, ha acceso e rafforzato i cuori del mondo d'allora e del mondo successivo, nella lotta per i diritti dell'uomo.*⁴¹

Posto isso, exsurge com clarividência a importância desses pensadores que, por meio do método dedutivo-racional, lograram êxito na empresa de laicização do direito natural, libertando-o dos conteúdos tomista e teológico que prevaleceram na doutrina jusnaturalista da época medieval. Com eles o direito natural passa a ser considerado um conjunto de normas e princípios eternos, imutáveis e universais *descobertos* racionalmente da natureza do homem, o que se revelou fundamental para o nascimento dos direitos humanos no século porvindouro.

2.2.2 Locke, Rousseau e os direitos naturais

A doutrina moderna do direito natural, instituída por Grócio, que inaugurou o processo de laicização do jusnaturalismo, e desenvolvida por Pufendorf, dentre outros pensadores, em um complexo e ordenado sistema de direitos naturais, foi recepcionada pelos teóricos do contratualismo, que buscavam teorizar a limitação do poder político, cujo exercício era o grande responsável pela violação dos direitos e da dignidade das pessoas àquela época.

Para que essa profana teoria do direito natural se consumasse como uma construção racional, marcada pela afirmação do indivíduo e, sobretudo, pela reivindicação de direitos, podendo ser convertida em uma teoria da revolução,⁴² fundamental se revelou a perspicácia, a agudeza de espírito ou mesmo a sagacidade dos pensadores contratualistas, que perceberam a força dos direitos naturais frente ao desafio de superar a ordem estamental em vigor e, por conseguinte, potencializaram os efeitos desses direitos ao conferir-lhes um espaço de destaque em suas doutrinas.

⁴¹ WELZEL, 1965, op. cit., p. 211. Tradução livre: A idéia da dignidade humana, baseada na liberdade moral, está no centro do sistema de direito natural de Pufendorf. Ela preenche com seu próprio conteúdo a idéia de sociabilidade, que penetra o juízo de todas as relações jurídicas no sistema de Pufendorf, o qual, através da seriedade moral de sua exposição, incendiou e reforçou os corações do mundo de então e do mundo posterior, na luta pelos direitos do homem.

⁴² Cf. D'ENTRÈVES, 1972, op. cit., p. 73.

Nessa esteira, as filosofias políticas contratualistas, nomeadamente as de Locke e de Rousseau, partem da dicotomia estado de natureza/estado civil, pois seus autores bem sabem que a hipótese racional de um estado de natureza, no qual os indivíduos possuíssem direitos naturais, era a “[...] única que poderia inverter radicalmente a concepção secular segundo a qual o poder político, o poder sobre os homens, o *imperium*, procede de cima para baixo e não vice-versa”.⁴³

Como se sabe, Thomas Hobbes (1588-1679), pensador do absolutismo, constrói seu contratualismo em sentido oposto, objetivando legitimar o poder soberano das monarquias absolutistas. Para tanto descreve o estado de natureza como aquele em que há a guerra de todos contra todos (*bellum omnia contra omnium*), onde o homem, por titularizar direitos naturais à liberdade e à igualdade, é lobo do próprio homem, razão pela qual deve, contratualmente, transferi-los – com exceção do direito natural à vida – a um Estado artificialmente criado, o *Leviatã*, único ente capaz de garantir a paz e a segurança inexistentes no estado pré-cívico. Com isso, por propugnar a transferência dos direitos naturais dos indivíduos ao *Leviatã*, Hobbes não colaborou com o florescimento dos direitos humanos no século XVIII.⁴⁴

Diferentemente, o pensador inglês John Locke (1632-1704) colocou sua teoria política a serviço da limitação do poder político, ao condicioná-lo ao respeito das leis naturais, havendo, pois, entre ela e os princípios que inspiraram a tutela dos direitos do homem pelo constitucionalismo do século XVIII uma relação direta.⁴⁵ Com efeito, em Locke o estado de natureza é uma mistura de bem, traduzido nos direitos naturais – como a liberdade e a igualdade –,⁴⁶ e mal, representado pela falta de um juiz imparcial que canalizasse o exercício pacífico desses direitos, de modo que a função do estado civil, contratualmente constituído pelos indivíduos, seria a de conservar o bem e eliminar o mal, vale dizer, proteger o gozo seguro dos direitos

⁴³ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 94.

⁴⁴ Conforme a lição de Bobbio, “[...] Hobbes adota a teoria do direito natural não para limitar o poder civil – como fará, por ex., Locke –, mas para reforçá-lo. Usa meios jusnaturalistas – se nos permitirmos tal expressão – para alcançar objetivos positivistas”. Id., 1997, p. 41.

⁴⁵ Cf. LAFER, 1988, op. cit., p. 122.

⁴⁶ Nas palavras do filósofo da política: “O ‘estado de natureza’ é regido por um *direito natural* que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo *todos iguais e independentes* [livres], ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens”. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 84, grifo nosso.

naturais, instituindo um poder que não deixasse o julgamento ao sabor dos interessados.⁴⁷

Assim, em Locke o Estado surge com poderes limitados, configurando-se desde já o modelo de Estado liberal - porquanto este é entendido como um Estado negativo, limitado, custódio -, tendo por função primordial julgar imparcialmente, o que dá ensejo ao nascimento da figura do Estado de Direito, ou, melhor, do Estado de Direito-lei.⁴⁸ Por conseguinte, “a parte mais importante da vida do homem se desenvolve antes do Estado e fora do seu âmbito, nas instituições econômicas e na família”,⁴⁹ não devendo o Estado se preocupar com a situação econômica dos indivíduos, que devem observar as leis naturais da economia, nem com sua educação, que incumbe à família.

Todavia, o Estado deveria garantir o direito de propriedade, considerado por Locke um direito natural, sagrado e inviolável, tal como consta do art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e cujos desdobramentos serão analisados a seguir.

Por fim, há que se registrar uma “disfunção” da teoria lockiana - sem se olvidar a sua contribuição para a afirmação dos direitos naturais e o nascimento dos direitos humanos - que reside na sua concepção do estado de natureza como fenômeno histórico e real. Segundo o costa-riquenho Franz Hinkelammert, a teoria de Locke, ao conceber a América em estado de natureza, legitimou a expropriação das terras dos povos indígenas, como também a escravização, a tortura e o massacre daqueles que se opuseram à transformação do estado natural em civil.⁵⁰

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), por sua vez, também colocou sua pena a serviço da limitação do poder político e, correlativamente, à causa do reconhecimento dos direitos humanos sob as vestes de direitos naturais.

O estado de natureza rousseauiano é um estado de plena liberdade e igualdade natural entre os homens. Nele se encontra o homem livre, manifestamente bom, em pleno gozo da sua liberdade, até o advento da sociedade que provoca sua

⁴⁷ Cf. BOBBIO, 1997, op. cit., p. 187.

⁴⁸ Cf. Ibid., p. 223-224.

⁴⁹ Ibid., p. 223.

⁵⁰ HINKELAMMERT, Franz J. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. In: HERRERA FLORES, Joaquín (Coord.). **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 79-113.

corrupção. Traduz essa idéia com riqueza as famosas palavras do pensador suíço: “O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros”.⁵¹

Para superar essa situação, Rousseau propõe a celebração de um novo pacto, ou melhor, de um contrato social a ser estabelecido conforme os ditames da razão, a fim de se restabelecer as leis naturais por via das leis civis, refundando os direitos naturais.

A saída que seu contratualismo propõe, portanto, está na aproximação do estado civil ao estado natural, vale dizer, na realização pela *vontade geral* de propostas à imagem e semelhança das condições naturais de vivência humana, respeitando-se os direitos naturais dos homens que, apesar de encontrarem-se sob ferros, nasceram livres e iguais.⁵²

E neste ponto reside sua contribuição para a história de afirmação dos direitos humanos: sua filosofia política busca encontrar uma forma de associação política que proteja e potencialize os direitos naturais do homem.⁵³

Isso posto, percebe-se, pelo menos no que diz respeito à realidade européia, que o jusnaturalismo moderno dos pensadores contratualistas lançou mão da lei, entendida como pressuposto da liberdade (“ser livre é não obedecer senão às leis”, nas palavras de Voltaire) e como produto da *vontade geral* e da razão iluminista, para a tutela dos direitos naturais:

Se o contratualismo moderno-iluminista não deixava de proclamar ‘direitos naturais’ como pressuposto e ponto de partida fundamentante do mesmo contratualismo, e a revolucionária ‘*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*’ de 1789 expressamente os enunciava, o certo é que, além do seu relevo no assegurar a participação na representação política (que o voto censitário não deixaria todavia, uma vez ou outra, também de limitar), esses direitos se pensavam assegurados através da lei (do direito-legalidade) contratualisticamente constituída.⁵⁴

Assim, o direito se converteu em legalidade, *ius* e *lex* se identificam, o direito passa a ser a lei e é a lei que passa a dar validade aos direitos, de modo que o contratualismo moderno, que partiu das idéias jusnaturalistas para legitimar a inversão da titularidade do poder político, chega ao legalismo, com base no qual se

⁵¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. 4.ed. São Paulo: Cultrix, [19--]. p. 21.

⁵² Cf. BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a história das idéias políticas. São Paulo: Atlas, 2002. p. 190.

⁵³ Cf. MARTÍNEZ DE PISÓN, 1997, op. cit., p. 67.

⁵⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ – os modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 74, p. 5, 1998.

afirmaria, posteriormente, o positivismo jurídico e se desenvolveria o fenômeno da codificação.⁵⁵

2.2.3 Jusnaturalismo e Declarações de Direitos do século XVIII: o nascimento dos direitos humanos

As Declarações de Direitos do século XVIII documentaram o nascimento dos direitos humanos na Modernidade e plasmaram os ideais jusnaturalistas ao longo de seus dispositivos. Concebidas como documentos escritos produto da razão iluminista, elas simbolizam a positivação do direito natural.

Nesse sentido é o diagnóstico do jurista João Bosco da Encarnação: “A Declaração de Direitos Fundamentais é a positivação do Direito Natural e por isso é ‘declaração’, ou seja, do que já se antecipa à vontade. Habermas observa que ‘déclarer’ significa traduzir a ‘ordre naturel’ em ‘ordre positif’”.⁵⁶

Não é por outra razão que as declarações tiveram sua formulação textual com o indicativo do verbo “ser”, em vez da forma deôntica “dever ser”, passando-se a idéia de que os direitos naturais estavam sendo positivados.⁵⁷

Assim, à guisa de exemplo, enquanto a Declaração de Direitos do “bom povo da Virgínia” de 1776 consigna em seu art. 1º que “todos os seres humanos são, pela sua natureza, livres e independentes”, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece, também em seu dispositivo inaugural, que “os homens *nascem e permanecem* livres e iguais em direitos”.

Fácil fica perceber que as idéias dos teóricos do jusnaturalismo racional-moderno estão cristalizadas em ambas as declarações.

Se a Declaração de 1776 do “bom povo da Virgínia”, assim como as outras declarações norte-americanas, foi juridicamente influenciada pelo *Bill of Rights* inglês de 1689, filosoficamente destaca-se a recepção das idéias de Locke,

⁵⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 102-103.

⁵⁶ ENCARNÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do direito em Habermas**: a hermenêutica. 3.ed. Lorena: Stiliano, 1999. p. 28. Nessa esteira, Habermas esclarece que o ato pelo qual, tanto na França como nos Estados Unidos da América, realizou-se a positivação do direito natural, foi uma Declaração de Direitos. Cf. HABERMAS, Jürgen. Derecho natural y revolución. In: _____. **Teoria y praxis**: estudios de filosofia social. Trad. Salvador Más Torres. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 90.

⁵⁷ Cf. NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista eletrônica de direito do estado**. Salvador, n. 4, out-dez, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 ago. 2007. p. 14.

Montesquieu e Rousseau.⁵⁸ Hans Welzel lembra, ademais, que Pufendorf também contribuiu historicamente com as declarações de direitos norte-americanas, sobretudo porque seu pensamento influenciou John Wise (1652-1725), o “pai da democracia americana”, como os norte-americanos o chamavam.⁵⁹

Já a Declaração francesa de 1789, verdadeiro atestado de óbito do *Ancien Régime*, recebeu influência, notadamente, de Montesquieu e, sobretudo, de Rousseau, considerado o “pai espiritual” da Revolução Francesa.⁶⁰

Todavia, muito embora o fundamento jusnaturalista seja compartilhado por ambas, elas se distanciam no que concerne à força normativa que adquirem quando se trata do problema da relação entre os direitos e a lei. Dessa forma, enquanto na tradição norte-americana da *common law*, em cujo seio se encontra a Declaração da Virgínia juntamente com as outras declarações norte-americanas, os direitos são anteriores ao governo, à constituição e à lei, não podendo por eles ser limitados ou violados, na concepção francesa, da qual é referência a Declaração de 1789, os direitos só existem através do Estado e a sua realização e proteção se dá pelo legislador por meio da lei. Em síntese, enquanto a concepção dos direitos norte-americana é pré-estatal, subjetivista e jurisdicional, a concepção francesa é estatal, objetivista e legislativa.⁶¹

Mesmo assim, as duas declarações personificam a ideologia liberal e individualista que, no século posterior, forneceu as bases para a construção do Estado liberal de Direito ou Estado de Direito-lei.⁶² O art. 17 da Declaração de 1789, que proclama a sacralidade e a inviolabilidade da propriedade, é prova manifesta dessa projeção da ideologia do liberalismo individualista nas declarações.⁶³

Essa elevação de um direito patrimonial ao status de direito humano fundamental foi responsável, segundo o italiano Luigi Ferrajoli, por duas opostas

⁵⁸ Cf. COMPARATO, 2008, op. cit., p. 112. Nesse sentido, enquanto o já citado art. 1º plasmou as concepções de Locke e Rousseau acerca da igualdade e liberdade dos homens por natureza, o art.5º consagrou o princípio da tripartição dos poderes em homenagem a Montesquieu.

⁵⁹ Cf. WELZEL, 1965, op. cit., p. 212. Carlos Ignacio Massini Correias também põe em relevo o papel de Pufendorf: Cf. **Los derechos humanos en el pensamiento actual**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 214-215.

⁶⁰ Cf. COMPARATO, 2008, op. cit., p. 150-151. O art. 1º recepcionou a teorização rousseauiana da liberdade e igualdade natural dos homens, enquanto que o art. 6º diz, *in verbis*, que “a lei é expressão da vontade geral”. Já o art. 16 acolheu a teoria da separação dos poderes de Montesquieu.

⁶¹ Cf. ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 52-61.

⁶² Cf. MARTÍNEZ DE PISÓN, 1997, op. cit., p. 78.

⁶³ “Art. 17. Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização”. COMPARATO, 2008, op. cit., p. 159-160.

incompreensões e duas conseqüentes operações políticas: “[...] *la valorización de la propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos ‘burgueses’ a la par de la propiedad*”.⁶⁴

Nessa esteira, hodiernamente novas doutrinas liberais, ou neoliberais, apropriam-se dessa mistura de elementos do jusnaturalismo e do liberalismo nas Declarações de Direitos do século XVIII, construindo teorias dos direitos humanos acopladas ao mercado, com ênfase aos direitos civis (excluindo-se os direitos sociais), que passam a ser considerados os direitos do homem por excelência, numa clara perspectiva individualista. Buchanan, por exemplo, não distingue os direitos humanos de quaisquer outros direitos: “não pode haver nenhuma diferença entre aqueles direitos que habitualmente são designados direitos humanos e aquela espécie de direitos que se resumem sob a designação de propriedade”.⁶⁵ Robert Nozick, por sua vez, conjectura que a propriedade é o direito natural básico que permite ao homem ser dono de si mesmo, ou seja, desfrutar dos outros direitos.⁶⁶ Já Richard Posner, em sua *Análise econômica do direito*, projeta os atributos do direito de propriedade aos direitos humanos, defendendo uma teoria dos direitos humanos enquanto direitos de apropriação, cuja legitimidade está vinculada à maximização do rendimento econômico.⁶⁷

A defesa dos novos liberais de um modelo estatal mínimo, que garanta apenas os direitos de liberdade em sentido negativo, ou de primeira geração, desemboca em um elitismo que se traduz na liberdade de poucos à revelia de muitos, o qual é prontamente legitimado pela naturalização das desigualdades sócio-econômicas, apontadas como um dado inelutável, inerente à natureza das coisas, perante o qual não tem sentido falar de justiça ou injustiça, porquanto o que é natural é justo, levando até mesmo um liberal mais progressista como Ralf

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et al. 3.ed. Madrid: Trotta, 2007a. p. 29-30. Tradução livre: a valorização da propriedade no pensamento liberal como direito da mesma espécie que a propriedade e, inversamente, a desvalorização das liberdades no pensamento marxista, desacreditadas como direitos burgueses juntamente com a propriedade.

⁶⁵ BUCHANAN, James apud CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 95.

⁶⁶ Cf. MARTÍNEZ DE PISÓN, 1997, op. cit., p. 110.

⁶⁷ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho e constitución**. 9.ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 155-157.

Dahrendorf a denunciar um certo cinismo em Hayek, eminente teórico neoliberal, a propósito de suas propostas pela melhora das condições de vida humana.⁶⁸

Embora em nossa tradição jurídica a radical diferença de estrutura entre os direitos humanos e os direitos patrimoniais tenha permanecido oculta pelo uso de uma única expressão, “direito subjetivo”, para designar duas categorias jurídicas heterogêneas, o que se deveu à justaposição das teorias jusnaturalistas à tradição romanista-civilista levada a cabo pelo liberalismo, Luigi Ferrajoli demonstra que há diferenças estruturais entre esses direitos, rechaçando a identificação do direito de propriedade com os direitos humanos: a) os direitos humanos, que Ferrajoli denomina direitos fundamentais, são universais, includentes, base da igualdade jurídica; os direitos patrimoniais são singulares, excludentes, base da desigualdade jurídica; b) os direitos humanos são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos; os direitos patrimoniais são disponíveis, alienáveis e negociáveis; c) os direitos humanos têm seu título na lei (juízo do qual este estudo não compartilha), como se verá a seguir]; os direitos patrimoniais têm por título atos de tipo negocial.⁶⁹

2.2.4 Crítica à fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos: a essência precede a existência

De acordo com a fundamentação jusnaturalista os direitos humanos são direitos naturais, ou seja, normas de conduta universais, pois válidas para todos os lugares, eternas, porque perduram por todos os tempos, e imutáveis, porquanto derivadas de uma fonte inalterável, que podem ser *captadas* ou *descobertas* racionalmente da natureza humana mediante um método dedutivo ao estilo do raciocínio matemático ou geométrico.

Assim, para os jusnaturalistas os direitos humanos não são fenômenos históricos e dinâmicos, porquanto estão inscritos na natureza humana, considerada invariável e plena, da qual basta *deduzir* as normas que naturalmente lá se encontram prontas e acabadas.

⁶⁸ Cf. PÉREZ LUÑO, 2005, op. cit., p. 156; Cf. AVELÃS NUNES, Antônio José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 30.

⁶⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi, 2007a, op. cit., p. 25 e 30-34.

Percebe-se, pois, que para os jusnaturalistas o direito e os direitos humanos assumem as características ontológicas do que Sartre denominou *ser-em-si*. Se o *em-si* é o ser que é o que é, para os adeptos da doutrina do direito natural, o direito (e os direitos humanos!) é o que é natural, não se esquecendo que eles identificam o natural com o justo. Assim, por ser um *ser-em-si* os direitos humanos seriam um fenômeno opaco, pleno, maciço e denso, que simplesmente é, escapando à temporalidade e, conseqüentemente, à história.

Nesse sentido, os direitos humanos são tomados como uma essência ou substância que é captada metafisicamente de uma natureza supostamente permanente. E isso não é sem razão. Qualquer grande concepção do direito e dos direitos pressupõe uma determinada visão do que seja o homem.⁷⁰ Por conseguinte, os direitos humanos assumem esses atributos porque a doutrina jusnaturalista, em sentido oposto às *filosofias da existência*, concebe o homem como ser cuja essência precede a existência, ou seja, dotado de uma natureza invariável, plena, pronta e acabada, e não como ser que existencialmente jamais é, mas é sendo, existe sendo e constrói sua essência a partir da sua *existência* finita, temporal e *situada* historicamente.

Se há mesmo uma natureza humana, como defendem os jusnaturalistas, surge o problema das incongruências que a doutrina do direito natural já produziu acerca do que se mostra harmônico com a natureza do homem. Assim, ao longo da história do pensamento jusnaturalista já se considerou conforme à natureza humana a escravidão ao mesmo passo que a liberdade. Com efeito, enquanto para Locke, Rousseau e Kant a liberdade era um direito natural, para Aristóteles o que se mostrava natural era a escravidão.⁷¹ Nessa esteira, Bobbio descreve as idéias defendidas paradoxalmente em nome da natureza humana:

[...] à sombra do direito natural, diferentes máximas morais têm sido propostas, às vezes em oposição, defendendo ora a escravidão e a conquista colonial, ora a liberdade e as guerras de liberação nacional e colonial; ora a propriedade privada, ora a propriedade coletiva; ora a obediência à lei do soberano, mesmo quando injusta, ora a desobediência

⁷⁰ Cf. ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 105.

⁷¹ Cf. BOBBIO, 1997, op. cit., p. 55. Diz o estagirita: “[...] só são escravos os que foram destinados à escravidão pela natureza”. ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 16. Ironicamente noticia-se que no século XIX o direito natural fora invocado pelos tribunais brasileiros em inúmeras decisões que davam procedência a ações de liberdade com as quais os escravos demandavam sua libertação. Cf. FERNANDES, Pádua. A superstição da lei e a reforma social: a construção do princípio da liberdade na jurisprudência brasileira do século XIX. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. (Org.). **História e método em pesquisa jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 102-104.

civil; ora o regime feudal e sua hierarquia, ora o regime burguês e sua ordenação puramente formal, ora o regime socialista – dos antigos socialistas utópicos – e sua organização comunitária.⁷²

Por conseguinte, percebe-se que a natureza é um livro de enigmas que cada um decifra ao seu modo, já que não há idéia que já não tenha encontrado apoio na lei natural *deduzida* da natureza humana.⁷³

Ademais, ao preconizar uma ordem racional universal, na qual tudo está previsto, embora não *descoberto* e determinado, a doutrina do direito natural faz perecer a autonomia e a liberdade humanas, porquanto aos sujeitos cabe apenas a realização da ordem de valores ditos naturais, perdendo sentido a idéia de direitos humanos, na medida em que eles visam declaradamente – consoante o art. XXIX da Declaração de 1948 - possibilitar a qualquer pessoa, pelo simples fato de sê-lo, o livre desenvolvimento da sua personalidade em comunidade.⁷⁴ Luminosa a este respeito é a lição de Camus: “Não posso entender o que seria uma liberdade dada por um ser superior”.⁷⁵

Outrossim, o jusnaturalismo assevera que os direitos humanos são direitos naturais e, conseqüentemente, universais, eternos e imutáveis, vale dizer, em sentido sartreano, dotados da firmeza, plenitude e rigidez do *ser-em-si*, com a ilusão de que basta demonstrá-los, tornando-os inquestionáveis e irresistíveis, para que seja assegurada a sua realização.⁷⁶ Todavia, o destino comum a todos esses direitos, que existem abstrata e idealisticamente, mas não em ação ou fenomenicamente na conduta dos homens de carne e osso, sobretudo, na conduta dos juristas externadas em atos jurisdicionais, é tornarem-se peças de museu, tal qual ocorreu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, exibida em um quadro figurativo no romance de Sartre *A náusea*.⁷⁷

⁷² BOBBIO, 1997, op. cit., p. 59-60.

⁷³ Cf. Ibid., p. 54-56.

⁷⁴ “Tanto a concepção naturalística do Homem como a doutrina jusnaturalista tradicional pretendem excluir aqui totalmente a vontade ou confiar-lhe apenas um papel de importância secundária. Para a primeira das concepções, a vontade humana é causalmente determinada. Para a segunda, à vontade apenas compete a realização da ordem querida por Deus ou a ordem racional, actuando em conformidade com uma hierarquia de valores preconhecida que deve realizar”. MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. In: _____. **Obra dispersa**: filosofia do direito, direito público, outros. Braga: Scientia Iuridica, 1993. p. 109.

⁷⁵ CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Trad. Ari Roitman e Paulina Watch. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007c. p. 68.

⁷⁶ Cf. BOBBIO, 1997, op. cit., p. 22-23.

⁷⁷ A personagem Roquentin passa pelo quadro e comenta com ironia: “O que aquelas telas escuras ofereciam a meus olhos era o homem repensado pelo homem, com a mais bela conquista do homem como único ornamento: o buquê dos Direitos do Homem e do Cidadão. Admirei sem reservas o reino humano”. SARTRE, Jean-Paul. **A náusea**. Trad. Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 116.

Em realidade, os direitos naturais apresentam-se como direitos desarmados.⁷⁸ Isso porque, eles nada mais são do que elementos de um projeto normativo-axiológico e racional, fundado em axiomas *naturais* com uma pretensão ética, não sendo, portanto, autênticos direitos. Conforme as lições de Castanheira Neves:

[...] a 'essência' não comprova nem garante a 'existência': o direito não o é (não é *direito*) sem um particular modo de 'existência', sem um específico modo-de-ser. Para que o direito possa se reconhecer como tal não basta sua intencionalidade normativa, há que revelar-se determinante dimensão da *práxis* – desde logo em termos de vinculante validade para a acção ou inter-acção.⁷⁹

Além disso, a concepção dos direitos do homem como direitos naturais, a-históricos, dedutíveis da natureza humana, acaba por se revelar em um parapeito de proteção contra a *angústia* do homem-jurista, que não terá de *escolher* os valores e, logicamente, construir os direitos, já que eles se encontram prontos e acabados na natureza humana, cabendo tão somente metafisicamente *captá-los* ou *descobri-los*, o que se revela prejudicial à tutela dos direitos por duas razões: dissimulação da responsabilidade dos juristas na construção dos direitos e ausência de proteção a direitos que supostamente não seriam naturais (argumentação de que se valem autores indiferentes aos direitos sociais).⁸⁰

O próprio Kelsen denuncia a *má-fé* jusnaturalista:

[...] a decisão da questão de saber o que é justo e o que é injusto depende da *escolha* da norma de justiça que nós tomamos para base do nosso juízo de valor e, por isso, pode receber respostas muito diversas; significa que esta opção apenas pode ser feita por nós próprios, por cada um de nós, que nenhum outro – nem Deus, nem a natureza, nem ainda a razão como autoridade objetiva – pode fazê-la por nós. [...] Elas [as doutrinas jusnaturalistas] não poupam o indivíduo, não o libertam da *responsabilidade de escolha*. Porém, cada uma destas doutrinas jusnaturalistas dá ao indivíduo a *ilusão de que a norma de justiça que ele escolhe ou pela qual opta provém de Deus, da natureza ou da razão*.⁸¹

⁷⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. 3.ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1977. p. 164.

⁷⁹ CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 25.

⁸⁰ A abstração e o idealismo da concepção jusnaturalista dos direitos humanos negligencia os problemas histórico-reais dos homens concretos carentes de direitos: “[...] privilegiando excessivamente o papel da razão, [o jusnaturalismo moderno] elaborou um sistema de pensamento jurídico fechado em si mesmo, dentro da concepção de um direito supra-social, desligado das condições em que o homem efetivamente vive e se associa e, por isso mesmo, alienado da realidade social”. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 135-136, destaque nosso.

⁸¹ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 114-115, grifo nosso.

Entretanto, a pretensão dessas evidências metafísicas de que se alimentou o jusnaturalismo está caduca e filosoficamente superada,⁸² de modo que os direitos humanos não são *descobertos* ou *captados*, em termos de uma “razão teórica”, mas *existencialmente* construídos, consoante uma “razão prática”.⁸³

Na verdade, conforme adverte o professor Luiz Fernando Coelho, a natureza humana entendida como uma essência previamente dada é uma ficção, não havendo sentido em se pensar em direitos naturais imutáveis fundados na essência do homem,⁸⁴ já que, tendo-se em vista que o homem *existe*, é um projeto, um devir, condenado a *ser*, a *fazer-se*, a *construir* sua essência e, portanto, a *dar-se* uma natureza, o direito e os direitos humanos acompanham esse processo, constituindo-se em um produto histórico-cultural dessa *praxis* humano-existencial.

⁸² Alessandro Passerin D’Entrèves leciona que Hegel promove a derrocada do jusnaturalismo, tanto na teoria jurídica, quanto no plano da política. Cf. D’ENTRÈVES, 1972, op. cit., p. 92-93.

⁸³ Cf. CASTANHEIRA NEVES, 1998, op. cit., p. 32 e 35-36.

⁸⁴ COELHO, Luiz Fernando. **Existencialismo e direito e outros ensaios**. Curitiba: Lítero-técnica, [19--]. p. 27-28.

2.3 Positivismo jurídico: o *ius* subjogado pela *lex*

Em reação à fundamentação jusnaturalista das Declarações de Direitos do século XVIII insurgiram-se importantes correntes filosóficas e jusfilosóficas no século XIX, cujo ponto de partida, comum a todas elas, muito embora estivessem lastreadas em diversos pontos de vista, consistiu na refutação do direito natural, objetivando-se encontrar um fundamento para o direito diverso da natureza do homem.

Destaca-se nesta empreitada a perspectiva utilitarista de Jeremias Bentham, para quem os direitos naturais jamais existiram, na medida em que o direito é produto da autoridade do Estado (*non veritas sed auctoritas facit legem*), a qual deve obedecer ao princípio da utilidade, expresso na fórmula “a felicidade do maior número”.⁸⁵

Digna de nota também se revela a postura historicista, seja na versão mais estritamente jurídica da Escola Histórica do Direito – o historicismo jurídico – capitaneada por Savigny, de acordo com a qual o direito deriva do “espírito do povo” (*volksgeist*) e, por conseguinte, cada povo tem o seu direito, de modo que a idéia de um direito universal mostrar-se-ia como uma contradição em termos; seja na versão filosófica de Hegel, que defende que liberdade e igualdade não são algo dado pela natureza, mas, ao contrário, um produto e resultado da consciência histórica.⁸⁶

Finalmente, o positivismo jurídico revelou-se a mais radical dentre as vertentes que se propuseram a minar as bases do edifício do direito natural, o que fez com que dominasse hegemonicamente a história do pensamento jurídico no século XIX, culminando na sofisticação científica impressa à corrente pelo gênio de Hans Kelsen, até a sua crise no pós-guerra do século XX,⁸⁷ conforme a análise empreendida a seguir.

⁸⁵ Cf. BOBBIO, 1992, op. cit., p. 126; Cf. MASSINI CORREAS, 1994, op. cit., p. 47-81.

⁸⁶ Cf. BOBBIO, 1992, op. cit., loc. cit.

⁸⁷ “A teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen. Por isso podemos considerar este autor como o clímax do movimento juspositivista, depois do que começa sua decadência, isto é (sem metáfora), sua crise”. Id. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodríguez. São Paulo: Ícone, 1995. p. 198.

2.3.1 O positivismo jurídico do século XIX: os direitos domesticados pela lei

Enquanto o jusnaturalismo é dualista, admitindo a convivência do direito natural com o direito positivo e, logicamente, propugnando pela *superioridade* daquele diante deste, o positivismo jurídico é monista, ou seja, uma teoria que admite com *exclusividade* tão somente o direito positivo, o direito posto, de sorte a expulsar da juridicidade qualquer manifestação suprapositiva.⁸⁸

Desde já é importante assentar, à guisa de prevenir quaisquer equívocos, que a expressão “positivismo jurídico” não deriva da locução “positivismo” em sentido filosófico, tal como cunhada por Augusto Comte, mas sim da locução *direito positivo* contraposta, desde Platão e Aristóteles, a *direito natural*.⁸⁹

O contexto histórico em que essa corrente do pensamento jurídico surgiu relaciona-se à formação do Estado Moderno, junto a qual passa a ter curso um processo de monopolização da produção jurídica por parte desse mesmo Estado, em clara reação ao modelo de juridicidade da sociedade medieval, que admitia a convivência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos dispostos por diferentes agrupamentos sociais.⁹⁰

Nesse percurso de monopolização da criação da juridicidade pelo Estado, revelou-se fundamental o papel desempenhado pelo movimento da codificação, destacando-se nessa esteira o famoso Código Civil francês de 1804 (Código de Napoleão), com o qual se inicia, verdadeiramente, a história do pensamento juspositivista.

Isso porque, a codificação permite a recepção pelo positivismo jurídico de um importante legado jusnaturalista, qual seja, a idéia do direito enquanto sistema. “De fato, a codificação terminou por constituir-se em ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico”, de modo que “[...] transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a idéia de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição”.⁹¹

⁸⁸ Cf. BOBBIO, 1977, op. cit., p. 128. Para o positivismo jurídico, portanto, “somente o direito positivo é direito e todo o direito positivo é direito”. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 103.

⁸⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. Op. cit., 1995, p. 15-16.

⁹⁰ Cf. Ibid., p. 26-27.

⁹¹ LAFER, 1988, op. cit., p. 38-39. “O jusnaturalismo moderno-iluminista preparou, desde os meados do séc. XVIII, e consumou-se, a partir de 1794 (a data do Código prussiano), na codificação. Os

Na análise do crítico francês Michel Mialle, essa mudança de perspectiva no pensamento jurídico não ocorreu por acaso:

O jusnaturalismo correspondia, sobretudo no final do século XVIII, à teoria de que necessitava a burguesia ascendente para criticar a feudalidade e transformar a sociedade que se opunha ainda à sua dominação. O positivismo será, a partir da codificação napoleônica (de que é uma manifestação e não uma causa), a teoria de que tem necessidade uma burguesia que se tornou dominante no sistema sociopolítico. Depois da escola da crítica [jusnaturalismo racional] segue-se a da exegese!⁹²

Essa suplantação do pensamento jusnaturalista - que dominou a seara da reflexão jurídica até o século XVIII - pelo incipiente positivismo jurídico no início do século XIX, projetou reflexos na concepção e, conseqüentemente, fundamentação dos direitos humanos, com grandes implicações, evidentemente, na forma de tutela, proteção e realização desses direitos.

Com efeito, os direitos do homem que nasceram sob as vestes de direitos naturais, ou seja, direitos imutáveis, eternos e universais, derivados da natureza humana e titularizados pelo homem em geral, passam, no século XIX, a ser concebidos como direitos fundamentais, vale dizer, direitos positivos particulares, cuja titularidade restringia-se aos cidadãos dos respectivos Estados com cujo poder os direitos eram criados e tutelados.

Em seu combate ao idealismo abstrato ou metafísico do jusnaturalismo racional, o positivismo jurídico não reconhece direitos que se encontram para além do direito que é posto pelo Estado. O direito, por conseguinte, passa a ser identificado com a lei, convertendo-se na legalidade, vale dizer, consoante as lições de Castanheira Neves, o *ius* se resume à *lex*.⁹³ Pelo menos no que se refere à tradição da *civil law*, ou seja, à concepção francesa dos direitos humanos, levando-se em conta a antípoda concepção norte-americana, é a lei que dá validade aos direitos do homem, de modo que eles existem e são garantidos por meio da lei.

Na França, a radicalização desses postulados foi organizada em torno de uma verdadeira escola, a Escola da Exegese, também conhecida como Escolástica Jurídica, Escola dos Glosadores, Escola Napoleônica ou Escola Burguesa, cujo culto à lei, simbolicamente traduzido no brocardo "*dura lex, sed lex*", é sacralizado de

Códigos iluministas, e mesmo o pós-revolucionário *Code civil* francês de 1804, outra coisa não foram, fundamentalmente, do que a consagração dos sistemas racionalmente construídos pelo jusnaturalismo moderno-iluminista em positivo-codificados sistemas legislativos". CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 26.

⁹² MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. 2.ed. Lisboa: Estampa, 1994. p. 44, destaque nosso.

⁹³ Cf. CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 102-103.

modo a dotá-la dos atributos da onisciência, já que preveria todas as formas de relações humanas; da onipotência, porquanto resolveria todos os conflitos advindos da *coexistência* humana; da justeza e legitimidade, na medida em que o justo é identificado com o legal; e, por fim, da clareza e sentido unívoco, razão pela qual o juiz não passa de uma boca através da qual fala a lei, traduzindo a “vontade do legislador”.

Congruente com os reclames de um Estado liberal de Direito, ou, melhor, de um Estado de Direito-lei ou Estado de Direito-legislativo, essa perspectiva, que identifica o *ius* com a *lex* e submete todas as fontes do direito à lei, adotando uma espécie de *légicentrisme*, coloca o problema da tutela e realização dos direitos unicamente na figura do legislador, de modo que a força dos direitos nada mais é do que a força da lei.⁹⁴

Soberana, portanto, é a lei e não os direitos. Os direitos, a justiça, enfim, a juridicidade reduz-se ao que dispõe a lei. Os direitos dependem, portanto, da lei e essa submissão tem relevantes implicações prático-jurisdicionais:

*No tuvo lugar, pues, el sometimiento de la ley al control de los derechos sino que, al contrario, se produjo el control de legalidad de los derechos, cuya verdadera ‘Constitución’ jurídicamente operante no fue la Déclaration, sino el Code civil, no en vano denominado con frecuencia la ‘Constitución de la burguesía’ liberal.*⁹⁵

Daí porque para a fundamentação juspositivista, “[...] os direitos humanos seriam um produto que emana da força do Estado através do seu processo de legitimação e reconhecimento legislativo, e não o produto ideal de uma força superior ao poder estatal, como Deus ou a razão humana”, de modo que “cada direito somente existe quando está escrito nas leis”.⁹⁶

Fazendo eco com Norberto Bobbio:

Para o positivismo jurídico os supostos direitos naturais não são mais do que direitos públicos subjetivos, ‘direitos reflexos’ do poder do Estado, que não constituem um limite ao poder do Estado, anterior ao nascimento do próprio Estado, mas são uma consequência – pelo menos na reconhecida e célebre doutrina de Jellinek – da limitação que o Estado impõe a si mesmo.⁹⁷

⁹⁴ Cf. ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 52-53.

⁹⁵ Ibid., p. 53. Tradução livre: Não teve lugar, pois, a submissão da lei ao controle dos direitos, mas sim, ao contrário, produziu-se o controle de legalidade dos direitos, cuja verdadeira ‘Constituição’ juridicamente operante não foi a *Declaração* [de 1789] e sim o *Código Civil* [de 1804], não em vão denominado com frequência a ‘Constituição da burguesia’ liberal.

⁹⁶ DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos?**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 17.

⁹⁷ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 127.

De fato, a juspublicística europeia do século XIX passa a conceber os direitos do homem como elementos constituintes do ordenamento jurídico, motivo pelo qual eles passam a gozar do status de direitos públicos subjetivos, dependendo, para tanto, da benevolência do Estado, em virtude de cujo poder esses direitos poderão ou não vir a serem criados e protegidos. Sob a indumentária de direitos fundamentais, os direitos humanos, por conseguinte, deixam de ser direitos do homem ou da pessoa em geral, para serem, tão somente, direitos daqueles homens que estejam vinculados juridicamente a um Estado, vale dizer, os direitos do homem transmutam-se em direitos do cidadão.

Por essa razão, o juspositivismo, ao reagir aos exageros da concepção jusnaturalista de busca de um fundamento ontológico absoluto para os direitos humanos, reputa inútil e, portanto, irresolúvel, a tentativa de fundamentação desses direitos, conclamando o jurista a ater-se tão somente à dogmática do direito posto, conforme leciona o jurista espanhol Antonio Enrique Pérez Luño:

[...] para el positivismo jurídico, que descarta la posibilidad de establecer premisas racionales para justificar los derechos humanos, la tarea a realizar se circunscribe al análisis de las técnicas formales de positivación, a través de las cuales estos derechos alcanzan rango normativo en los ordenamientos jurídicos de los distintos sistemas políticos.⁹⁸

Na verdade, o positivismo jurídico efetua uma contrafundamentação dos direitos do homem, na medida em que coloca um parêntesis na reflexão filosófica acerca dos direitos humanos.⁹⁹ Com efeito, o positivismo jurídico interditou o caminho da busca de qualquer fundamento do direito e dos direitos, assim como marginalizou, relegando a um plano secundário, o problema da justiça.

E isso não foi um acontecimento fortuito. Um rápido exame do contexto cultural em que se desenvolveu esta corrente do pensamento jurídico permite visualizar com clarividência a confiança no progresso e no desenvolvimento científico reinante à época, chegando, por vezes, a uma crença determinista da história e do mundo,¹⁰⁰ o que, ao ser transposto para o plano do direito, faz com que o complexo fenômeno jurídico seja examinado apenas por meio de um exercício descritivo, consoante o que era exigido pelo cientificismo em voga, tornando-se,

⁹⁸ PÉREZ LUÑO, 2005, op. cit., p. 138, grifo do autor. Tradução livre: Para o positivismo jurídico, que descarta a possibilidade de estabelecer premissas racionais para fundamentar os direitos humanos, a tarefa a realizar circunscribe-se à análise das técnicas formais de positivação, através das quais estes direitos alcançam dignidade normativa nos ordenamentos jurídicos dos distintos sistemas políticos.

⁹⁹ Cf. CASTAN TOBEÑAS, José. **Los derechos del hombre**. Madrid: Reus, 1969. p. 49.

¹⁰⁰ Cf. MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade**: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 102-103.

pois, o trabalho com a juridicidade – *de per si* propiciador de riquíssimas possibilidades - uma seca, pobre e insípida ciência da legislação positiva.

Dá-se, neste período, o que o jusfilósofo alemão Gustav Radbruch constatou em um diagnóstico que se tornou famoso: a “eutanasia da filosofia do direito”. Através do positivismo jurídico, que imperou hegemônico durante o século XIX, cuja intenção decididamente antimetafísica e, conseqüentemente, antifilosófica, era resultado natural de seu fetichismo cientificista, a *filosofia do direito* se viu superada pela *ciência do direito* e presenciou o nascimento da *teoria geral do direito*:

[...] o anterior objectivo da filosofia do direito convertia-se agora em teoria da ciência do direito (em reflexão apenas sobre a sua epistemologia e a sua metodologia) e o lugar intencional que pretendia ser o seu (a reflexão do último nível) seria ocupado pelo estrato mais abstracto da ciência do direito – a “*Teoria Geral do Direito*”.¹⁰¹

Em linhas gerais, os pontos fundamentais deste modelo de juridicidade foram muito bem traçados por Norberto Bobbio: a) quanto ao modo de abordar ou de encarar o direito: considera o direito como um fato e não como um valor, razão pela qual a validade do direito se funda em uma estrutura formal e o jurista, ao trabalhar com o fenômeno jurídico, deve abster-se de formular juízos de valor; b) quanto à definição do direito: define o direito em função do elemento de coação; c) quanto às fontes do direito: a legislação assume a posição de fonte preeminente do direito; d) quanto à teoria da norma jurídica: considera a norma jurídica como um comando; e) quanto à teoria do ordenamento jurídico: sustenta a coerência e completude do ordenamento jurídico; f) quanto ao problema da interpretação: propugna uma teoria da interpretação mecanicista, de sorte a considerar o juiz uma espécie de robô ou calculadora eletrônica; g) quanto à obediência: teoriza em torno da obediência absoluta da lei enquanto tal.¹⁰²

Destacando-se o aspecto metodológico, pode-se dizer que o positivismo jurídico assimilou do jusnaturalismo a sistemática axiomaticamente conceitual e dedutiva com que a corrente do direito natural elaborou sua dogmática, considerando da mesma forma que esta o direito como um objeto. Todavia, enquanto o jusnaturalismo o tinha por objeto porque pressuposto e fundado em entidades ontológicas (a natureza em geral – *physis* -, ou a transcendência divina) ou antropológicas (a natureza do homem), o juspositivismo considerava o direito como objeto porquanto tomava este como já posto pela decisão política e afirmava

¹⁰¹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 31, grifo do autor.

¹⁰² Cf. BOBBIO, 1995, op. cit., p. 131-134.

que esse direito imposto seria unicamente o direito ao qual o jurista deveria observar e obedecer.¹⁰³

Ao legislador, conforme já visto anteriormente, competia a *criação* do direito, ou, melhor, da lei, muito embora esta assumisse por si só o status da juridicidade como um todo, ao passo que ao juiz ou ao jurista em geral estava reservada a melancólica tarefa de *aplicação* do direito.¹⁰⁴ A legislação, portanto, era o momento criativo do direito, enquanto que a jurisprudência era o momento teórico ou cognoscitivo de um direito preexistente, já dado, pronto e acabado.

Assim, em decorrência dessa concepção do direito como objeto, somada ao fato de que pensamento jurídico encontrava-se relegado a uma intenção teórica, a decisão jurídica fora reduzida a um conhecimento, de modo que o jurista, posto que trabalhava com um direito já preexistente, decidia conhecendo.¹⁰⁵

Reinava uma espécie de “platonismo de regras”, consoante a explicação de Castanheira Neves, tendo-se em vista que as prescrições jurídicas eram tidas como entidades auto-significantes, ou seja, continham em si a sua significação, de maneira que conhecer a significação era condição suficiente para a *aplicação* do direito.¹⁰⁶

Não obstante este modelo de juridicidade ter sido teorizado e praticado nos quadrantes do Estado de Direito-lei do século XIX, o que justifica o emprego da forma verbal pretérita nos juízos que acima foram tecidos, ele ainda sobrevive anacronicamente disseminado no imaginário e na *praxis*, ou, melhor, praxe dos juristas em pleno século XXI, ainda que tenha sofrido algumas adaptações.

Não é de se estranhar, por conseguinte, que ainda hoje os juristas são costumeiramente designados como “operadores” ou “aplicadores” do direito, o que denota a adesão, ainda que inconsciente, ao modelo positivista de juridicidade, segundo o qual o fenômeno jurídico é *criado* pelo legislador e, por já estar dado, pronto e acabado, *aplicado* e *operado* por advogados, defensores públicos, promotores de justiça e juízes de direito.

Esse fenômeno é bem explorado por Gustavo Zagrebelsky:

Si el positivismo jurídico todavía no ha sido abandonado ni en la teoría ni en la práctica jurídica del tiempo presente, y si los juristas continúan

¹⁰³ Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. p. 50-52.

¹⁰⁴ Cf. *Ibid.*, p. 17.

¹⁰⁵ Cf. *Ibid.*, p. 50.

¹⁰⁶ Cf. *Ibid.*, p. 19.

*considerando su labor básicamente como un servicio a la ley, aunque integrada con la 'ley constitucional', no es porque aún pueda ser válido en la nueva situación, sino porque las ideologías jurídicas son adaptables.*¹⁰⁷

Daí que, no que concerne à adaptação desse modelo, assiste-se hoje a uma espécie de predileção por um “positivismo constitucional”. Os direitos do homem que nasceram naturais e tornaram-se fundamentais, sendo, por essa razão, subjugados pela lei, que lhes fornecia a própria condição jurídica de validade, exercendo o *Code civil*, à revelia das constituições, o papel de verdadeira Carta Magna dos direitos, passam a ser domesticados pela constituição.

Nesta mutação positivista, em que há a evolução do Estado de Direito-legislativo para o Estado-de-Constituição, a constituição é quem dá o sentido último do direito a ponto de a juridicidade acabar por identificar-se com a constitucionalidade. Por conseqüência, o problema do fundamento de validade do direito e dos direitos é resolvido simplificadamente se recorrendo a esta mesma constituição, que passa a exercer uma função *constitutiva* dos direitos humanos, ocupando o status de sede privilegiada de proclamação desses direitos. Isso significa, em outras palavras, a subordinação da própria existência dos direitos do homem à constituição.¹⁰⁸

Por encontrar-se grande parte dos estudiosos dos direitos humanos quedada nesta perspectiva, conscientemente ou não, ganha relevo o problema de delimitar-se a posição que assumem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos em face da constituição, havendo autores que defendem um status de lei ordinária, enquanto outros defendem a natureza constitucional e, ainda, uma incipiente posição que postula, recorrendo-se à doutrina alemã, o estado supralegal desses instrumentos normativos. Há também uma vertente minoritária que defende um caráter supraconstitucional desses tratados e convenções, razão pela qual não partilha, obviamente, do que se pode chamar de “positivismo constitucional”. De

¹⁰⁷ ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 41. Tradução livre: Se o positivismo jurídico, todavia, não foi abandonado nem na teoria e nem na prática jurídica do tempo presente, e os juristas continuam considerando seu trabalho basicamente como um serviço à lei, ainda que integrada com a ‘lei constitucional’, não é porque ainda possa ser válido na nova situação, mas sim porque as ideologias jurídicas são adaptáveis.

¹⁰⁸ Cf. CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 107-113. Nesse sentido, o professor português explica que a juridicidade não se resume à constitucionalidade e a constitucionalidade não pode ser fundamento normativo de si própria sob pena de cair-se no positivismo. Assim, ao refletir sobre a invocação do poder constituinte para a resolução da questão da validade normativo-jurídica da constituição, o jusfilósofo assevera que, procedendo-se dessa forma, “[...] a validade volta a confundir-se com a postulada legitimidade de um poder, e o direito remetido, através da constituição, para o poder político terá de conformar-se de novo com a sua compreensão positivista – um positivismo agora já não de simples legalidade, mas não menos um positivismo constitucional”. Ibid., p. 110.

qualquer modo, conforme se verá mais à frente, a problemática perde o sentido – remanescendo, porém, para a jurisdição constitucional, mais precisamente, para o controle de constitucionalidade - diante da fundamentação *existencial* dos direitos humanos e suas implicações metodológicas, já que o que importa não é a posição assumida pelos instrumentos que albergam os direitos do homem em face da constituição, mas a norma mais favorável ao sujeito humano *existente* titular do direito no caso concreto, independentemente do local em que este direito esteja consignado.

Em linhas gerais, valendo-se de uma metáfora do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, está traçado o esqueleto do positivismo jurídico, não se olvidando que “a carne é distribuída diferentemente por diferentes positivistas e alguns chegam mesmo a rearranjar os ossos”.¹⁰⁹ Assim, embora se reconheça a importância de positivistas como John Austin e Hebert Hart, sobretudo nas veredas da *common law*, opta-se por examinar, a seguir, ainda que rapidamente, o pensamento de Hans Kelsen, intentando-se compreender como este eminente jurista procedeu a essa distribuição e rearranjo, para estabelecer as implicações da adoção da *teoria pura do direito* para a tutela dos direitos humanos.

2.3.2 O normativismo de Hans Kelsen: horizontes de uma *teoria pura dos direitos humanos*

“O ponto de vista do conhecimento puro é contraditório: só existe o ponto de vista do conhecimento comprometido. [...] Um conhecimento puro, com efeito, seria conhecimento sem ponto de vista, logo, conhecimento do mundo situado, por princípio, fora do mundo. [...] O conhecimento só pode ser surgimento comprometido no determinado ponto de vista que somos”

(Jean-Paul Sartre, O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica)

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 29.

Hans Kelsen (1881–1973), eminente jurista austríaco, talvez o maior jurista do século XX, foi para alguns um divisor de águas.¹¹⁰ Isso porque, com extremo rigor metodológico e profunda coerência lógica logrou alcançar o objetivo a que se propôs de conferir um caráter científico ao estudo do fenômeno jurídico, *purificando* a teoria do direito, que se encontrava contaminada pelo sincretismo metodológico no início do século XX.

Já no prefácio à primeira edição de sua *Teoria pura do direito*, Kelsen assenta que busca desenvolver uma teoria jurídica purificada de toda a ideologia política e de todos elementos da ciência natural, com vistas a se elevar a *teoria do direito* à altura de uma genuína ciência, permeada pela objetividade e exatidão.¹¹¹ Partindo de pressupostos neokantianos, dentre os quais o de que o objeto é determinado pelo método, Kelsen diz que pretende responder à questão “o que é e como é o direito?”, não lhe importando a questão de saber como deve ser o direito ou como ele deve ser feito, já que procura fazer ciência jurídica e não política do direito.¹¹²

O material empírico ao qual ele aplica essa metodologia da pureza, que “[...] pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”,¹¹³ é o direito positivo, de modo que a *teoria pura do direito* mostra-se como a mais elaborada teoria do positivismo jurídico.¹¹⁴ O próprio Kelsen confirma esta assertiva, qual seja, a de que sua teoria é uma sofisticação científica do positivismo jurídico: “[...] ela pode ser entendida como um desenvolvimento ou desimplicação de pontos de vista que já se anunciavam na ciência jurídica positivista do século XIX”.¹¹⁵

Ao proceder dessa forma, debruçando-se sobre o direito posto, Kelsen acredita garantir a objetividade necessária ao desenvolvimento da atividade científica, o que conferiria à *teoria pura* um caráter anti-ideológico:

[...] a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser:

¹¹⁰ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio. Por que ler Kelsen hoje?. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 13.

¹¹¹ Cf. KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XI.

¹¹² Cf. *Ibid.*, p. 1.

¹¹³ Cf. *Ibid.*, loc. cit. Kelsen defende que “apenas separando a teoria do Direito de uma filosofia da justiça, assim como da sociologia, é possível estabelecer uma ciência específica do Direito”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XXX.

¹¹⁴ Cf. LOSANO, Mário G. Introdução. In: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. XIII.

¹¹⁵ KELSEN, 2006, op. cit. p. XII.

pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito 'ideal' ou 'justo'. Neste sentido é uma teoria do direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico.¹¹⁶

É bom que se diga, diferentemente do que crê certa “vulgata kelseniana”,¹¹⁷ que o mestre de Viena produziu uma *teoria pura* do direito e não uma teoria do *direito puro*. Vale dizer, Kelsen não negou as outras dimensões valorativas e sociais do fenômeno jurídico,¹¹⁸ mas, ao partir da separação kantiana entre os mundos do ser e do dever ser, realizou um corte epistemológico, reservando ao jurista tão somente o exame da norma jurídica. Daí porque, “a pureza para Kelsen está no olhar e não na coisa olhada. Ele não quer purificar a experiência jurídica, mas a Ciência do Direito”.¹¹⁹

Valendo-se de uma feliz metáfora, o italiano Mário Losano explica em tom de crítica esta opção metodológica kelseniana:

Excluindo qualquer exame do interior (ou seja, a realidade) e qualquer exame do exterior (ou seja, o valor, a justiça), Kelsen encontra-se na posição de quem quer falar do ovo propondo-se calar tanto sobre a galinha quanto sobre a gema e a clara. Estaremos mesmo seguros de que a casca é o elemento fundamental para se compreender o ovo? Se não falarmos da galinha, não compreenderemos a origem do ovo, nem sua estrutura, nem (peço vênia) sua forma; se não falarmos de gema e clara, não explicaremos sua finalidade, nem seus possíveis usos. Por outro lado, porém, para falar do ovo de modo exaustivo seria preciso falar *também* da casca.¹²⁰

O autor da *teoria pura* gizou, por conseguinte, as normas jurídicas como objeto da ciência do direito. Ao distinguir os pressupostos das ciências naturais, regidas por um princípio de causalidade, traduzido na fórmula “se A é, B é” (por exemplo, se a água é aquecida a 100º Celsius, haverá ebulição), daqueles concernentes às ciências sociais, nas quais vigora o princípio da imputação, segundo o qual “se A é, B deve ser” (*verbi gratia*, dada uma conduta humana contrária à norma, *deve ser* imposta uma sanção, podendo vir a não ser imposta),

¹¹⁶ KELSEN, op. cit., 2006, p. 118.

¹¹⁷ A expressão é de Antônio Alberto Machado, para quem a postura de juristas que conhecem superficialmente a teoria kelseniana provoca, bem ou mal intencionadamente, grandes distorções em seu pensamento transformando-se nessa “vulgata”, que fundamenta teoricamente a *praxis* tecnicista dos profissionais do direito, permitindo-lhes se demitirem da obrigação de conhecer todas as demais dimensões do fenômeno jurídico, porquanto justificados pela sentença de que o verdadeiro conhecimento científico do direito restringe-se tão só ao conhecimento da norma. Cf. MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. Franca: Unesp, 2005. p. 126-127.

¹¹⁸ Prova disso se encontra na passagem a seguir: “O Direito pode ser objeto de diversas ciências; a Teoria Pura do Direito nunca pretendeu ser a única ciência do Direito possível ou legítima. A sociologia do Direito e a história do Direito são outras. *Elas, juntamente com a análise estrutural do Direito, são necessárias para uma compreensão completa do fenômeno complexo do Direito*”. KELSEN, Hans. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 291-292, grifo nosso

¹¹⁹ WARAT, Luís Alberto; PÉPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996. p. 50.

¹²⁰ LOSANO, 2003, op. cit., p. XXI, grifo do autor.

Kelsen firmou a tese de que o direito é uma ciência social normativa, que não guarda nenhuma correspondência com leis naturais, como outrora pretenderam os jusnaturalistas.¹²¹

Neste percurso em que busca conferir um estofamento científico ao direito, Kelsen estabeleceu a diferença entre proposições jurídicas e normas jurídicas. Enquanto as normas jurídicas são mandamentos, comandos ou imperativos *produzidos* pelos órgãos ou autoridades jurídicas (os famigerados “aplicadores” ou “operadores” do direito), as proposições jurídicas são juízos hipotéticos de dever ser *descritos* pelos cientistas do direito.¹²² Em síntese, a norma jurídica tem caráter *prescritivo*, resultando de um ato de vontade, ao passo que a proposição jurídica assume a particularidade de um juízo *descritivo*, porquanto calcada em um ato de conhecimento.

Daí que, para Kelsen, fazer ciência jurídica nada mais é do que *descrever* o objeto da ciência do direito, as normas jurídicas postas, sem deixar-se contaminar por qualquer valor. Em decorrência disso, o cientista do direito deve ser um *jurista puro*, que se ocupa apenas do mundo do dever ser, ou seja, das estruturas lógicas das normas jurídicas e da concordância entre elas, não podendo, quando com sua interpretação – chamada por Kelsen de inautêntica – determinar cognitivamente as possíveis significações de uma norma, tomar partido por quaisquer dessas possibilidades por si mesmo reveladas, já que isso é papel do órgão competente – que realiza a interpretação autêntica – para a *aplicação* do direito.¹²³

Essa distinção entre cientista e órgão aplicador, todavia, acaba por limitar o âmbito da teoria kelseniana, já que, tendo-se em vista que o direito é estatuído por razões operativas e não teóricas, todo o esforço do mestre de Viena em dar uma roupagem científica ao direito termina por aplicar-se a apenas um setor marginal dele.¹²⁴

De qualquer forma, se para Kelsen o objeto da ciência do direito são as normas jurídicas, o direito propriamente dito é definido como uma ordem coativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento

¹²¹ Cf. KELSEN, 2006, op. cit., p. 84-91, 100-101.

¹²² Cf. Ibid., p. 80-82.

¹²³ Cf. Ibid. p. 395-396.

¹²⁴ Cf. LOSANO, 2003, op. cit., p. XV. Partilha desse juízo Karl Larenz: “[...] a ‘Teoria Pura do Direito’ atinge um alto nível como teoria, mas do ponto de vista prático os seus resultados são pobres. Em último termo, porém, o facto encontra sua razão de ser numa deficiência da própria teoria”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José de Sousa Brito e José António Veloso. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 81.

humano.¹²⁵ Esse sistema de normas, na construção kelseniana, assume a configuração de uma ordem escalonada, vulgarmente conhecida como uma pirâmide, que se auto-cria e, conseqüentemente, encontra-se num movimento de constante renovação, na medida em que as diferentes camadas ou níveis de normas estão simbioticamente relacionadas num processo de supra-ordenação e infra-ordenação.¹²⁶

Essa concepção da ordem jurídica como uma construção escalonada de normas implica que o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma, de modo que esta outra norma que dá validade à primeira encontra-se num escalão superior, encontrando-se ambas lógica e silogisticamente supra e infra-ordenadas.¹²⁷ No ápice do escalão normativo situa-se a constituição, que retira seu fundamento de validade da norma mais elevada do sistema, a norma fundamental (*Grundnorm*), que não é posta como todas as outras do direito positivo, mas sim pressuposta e cujo sentido é: “devemos conduzir-nos como a primeira constituição histórica prescreve”.¹²⁸

Posto isso, na teorização acerca do fundamento de validade do direito escancara-se o formalismo kelseniano, porquanto o que importa no juízo de aferição de validade de uma norma é o fato de encontrar-se criada em acordo ou desacordo com a forma prescrita pela norma superior, à revelia de qualquer conteúdo que possa assumir.¹²⁹ Isso significa, em última instância, que as normas (pretensamente) jurídicas declaradamente violadoras da dignidade humana devem ser consideradas válidas se estiveram de acordo com a norma fundamental da respectiva ordem jurídica, conforme admite literalmente Kelsen:

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos

¹²⁵ Cf. KELSEN, 2006, op. cit., p. 5, 33-37.

¹²⁶ Cf. Ibid., p. 247, 309. Essa concepção da juridicidade por si só auto-criadora permite antever já em Kelsen uma perspectiva autopoiética para o direito. Cf. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 190.

¹²⁷ Cf. KELSEN, 2006, op. cit., p. 215.

¹²⁸ Cf. Ibid., p. 224. Aplicando-se a doutrina kelseniana à realidade jurídica brasileira, chega-se a um resultado que causa perplexidade e espanto, conforme provocação de Fábio Ulhoa Coelho: “O Ato Institucional n. 5 é ainda a primeira constituição histórica brasileira porque a ordem jurídica iniciada com sua edição ainda não foi substituída. Todas as normas hoje vigentes se ligam, mediatamente, a este ato de exceção, fonte última de sua validade. A Carta de 1988 tem seu fundamento na emenda [n. 26 de 1985] à Carta de 1967 e esta foi totalmente reeditada em 1969, com base naquele ato excepcional. A norma hipotética fundamental pressuposta pela ciência do direito brasileira, portanto, não poderia ser outra senão a prescrição de obediência ao editor do Ato Institucional n. 5”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 31-32.

¹²⁹ Cf. KELSEN, 2006, op. cit., p. 221.

condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídicas desses Estados.¹³⁰

Nesse sentido, segundo a doutrina kelseniana as normas consagradoras de direitos humanos só possuem validade jurídica se estiverem positivadas de acordo com uma norma pertencente à ordem jurídica, mediamente validada por uma norma fundamental, que esteja situada em um escalão superior a elas próprias. Trocando em miúdos, os direitos humanos acabam por ter sua existência subordinada mediamente à norma fundamental e imediatamente ao que dispõe a primeira constituição histórica.¹³¹

As conseqüências dessa teorização revelam-se, pois, descompassadas com a fundamentalidade de que se revestem os direitos do homem e, conseqüentemente, com a imprescindibilidade de sua tutela, porque da mesma forma que os direitos podem vir a serem validados pela ordem jurídica, eles também podem não ser validados e nem criados, tudo a depender da vontade política dos órgãos competentes para criar a juridicidade em seus vários escalões.¹³² Ademais, na medida em que a existência jurídica dos direitos humanos depende meramente de um ato jurídico que esteja autorizado por uma norma jurídica de nível superior a criar as normas que os consagram, numa espécie de *fiat lux*, ou seja, porquanto esses direitos têm sua validade condicionada ao formalismo jurídico, resta encoberto e desprezado o longo processo histórico-existencial de construção, afirmação e sedimentação histórica desses direitos.¹³³

Outrossim, a adoção da *teoria pura* produz resultados prejudiciais à realização dos direitos humanos. Isso porque, quando Kelsen sustenta que uma

¹³⁰ KELSEN, 2006, op. cit., p. 44. Albert Camus ensina que “é sempre cômodo ser lógico; e é quase impossível ser lógico a fundo”. Kelsen, com seu rigor lógico, beirou ao impossível quando admitiu que o anti-direito dos Estados totalitários era direito, o que legitimava juridicamente, em razão da sua condição judia, sua própria perseguição e exílio, fato que talvez explique o respeito acadêmico que detém sua teoria.

¹³¹ Nesse sentido, Kelsen, ao discorrer sobre o rol de direitos mínimos tipicamente presente nas constituições modernas, afirma que “[...] os direitos em si podem ser apenas os que estiverem fundamentados em direito positivo”. KELSEN, 2005, op. cit., p. 380.

¹³² Os efeitos dessa perspectiva permitem o advento do fenômeno descrito por Tércio Sampaio Ferraz Júnior como “trivialização dos direitos humanos”: “[...] trivialização significa que os direitos do homem, ao manterem sua condição de núcleo básico da ordem jurídica, nem por isso deixam de ser objetos descartáveis de consumo, cuja permanência, não podendo mais assentar-se na natureza, no costume, na razão, na moral, passa a basear-se apenas na uniformidade da própria vida social, da vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença”. A trivialização dos direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 28, p. 112, out. 1990.

¹³³ Nessa esteira, Aloysio Ferraz Pereira leciona que “a *teoria pura*, tão simplificadora, tão lisonjeira à nossa indolência profissional, tão adequada à preeminência vertiginosa do tempo espacial, faz por esquecer a longa gênese e a sofrida história de cada uma das normas. A norma fundamental é o *fiat* da obediência irracional”. PEREIRA, Aloysio Ferraz. **Estado e direito na perspectiva da libertação**: uma crítica segundo Martin Heidegger. São Paulo: RT, 1980. p. 98.

norma sem sanção é juridicamente irrelevante, enfatizando o elemento coativo do direito, a ponto de considerar inexistente a categoria jurídica do direito subjetivo, defendendo que o que se pensa ser um direito de um indivíduo não é, porém, outra coisa senão o dever de outro ou de outros, ou seja, ao estabelecer que os direitos subjetivos não passam de um reflexo de uma obrigação jurídica, de modo que direitos proclamados sem um dever e, logicamente, uma sanção correlativamente estabelecidos, nada mais são do que *flatus vocis*, o mestre de Viena golpeia com a etiqueta de inexistência grande parte dos direitos humanos proclamados e mesmo já positivados em constituições, tratados e convenções internacionais, já que, sabidamente, eles são caracterizados por, *absurdamente*, não possuírem garantias que permitam a sua realização jurisdicional, fenômeno mais facilmente perceptível nos direitos sociais, econômicos e culturais.¹³⁴

Com efeito, nas pegadas de Luigi Ferrajoli sustenta-se, em crítica a Kelsen, que a ausência de garantias relativas aos direitos não significa que esses direitos não existam e não possam ser exigidos juridicamente, mas tão somente a existência de uma lacuna concernente às próprias garantias, que deve ser colmatada pelo poder público interno e internacional. Em suma, os direitos e as normas que os expressam existem desde quando são proclamados; a ausência de deveres correlativos e sanções a serem aplicadas pelo seu descumprimento não implicam na inexistência dos direitos, mas, tão somente, na existência de lacunas que devem ser preenchidas.¹³⁵

Para além de Ferrajoli, que sustenta que a colmatação dessas lacunas referentes às garantias deva ser feita pelo legislador, dependendo, portanto, da lei em sentido amplo, sustenta-se que o jurista em sua *praxis* jurídica possui instrumentos jurídicos para preenchê-las e pode, portanto, fazê-lo, mormente lançando mão de princípios jurídicos, conforme propõe Ronald Dworkin:

[...] colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em

¹³⁴ Cf. KELSEN, 2006, op. cit., p. 142.

¹³⁵ Cf. FERRAJOLI, 2007a, op. cit., p. 45-52. Ferrajoli explica que “*posiblemente, en la teoría kelseniana, todo esto se ha visto oscurecido por el hecho de que, en ella, los derechos patrimoniales se toman como figuras paradigmáticas del derecho subjetivo*”. Ibid., p. 48. Tradução livre: Possivelmente, na teoria kelseniana, tudo isto foi confundido pelo fato de que nela os direitos patrimoniais são tomados como figuras paradigmáticas do direito subjetivo.

termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela.¹³⁶

Nesse sentido, há de se recorrer ao magistério de Fábio Konder Comparato:

Não é porque certos direitos subjetivos estão desacompanhados de instrumentos assecuratórios próprios que eles deixam de ser sentidos no meio social como exigências impostergáveis. Aliás, ninguém mais nega, hoje, que a vigência dos direitos humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no direito positivo estatal como direitos fundamentais (*Grundrechte*, segundo a terminologia alemã). Por isso mesmo, uma proclamação dos direitos, mesmo quando despida de garantias efetivas de seu cumprimento, pode exercer, conforme o momento histórico em que é lançada, o efeito de um ato esclarecedor, iluminando a consciência jurídica universal e instaurando a era da maioria histórica do homem.¹³⁷

Desta feita, os juristas não podem mais fugir da sua *responsabilidade existencial* de construção dos direitos humanos socorrendo-se da *má-fé* (em sentido sartreano), que vem sendo praticada recorrendo-se à justificação possibilitada pela doutrina kelseniana, com base na qual grande parte deles acredita que não pode efetivar os direitos do homem porque eles não são direitos propriamente ditos, já que órfãos de garantias ou estabelecidos por normas programáticas, jogando a culpa no “legislador” que não faz leis que permitam a sua *aplicação*.

Outra desarmonia da *teoria pura* para com a proteção dos direitos do homem reside na sua conceituação da categoria “pessoa física”. Kelsen define-a como a unidade personificada de um conjunto de normas jurídicas, que expressam deveres e direitos. Em consequência disso, “[...] a pessoa física (natural) como sujeito de deveres e direitos *não é o ser humano* cuja conduta é o conteúdo desses deveres ou o objeto desses direitos”, admitindo, por essa razão e em último grau, a juridicidade da escravidão.¹³⁸

Em crítica a esse formalismo jurídico, que hoje parece ingênuo, ao ter-se em vista o consenso geral em torno dos direitos humanos, que firmam a dignidade de toda pessoa, reconhecendo-lhe, portanto, o atributo da personalidade jurídica pelo simples fato de possuir a condição humana, independentemente de raça, religião, nacionalidade, dentre outras coisas, compartilha-se dos pressupostos jusfilosóficos da *teoria egológica do direito* de Carlos Cossio para dizer que “*apesar de lo que dice*

¹³⁶ DWORKIN, 2002, op. cit., p. 71.

¹³⁷ COMPARATO, 2008, op. cit., p. 140.

¹³⁸ Cf. KELSEN, 2005, op. cit., p. 137, grifo nosso. Na página posterior Kelsen discorre tranqüilamente sobre a hipótese aventada: “Que um escravo não seja juridicamente uma pessoa, que não tenha personalidade jurídica alguma, significa que não existem quaisquer normas qualificando qualquer conduta desse indivíduo como um dever ou direito”.

Kelsen, en lo hombre jurídico hay ontológicamente una persona y no meramente una personificación artificial.¹³⁹

Por essa razão, segundo a provocação cossiana à *teoria pura*, por mais que fora incitado, o cavalo de Calígula não se converteu em cônsul e nem em sacerdote, apesar do famoso decreto imperial que lhe conferia essas funções, pela simples razão de que não era ontologicamente possível semelhante conversão.¹⁴⁰

Esse formalismo idealista da doutrina kelseniana, presente na definição da categoria “pessoa física”, implica, ademais, para além de sua função ocultadora das diferenças e desigualdades dos homens concretos *existentes* em circunstâncias históricas, numa espécie de “desumanização do direito ou coisificação do homem”, segundo a expressão de Antônio Alberto Machado, com profundos reflexos na distribuição e realização dos direitos.¹⁴¹

O anti-humanismo da *teoria pura* é facilmente detectável ao longo da obra kelseniana, constituindo-se em um exemplo eloqüente a passagem a seguir:

Do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito, isto é, dirigido às normas jurídicas, *não são tomadas em linha de conta as relações entre os indivíduos, mas apenas relações entre normas* – pelos indivíduos criadas e aplicadas – ou entre os fatos determinados pelas normas, dos quais a conduta humana apenas representa um caso especial, se bem que particularmente significativo.¹⁴²

A desarmonia da *teoria pura* com as exigências de proteção e concretização dos direitos humanos, para além desse anti-humanismo, persiste ainda quando se examina o corte axiológico proferido por Kelsen na tentativa de dar um caráter científico ao tratamento do direito. Com efeito, o mestre de Viena preceitua que uma ordem jurídica injusta é válida, a despeito de quaisquer preocupações com o conteúdo (valor) das normas que a constitui - seja ele convergente ou dissonante com os direitos humanos - já que, em razão de seu normativismo, as próprias normas são *de per se* um valor, estando vedado, portanto, aos juristas o exame acerca de sua justeza ou não.¹⁴³

¹³⁹ COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 149. Tradução livre: Apesar do que disse Kelsen, no homem jurídico (enquanto pessoa física, em contraposição à pessoa jurídica) existe ontologicamente uma pessoa e não meramente uma personificação artificial.

¹⁴⁰ Cf. *Ibid.*, p. 150.

¹⁴¹ Cf. MACHADO, 2005, op. cit., p. 141.

¹⁴² KELSEN, 2006, op. cit., p. 185, grifo nosso.

¹⁴³ Cf. *Ibid.*, p. 55. *In verbis*: “Com efeito, o Direito constitui um valor precisamente pelo fato de ser norma”. *Ibid.*, p. 74. Analogamente ao bacteriologista que não discute na bacteriologia o significado ético da guerra bacteriológica, para Kelsen, o jurista, de acordo com a *teoria pura do direito*, não pode questionar acerca da justiça ou injustiça de uma norma ou de uma ordem jurídica. Cf.

Kelsen, por conseguinte, professa um relativismo axiológico, uma vez que, para ele, é impossível, a despeito do que preceituam os jusnaturalistas, demonstrar-se com rigor científico a existência de valores absolutos.¹⁴⁴ Levado às últimas conseqüências, esse ponto de vista permite ao mestre de Viena concluir que a justiça é um ideal inacessível à cognição humana, permeado de irracionalidade, razão pela qual se tornou a eterna questão da humanidade sem lograr uma resposta definitiva.¹⁴⁵

De posse desse diagnóstico, Kelsen prossegue sua empreitada na busca de conferir cientificidade ao fenômeno jurídico expurgando da *teoria do direito* o problema da justiça.¹⁴⁶ Em seguida, rebaixa o status da sua doutrina, já que limita a área de sua explicação científica do direito ou de fenômenos historicamente associados a ele, tais como a justiça, quando confessa que a *teoria pura* é incompetente para dar resposta ao problema que ora se ventila:

[...] a Teoria Pura do Direito simplesmente declara-se incompetente para responder tanto à questão de ser dado Direito justo ou não como à questão mais fundamental do que constitui a justiça. A Teoria Pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas questões porque elas absolutamente não podem ser respondidas cientificamente.¹⁴⁷

Por fim, Kelsen contenta-se em identificar a justiça com a própria ordem jurídica posta, mantendo-se fiel à tradição juspositivista do século XIX, que identificava o justo com a lei: “[...] temos de nos contentar na terra com uma justiça simplesmente relativa, que pode ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por esta mais ou menos assegurada”.¹⁴⁸

LUIJPEN, Wilhelmus Antonios Maria. **Introdução à fenomenologia existencial**. Trad. Carlos L. de Mattos. São Paulo: EDUSP, 1973. p. 330.

¹⁴⁴ KELSEN, 2006, op. cit., p. 72.

¹⁴⁵ Cf. Id., 2005, p. 19. “Nenhuma questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor”. Id., 2001, p. 1.

¹⁴⁶ Já no prefácio à segunda edição da *teoria pura* pode ser encontrada essa assertiva: “O problema da justiça, enquanto problema valorativo, *situa-se fora* de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”. KELSEN, 2006, op. cit., p. XVIII, grifo nosso.

¹⁴⁷ KELSEN, 2001, op. cit., p. 262.

¹⁴⁸ Id., 2003, p. 66. A situação de paz e segurança mais ou menos assegurada pela ordem jurídica também é uma promessa de Estados totalitários. Nesse sentido, Marcelo Neves explica, ao criticar o relativismo axiológico e a-histórico de Kelsen, que “... a simples afirmação da relatividade de toda e qualquer concepção de justiça não é suficiente para a fundamentação do Estado Democrático de Direito, podendo servir também à justificação de modelos absolutistas e totalitários”. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 137.

Nem mesmo no exame do caso concreto, com sua singularidade imanente, Kelsen crê que seja possível *encontrar* a justiça, porquanto assevera que não há uma, mas diferentes idéias de justiça que estão em conflito umas com as outras.¹⁴⁹

Ao proceder dessa forma, constatando o apelo humano pelo ideal de justiça e, em contrapartida, o silêncio do mundo como resposta, o jurista austríaco toma consciência do *absurdo*, consoante a filosofia camusiana. Todavia, quando expulsa da sua *teoria pura* a reflexão acerca desse problema, *renunciando* à *revolta* contra esse *absurdo*, aplacando a *angústia* que ele suscita, porquanto se confessa incompetente para dar uma resposta à questão, Kelsen “retorna aos grilhões” e não desperta definitivamente, cometendo um autêntico *suicídio filosófico*, ou, melhor, um *suicídio jusfilosófico*. Em suma, a *teoria pura do direito* intenta ocultar o *absurdo* consistente na busca pela justiça e, dessa forma, *induz, instiga e auxilia* os juristas a cometerem um verdadeiro *suicídio jusfilosófico*, porquanto lhes fornece um aparato teórico que se apresenta com uma cientificidade indubitável e, por conseguinte, legitima esse ato extremo que resolve da pior maneira possível a constatação desse *absurdo* e dessa *angústia*.

Por todas as razões que foram expostas, enxerga-se com pessimismo o atendimento aos reclames de tutela e realização dos direitos humanos por um *jurista puro*, que se encontra confinado no plano do dever ser e que se contenta com o exame das estruturas lógico-formais das normas jurídicas encadeadas numa ordem hierarquicamente escalonada, à revelia do que se passa com o *existente* humano concreto, com a *realidade humana* em devir histórico,¹⁵⁰ dispensando-se, num exercício de *má-fé*, ainda que legitimado pela “cientificidade” do corte epistemológico kelseniano, o conhecimento das outras dimensões que, justapostas à dimensão normativa, constituem o fenômeno jurídico.¹⁵¹

¹⁴⁹ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. p. 287.

¹⁵⁰ Miguel Reale, em tom de crítica a Kelsen, acentua que “[...] o seu apego a construções lógico-formais corresponde a um relativismo filosófico fundamental, a certa incompreensão dos valores da existência concreta, apresentando a sua teoria, rigorosamente travada, um caráter de abstração e a-historicidade”. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 456-457.

¹⁵¹ O fator normativo é apenas o epifenômeno da realidade ôntica do direito, não a sua única manifestação; o “ser” da juridicidade resulta de uma composição complexa e multifacetada, com uma dimensão formal (norma jurídica) e outra substantiva (sócio-econômica-política e cultural). Cf. MACHADO, 2005, op. cit., p. 66.

Uma belíssima descrição do *jurista puro* é feita por Sartre, no romance *A náusea*, através da pena de Roquentin, conforme ensaio de Fábio Caprio Leite de Castro:

Ao continuar seu diário Roquentin nos brinda com a descrição de Jean Parrotin, presidente da S.A.B.: possuía um olhar extraordinário, abstrato e tinha o fulgor da consciência pura dos direitos. Só lhe restavam os ossos, carnes mortas e o Direito Puro. ‘Quando o Direito se apodera de um homem não há exorcismo que possa expulsá-lo’. Era preciso não o fazer pensar demais, não lhe chamarem atenção para as coisas desagradáveis, para a morte ou para os sofrimentos de outrem. Consagrando sua vida a pensar o Direito, Jean Parrotin aparece como um estudioso das leis e dos deveres, que esqueceu do modo como se dá a existência.¹⁵²

Retomando-se a advertência de Sartre citada no início da seção, não há conhecimento *puro* e, logicamente, é humanamente impossível um *jurista puro* e uma *teoria pura*. Por se encontrar *no mundo*, o jurista, condenado a *escolher* e *escolher-se*, assim como as teorias que constrói e dá vida, é comprometido. Resta saber, por encontrarmos-nos na *era dos direitos*, se com os direitos humanos ou não.

Como se verá mais à frente, a realização dos direitos humanos é tarefa a ser cumprida pelo *jurista absurdo*, ou, ainda, *jurista revoltado*, que não se contenta com a distinção absoluta entre os planos do ser e do dever ser e nem com o corte epistemológico kelseniano, *revoltando-se*, através de sua *praxis* jurídica, com a sistemática ausência de garantias para os direitos proclamados, de sorte a procurá-las e firmá-las para, conseqüentemente, concretizá-los, assim como *revoltando-se* contra o *absurdo* da justiça, de forma a construí-la historicamente à medida que se lhe coloquem os problemas jurídicos concretos que a *realidade humana* produz.

2.3.3 Crítica à contrafundamentação juspositivista dos direitos humanos

Os direitos humanos, segundo a concepção legada pelo positivismo jurídico, nada mais são do que direitos fundamentais, cuja existência e validade são dependentes da lei, conforme a doutrina do século XIX e, após um processo de adaptação teórica, encontram-se subordinadas à constituição no século XX.

Por essa razão, os direitos nascem quando o “legislador” em sentido amplo ou, em última instância, o Estado, resolve, por simples vontade política, trazê-los à

¹⁵² CASTRO, Fábio Caprio Leite de. “A náusea” de Sartre: a crise originária no direito existencial. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org). **Direito e literatura**: ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 107.

luz. Retomando-se a filosofia sartreana, percebe-se, dessa forma, que os direitos adquirem, tal como ocorrera com a fundamentação jusnaturalista, os atributos ontológicos do *ser-em-si*. Todavia, com o juspositivismo o direito (e os direitos!) não é o que é natural, mas sim é o que é (im)posto pelo Estado, ou, ainda, de acordo com a teoria pura kelseniana, é o que é (im)posto pela autoridade competente segundo a norma fundamental (*Grundnorm*).

Sob esse ponto de vista, restam encobertas e olvidadas as lutas históricas pelo nascimento dos direitos e, por esse motivo, o positivismo jurídico não explica o processo de afirmação histórica dos direitos humanos que se desenvolveu ao longo da Modernidade.

Por conseqüência, dessa perspectiva exsurtem efeitos incoerentes com o clamor por uma tutela segura dos direitos humanos, já que, assim como numa espécie de *fiat lux* o “legislador” ou o constituinte e, portanto, o Estado, faz com que os direitos do homem nasçam e tenham vida, nada assegurando que esses direitos não sejam falsos direitos, da mesma forma, em contrapartida, ele pode extingui-los.¹⁵³ E aqui a incongruência com a própria noção originária dos direitos humanos torna-se gritante:

Ora, essa concepção [juspositivista], como é fácil de se ver, revela-se radicalmente incompatível com o reconhecimento da existência de direitos humanos, pois a característica essencial destes consiste, justamente, como proclamaram os revolucionários americanos e franceses no século XVIII, no fato de valerem contra o Estado.¹⁵⁴

Com efeito, conforme explica Castanheira Neves, diferentemente do que professa o positivismo jurídico, o *ius* está para além da *lex*, de modo que o direito não é tão só o resultado normativo de uma *voluntas* simplesmente orientada por um finalismo de oportunidade ou a mera expressão da contingência e dos compromissos políticos sociais, pois a *praxis* jurídica convoca na sua normatividade certos valores e certos princípios fundamentantes pertencentes ao *ethos* referencial ou ao *epistême* de uma certa cultura.¹⁵⁵

Daí porque, os direitos humanos não *dependem* da lei ou da constituição para existirem enquanto fenômeno jurídico. Na *era dos direitos*, os direitos do homem são válidos por si só, com independência da lei e da constituição, que não mais os

¹⁵³ É por essas razões que o positivismo jurídico mostrou-se impotente perante Estados totalitariamente criminosos e o seu “direito perverso”, injusto, ou seja, perante o não-direito ou o anti-direito. Cf. CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 37.

¹⁵⁴ COMPARATO, 2008, op. cit., p. 59, destaque nosso.

¹⁵⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, 1993, op. cit., p. 47-48.

constitui, mas tão somente os *declara*; ou melhor, agora a situação se inverte: são os direitos que passam a dar validade à lei e às constituições, conforme se verá posteriormente.¹⁵⁶

O positivismo jurídico, outrossim, na medida em que atribui a *criação* da juridicidade ao “legislador”, relegando ao jurista apenas a ignóbil tarefa de *aplicação* do direito já pronto e acabado - razão pela qual é chamado de “aplicador” ou “operador” do direito - proporciona-lhe meios para valer-se da *má-fé*, por meio da qual se protege da *angústia* que teria se assumisse o papel de “construtor” dos direitos do homem e justifica uma praxe descompromissada com esses direitos ao remeter o problema de sua tutela e proteção àquele “legislador”. Em suma, o juspositivismo, ao retirar do jurista a função de *criador* da juridicidade, subtrai-lhe, em conseqüência, a sua *responsabilidade existencial* diante do *absurdo* consistente no abismo que existe entre os direitos proclamados e a realidade histórico-concreta na qual as pessoas não têm seus direitos realizados, remediando qualquer peso na consciência ou remorso que sentiria se fosse co-responsabilizado.¹⁵⁷

Neste modelo de juridicidade, metodologicamente caracterizado pela *aplicação* lógica das normas do sistema jurídico aos fatos, a jurisdição em sentido próprio e autêntico se anula e o juízo vê-se reduzido a uma singela dedução, daí porque a metódica deste modelo é chamada de lógico-formal, de modo que, em última instância, o juiz fica reduzido a uma espécie de máquina, um impessoal e fungível operador de um esquema que afinal o supriria e funcionaria por si só.¹⁵⁸

Recorrendo-se a Sartre, é possível vislumbrar o destino que uma “ciência da legislação positiva” reserva ao homem-jurista:

Se fizermos o homem surgir no meio das técnicas que se aplicam por si só, de uma língua que fala sozinha, de uma ciência que se faz por si mesmo, de uma cidade que se constrói segundo suas próprias leis, e se coagularmos em Em-si as significações, nelas conservando uma transcendência humana, então o papel do homem será reduzido ao de um piloto que utiliza as forças determinadas dos ventos, as ondas do mar e as marés para dirigir um navio.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Cf. CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 107-111. Cf. ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 47.

¹⁵⁷ Ao dar lastro à *má-fé* dos juristas o positivismo jurídico fornece-lhes a paz e a tranqüilidade necessárias para dormirem o sono dos justos, já que parece seguir à risca a máxima que se encontra no romance *A peste* de Albert Camus: “[...] o sono dos homens é mais sagrado que a vida dos empestados; não se deve impedir a boa gente de dormir”. CAMUS, Albert. **A peste**. Trad. Valerie Rumjanek. 16.ed. Rio de Janeiro: Record, 2006a. p. 218.

¹⁵⁸ Cf. CASTANHEIRA NEVES, 1998, op. cit., p. 21.

¹⁵⁹ SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 634.

O juiz enquanto piloto de um navio sem motor, dependente da força dos ventos, das ondas do mar e das marés para dirigi-lo, ou seja, o juiz “boca da lei”, conforme postulava a Escola da Exegese, é a imagem que melhor traduz esses pressupostos do positivismo jurídico quando levados às últimas conseqüências. Embora hoje em dia não se vejam mais juristas a assumir essa melancólica função, é freqüente, porém, alguns ainda arrogarem-se a condição de “escravos da lei”, num exemplo primoroso de *má-fé*, conforme percuciente análise de Dalmo de Abreu Dallari:

Ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é ‘escravo da lei’. E com isso *fica em paz com sua consciência*, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e *não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões*. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei.¹⁶⁰

Fazendo-se justiça a Kelsen, é importante salientar que o mestre de Viena deixa ao jurista uma pequena margem de liberdade. Ao assentar que em sua ordem escalonada de normas jurídicas não há sentido em distinguir entre atos de *criação* e atos de *aplicação* do direito, porquanto “[...] todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”,¹⁶¹ Kelsen estabelece, pois, que a norma jurídica superior é uma espécie de moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica inferior e no seio da qual o jurista é livre, chegando à conclusão que ele, mormente o juiz, é “relativamente livre”.¹⁶²

Todavia, em crítica a Kelsen, pode-se dizer que ou o jurista é livre ou ele não é; a hipótese de uma liberdade relativa é um disparate. Embora Kelsen sofistiquem o positivismo jurídico conferindo-lhe ares de cientificidade, o jurista da *teoria pura* reduz-se a um “operador” ou “aplicador” cujo trabalho de dedução lógico-formal bem pode, em última instância, ser substituído por uma máquina. Nas palavras de Cabral de Moncada, “Kelsen não sabe o que é ‘existência’ nem ‘liberdade’. A primeira,

¹⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 80, grifo nosso.

¹⁶¹ KELSEN, 2006, op. cit., p. 261.

¹⁶² Cf. Ibid., p. 272, 388-394.

aplicada ao direito, é simples metáfora [...]. A segunda consiste em apenas o homem ser o ponto final de uma imputação normativa”.¹⁶³

Com efeito, conforme se verá mais à frente, o jurista é livre, o que metaforicamente pode ser visualizado com a imagem de um piloto de um navio motorizado; mas livre em *situação*, ou seja, em meio às prescrições normativas do sistema jurídico que oferecem resistência à sua liberdade e, por essa razão, dão sentido a ela, isto é, recorrendo-se novamente à metáfora, o navio sofre resistência de rochedos constitucionais, da força dos ventos principiológicos, das ondas da legalidade, enfim, do mar da juridicidade; e é com esta liberdade em circunstância que ele pode solucionar os problemas jurídicos que a *realidade humana* produz.

Ao subtrair do jurista a *criação* da juridicidade, o positivismo jurídico castra sua liberdade e, em contrapartida, permite a fuga da *responsabilidade* por decisões judicativas injustas ou indiferentes aos reclames de proteção dos direitos humanos que possa vir a promover.¹⁶⁴ Com efeito, conforme explica Sartre, “[...] a condição indispensável e fundamental de toda ação é a liberdade do ser atuante”.¹⁶⁵ Se, portanto, o jurista não é livre, ele não age e, por conseqüência, não tem *responsabilidade* por seus atos. Nesse sentido, em que pese desenvolver sua teorização em torno do *desconstrutivismo*, mostra-se bem próxima a análise do filósofo francês Jacques Derrida:

Nosso axioma mais comum é que, para ser justo - ou injusto, para exercer a justiça - ou violá-la, devo ser livre e responsável por minha ação, por meu comportamento, por meu pensamento, por minha decisão. Não se pode dizer de um ser desprovido de liberdade, ou que, pelo menos, não é livre em tal ou tal ato, que sua decisão é justa ou injusta. [...] se o ato consiste simplesmente em *aplicar* uma regra [...] ele talvez será legal, conforme ao direito, e talvez, por metáfora, justo, mas não poderemos dizer que a decisão foi justa. Simplesmente porque não houve, nesse caso, decisão.¹⁶⁶

A invocação do legalismo pelos juristas, propiciada pelo modelo de juridicidade normativo-positivista, é um exercício de *ma-fé*, de fuga da *angústia* decorrente da *responsabilidade* de fazer *escolhas*, com grandes implicações na atual situação de inefetividade dos direitos humanos, em que os direitos

¹⁶³ CABRAL DE MONCADA, Luís Solano. Kelsen-Cossio. In: _____. **Estudos filosóficos e históricos**: artigos, discursos, conferências e recensões críticas. Coimbra: Ed. Coimbra, 1959. v.2. p. 407.

¹⁶⁴ Para Kelsen a atividade do juiz não é aferida pelo binômio justo/injusto, mas lícito/ilícito. Cf. KELSEN, 2005, op. cit., p. 66-67.

¹⁶⁵ SARTRE, 2007, op. cit., p. 540.

¹⁶⁶ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 43.

proclamados e positivados não alcançam a concretude, não se realizam, permanecendo adormecidos nas cartas.¹⁶⁷

Traduz dramaturgicamente essa fuga da *angústia* ou profissão de *má-fé*, realizada através da invocação do legalismo, Albert Camus, em sua peça *Estado de sítio*. A ação se passa em Cádiz, na Espanha, e narra o desenrolar da chegada da personagem “A peste” à cidade, que, após um acordo com “O Governador” - que comprovava a força do seu poder -, toma o lugar deste e passa a governá-la junto com sua “Secretária”, na verdade, a morte, proclamando o estado de sítio e instaurando uma nova ordem jurídica.¹⁶⁸ Interessa, tendo-se em vista os objetivos do trabalho, a atitude e a justificativa de que se vale a personagem “O Juiz”, que, ao deparar-se com o pedido do herói e futuro genro “Diego” para abrigá-lo em sua casa, escondê-lo da “Peste” e preservar sua vida, expulsa-o. *In verbis*: “O Juiz: Sirvo à lei, não posso abrigá-lo aqui; Diego: Servia à lei antiga. Você não tem nada a ver com a lei nova; O Juiz: *Não sirvo à lei pelo que ela diz, mas porque é lei*; Diego: Mas e se a lei for crime?; O Juiz: Se o crime se converte em lei, deixa de ser crime”.¹⁶⁹ Mais à frente o uso da *má-fé* pelo “Juiz” torna-se explícito, fato que enseja a revolta de sua “Mulher”, que se coloca em posição de solidariedade para com “Diego”: “O Juiz: *A lei está do meu lado. Ela me dará repouso*; A Mulher: Cuspo na sua lei. E olhe que tenho o direito a meu favor: o direito dos que se amam e não querem ser separados; o direito dos culpados ao perdão e dos arrependidos a serem honrados!”.¹⁷⁰ Logo depois, “A Mulher” arremata: “[...] nunca teve o direito a seu lado; porque o direito – ouviu bem? – está do lado dos que sofrem, gemem e esperam. Não está, não pode estar, com quem acumula e calcula”.¹⁷¹ Por fim, “Vitória”, filha do “Juiz” e amante de “Diego”, ataca o seu pai: “Vitória: [...] sempre julgou com ódio enfeitado com o nome de lei. Mesmo as melhores leis adquiriram um gosto amargo na sua boca; a boca azeda de quem nunca amou”.¹⁷²

¹⁶⁷ “O fetichismo da lei no Brasil é unilateralista, funciona como mecanismo de discriminação social. Dirige-se, normalmente, aos subintegrados. A interpretação legalista é normalmente aplicada àqueles que não se encontram em condições de exercer os seus direitos, mesmo que estes sejam ‘garantidos’ legal e constitucionalmente”. NEVES, 2006, op. cit., p. 254.

¹⁶⁸ Logo quando assume o poder “A Peste” proclama a nova “norma fundamental” (*Grundnorm*): “Eu reino, é um fato, logo um direito. No entanto, um direito que não se discute: vocês têm de se adaptar”. CAMUS, Albert. **Estado de sítio**. Trad. Alcione Araújo e Pedro Hussak. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002b. p. 75.

¹⁶⁹ Ibid., p. 105, grifo nosso.

¹⁷⁰ Ibid., p. 109, grifo nosso.

¹⁷¹ Ibid., p. 110.

¹⁷² Ibid., p. 111.

Consoante a crítica de Rudolf Smend ao formalismo juspositivista acrítico, neste modelo os juristas praticam o “método do não-saber sobre o próprio fazer”,¹⁷³ vale dizer, encobre-se a *responsabilidade* e se oculta o protagonismo dos juristas na construção *existencial* do direito e dos direitos.

Além de fornecer um substrato teórico que permite aos juristas o recurso da *má-fé* - manifestada na indiferença aos direitos do homem que não dispõem de garantias, na dispensa do conhecimento das dimensões substanciais do direito valendo-se da pureza do corte epistemológico, ou, ainda, na invocação do legalismo - como também *induzir, instigar e auxiliá-los* a cometer um *suicídio jusfilosófico* diante do *absurdo* da justiça, o positivismo jurídico produz alguns erros metodológicos.

Assim, Gustavo Zagrebelsky explicita com certa ironia a operacionalidade das concepções positivistas da jurisdição: “*La aplicación puede concebirse aquí – según el significado más tosco de la palabra – a semejanza de una acción consistente en superponer una forma a una materia informe para moldearla según sus trazos*”.¹⁷⁴ Nessa esteira, Castanheira Neves explora esse erro metodológico do modelo em tela:

[...] [o erro] é o de supor que é possível dominar o histórico mediante um sistema enunciado *a priori* e, assim, de querer impor à história (à vida social-histórica) uma linha de evolução previamente traçada. É o erro de todos os apriorismos e sistematismos relativamente à dialéctica da história e que verdadeiramente traduz a sua total incompreensão da radical historicidade da realidade humana [livre] e das intenções culturais que a constituem.¹⁷⁵

As conseqüências dessa postura metodológica são sentidas geralmente pelos homens de *carne y hueso* que postulam novos direitos, já que a frieza do sistema jurídico não permite captar as necessidades e os problemas humanos que se encontram para além dele, o que traz evidentes prejuízos à tutela dos direitos do homem.

¹⁷³ Cf. SMEND, Rudolf apud ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 133. Antonio Quadros explica que “[...] ignorar – esquece-se de o dizer Camus – é também uma forma de trair. Somos todos traidores, enquanto vivermos de olhos vendados, com as mãos postas em tarefas de que não sabemos as causas e os efeitos”. Apresentação. In: CAMUS, Albert. **Os justos**. Trad. Antonio Quadros. Lisboa: Livros do Brasil, [19--b]. p. 13.

¹⁷⁴ ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 131. Tradução livre: A aplicação pode conceber-se aqui – segundo o significado mais tosco da palavra – à semelhança de uma ação consistente em sobrepor uma forma a uma matéria informe para modelar-la segundo suas características.

¹⁷⁵ CASTANHEIRA NEVES, 1993, op. cit., p. 223, destaque nosso. Na página seguinte o professor português explica que o positivismo normativista afirma o histórico no seu dado positivo e enquanto se diz positivista, em clara reação à metafísica e ao a-historicismo do jusnaturalismo, mas nega-o no seu sistematismo e enquanto se diz normativista.

De qualquer forma, embora funcione como parapeito teórico de proteção contra a *angústia* do jurista, o positivismo jurídico é, paradoxalmente, responsável por uma dupla frustração desse mesmo jurista: a) científica, porquanto a historicidade imanente à *realidade humana*, condenada à liberdade, faz com que nem todos os casos que precisa resolver encontrem-se previstos no sistema jurídico, ou seja, inúmeras possibilidades humanas não estão previstas na “pirâmide” kelseniana; b) *existencial*, porque se ele não passa de um “operador” ou “aplicador” do direito, isto é, se ele tem uma *existência inautêntica*, poderá ser trocado, a qualquer momento, por uma máquina que, com maior eficiência, pode deduzir do sistema a norma jurídica que seja *aplicável* ao caso.¹⁷⁶

Por fim, nunca é demasiado lembrar o verso sublime do poeta Carlos Drummond de Andrade, presente no poema *Nosso tempo*: “os lírios não nascem da lei”;¹⁷⁷ para daí concluir que os direitos também não...

¹⁷⁶ Cf. HERRENDORF, Daniel E. Introducción a la fenomenología egológica. In: COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 50.

¹⁷⁷ Cf. ANDRADE, Carlos Drummond de. **A rosa do povo**. 40.ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 38.

CAPÍTULO 3 A CONSTRUÇÃO *EXISTENCIAL* DOS DIREITOS HUMANOS

3.1 O fracasso do *existencialismo jurídico* no pós-guerra do século XX

Com a conversão da juridicidade na legalidade, simbolicamente representada pela subjugação do *ius* pela *lex*, e a conseqüente redução do pensamento jurídico a uma insípida “ciência da legislação positiva”, dentre cujas implicações se encontra a “eutanasia da filosofia do direito”, verifica-se, como decorrência natural da assunção dos postulados do positivismo jurídico, um processo de esterilização do fenômeno jurídico.

A submissão do direito a uma camisa-de-força confeccionada pela lei e impingida pela *voluntas* estatal tornou o fenômeno jurídico impotente diante dos totalitarismos estatais nazi-fascistas e soviético de meados do século XX. A hegemonia do pensamento jurídico positivista permitiu, portanto, que o anti-direito ou o não-direito dos regimes políticos totalitários não encontrasse obstáculos jurídicos para a realização de seus programas criminosos.

Com a queda desses regimes de totalitarismo estatal e o fim da 2ª Guerra Mundial, a civilização e o próprio homem entram em crise. Com o pensamento jurídico a coisa não é diferente. A hegemonia do positivismo jurídico é colocada em xeque, já que, levadas suas proposições às últimas conseqüências, ele legitima a submissão do direito a qualquer vontade de poder.

A ignomínia das misérias desse tempo levou os homens à reflexão e à busca de soluções que pudessem evitar a volta do pesadelo. No pensamento jurídico conclamou-se um retorno do direito natural, enquanto que no plano filosófico assistiu-se ao desenvolvimento das *filosofias da existência*, que traduziam o sentimento de abandono e da situação de *absurdidade* que os homens experimentavam, além de expressar o desejo de liberdade impregnado naquela atmosfera espiritual.

Em virtude da crise da filosofia e da crise do pensamento jurídico, que permitirá, posteriormente à sua superação, o renascimento da *filosofia do direito*, alguns jusfilósofos buscaram conjugar as diretrizes que a retomada do pensamento

jusnaturalista implicava com alguns conceitos que esse novo modo de filosofar enunciava.

Essa conexão, muito embora tenha se revelado um fracasso – conforme as razões a serem examinadas a seguir-, mostrava-se absolutamente natural. Isso porque, “todas as grandes correntes do pensamento filosófico das diferentes épocas tendem sempre a achar, ao fim de algum tempo, a sua expressão também no mundo do direito”.¹

Assim, no pós-guerra do século XX assistiu-se ao desenvolvimento do pensamento jurídico, ainda que muito timidamente, em torno de um “direito natural existencial”. Destacam-se, nesse sentido, as obras de Gerhart - filho de Edmund Husserl - (*Direito e tempo*), Werner Maihofer (*Direito e ser: prolegômenos a uma ontologia jurídica e Direito natural como direito existencial*), William A. Lujipen (*Fenomenologia do direito natural*),² Erich Fechner, René Marcic e Georg Cohn.

Influenciados pela fenomenologia de Edmund Husserl e, sobretudo, pela filosofia de Martin Heidegger, esses autores propugnaram uma ontologia jurídica existencial, porquanto compartilhavam da opinião de que o direito é um modo de ser do *ser-aí* junto com os outros no mundo ou, ainda, um modo de *coexistir*.³

Nessa esteira, Maihofer, apropriando-se da analítica *existencial* heideggeriana do *ser-no-mundo*, constrói sua análise do *ser-no-direito*, sublinhando que o direito tem seu fundamento em dados ontológicos que pertencem à *existência* do homem no mundo, de modo que seu caráter jusnaturalista está no fato de que ele não depende das condições históricas passageiras da “natureza do homem” ou das estruturas da sociedade.⁴

Já Georg Cohn analisa a decisão judicial considerando-a uma *decisão existencial*, porquanto ela não pode se fundar em normas abstratas e gerais à revelia do caso concreto, na medida em que este sempre traz consigo situações

¹ CABRAL DE MONCADA, Luís Solano. Existencialismo e direito. In: _____. **Estudos filosóficos e históricos**: artigos, discursos, conferências e recensões críticas. Coimbra: Ed. Coimbra, 1959a, v.2. p. 409.

² Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Fenomenologia. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar. p. 319.

³ Cf. PEREIRA, Aloysio Ferraz. **Estado e direito na perspectiva da libertação**: uma crítica segundo Martin Heidegger. São Paulo: RT, 1980. p. 165-166.

⁴ Cf. PRATS, Jaime Brufau. **Moral, vida social y derecho en Jean-Paul Sartre**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1967. p. 19-21.

imprevisíveis. O jusfilósofo deixa de resolver - há que se advertir - o problema da determinação de qual deva ser o critério que o juiz haverá de seguir no momento de sua decisão.⁵

Erich Fechner, por sua vez, valendo-se de aportes da *filosofia existencial*, fundamenta o direito natural atribuindo-lhe os caracteres da abertura e da flexibilidade, sem olvidar para sua dimensão objetiva e seu enraizamento ontológico.⁶

Seguindo fortemente a linha heideggeriana, René Marcic acentua que é do *ser* que provém as *nomoi* que afetam o homem e determinam a sua existência.⁷

Posteriormente, há que se lembrar, jusfilósofos espanhóis do porte de Recasens Siches e Legaz y Lacambra foram influenciados pelo *existencialismo cristão e católico*,⁸ enquanto que o pensador português João Baptista Machado buscou teorizar acerca de um “direito natural de conteúdo em devir”, embebido das conquistas das *filosofias da existência*.⁹

Por fim, vale a pena recordar a contribuição mais recente do italiano Sérgio Cotta, que toma o direito natural em perspectiva *existencial*, salientando que “è *‘naturale’ il diritto non già perché è decretato dal legislatore Natura, ma perché corrisponde alla esigenza di coesistenzialità derivante dallo statuto ontológico dell’uomo*”.¹⁰

Todas essas tentativas de restauração do direito natural através da sua adaptação à nova forma de pensar que o *existencialismo* proporcionava foram, conforme se disse anteriormente, mal sucedidas.

⁵ Cf. PRATS, 1967, op. cit., p. 22-23. Em razão particularmente dessa teorização, Hans Kelsen, ao comentar o incipiente pensamento existencialista acerca do direito, considerou-o “uma variante especial da exigência de uma livre descoberta do Direito, não vinculada a quaisquer normas gerais”. KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 281. 426.

⁶ Cf. PRATS, 1967, op. cit., p. 24.

⁷ Cf. Ibid., p. 25.

⁸ Cf. CABRAL DE MONCADA, 1959a, p. 409.

⁹ Cf. MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. In: _____. **Obra dispersa: filosofia do direito, direito público, outros**. Braga: Scientia Iuridica, 1993. p. 111.

¹⁰ COTTA, Sérgio. **Il diritto nell’esistenza: linee di ontofenomenologia giuridica**. 2.ed. Milano: Giufre, 1991. p. 229-230. Tradução livre: é natural o direito não já porque foi decretado pelo legislador natureza, mas porque corresponde à exigência de coexistencialidade derivada do estatuto ontológico do homem.

E isso se deveu a razões muito singelas. Um novo entendimento do direito natural, diferente do seu sentido clássico e tradicional - que era caracterizado por um *a priori* fundamentante, absoluto e humanamente indisponível,¹¹ dado, pronto e acabado, a ser *descoberto* metafisicamente da natureza, seja ela o cosmos, a inteligência e a potência criadora de Deus ou a própria natureza humana -, que assuma os atributos de um conteúdo em devir e, por conseguinte, possua um clarividente enraizamento na historicidade, porquanto compreendido em sentido ontológico-existencial, mostra-se como uma *contradictio in terminis*. Fazendo eco com o professor Castanheira Neves:

[...] o ‘existencialismo jurídico’, ao assumir na sua compreensão do direito este sentido ontológico-existencial da historicidade prática – sentido que cronologicamente se impunha no pensamento, já então protagonista, da filosófico-cultural compreensão do homem – era verdadeiramente *incompatível com o direito natural*, e que afinal negava, ainda quando dizia afirmá-lo ‘de outro modo’ ou com outro e contemporâneo sentido. [...] Ou seja, a indisponibilidade axiológico-normativa que o direito natural sempre afirmara e quisera impor à autonomia da *praxis* humana volve-se agora no seu contrário, numa auto-disponibilidade decisória do homem sobre o sentido de si e da sua *praxis*, no seu ser-no-mundo com os outros em termos de verdadeiramente o que afinal sempre permaneceria seria só a interrogação ou a perenidade dos problemas (dos ‘eternos problemas’).¹²

O malogro do “existencialismo jurídico”, que se desenvolveu em meados do século XX e voltou suas baterias para a teorização de um pensamento que pode ser etiquetado como “direito natural existencial”, deveu-se, portanto, a uma estrutural e intrínseca incompatibilidade entre os pressupostos em que se fundam a própria idéia de direito natural e as implicações decorrentes da adoção de quaisquer dos conceitos que estão na base das *filosofias da existência*.

Essa falta de êxito não significa, porém, que esteja condenada ao insucesso qualquer reflexão da juridicidade arrimada nas conquistas das *filosofias da existência*. Sobretudo nos tempos hodiernos, em que a febre e o modismo *existencialista* passaram – não se esquecendo que eles foram responsáveis pelo desvirtuamento de muitas de suas idéias -, mostra-se imprescindível investigar as possibilidades de se conceber e realizar o fenômeno jurídico em perspectiva *existencial*. Na seara dos direitos humanos, há que se ressaltar, a necessidade

¹¹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 40.

¹² *Ibid.*, p. 43-44, grifo nosso.

dessa reflexão sobreleva-se, na medida em que ela pode trazer muitos frutos para sua autêntica compreensão e, sobretudo, para sua concreta realização e efetivação.

Conceber o direito e os direitos do homem em perspectiva *existencial* não significa, todavia - e é bom que se fique desde já assentado - uma queda no jusnaturalismo. Há vida (e outras possibilidades jusfilosóficas!) para além da dicotomia jusnaturalismo/positivismo jurídico. Talvez o erro dos precursores dessa tentativa de compreensão do fenômeno jurídico a partir dos postulados do *existencialismo* foi o de não perceber os artifícios ideológicos presentes nessa dicotomia.

A reflexão jusfilosófica que vai de encontro ao positivismo jurídico não implica, necessariamente, qualquer declinação para a seara jusnaturalista, diferentemente do que preceituam os próprios juspositivistas. Uma tal conclusão, fulcrada na rígida e absoluta dicotomia acima tratada, assemelha-se à que chegaria um zoólogo que, ao provar que os peixes não são mamíferos, conclui que, na verdade, eles não passam de plantas, conforme a metáfora de Ronald Dworkin, ainda que invocada em outro contexto.¹³

Por essa razão, a assimilação, feita por Kelsen, do “existencialismo jurídico” ao jusnaturalismo revela-se caduca,¹⁴ muito embora fosse pertinente ao momento em que nascia o “direito natural existencial”.

Também deve ser rechaçada a interpretação pobre e simplista das *filosofias da existência*, que as identifica com um subjetivismo, ou, melhor, solipsismo, absoluto e incondicional, que as tornaria imprestáveis para uma fundamentação do fenômeno jurídico, já que este se situaria no plano do *inautêntico*. É adepto desse entendimento o jurista Paulo Nader: “Não há como se operar, na prática, a conciliação plena entre o pensamento existencialista e a missão da lei (...) no valor segurança jurídica temos a barreira que veda a harmonia entre os princípios daquela filosofia e o Direito”.¹⁵

¹³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 63.

¹⁴ Nesse sentido, entende Kelsen que “[...] a teoria existencialista do Direito não é mais que uma forma de manifestação da teoria do Direito natural e, como esta, uma tentativa falhada de uma conclusão, logicamente impossível, do ser para o dever-ser”. Cf. KELSEN, 2006, op. cit., p. 281-282.

¹⁵ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 237.

Essa interpretação deturpadora ignora que a *existência é coexistência* e que a solidariedade da vida comunitária pode vir a dar algum sentido ao *absurdo* da condição humana, traduzido na condenação, comum a todos os homens, a *ter-de-ser*. Conforme as lições de Castanheira Neves:

 Ou estamos condenados a uma existencial incomunicabilidade comunitária e o direito deixa de ter sentido para a Existência como tal, ou a comunicação e integração comunitárias se revelam existencialmente autênticas e o direito encontra na própria Existência o seu fundamento. No primeiro caso, o direito será contra o homem – uma das formas de sua alienação; no segundo caso ele será expressão da sua própria humanidade essencial.¹⁶

Apostando-se na autenticidade da *coexistência* e, pois, situando-se o direito no plano da *existência autêntica*, porquanto ele deve ser um instrumento de realização conjunta da liberdade de todos os homens, torna-se possível assumir e projetar o legado das filosofias de Sartre e Camus para a compreensão e realização dos direitos humanos em perspectiva *existencial* – o que se faz logo após o exame da *teoria egológica do direito* de Carlos Cossio empreendido a seguir.

¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. O papel do jurista no nosso tempo. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995c. p. 20.

3.2 O egologismo *existencial* de Carlos Cossio: a liberdade como *prius* do direito

Contemporaneamente às tentativas fracassadas de aproximação das *filosofias da existência* ao direito natural que ressurgia no pós-guerra do século XX, das quais resultaram formas de se pensar a juridicidade que foram da mesma maneira rotuladas como “direito natural existencial”, despontou para a história do pensamento jurídico a *teoria egológica do direito*, criada e desenvolvida pelo jusfilósofo argentino Carlos Cossio, que reuniu em torno de si uma legião de discípulos, formando uma autêntica escola de pensamento jurídico que logrou obter reconhecimento internacional.

A *teoria egológica do direito* foi, com efeito, a primeira tentativa de vulto – alcançando significativo êxito - realizada para aplicar ao estudo filosófico do direito as atitudes fundamentais e muitas das idéias do *existencialismo* que desabrochava.¹⁷

Lastreado na fenomenologia de Edmund Husserl e na ontologia *existencial* de Martin Heidegger, assim como se valendo de alguns elementos da filosofia da cultura, Carlos Cossio propôs-se a construir uma *filosofia do direito* que desse conta da vida humana concreta, vale dizer, uma *filosofia da ciência do direito*, ou seja, uma epistemologia e uma ontologia jurídicas, que não olvidassem a experiência cultural resultante da *coexistência* humana ou, ainda, que partisse da liberdade dos homens de *carne y hueso*. Nesse sentido, o mestre argentino esclarece que a teoria egológica do direito se desenvolve sobre uma fenomenologia *existencial* da cultura.¹⁸

Nessa empreitada, Cossio parte da idéia husserliana acerca das ontologias regionais - de acordo com a qual pode ser considerado um objeto qualquer coisa que possa ser motivo de uma predicação mediante um juízo – buscando encontrar o *locus* do direito na realidade ôntica. Assim, tendo-se em vista essa perspectiva, é

¹⁷ Cf. CABRAL DE MONCADA, Luís Solano. Verdade e direito. In: _____. **Estudos filosóficos e históricos**: artigos, discursos, conferências e recensões críticas. Coimbra: Ed. Coimbra, 1959c, v.2. p. 447.

¹⁸ Cf. COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2007. p. 42.

possível elencar quatro espécies de objetos, quais sejam, objetos ideais, naturais, metafísicos e culturais.¹⁹

Os objetos ideais são irrealis, não têm existência, não são suscetíveis a qualquer experiência empírica, encontrando-se, pois, alheios à temporalidade e neutros à valoração, não implicando nenhuma qualificação axiológica. Por essa razão, as verdades referentes aos objetos ideais são obtidas pelo manejo do método racional-dedutivo, cujo ato gnoseológico ou ato de consciência com o qual ele se constitui é a *intelecção*. Dentre esses objetos se destacam aqueles aos quais se referem a lógica e a matemática, como, por exemplo, um triângulo ou qualquer outra figura geométrica.²⁰

Os objetos naturais, por sua vez, são reais, têm existência, são passíveis de experiência, mas, tal como os objetos ideais, não são valoráveis ou sujeitos a qualquer juízo axiológico. Compreendem os objetos sobre os quais se debruçam as ciências da natureza, tais como, uma pedra, um cachorro ou uma planta, cujas verdades são alcançadas através do método empírico-indutivo, constituído pelo ato gnoseológico ou ato de consciência denominado *explicação*.²¹

Já os objetos metafísicos são irrealis, não têm existência, não são experienciáveis, porém, diferentemente dos objetos ideais e naturais, são suscetíveis de valoração. Dentre os exemplos que podem ilustrar esses objetos, o jusfilósofo argentino aponta Deus, muito embora não discorra sobre o acesso metódico ao conhecimento desses objetos e nem mesmo ao ato gnoseológico que constituiria essa opção metodológica.²²

Por fim, os objetos culturais são reais, têm existência, são suscetíveis de experimentação e, tal como os objetos metafísicos, e diferentemente dos objetos ideais e naturais, estão sujeitos a juízos axiológicos, vale dizer, são valoráveis e, por serem criados pelo homem, não fogem à temporalidade. Eles subsistem como existência de um sentido em algo, ou seja, caracterizam-se por se constituírem em um substrato cujo sentido ou valor é dado pelo homem. Daí que uma ferramenta,

¹⁹ COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires: Losada, 1944. p. 28-29.

²⁰ Ibid., p. 29-31. Percebe-se, à luz dessa teorização das ontologias regionais, que o jusnaturalismo toma o direito como um objeto ideal, deduzido, *more geométrico*, como já enunciava Hugo Grócio, racionalmente da “natureza humana” mediante um ato de *intelecção*.

²¹ Ibid., loc. cit.

²² Ibid., p. 29-30.

uma estátua ou mesmo uma sentença judicial são exemplos dessa classe de objetos. O conhecimento desses objetos se faz por meio do método empírico-dialético, cujo ato gnoseológico ou ato de consciência é a *compreensão*.²³

Traçadas as coordenadas por meio das quais é possível captar fenomenologicamente a realidade, porquanto subsumidas em quatro espécies de objetos, cujo acesso metódico ao seu conhecimento se faz de inconfundíveis formas, Cossio chega à conclusão de que o direito é um objeto cultural, mais precisamente, um objeto egológico.

Isso porque, dentre os objetos culturais é possível estabelecer uma divisão em duas subespécies, sendo a primeira constituída pelos objetos mundanais e a segunda pelos objetos egológicos. Os objetos mundanais são aqueles cujo substrato é um fragmento do mundo físico, tais como a ferramenta e a estátua nos exemplos trazidos acima, enquanto que os objetos egológicos são aqueles cujo substrato são os próprios atos de conduta humana ou mesmo as ações humanas, de que é exemplo a sentença judicial anteriormente referida.²⁴

Assim, enquanto nos objetos mundanais há vida humana objetivada, nos objetos egológicos há vida humana vivente, vale dizer, há *existência*.²⁵ Muito embora o substrato que constitua esses objetos permita essa diferenciação, a ambos - objetos mundanais e objetos egológicos - é dado um sentido pelo homem, ou seja, diante desses objetos o homem vê algo em seu sentido, mas dá, ao mesmo tempo, sentido ao que vê, o que permite que sejam considerados objetos culturais.

O interessante é que como o substrato dos objetos egológicos é a conduta humana, esses objetos se integram com o conhecimento de si mesmos, já que é o próprio homem quem os conhece, ou seja, o homem conhece o produto do seu próprio agir ou a sua própria conduta, estando, pois, justificada a qualificação desses objetos como egológicos, já que são, ao mesmo tempo, produto e conhecimento do ego humano. São, segundo Cossio, objetos que são só quando sabem que são,²⁶ porquanto em seu conhecimento “[...] *el sujeto cognoscente no es un espectador que meramente aprehende su dato [conduta humana], sino que en alguna forma él*

²³ Cf. COSSIO, 1944, op. cit., p. 29-43.

²⁴ Cf. Ibid., p. 38.

²⁵ Cf. Ibid., p. 117.

²⁶ Cf. Id., 2007, p. 109.

se introduce en el dato al vivir el sentido, puesto que esta vivencia es necesaria para la existencia del sentido".²⁷

Por ser um objeto egológico e, logicamente, um objeto cultural, o direito, para Cossio, é real, tem existência, está sujeito à experiência, ou seja, é suscetível de experimentação sensorial, não foge à temporalidade *existencial* e é permanentemente submetido à valoração.

O que dá existência ao fenômeno jurídico e permite essa experimentação, tornando a ciência jurídica uma ciência de realidades, para além de uma ciência jurídica *a secas*, acentua o mestre argentino, é a conduta humana.

Com efeito, para a teoria egológica o objeto da ciência do direito é a conduta humana e não as normas jurídicas. Para esclarecer este ponto, Cossio recorre a uma rica metáfora:

*De la misma manera que el objeto del conocimiento del astrónomo son los astros y no las leyes de Kepler y Newton, porque éstas sólo son conceptos con los que los astros son conocidos, así también en la Ciencia Dogmática el objeto del conocimiento del jurista no son las normas sino la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, porque las normas jurídicas sólo son conceptos con los que aquella conducta es conocida como conducta. Las normas son simplemente los conceptos con los que pensamos esa conducta.*²⁸

A conduta humana é, pois, o substrato do direito, assim como o mármore é o substrato da Vênus de Milo. Da mesma forma, aduz Cossio, que quando se pergunta onde está a Vênus de Milo obtém-se como resposta o mármore no qual ela foi esculpida, quando se pergunta onde está o direito é possível responder que ele se encontra nos atos dos homens ou nas condutas humanas.²⁹

Nesse sentido, as formas dadas pelo escultor ao mármore, a fim de se produzir uma escultura, podem ser comparadas aos conteúdos dogmáticos que

²⁷ COSSIO, 1944, op. cit, p. 36, destaque nosso. Tradução livre: o sujeito cognoscente não é um espectador que meramente apreende seu dado, mas também, de alguma forma, ele se introduz no dado ao viver o sentido, posto que esta vivência é necessária para a existência do sentido.

²⁸ Id., 2007, p. 42. Tradução livre: Da mesma maneira que o objeto de conhecimento do astrônomo são os astros e não as leis de Kepler e Newton, porque estas somente são conceitos com os quais os astros são conhecidos, assim também na ciência dogmática o objeto do conhecimento do jurista não são as normas, senão a conduta humana em sua interferência intersubjetiva, porque as normas jurídicas somente são conceitos com os quais aquela conduta é conhecida como conduta. As normas são simplesmente os conceitos com os quais pensamos essa conduta.

²⁹ Cf. COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 96.

delimitam e dão forma à conduta humana, que se constitui na matéria de que é feito o direito.³⁰

Para além de objeto da ciência jurídica, a conduta humana pode ser considerada como a própria expressão fenomênica do direito. Daí que o fenômeno jurídico pode ser descrito como uma conduta humana vivente levada a cabo pelo ego, o que explicita seu pertencimento à categoria dos objetos egológicos, consoante a teoria husserliana das ontologias regionais.³¹

Neste ponto, em que há a construção do entendimento cossiano acerca do que seja a conduta humana, é que se manifesta com vigor a filiação da *teoria egológica* do direito à filosofia *existencial* de Heidegger.

Com efeito, o jusfilósofo argentino pensa a conduta humana em perspectiva *existencial*, arrimado no pensamento heideggeriano. Dessa forma, a conduta que se constitui em substrato do direito não é, para Cossio, um fato (*factum*), mas um fazer continuado, ou melhor, um fazendo-se constante (*faciendum*), o que permite que ela seja tomada como decorrência da própria *existência* humana, que se encontra, de *per sí*, em permanente inacabamento.³²

A conduta humana com a qual Cossio constrói sua teoria egológica é, pois, uma conduta-existência, vale dizer, uma conduta cuja essência é a liberdade, conforme o legado do *existencialismo*. Nas palavras do mestre argentino, “[...] *la conducta humana es libertad metafísica fenomenalizada, ya que la vida humana es esa libertad exteriorizándose en el mundo fenomênico*”.³³

O substrato do direito é, pois, a conduta humana livre. Em razão dessa liberdade intrínseca à conduta humana, ganha relevo, neste contexto, o problema da axiologia jurídica. Isso porque, em sendo ontologicamente livre, o homem, ao exercer a liberdade através de sua conduta, valora. Com efeito, a conduta humana constitui uma experiência de liberdade na qual a criação de algo axiologicamente original emerge a cada instante.³⁴ Da mesma forma que o rei Midas, que transforma em ouro tudo o que toca, tudo o que a liberdade toca se transforma em valor, daí

³⁰ Cf. COSSIO, 1944, op. cit., p. 64.

³¹ Cf. HERRENDORF, Daniel E. Introducción a la fenomenología egológica. In: COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 61.

³² Cf. CABRAL DE MONCADA, 1959a, op. cit., p. 411-412.

³³ COSSIO, 1944, op. cit., p. 109. Tradução livre: a conduta humana é liberdade metafísica fenomenalizada, já que a vida humana é esta liberdade exteriorizando-se no mundo fenomênico.

³⁴ Cf. Id., 2007, p. 43.

porque uma conduta sem valor ontologicamente não pode ser.³⁵ Por essa razão, a valoração é imanente ao direito, já que se a conduta humana, em sua manifestação fenomênica, está permeada de opções valorativas, e o direito possui como substrato essa mesma conduta humana livre, logicamente, fácil fica concluir, a valoração é um elemento inerente ao fenômeno jurídico. Conforme a explicação complementar de Carlos Cossio:

*[...] la valoración jurídica es, al propio tiempo que elemento material, elemento necesario de la experiencia jurídica. Ella, en tanto que contenido constante del dato, es el sentido del Derecho porque el Derecho es conducta; por eso no puede desaparecer de la manera contingente con que pueden hacerlo las figuras dogmáticas; ella desaparece con el Derecho mismo; no antes ni después; no adentro ni afuera del Derecho mientras el Derecho subsista.*³⁶

Em decorrência, ademais, da idéia de liberdade imanente à conduta humana - não se esquecendo que o substrato do direito é a conduta humana livre -, surge a constatação cossiana de que o direito é uma experiência de liberdade, porquanto a liberdade é o ingrediente estimativo da experiência jurídica.³⁷

De posse dessa constatação, Cossio põe em relevo o famoso axioma jurídico segundo o qual “tudo o que não está proibido, está juridicamente permitido”. Para a teoria egológica esse axioma é, com efeito, verdadeiramente ontológico, ou seja, uma estrutura ontológica fundamental da juridicidade.³⁸ Isso porque, o substrato do direito é a conduta humana livre e um axioma cujo conteúdo tivesse o sentido oposto, vale dizer, que optasse por proibir tudo o que não estivesse expressamente permitido, inviabilizaria a *existência* humana e, conseqüentemente, levaria a uma deliberada transgressão da normatividade, consoante esclarecimento do mestre argentino: “[...] [este axioma] en forma inconvertible enuncia la libertad como el prius del Derecho. No se puede decir ‘todo lo que no está permitido, está juridicamente prohibido’, porque sería enunciar una paralización imposible de la vida”.³⁹

³⁵ Cf. COSSIO, 1944, op. cit., p. 110.

³⁶ Ibid., p. 60. Tradução livre: a valoração jurídica é, ao mesmo tempo que elemento material, elemento necessário da experiência jurídica. Ela, conquanto que conteúdo constante do dado, é o sentido do direito, porque o direito é conduta; por isso, não pode desaparecer da maneira contingente com que podem desaparecer as figuras dogmáticas; ela desaparece com o direito mesmo; não antes nem depois; não de dentro nem de fora do direito, enquanto o direito subsista.

³⁷ Cf. Ibid., p. 223.

³⁸ Cf. Ibid., p. 76.

³⁹ Id., 1987, p. 105, destaque nosso. Tradução livre: [este axioma] de forma incontroversa enuncia a liberdade como o *prius* do direito. Não se pode dizer ‘tudo o que não está permitido, está juridicamente proibido’, porque seria enunciar uma paralisação impossível da vida.

Muito embora a conduta humana com sua liberdade inerente seja o substrato do direito, Cossio alerta que o direito não é meramente a conduta humana subjetivamente considerada. É a moral, explica Cossio, quem está em interferência subjetiva de ações.⁴⁰ Daí que se valendo da analítica *existencial* heideggeriana para a compreensão e teorização da conduta humana ou, ainda, por trazer para o desenvolvimento da teoria egológica a estrutura ontológica do *mitsein*, tal como propôs Heidegger – segundo a qual a *existência* é *coexistência*, ou mesmo, ser é ser-com-outro -,⁴¹ o jusfilósofo pôde concluir que o direito é conduta humana em interferência intersubjetiva.

O direito implica, portanto, segundo a teoria egológica, dois sujeitos desenvolvendo uma conduta compartilhada, na medida em que o que um sujeito faz se integra com o que toca ao outro fazer.⁴² Através do destaque a essa intersubjetividade ôntica, Cossio acredita que tenha captado a dimensão *coexistencial* e não meramente *existencial* do direito.⁴³

*[...] el Derecho viene a ser la coexistencialidad de la conducta en sí misma considerada; o para decir lo mismo en lenguaje que exprese toda la profundidad ontológica del problema, diríamos que el Derecho es la manifestación original de la coexistencia en la existencia. El Derecho es, así, la convivencia reducida o llevada a su raíz, la convivencia como aparece en la conducta em sí misma considerada.*⁴⁴

À interferência intersubjetiva das condutas dos sujeitos de direitos - estejam eles em litígio ou não, como, por exemplo, quando realizam um contrato em que ambas as partes cumprem com o que foi convencionado - é somada a interferência da conduta do juiz quando há um processo judicial instaurado.⁴⁵ Com isso, é possível concluir que quando o juiz atua, ele, conseqüentemente, realiza opções axiológicas, não podendo, pois, ser considerado neutro. Além disso, por participar da vida humana vivente em que se constitui o direito, que está constantemente se

⁴⁰ Cf. COSSIO, 1944, op. cit., p. 129.

⁴¹ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 2.ed. São Paulo: Vozes, 2007. § 26, p. 173-183.

⁴² Cf. COSSIO, 1987, op. cit., p. 98.

⁴³ Cf. Id., 2007, p. 75.

⁴⁴ Id., 1987, p. 158. Tradução livre: o direito vem a ser a coexistencialidade da conduta em si mesma considerada; ou, para dizer o mesmo com uma linguagem que expresse toda a profundidade ontológica do problema, diríamos que o direito é a manifestação original da *coexistência* na *existência*. O direito é, assim, a convivência limitada ou levada à sua raiz, a convivência como aparece na conduta em si mesma considerada.

⁴⁵ Cf. Ibid., p. 220.

fazendo, o juiz, segundo a teoria egológica, contribui para que ele se faça, ou seja, o juiz toma parte na criação desse fenômeno.⁴⁶

Isso não significa, argumenta Cossio, que a teoria egológica dê ou propugne um novo poder ao juiz; com efeito, ela, tão somente, coloca teoricamente a nu um poder que ele sempre teve.⁴⁷ Outrossim, o sentido estimativo da conduta do juiz dado na sentença e cuja existência está na vivência do juiz não implica o perigo de advento do arbítrio judicial, porquanto as condutas dos litigantes envolvidos no caso concreto traçam um marco circunscrito de possibilidades cuja expressão mais clarividente se encontra nas normas jurídicas que pensam aquelas condutas e são aplicáveis ao caso, conforme a metáfora trazida pelo mestre argentino:

[...] la Traumerai de Schumann [...] puede ser comprendida e interpretada de diversas maneras por diferentes ejecutantes, pero sólo dentro de ciertos limites, pues ni el músico más exímio puede hacer escuchar con ella la Marsellesa. Así también el Juez [...] tiene una franja limitada de sentidos posibles respecto de la conducta que menciona o representa conceptualmente en la sentencia.⁴⁸

A norma jurídica desempenha, por conseguinte, um papel fundamental no pensamento cossiano, porquanto ela é o conceito que imita a conduta, representando-a.⁴⁹ A norma imita a liberdade da conduta e assume o seu *logos*: “el logos de la norma es parte del logos completo de la conducta”.⁵⁰

Nesse contexto, Cossio assume os postulados da *teoria pura* de Kelsen para a construção da *lógica jurídica* de sua teoria egológica. O pensador argentino, que considerava a *teoria pura* kelseniana uma reflexão situada na seara da *lógica jurídica* e não propriamente uma *ontologia jurídica*, chega a assimilar o descobrimento por Hans Kelsen da lógica jurídica com o de Aristóteles acerca da lógica do ser.⁵¹ Com efeito, para Cossio o mestre de Viena disse coisas definitivas a respeito da lógica normativa, o que fez com que a teoria egológica assumisse o

⁴⁶ Cf. COSSIO, 1944, op. cit., p. 47-48.

⁴⁷ Cf. Ibid., p. 85.

⁴⁸ Ibid., p. 42-43. Tradução livre: a *Traumerai* de Schumann pode ser compreendida e interpretada de diversas maneiras por diferentes executantes, mas só dentro de certos limites, pois nem o músico mais exímio pode fazer escutar com ela a *Marsellesa*. Assim também o juiz tem uma faixa limitada de sentidos possíveis a respeito da conduta que menciona ou representa conceitualmente na sentença.

⁴⁹ Cf. Ibid., p. 96.

⁵⁰ COSSIO, Carlos. **La “causa” y la comprensión en el derecho**. 4.ed. Buenos Aires: Juarez, 1969. p. 167. Tradução livre: o *logos* da norma é parte do *logos* completo da conduta.

⁵¹ Cf. COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954. p. 61.

princípio da imputação kelseniano, ou seja, o juízo imputativo caracterizado pela cópula do dever ser, acrescentando-lhe o plus axiológico da liberdade.⁵²

Assim, para Cossio a norma jurídica – representada pela forma “Dado A deve ser B, ou dado não-B deve ser S” – imita a liberdade da conduta na totalidade de suas possibilidades, pois considera a conduta que cumpre o dever (B) e também a conduta que ocorre como transgressão ao dever (não-B), captando, assim, plenamente a liberdade, que nada mais é do que ser possibilidade.⁵³

Não obstante a norma jurídica imitar e representar a conduta humana, nela não se encontra o *ser* do direito, segundo Cossio. Para o criador da teoria egológica não se necessita recorrer à norma jurídica para saber o que é ou não o direito; para tanto, basta observar a conduta em interferência intersubjetiva; o que não se pode saber, no entanto, sem recorrer à norma, é se essa conduta é uma faculdade, uma prestação, um ilícito ou uma sanção.⁵⁴

A relação bipolar entre a conduta humana, que consiste no substrato do fenômeno jurídico, e a norma jurídica, que dá sentido a esse substrato, deve ser explorada, segundo Cossio, através de um movimento de compreensão circular empírico-dialético, que parta da conduta e caminhe em direção à norma, para que, enriquecido, retorne à conduta e, posteriormente, avance até a norma, e assim sucessivamente, o que permitirá uma compreensão real do direito, posto que vincada na realidade histórica.⁵⁵ Para a teoria egológica, portanto, o conhecimento e a realização do direito se fazem por meio do método circular empírico-dialético.

Em que pese todo esse esforço cossiano de construir uma *ciência do direito* de realidade, que leve em conta a vida humana vivente, sua teoria egológica não consegue transcender o normativismo. Isso porque, muito embora Cossio dê realce ao papel da conduta humana para a compreensão do direito, é a norma jurídica – e tão somente a norma jurídica - quem, em última instância, giza e pré-determina o sentido da conduta e, por conseguinte, demarca o espaço de licitude em que a liberdade humana poderá ser, por meio da conduta, exercitada. Essa queda egológica no normativismo jurídico pode ser apreendida da seguinte passagem: “*e/ Derecho viene a ser la conduta humana en su interferencia intersubjetiva; y la norma*

⁵² Cf. COSSIO, 1944, op. cit., p. 27.

⁵³ Cf. Id., 2007, p. 123-124.

⁵⁴ Cf. Ibid., p. 126.

⁵⁵ Cf. Ibid., p. 184.

jurídica, el proyecto que la antecipa e integra como elección de su posibilidad eliminatoria y restante".⁵⁶ Daí porque, pode-se dizer que a liberdade para a teoria egológica representa, verdadeiramente, o papel de *prius* do direito, mas, infelizmente, não pode ser alçada à condição de *ontos* do direito, o que permite concluir que o egologismo não compreende o fenômeno jurídico como uma *praxis* de progressiva afirmação histórica da liberdade.

Nessa esteira, o professor Castanheira Neves tece sua crítica à teoria egológica alertando que, apesar de Cossio valer-se do pensamento de Heidegger para construir seu entendimento acerca do que seja a conduta humana, a perspectiva filosófica em que ele se estriba quando enfrenta o problema epistemológico da ciência do direito é exclusivamente a de Edmund Husserl, de maneira que o pensamento jurídico na teoria egológica passa a ser todo ele uma paráfrase da idéia husserliana de conhecimento.⁵⁷

Relembrando-se o conceito de *intencionalidade* de Husserl, segundo o qual "a consciência sempre é consciência de alguma coisa", fácil fica perceber sua presença na teorização egológica, tal como ilustrado na passagem a seguir: "*todo texto legal no sólo dice algo (la norma), sino que también lo dice acerca de algo (la conducta en interferencia intersubjetiva)*".⁵⁸

Assim, no egologismo *existencial* de Cossio "[...] o normativo realiza uma intenção cognitiva antes que regulativa, a norma verdadeiramente conhece e não regula, o juiz (e com ele o jurista) conhece ao julgar e decidir",⁵⁹ o que se mostra em desarmonia com uma concepção da juridicidade comprometida com a resolução com justiça dos problemas humanos, que, cotidianamente, exigem do direito uma resposta.

Diante dessas críticas, todavia, o brilho da teoria egológica do direito e a genialidade do jusfilósofo Carlos Cossio remanescem incólumes. O jusfilósofo argentino ousou mostrar à *filosofia do direito* uma porta de saída para o ar livre

⁵⁶ COSSIO, 2007, op. cit., p. 185. Tradução livre: o direito vem a ser a conduta humana em sua interferência intersubjetiva; e a norma jurídica o projeto que a antecipa e integra como eleição de sua possibilidade eliminatória e restante.

⁵⁷ Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Questão-de-facto - questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)**. Coimbra: Almedina, 1967. p. 857-858.

⁵⁸ COSSIO, 1944, op. cit., p. 98. Tradução livre: todo texto legal não só diz algo (a norma), senão que também o diz acerca de algo (a conduta humana em interferência intersubjetiva).

⁵⁹ CASTANHEIRA NEVES, 1967, op. cit., p. 864.

quando, com prodígio, demonstrou que o direito é um *modo-de-ser* do homem e, por conseguinte, a liberdade é o *prius* do fenômeno jurídico. Resta agora atravessar a porta e respirar novos ares, a fim de se manter o fôlego e potencializar as forças, para lograr demonstrar que a liberdade não é só o *prius* do direito, como genialmente mostrou Cossio, mas também o *ontos* do direito – sobretudo tendo-se em vista a afirmação histórica dos direitos humanos -, conforme o desenvolvimento que este trabalho assume a seguir.

3.3 A dignidade humana e os direitos humanos entre a *existência* e a *coexistência*

As conquistas das *filosofias da existência* de Sartre e Camus permitem que sejam constituídos e direcionados novos olhares ao problema dos fundamentos, da finalidade e do sentido dos direitos humanos. Conseqüentemente, dessa radical maneira de compreender e conceber o sentido da *existência* humana podem ser extraídas valiosas proposições para a consecução da urgente tarefa de promover a real proteção e a concreta efetivação desses direitos.

Tomando-se o homem como um *ser* que, lançado *no* mundo, e encontrando-se em abandono, está condenado a *ter-de-ser*, a fazer-se mediante as *escolhas* que realiza nas *situações* históricas em que se encontra imerso, ou seja, um produto do seu produto, abandonado *absurdamente* à própria sorte e sem desculpas, que durante seu vir-a-ser procura dar um sentido para sua *existência* - e não se esquecendo que esse mesmo homem é o destinatário das inúmeras proclamações de direitos humanos, estejam elas plasmadas em declarações, tratados ou convenções internacionais, nas constituições, ou, mesmo, nas legislações ordinárias –, abrem-se novas possibilidades para as reflexões em torno das perguntas essenciais acerca do fundamento, do sentido e da finalidade dos direitos do homem.

O pensamento *existencialista*, consoante a lição do professor Fábio Konder Comparato, teve o mérito de contribuir para a elaboração do conceito de pessoa, constituindo-se na última etapa dessa empreitada, iniciada já na Antigüidade, cuja herança, imperecível para a história do pensamento humano, reside no acento ao caráter único, inigualável e irreprodutível da personalidade individual, porquanto ninguém pode *existencialmente* experimentar a vida ou a morte de outrem, já que elas são realidades insubstituíveis e únicas.⁶⁰

Nesse sentido, Heidegger revelou que “em sentido genuíno, não fazemos a experiência da morte dos outros. No máximo, estamos apenas ‘junto’. (...) *Ninguém pode retirar do outro sua morte*”.⁶¹ Da mesma forma, Camus sentenciou: “A morte

⁶⁰ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 27.

⁶¹ HEIDEGGER, 2007, § 47, p. 313-314, grifo do autor.

para todos, mas a cada um a sua morte. Afinal, o sol nos aquece os ossos, apesar de tudo”.⁶²

Em paralelo, pode-se inferir que a vida é para todos e cada um tem a sua vida. Aliás, a própria ciência confirma as conclusões das *filosofias da existência*. “A descoberta da estrutura do ADN (ácido desoxirribonucléico) por Watson e Crick, em 1953, revelou que cada um de nós carrega um patrimônio genético próprio e, salvo no caso de gêmeos homozigóticos, um patrimônio genético único”.⁶³

Aclara-se com nitidez, por conseguinte, que, por razões biológicas e, sobretudo, pelas reflexões que o *existencialismo* legou à humanidade, o valor da dignidade humana é imanente a todo e qualquer indivíduo.

Com efeito, conforme a filosofia de Sartre, o homem *existe* enquanto *ser-para-si*. Não é um *ser-em-si*, que é si mesmo ou coincide consigo mesmo por toda a história. O homem *existe sendo*, é um projeto que se encontra em permanente inacabamento, incompleto, cujo processo de feitura, que se dá através das *escolhas* realizadas nas múltiplas e inimagináveis *situações* ou circunstâncias em que se encontra lançado, não foge à temporalidade e, logicamente, está sujeito às circunstâncias históricas. Ou, como quer Camus, o homem é a criatura que recusa a ser o que é.

A dignidade humana, compreendida *existencialmente*, exsurge da própria condição humana - *absurda*, por sinal, conforme Sartre - na medida em que o homem está condenado à liberdade ou, ainda, a *ter-de-ser*. Pelo simples fato de que na *realidade humana*, ainda segundo Sartre, *a existência precede e condiciona a essência*, toda e qualquer pessoa, por estar condenada a *existir*, possui uma suprema dignidade que a põe em posição de proeminência diante de qualquer outro ser. Porque o homem *é sendo* e está condenado a ser livre, da mesma forma que porque é liberdade em *situação*, podendo transcender essa mesma *situação* histórica em que se encontra imerso, o homem diferencia-se de todos os outros seres, que são *em-si*, não mudam e fogem à temporalidade e à historicidade.

A dignidade humana decorre, portanto, do *absurdo* da própria condição humana, porquanto o homem *tem-de-ser* e não pode não *ser*. Qualquer pessoa, pela

⁶² CAMUS, Albert. **O avesso e o direito**. Trad. Valerie Rumjanek. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007a. p. 55.

⁶³ COMPARATO, 2008, op. cit., p. 31.

singela razão de que se encontra lançada no mundo e, tal como todas as outras pessoas condenadas a *ser*, fazendo-se, possui uma eminente dignidade.

O homem não é *em-si*: não é um ser que *é o que é*. A *realidade humana*, por ter sua *existência* precedendo e condicionando sua essência, é *para-si*: é um ser finito que se temporaliza e, *existencialmente*, *não é o que é* e *é o que não é*. É aqui que se encontra o fundamento da dignidade humana; essa é uma das implicações que decorrem da assunção das *filosofias da existência* como matriz teórica para se pensar os direitos do homem.

Curiosamente, noticia o professor Comparato que, em 1486, um jovem humanista italiano, Giovanni Pico, senhor de Mirandola e Concordia, apresentou um discurso, publicado sob o título *Discurso sulla Dignità dell'Uomo*, que pode ser considerado, com as devidas proporções, uma espécie de prenúncio do pensamento *existencial* cujas conclusões assemelham-se às que estão sendo aqui alcançadas. Imaginou ele que o Criador, ao completar sua obra, percebeu que faltava um ser que fosse capaz de racionalmente apreciar sua obra, de amar sua beleza e de admirar-lhe a vastidão; como já haviam sido utilizadas todas as formas possíveis na criação dos demais seres e, portanto, não havia um modelo próprio e específico para compor essa última criatura, determinou Deus que fosse o homem um ser naturalmente incompleto:

Não te damos, ó Adão, nem um lugar determinado nem um aspecto próprio nem uma função peculiar, a fim de que o lugar, o aspecto ou a função que desejares, tu os obtenhas e conserves por tua escolha e deliberação próprias. *A natureza limitada dos outros seres é encerrada no quadro de leis que prescrevemos [ser-em-si sartreano]. Tu, diversamente, não constricto em limite algum, determinarás tua natureza segundo teu arbítrio, a cujo poder te entregamos [ser-para-si sartreano].* Pusemos-te no centro do mundo, para que daí possas examinar à tua roda tudo o que nele se contém. *Não te fizemos nem celeste nem imortal, para que tu mesmo, como artífice por assim dizer livre e soberano, te possas plasmar e esculpir na forma que escolheres.* Poderás te rebaixar à irracionalidade dos seres inferiores; ou então elevar-te ao nível divino dos seres superiores.⁶⁴

Ainda que arrimado na fenomenologia de Edmund Husserl, chega a essa mesma conclusão acerca do fundamento da dignidade humana Aquiles Côrtes Guimarães, professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, quando afirma que “a essência da dignidade humana consiste no fato da própria *existência*

⁶⁴ PICO, Giovanni apud COMPARATO, 2008, op. cit., p. 7-8, grifo e destaque nosso.

humana. Basta vir ao mundo para que a pessoa humana incorpore a sua dignidade”.⁶⁵

Em perspectiva *existencial*, portanto, a dignidade humana deriva da própria condição em que se encontra a *realidade humana*, sinteticamente traduzida por Sartre com a fórmula segundo a qual no homem a *existência precede e condiciona a essência*.

O reverso da máxima sartreana, qual seja, a essência precede e condiciona a *existência* - presente em todo o pensamento filosófico idealista, essencialista e metafísico que antecedeu o *existencialismo* -, não assegura a dignidade para todas as pessoas. Isso porque, se a essência precedesse e condicionasse a *existência*, grupos humanos que se diferenciavam por algum aspecto ou circunstância – sejam eles cor da pele, opção religiosa, ideológica, política ou mesmo sexual ou, ainda, condição econômica ou posição social - do universo de pessoas “comuns”, poderiam ter negada sua dignidade humana, porquanto uma suposta essência valorada negativamente por categorias ou classes de homens hegemônicas ou dominantes permitiria a sua exclusão da própria condição humana. Ademais, estariam legitimadas as injustiças a que estão sujeitos os homens no mundo, porquanto a essência que constituiria cada pessoa determinaria e justificaria já, previamente, o destino com que cada qual foi presenteado, seja ele a miséria, o sofrimento pela discriminação ou, ainda, qualquer outra forma de opressão.

Se a essência preceder e condicionar a *existência*, pessoas podem vir a ter desconsiderada sua dignidade humana e negada sua eminente condição de sujeito humano, ou seja, seu status de artífice e demiurgo de seu destino, caso uma “essência” que possuam imanentes, que nada mais é do que a *situação* histórica em que elas estão mergulhadas, seja demonizada por totalidades aniquiladoras de alteridades.

Foi esse discurso que permitiu e justificou o tratamento desumano dispensado pelos anti-semitas aos judeus ao longo da história. Atribuindo-se aos judeus uma essência, qual seja, o atributo da “judaicidade”, foi possível a degradação da sua condição humana, resultando em trágicos empreendimentos, tais como o holocausto. Jean-Paul Sartre dedicou um livro a esse problema, ainda no calor dos

⁶⁵ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 81, grifo do autor.

acontecimentos sanguinários: *A questão judaica*. Valendo-se de suas reflexões filosóficas, Sartre analisa a questão judaica atacando os pressupostos que davam sustentação ao anti-semitismo:

[...] o judeu é livre para fazer o mal, mas não o bem; tem livre-arbítrio suficiente para arcar com a plena responsabilidade dos crimes que comete, mas não para emendar-se. *Estranha liberdade esta que em vez de preceder e constituir a essência, permanece inteiramente submetida a ela*, é somente uma qualidade irracional e ainda assim continua a ser liberdade. Sei de apenas uma criatura que seja assim totalmente livre e presa ao mal, e é Satã, o próprio Espírito do Mal.⁶⁶

Voltando-se também contra o liberalismo abstrato, que propugnava aos judeus os mesmos direitos de que os outros membros da coletividade desfrutavam, mas exigia esses direitos para eles enquanto homens, detentores de uma “natureza humana”, e não enquanto produtos concretos e individuais da história, Sartre defende um liberalismo concreto, afirmando que não há “natureza humana”, que não existe *o homem*, mas sim judeus, protestantes e católicos, assim como ingleses e franceses, bem como negros, brancos e amarelos, de modo que o que lhes confere os direitos não é essa “natureza humana” abstrata e problemática, mas sim a sua condição de pessoas concretas, ou seja, eles têm direitos enquanto judeus, negros, brancos ou árabes.⁶⁷

O racismo é, por conseguinte, plenamente justificado pela errônea suposição de que os homens possuem uma essência, ou seja, que são *em-si*, petrificados e governados ao longo de sua *existência* por atributos imanentes configuradores dessa fictícia essência. Nessa esteira, Sartre também explora o tema na sua peça de teatro *A prostituta respeitosa*. A ação se passa no Sul dos Estados Unidos e encena que quatro jovens brancos, bêbados, após uma partida de rugby, entram num trem, começam a agarrar uma prostituta e tentam atirar dois negros para fora do vagão. Os negros se defendem e um dos brancos, sobrinho de um senador, puxa um revólver e mata um deles. A prostituta é a única testemunha e o negro sobrevivente é acusado pelos brancos e pelo senador de tentar estuprá-la. O que interessa, tendo em vista os objetivos do presente estudo, é que na intervenção dos brancos e do senador junto à prostituta para convencê-la a mentir e denunciar o negro que não fizera nada, a fim de legitimar o homicídio que vitimou o outro negro, abundam os argumentos calcados na idéia de que a essência precede e condiciona

⁶⁶ SARTRE, Jean-Paul. **A questão judaica**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ática, 1995a. p. 27, grifo nosso.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 75, 91-92.

a *existência*, como, por exemplo, o expresso na frase “Um negro sempre fez alguma coisa”.⁶⁸

Consoante o inquérito filosófico do pensador contemporâneo Bernard-Henri Lévy, não há melhor corta-fogo ao racismo do que a filosofia de Sartre, pois se a *existência precede e condiciona a essência* não é possível reduzir o sujeito à hipotética essência de árabe, de judeu, de negro ou de branco, não se podendo falar mais em raça, porquanto a única essência do sujeito é justamente não tê-la; mas, mesmo admitindo-se que as raças existam, elas não terão importância, porque não definirão absolutamente os sujeitos.⁶⁹

Em suma, a dignidade humana está presente em todos aqueles que simplesmente *existem*. Mas, embora toda e qualquer pessoa em razão de sua *existência* tenha reconhecida sua dignidade, nem todos têm uma *existência* digna. E aqui ganha realce o problema da *existência autêntica e inautêntica*, assim como aparecem pistas acerca do sentido e da finalidade dos direitos humanos.

Em sendo o homem um projeto, um movimento, um processo, um devir em permanente construção, sua *existência* será *autêntica* se assumir a consciência de que é *para-si*, que constrói o seu *ser*, sua essência, a partir das suas *escolhas*, ao passo que sua *existência* será *inautêntica* se auto-enganar-se acerca de sua condenação à liberdade, valendo-se da *má-fé*, enfim, tomando-se como um *ser-em-si*.

Será muito mais difícil que as pessoas assumam a autenticidade no seu *existir* se não tiverem uma *existência* digna. Daí que os direitos humanos nada mais visam do que a remoção de obstáculos que impedem, nas várias *situações* históricas em que o homem se encontra imerso, o pleno desenvolvimento do *ser-para-si*.

Se o homem é liberdade em *situação*, os direitos humanos mostram-se essenciais para que, em *situações* que aviltem a condição humana, os empecilhos sejam removidos e o exercício autêntico da liberdade e, logicamente, a realização das *escolhas*, sejam mais facilmente possibilitados.

⁶⁸ Cf. SARTRE, Jean-Paul. **A prostituta respeitosa**. Trad. Maria Lúcia Pereira. Campinas: Papirus, 1992. p. 58, 65, 144.

⁶⁹ Cf. LÉVY, Bernard-Henri. **O século de Sartre**: inquérito filosófico. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 342.

A afirmação histórica dos direitos humanos ao longo da Modernidade nada mais foi do que a criação de anteparos jurídicos para auxiliar os homens a superar obstáculos inerentes às mais diversas *situações* históricas em que se encontravam, a fim de que exercessem da melhor forma possível a sua liberdade.

Por essa razão, enquanto num primeiro momento foram proclamados direitos que se referiam às *situações* em que se encontravam os homens em geral, tais como, o direito à liberdade de pensamento e expressão (em reação às perseguições religiosas), o direito ao voto – ainda que se excluindo as mulheres -, o direito à liberdade de ir e vir, o direito ao trabalho, à educação, ao lazer e à saúde, dentre outros, posteriormente foi se observando as *situações* histórico-concretas nas quais os homens de *carne y hueso* estavam inseridos. Daí que, se o homem é, como quer Sartre, um ser livre em *situação*, as *situações* em que se encontravam e se encontram crianças e adolescentes, mulheres, idosos, portadores de necessidades especiais, ou mesmo, minorias étnicas, requereram e estão a requerer a criação de anteparos que atendessem e possam vir a atender as condições peculiares de que desfrutam, ou seja, a afirmação de suas diferenças através da proclamação de direitos humanos especiais, a fim de permitir o exercício da sua liberdade ou a construção do seu *ser*.⁷⁰

Isso posto, percebe-se, portanto, que os direitos humanos são fundamentais para que os homens tenham uma *existência* digna e, por conseqüência, *autêntica*, tornando possível a realização de seu *projeto fundamental* e o seu fazer-se *ser*.⁷¹

Não é demasiado lembrar, ademais, que a *realidade humana é para-si e para-outro*. O homem é *existência* e *coexistência*. Muito embora os direitos humanos revelem-se fulcrais para que o homem, *existindo*, construa sua essência, nesse processo há limites representados pela figura do *outro*. O homem, portanto, enquanto *ser-para-si* é detentor de direitos humanos sem os quais dificilmente

⁷⁰ Norberto Bobbio denomina esse fenômeno de “especificação”, porquanto o homem passa a ser visto na especificidade ou concreticidade de suas diversas maneiras de *ser* em sociedade, seja ela relacionada ao gênero, seja às várias fases da vida ou, ainda, à diferença entre estado normal e estados excepcionais na *existência* humana. Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 62, 68.

⁷¹ Nesse sentido, alguns juristas, como Ricardo Lobo Torres, teorizam em torno do direito a um “mínimo existencial”, ou seja, “um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”, para resguardar as condições iniciais da liberdade a fim de que o homem viva e não vegete. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-30, jul-set. 1989.

conseguirá realizar seu *projeto fundamental*, ou mesmo, realizar-se, mas, enquanto *ser-para-outro* vê esse *projeto fundamental*, de acordo com o qual ele pode *existir autenticamente*, circunscrito às possibilidades de transgressão da resistência que lhe oferece o *outro*.

Isso porque, o *outro* também é um *ser-para-si*, também é sujeito e, da mesma forma, possui um *projeto fundamental*. Fácil fica perceber, dessa forma, que, na *realidade humana*, o conflito é inevitável. Haverá situações, por conseguinte, em que, a fim de se realizar o respectivo *projeto fundamental*, o conflito desencadear-se-á pela tentativa de efetivo exercício dos direitos humanos titularizados por cada qual, *para-si* e *outro*, tendo-se curso, pois, um clarividente processo de choque de direitos do homem.

A colisão de direitos humanos é um problema que vem sendo objeto de numerosos estudos hodiernamente, cujas propostas para solução residem, basicamente, na defesa da ponderação dos interesses que estão em jogo. Assim, o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin sustenta que as decisões judiciais nos *hard cases* sejam geradas, à revelia dos argumentos de política, por argumentos de princípios, os quais estão sujeitos à harmonização, porquanto possuem a dimensão do peso ou da importância; isso significa, segundo Dworkin, que o princípio que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa do princípio que com ele entrou em conflito.⁷² Festejada também é a teorização do jurista alemão Robert Alexy, para quem a estrutura das normas de direitos fundamentais é dividida entre regras e princípios, sendo estes considerados “mandamentos de otimização”, encontrando-se, ademais, sujeitos à “máxima da proporcionalidade” e à resolução de seus embates pelo sopesamento entre os interesses conflitantes.⁷³

De qualquer forma, se a colisão entre direitos humanos e, de forma subjacente, o conflito entre o *para-si* e o *outro*, chegar ao Judiciário, a solução haverá de primar pelo direito que importe em maior prestígio à afirmação da dignidade humana.⁷⁴ Isso significa, à luz das *filosofias da existência* com as quais se sustenta este estudo, a opção pelo direito que se traduza na remoção do obstáculo

⁷² Cf. DWORKIN, 2002, op. cit., p. 42-43, 151.

⁷³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.85-118.

⁷⁴ Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 74-75.

que se revele com o maior potencial de impedimento ao exercício autêntico da liberdade, considerando-se e comparando-se as *situações* ou circunstâncias históricas em que *para-si* e *outro* se encontram.

Ganha relevo, levando-se em conta o conflito ora em exame, a temática da *eficácia horizontal dos direitos humanos*, também chamada de *eficácia dos direitos humanos perante terceiros* ou, ainda, *eficácia dos direitos humanos nas relações jurídico-privadas*. Evidentemente, se a *realidade humana é existência* em comunidade, ou melhor, *coexistência*, isto é, se o homem é um *ser-no-mundo-com-outrem*, como quer Heidegger, ou, sartreanamente, se o homem é ao mesmo tempo *para-si* e *para-outro*, pode-se inferir que nas relações que os homens travam entre si deva incidir uma normatividade axiológica que as regule para salvaguardar a dignidade humana imanente em todo aquele que *existe*.

Assim, para além da pioneira eficácia vertical dos direitos humanos, presente no próprio nascedouro dos direitos do homem para normatizar e limitar o poder estatal ante as pessoas que tinham, potencial e concretamente, sua dignidade violada pelos atos ou ações dos Estados, desponta para a seara da *teoria do direito* o novíssimo tema da *eficácia horizontal dos direitos humanos*, guardando absoluta sintonia com as conquistas das *filosofias da existência*, que revelam que o homem *existe em coexistência*.

Importante assentar, ainda que contra a corrente dominante, que nas relações privadas a eficácia dos direitos humanos deve ser imediata, ou seja, os direitos humanos não de dirigir-se não apenas contra o Estado, mas também contra os sujeitos de direitos privados, diferentemente do que ensina, por exemplo, o professor da Universidade de Munique, Claus-Wilhelm Canaris, para quem esses direitos, por ele denominados direitos fundamentais, têm eficácia mediata perante os particulares e, portanto, como destinatário apenas o Estado, porquanto a eficácia imediata – defendida neste presente estudo – conduziria a conseqüências dogmáticas insustentáveis, tais como a uma possível supressão da autonomia de amplas partes do *direito privado pelo direito constitucional*.⁷⁵ Não poderia, há que se ressaltar, ser outra a conclusão deste trabalho após o acolhimento das lições do *existencialismo*

⁷⁵ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006. p. 52-55.

de que o homem é um ser livre em *situação* que *coexiste* com outros homens, *ser-para-si* cujo projeto fundamental pode ser limitado pela presença do *outro*.

O *outro*, ademais, conforme as *filosofias da existência*, não é apenas um limite ao exercício da liberdade do *para-si*. O *outro* é também condição para o exercício da liberdade do *para-si*. Sartre pressupõe, aliás, o reconhecimento da liberdade dos *outros* como condição de nossa liberdade e o reconhecimento de nossa liberdade como condição da liberdade dos *outros*.⁷⁶

Daí que se pode dizer que há uma verdadeira solidariedade ontológica entre o *para-si* e os *outros*. Se o homem é titular de direitos humanos sem os quais é impossível a *existência* digna e torna-se muito mais difícil realizar seu *projeto fundamental* ou *existir autenticamente*, ele também possui deveres para com os *outros* para que estes também possam usufruir plenamente dos direitos humanos fundamentais e, por conseguinte, *existir* com dignidade, assim como, logicamente, *existir* de maneira *autêntica* com possibilidade de materialização de seu *projeto fundamental*.

Condenado a ser livre e responsabilizado pelo seu próprio *ser*, o homem também é responsável pelo *ser* dos *outros*. Detentor de direitos humanos, que se revelam fundamentais para a construção do seu *ser*, o homem também possui deveres para a proteção dos direitos humanos dos *outros* e é co-responsável pela construção do *ser* dos *outros*. Enfim, fazendo-se através da *escolhas* tomadas em cada *situação* em que está mergulhado, o homem *escolhe* e é responsável pela humanidade toda.

Em linhas gerais, o *existencialismo* permite novos olhares para os direitos humanos; assim é que os próprios princípios estruturais que lastream a afirmação histórica das gerações ou dimensões dos direitos podem ser compreendidos sob as lentes do pensamento *existencial*. Desse modo, por tudo que fora exposto, percebe-se que a solidariedade, com base na qual foram proclamados os direitos dos povos ou de terceira geração ou dimensão, é impulsionada pela condição *absurda* comum em que todos os homens se encontram. Já o estado de abandono no mundo, a condição de derrelição a que estão sujeitos os homens, iguala-os a todos e

⁷⁶ Aplicando essa idéia à questão judaica, Sartre arremata seu ensaio de maneira belíssima: “Nenhum francês será livre enquanto os judeus não alcançarem a plenitude de seus direitos. Nenhum francês estará em segurança enquanto um judeu, na França e *no mundo inteiro*, puder temer pela própria vida”. SARTRE, 1995a, op. cit., p. 96, grifo do autor.

fundamenta o próprio princípio da igualdade,⁷⁷ que funciona como verdadeira base do edifício dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao passo que o princípio da liberdade, que dá sustentação aos direitos civis e políticos, é derivado da própria condição ontológica do homem, vale dizer, da sua condenação a *ser* livre no mundo.

Ampliando-se o foco das lentes pode-se compreender, em perspectiva *existencial*, o ideal perseguido pela tutela dos direitos humanos - segundo grande parte dos autores - que se encontra plasmado no artigo XXIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: o livre desenvolvimento da personalidade humana em comunidade. Assim, é salutar concluir que a concretização dos direitos humanos visa possibilitar aos homens a *existência autêntica* em *coexistência*.

Diferentemente e em sentido oposto, todavia, é a compreensão sociologicamente funcional dos direitos humanos, empreendida por Niklas Luhmann, a partir da sua *teoria dos sistemas* e correlata perspectiva autopoietica. Em sua obra *Os direitos fundamentais como instituição*, há que se lembrar, Luhmann sustenta que os direitos humanos, ou, melhor, os direitos fundamentais, tornaram-se uma específica instituição da sociedade, diferenciada funcionalmente e governada pelas exigências complexas e contraditórias dos subsistemas, que serve para regular a comunicação no atual estágio de desenvolvimento sócio-cultural.⁷⁸

Rechaçando-se essa visão, há que se reiterar que os direitos humanos servem às pessoas, sobretudo para possibilitar uma *existência* digna e, por que não, *autêntica*, em comunidade ou em *coexistência*, e não aos sistemas.

Conforme a filosofia de Camus, se somos todos *estrangeiros* e sabemos que não estamos sozinhos no *absurdo* da condição humana, compete-nos sermos

⁷⁷ Nesse sentido, Aquiles Côrtes Guimarães assenta que “[...] o princípio da igualdade pode justificar-se a partir de um dado radical: a presença do homem no mundo. Todo ser humano é originariamente igual a partir de sua emergência no mundo. O estar-no-mundo nos iguala a todos”. GUIMARÃES, 2006, op. cit., p. 75.

⁷⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Trad. Stefano Magnolo. Bari: Dédalo, 2002. p. 15, 135. Nas pegadas luhmannianas, o jurista André Trindade fundamenta os direitos do homem em perspectiva autopoietica, utilizando-se das necessidades humanas - por ele consideradas imutáveis-, como elemento de seleção para a diferenciação funcional desses direitos, buscando propiciar uma maior segurança ao sistema de controle social, o que é criticável, pois, tal como a teorização do próprio Luhmann, restam olvidadas, ou, melhor, deliberadamente relegadas, as possibilidades emancipatórias e libertárias inerentes aos direitos humanos. Cf. TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 136-137.

solidários neste *exílio* comum para nele conseguirmos um relativo *reino*.⁷⁹ Sem sombra de dúvidas, os direitos humanos são os instrumentos mais poderosos de que dispomos para dar vida a essa solidariedade e instaurar neste mundo um *reino* de felicidade.

⁷⁹ Cf. RIBEIRO, Hélder. **Do absurdo à solidariedade**: a visão do mundo de Albert Camus. Lisboa: Estampa, 1996. p. 182.

3.4 O direito e os direitos humanos em perspectiva *existencial*

Se na seção anterior a compreensão *existencial* do homem foi invocada para se pensar as conseqüências decorrentes da sua posição de destinatário dos direitos do homem e detentor da dignidade humana, agora ela é trazida para se compreender as implicações derivadas da sua condição de autor ou agente no processo de construção do direito e dos direitos humanos.

O direito e os direitos humanos são um modo de *ser* do homem. Levando-se em conta que o homem é um ser incompleto, em permanente inacabamento, que se constrói ao longo da finitude de sua *existência*, em suma, um *ser-para-si-para-outro*, mostram-se completamente equivocadas as correntes do pensamento jurídico que imaginam o direito e os direitos com os atributos de um *ser-em-si*.

Conforme o que fora dito anteriormente, diferentemente do que postula a metafísica racional jusnaturalista, para quem o direito e os direitos estão dados, prontos e acabados na “natureza humana”, para além da historicidade e da temporalidade, à espera de serem *descobertos* pelo homem, o direito (e os direitos humanos!) *não é o que é natural*. Da mesma forma, diversamente do que apregoa o positivismo jurídico, o direito (e os direitos!) *não é o que é posto pelo Estado ou pela autoridade competente segundo a norma fundamental (Grundnorm) kelseniana*.

Por serem o direito e os direitos humanos modos de *ser* do homem, eles assumem características provindas da estrutura ontológica pertencente à *realidade humana*. Assim, o direito e os direitos humanos *não são*, mas *estão sendo*. Sendo a partir do que foram e do que virão a ser,⁸⁰ na medida em que são um produto do agir e fazer humanos que, por constituírem-se numa manifestação fenomênica do exercício da liberdade humana no tempo, não escapam à temporalidade *existencial*, retroagindo até o passado, para decidir sobre o seu sentido, e antecipando o futuro, por meio do seu projetar.

Daí que por manifestarem-se no mundo como criação do *para-si*, tendo-se em conta que este ser *não é o que é e é o que não é*, o direito e os direitos *não são o*

⁸⁰ No vir-a-ser, segundo Sartre, o *ser* não é ainda o que será e já é o que não é. Cf. SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 39.

que são, ou seja, não são o que já foram, e *são o que não são*, isto é, são o que virão a ser.

Se o homem *é* ou *existe sendo*, o direito e os direitos do homem, porquanto produzidos pela e para a *realidade humana*, também *são* ou *estão sendo*. Nesse sentido, o criador da Nova Escola Jurídica Brasileira e professor da Universidade de Brasília, Roberto Lyra Filho, ao teorizar sobre sua *dialética social do direito*, já sentenciava, talvez com inspiração *existencialista*, que o direito “[...] *é*, enquanto vai sendo”.⁸¹

Inspirado por esse mesmo pensamento também parece ter sido José Joaquim Calmon de Passos, professor da Universidade da Bahia, para quem o direito “[...] nunca é algo dado, pronto, pré-estabelecido ou pré-produzido [...]. O Direito, em verdade, é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e *somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado*”.⁸²

Percebe-se, por conseguinte, que o direito e os direitos humanos não são um dado apreendido da “natureza humana” ou concedido pelo Estado, revelando-se absolutamente estéril a oposição, comumente feita pelos adeptos das correntes tradicionais do pensamento jurídico, entre os planos do ser e do dever ser. O direito e os direitos humanos não são e nem devem ser, mas são o que devem ser, ou, melhor, *estão sendo* conforme o agir e fazer humanos estão fazendo com que eles sejam.⁸³

Não é outra a conclusão de Antônio Alberto Machado, professor da Universidade Estadual Paulista, quando discorre sobre a condição *existencial* do direito, concebendo-o como um fenômeno resultante do agir livre e consciente do homem:

[...] pode-se afirmar que o fenômeno jurídico não existe metafisicamente antes de qualquer ação ou conduta humana em sua manifestação histórica. Trata-se, portanto, de um fenômeno construído pelo agir consciente do

⁸¹ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?**. 17.ed. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 12.

⁸² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 4.

⁸³ Nessa esteira, Castanheira Neves ensina que esta separação entre o direito que é e o direito que deve ser, tão cara a Kelsen, está diluída ou mesmo superada, porque “[...] o jurista que decide judicativamente em termos normativos-teleologicamente constitutivos não conhece só o direito que é, assume e orienta-se também pelo direito que, em concreto e segundo sua perspectiva, deve ser”. A redução política do pensamento metodológico-jurídico (breves notas críticas sobre o seu sentido). CASTANHEIRA NEVES, Antônio. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995e. p. 388.

homem, um objeto fenomenológico ou cultural, não simples dado da natureza. E se o direito é um construído, que Roberto Lyra Filho considerava um 'vir-a-ser' – algo que 'é sendo' –, num permanente *dever* histórico, então *o fenômeno jurídico será tal como o agir e o fazer humanos fizerem com que ele seja*. E aqui entra, inevitavelmente, a questão da liberdade: o direito será produto do agir humano e das livres escolhas que o sujeito possa fazer no seu processo de construção histórica. [...] Portanto, nas suas interações sociais, no seu agir dialético, o sujeito pode escolher – e construir – um direito que seja instrumento de controle, repressão, segurança e manutenção da ordem vigente, seja essa ordem justa ou injusta; mas pode também optar, livremente, pela construção de um direito que seja expressão da libertação material do homem, da emancipação de sua consciência, da promoção humana e da justiça social.⁸⁴

O direito e os direitos humanos são, há que se ressaltar, *tal como o agir e o fazer humanos fizerem com que eles sejam*. Relembrando-se que Jean-Paul Sartre já deixara bem assentado, com sua *filosofia da existência*, que “as coisas serão tais como o homem tiver decidido que elas sejam”,⁸⁵ exsurge com clarividência o nexo entre a concepção do direito e dos direitos do homem que este estudo defende e a matriz filosófica com a qual ele se fundamenta.

Produto do agir e do fazer humanos livres, o fenômeno jurídico é *construído* pelo homem durante sua *existência* e, em razão dessa permanente construção, ou seja, por não estar já dado e nem encontrar-se já pronto e acabado, sobreleva-se a *responsabilidade existencial da realidade humana* nessa empreitada. Assim, se Camus dizia que “fazer arte é [...] um acto de tremenda responsabilidade existencial”,⁸⁶ pode-se, analogamente, concluir que a *construção* do direito e dos direitos é uma tarefa de inequívoca *responsabilidade existencial*.

Nesse sentido, o professor da Universidade de Coimbra, Antônio Castanheira Neves, ao discorrer sobre seu pensamento *jurisprudencialista*, lecionou que “[...] o direito não é um ‘dado’ que o jurista tenha de receber, mas uma *tarefa* que o concita a um esforço e a uma responsabilidade”.⁸⁷

Responsável pelo seu *ser* e pelo *ser* dos *outros*, o homem assume a tarefa de dar *ser* ao direito. O direito e os direitos humanos são um produto do exercício da liberdade humana em comunidade, assumindo atributos que o homem, durante a sua livre construção, imprime-lhes por meios das suas *escolhas*. Dessa forma,

⁸⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 197-198, grifo nosso.

⁸⁵ SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Trad. Vergílio Ferreira. 2.ed. Lisboa: Editorial Presença, [19--]. p. 266.

⁸⁶ CAMUS, Albert. **Os justos**. Trad. Antonio Quadros. Lisboa: Livros do Brasil, [19--]b. p. 15.

⁸⁷ CASTANHEIRA NEVES, 1995c, op. cit., p. 32, grifo do autor.

condenado à liberdade, o homem constrói livremente o direito e os direitos humanos, sendo responsável pela maior ou menor tutela jurídica do exercício da liberdade humana, através da normatização das mais diversas *situações* em que os homens se inserem.

Em suma, o homem é o responsável pelo carácter mais libertário ou repressor da juridicidade ou, ainda, pela afirmação ou restrição, em sede jurídica, do exercício da liberdade. O direito e os direitos humanos são, por essa razão, tal como o agir e o fazer humanos *livres* fizeram com que eles sejam.

Convergem, nessa esteira, as conclusões de Castanheira Neves:

[...] o direito é obra do homem – ‘o direito é uma ideia prática’, disse-o expressiva e de todo exactamente IHERING -, uma intenção, uma tarefa e uma responsabilidade do homem – como a ciência, a arte, a cultura em geral – e será *se e como* o homem assumir essa intenção, cumprir essa tarefa e desempenhar essa responsabilidade. O direito é um daqueles conteúdos intencionais com que o homem preenche e determina sua abertura de ser inespecializado, de ser que tem a tarefa e a responsabilidade de si próprio, e assim susceptível de lograr ou fracassar na constituição-realização da sua própria humanidade.⁸⁸

Manifesta-se aqui, há que se lembrar, a herança de Carlos Cossio para a história do pensamento jurídico, sintetizada na lição fundamental de que a liberdade é o *prius* do direito: “*No es, en general, que la libertad esté acogida en el Derecho, sino, al revés, es el Derecho que está acogido en la libertad porque el Derecho es conducta*”.⁸⁹

O direito é, pois, uma *praxis da liberdade*, porquanto construído e realizado a partir do exercício da liberdade humana ou, ainda, porque é um produto do agir e do fazer humanos livres. Se o homem é enquanto se projeta no mundo através de suas *escolhas*, o direito e os direitos humanos *são*, ou melhor, *estão sendo*, neste projetar, constituindo-se, pois, num produto dessas *escolhas*, e, por conseguinte, num resultado derivado do exercício da liberdade humana, o que faz com que eles - direito e direitos do homem - assumam características determinadas pela forma com que houve este exercício de liberdade ou a realização destas *escolhas*. O direito e

⁸⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A revolução e o direito: a situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995a. p. 173-174.

⁸⁹ COSSIO, 1944, op. cit., p. 401. Tradução livre: Não é, em geral, que a liberdade esteja acolhida no direito, mas sim, ao revés, é o direito que está acolhido na liberdade, porque o direito é conduta.

os direitos humanos estão, pois, sujeitos a uma condição fenomênica, “[...] na qual alguma coisa só existe enquanto se revela”.⁹⁰

Na peça de teatro *As moscas*, Sartre, por meio de sua personagem Júpiter, o Deus da morte, revela que “o doloroso segredo dos deuses e dos reis é que os homens são livres”, e eles não sabem disso.⁹¹ Parece que este segredo é guardado a sete chaves pelas ideologias jurídicas jusnaturalista e juspositivista, que concebem os juristas como *aplicadores* ou *operadores* do direito, ou seja, meras peças na cadeia produtiva da juridicidade, cuja mercadoria final, seja ela justa ou injusta, não é percebida como resultado do labor ou do exercício da liberdade humanos, porquanto ela já viria pronta e acabada, restando-lhes apenas *descobri-la*, no caso do jusnaturalismo, ou *aplicá-la*, no caso do juspositivismo. Os juristas são, para essas correntes do pensamento jurídico, nada mais do que operários do direito com uma necessária, inerente e insuperável alienação do seu trabalho.

A despeito de uma oposição e contradição irresolúvel entre essas ideologias jurídicas, ambas se unem para velar e dissimular esse segredo, sobretudo por meio do ensino jurídico, já que um jurista livre pode “contaminar” todos os outros e promover resultados prático-jurisprudenciais “inconvenientes”.⁹² Luís Alberto Warat e Albano Marcus Bastos Pêpe esclarecem, a este respeito, que essa fusão de idéias, tidas como inconciliáveis, determinam a representação simplória da prática do direito em geral (senso comum teórico), sendo o poder do saber jurídico baseado numa “[...] apropriação trivializada e dispersiva que pertencem a modelos teóricos diversos: [...] conceitos kelsenianos fundidos a representações jusnaturalistas, e tudo isso misturado com os princípios ideológicos do liberalismo”.⁹³

Em que pese ser esta uma verdade inadequada aos interesses subjacentes às ideologias jurídicas dominantes, que, como visto, amalgamadas avassaladoramente no imaginário dos profissionais do direito, dão a tônica na praxe forense cotidiana, os juristas são livres. Livres assumem a tarefa e a responsabilidade de *construção* do direito e dos direitos humanos. Como essa

⁹⁰ SARTRE, 2007, op. cit., p. 20.

⁹¹ Id. **As moscas**. Trad. Caio Liudvik. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005a. p. 76.

⁹² Na referida peça também se mostra imprescindível a lição do rei usurpador Egisto, quando confessa, com certo ar de resignação, que “Um homem livre numa cidade é como uma ovelha tnhosa num rebanho. Ele vai contaminar todo o meu reino e arruinar minha obra”. Ibid., p. 78.

⁹³ WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcus Bastos. **Filosofia do Direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996. p. 87.

construção se dá pelo projetar do homem no mundo por meio do exercício da sua liberdade através das *escolhas* que realiza a partir das *situações* históricas as mais diversas em meio das quais se encontra lançado, pode-se inferir que há uma autêntica *construção existencial do direito e dos direitos humanos*.

O homem/jurista, portanto, é um *construtor, produtor* ou *artífice* do direito e dos direitos humanos e não simples *aplicador* ou *operador* e, nessa empreitada de criação da juridicidade, ele também se auto-constrói e faz-se *ser*. A construção é *existencial*, em suma, porque feita por homens durante sua finita *existência* mediante uma *praxis*. Por essa razão, é histórica, já que o homem faz e se faz *situado* historicamente.

Constatar a liberdade imanente ao jurista - é bom deixar claro - não implica qualquer retomada dos postulados da Escola do Direito Livre, de sorte a conferir aos juristas, sobretudo aos juízes, o poder de decidir livremente, a despeito de qualquer prescrição normativa e de acordo tão somente com sua consciência, o que seja o justo.

O jurista é livre, mas livre em *situação*, isto é, o problema jurídico-concreto que se lhe coloca a parte interessada, por meio de sua pretensão ou de sua resistência a ela, demarca a *situação* em que ele, através do exercício da sua liberdade, haverá de transcender, assim como as prescrições normativas que previamente o sistema jurídico prevê para a resolução desse problema oferecem resistência, dando, ao mesmo tempo, sentido a esta liberdade. Valendo-se novamente da metáfora invocada anteriormente, pode-se dizer que o jurista é um piloto de navio motorizado, cujo navegar sofre resistência de rochedos constitucionais, da força dos ventos principiológicos, das ondas da legalidade, enfim, do mar da juridicidade.

Como o homem é liberdade em *situação*, os problemas jurídico-concretos produzidos pela *realidade humana* são de todo imprevisíveis e incomensuráveis pelo sistema jurídico, na medida em que as *situações* engendradas e vividas pelos homens mudam historicamente, de modo a exigir novas respostas.

Nessa esteira, para concluir que o direito é um fenômeno dúctil, Gustavo Zagrebelsky parece fundar-se nessas mesmas razões: “[...] *el derecho no es un dato, sino un incesante ‘hacerse’, donde confluyen múltiples exigencias planteadas*

*por numerosos [...] principios que pretenden venir realizados en el contacto con la realidad viva de las experiencias sociales”.*⁹⁴

A criação judicial do direito e dos direitos do homem não é arbitrária, ademais, porque o jurista fica vinculado às conseqüências das suas *escolhas* e não pode mais abandoná-las sem destruir um pedaço de si mesmo,⁹⁵ já que *escolhendo* ele se projeta no mundo e faz-se *ser*.

Na decisão judicial cada uma das *escolhas* ou decisões possíveis são contingentes – podem se dar ou não -, de modo que dentro da necessidade dada em *situação*, o jurista com sua liberdade prefere alguma e a realiza, fazendo-a passar do contingente ao real, do futuro ao presente, conforme a concepção de tempo *existencial* desenvolvida por Sartre.⁹⁶ Por conta disso, a *contingência* e o *acaso* governam a jurisdição, restando, pois, justificada a imprevisibilidade do resultado de qualquer demanda deduzida em juízo.

Tendo-se em vista o tempo futurizador sartreano, de acordo com o qual é o futuro que decide sobre o passado, pode-se ainda concluir que os precedentes jurisprudenciais e os entendimentos sumulares que versam sobre um problema jurídico semelhante ao que se põe ao jurista serão valorados por ele, de sorte que eles não valerão só porque são passado, mas sim porque não passaram.⁹⁷

O direito e os direitos humanos são, pois, uma construção *existencial* permanente. A decisão judicial pode ser pensada como uma autêntica *escolha existencial*; dessa forma, se em cada *escolha* o homem é responsável por si e por todos, como quer Sartre, nas decisões judiciais os juristas são responsáveis pela humanidade inteira, sobretudo quando está em causa quaisquer dos direitos humanos já proclamados, porquanto são direitos cuja titularidade é universal, ou seja, de todo e qualquer homem *existente* neste mundo.

⁹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7.ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007. p. 123. Tradução livre: o direito não é um dado, mas um incessante fazer-se, donde confluem múltiplas exigências colocadas por numerosos princípios, que pretendem vir realizados no contato com a viva realidade das experiências sociais.

⁹⁵ Cf. MACHADO, 1993, op. cit., p. 110-112.

⁹⁶ Cf. AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 365. Da mesma forma, Castanheira Neves leciona que “na realização do direito, só com ser ela acto prático (solução prática de problemas práticos), participa sempre uma *decisão* em sentido próprio – uma opção entre diversas possibilidades imputável e último termo à *voluntas* – que resiste ao seu inteiro domínio pela *ratio*”. O actual problema metodológico da realização do direito. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2.. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995d. p. 252.

⁹⁷ Cf. CABRAL DE MONCADA, 1959a, op. cit., p. 415.

Nesse sentido, o filósofo francês Jacques Derrida, ao refletir sobre o direito valendo-se de seu *desconstrutivismo*, estabelece como condição para uma decisão ser justa o realce à singularidade de cada caso concreto e, portanto, a responsabilidade dos juristas na construção da juridicidade:

Para ser justa, a decisão de um juiz, por exemplo, deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar ser valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso. [...] Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, rejustificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio. Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir.⁹⁸

São as *escolhas* tomadas nas decisões judiciais que revelam o *ser* do direito e dos direitos humanos, e o próprio *ser* do homem, já que, conforme Sartre, o homem é produto do seu produto. É o fazer, portanto, revelador do *ser*. Recorrendo-se a uma metáfora sartreana para esclarecer este ponto, pode-se dizer que “é o golpe do machado que revela o machado, o martelar que revela o martelo”.⁹⁹

Partilha desse entendimento o jusfilósofo de Coimbra Castanheira Neves: “[...] o que o direito verdadeiramente é, tem sido, ou haverá de ser, isso depende da decisão histórica do homem e da intenção que nele ponha”.¹⁰⁰

O fenômeno jurídico, produto do agir e do fazer humanos livres, após a sua produção não se torna um *ser-em-si*. Nas pegadas do professor Calmon de Passos, pode-se asseverar que “[...] o produto jamais se reifica, adquire autonomia e se dissocia de seu produtor; mais que isto, só existe e dele se pode falar, em termos de efetividade, enquanto associado ao seu produtor e enquanto processo”.¹⁰¹

Se a liberdade foi tomada até aqui como ponto de partida para se compreender *existencialmente* o direito e os direitos humanos, ou seja, funcionou como *prius* do direito ou, ainda, permitiu identificar o fenômeno jurídico como uma *praxis da liberdade*, agora, ela passa a ser observada enquanto ponto de chegada,

⁹⁸ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 44.

⁹⁹ SARTRE, 2007, op. cit., p. 636.

¹⁰⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Justiça e Direito. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995b. p. 254.

¹⁰¹ CALMON DE PASSOS, 1999, op. cit., p. 23.

de modo a funcionar como *ontos* do direito, possibilitando caracterizar-se a juridicidade como *praxis para* a liberdade.

A construção e a sedimentação histórico-existencial dos direitos humanos ao longo da Modernidade permitem sustentar que o *ontos* do direito é a liberdade ou a progressiva afirmação da liberdade. Isso porque, como já visto, os direitos do homem nada mais são do que instrumentos jurídicos que promovem a remoção de obstáculos impeditivos do exercício da liberdade humana em *situação*; os direitos humanos são, portanto, a juridicização de garantias para uma *existência* digna e, conseqüentemente, para a *existência autêntica* em *coexistência*.

Assim, se o homem é liberdade em *situação*, diante da *situação* que se impunha de obrigatoriedade de se professar uma religião e a correlativa proibição de se professar quaisquer das outras ou mesmo de não se professar nenhuma, há o direito à liberdade religiosa; diante do processo político que restringia ou vedava a participação democrática, há os direitos políticos que asseguram a liberdade de participação no processo decisório; diante da possibilidade de se auferir conhecimento para o desenvolvimento das mais diversas potencialidades humanas ou mesmo da exigência de conhecimento para o exercício da cidadania, há o direito à educação;¹⁰² enfim, diante da diminuição da capacidade laborativa e do aumento das limitações físicas e psicológicas para o desempenho do trabalho, há o direito à previdência social...

Todos esses direitos humanos, traduzidos nessas inúmeras liberdades, sejam elas em sentido negativo - limitando a intervenção estatal nas *escolhas* individuais-, sejam elas em sentido positivo - reclamando a intervenção do Estado para que as *escolhas* sejam factíveis-, derivam da liberdade imanente ao homem, que *absurdamente* o condena a *ter-de-ser*. Nesse sentido, Carlos Cossio genialmente aclarou que não teria sentido qualquer liberdade jurídica se não houvesse entes metafisicamente livres como são os homens,¹⁰³ até porque entes que são *em-si* não são suscetíveis de serem coagidos ou constrangidos de nenhuma forma.¹⁰⁴

¹⁰² Ingo Wolfgang Sarlet salienta que “[...] manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 372.

¹⁰³ Cf. COSSIO, 1944, op. cit., p. 294.

¹⁰⁴ Cf. AFTALIÓN; VILANOVA; RAFFO, 1999, op. cit., p. 363-364.

Como a *realidade humana* é livre, as circunstâncias históricas nas quais ela se insere são engendradas e renovadas permanentemente e, com elas, erguem-se novos obstáculos potencialmente impeditivos do exercício da liberdade nessas *situações*. Dessa forma, diante, por exemplo, da nova *situação* propiciada pelos avanços da biotecnologia e da engenharia genética, da descoberta do genoma humano e da possibilidade de discriminação de pessoas em razão de características fenotípicas – tais como através de cadastros de empregadores que interditarão para essas pessoas o acesso ao trabalho-, insurgem-se, de forma incipiente, os direitos da bioética, a fim de garantir o direito à intimidade e à inviolabilidade do genótipo humano e, conseqüentemente, à liberdade de acesso ao trabalho sem empecilhos calcados em discriminações genéticas.

Por essa razão, sempre surgirá “novos” direitos humanos, pois se o homem é liberdade em circunstâncias e se as circunstâncias estão em permanente mutação, será, evidentemente, necessária uma normatização dessas circunstâncias para proteger e permitir o exercício da liberdade humana e, por conseguinte, a *existência autêntica*.¹⁰⁵

Posto isso, percebe-se que o direito é uma *praxis da liberdade*, porquanto produto do agir e do fazer humanos livres, e, em razão da afirmação histórica dos direitos humanos ao longo da Modernidade, uma *praxis para a liberdade*, na medida em que busca, através da sua normatividade, remover inadmissíveis obstáculos criados por *situações* históricas que, *absurdamente* e de forma juridicamente injustificável, impossibilitam o exercício autêntico da liberdade.

Nessa esteira, o professor Castanheira Neves assevera o papel do direito na tutela da dignidade humana através da progressiva afirmação da liberdade, buscando propiciar a *existência autêntica* em meio à *coexistência*:

o direito é em acto, porque é essencialmente *axiológico-normativo*. O direito é a projecção (o regulativo em acto) de um sentido axiológico no modo convivente da existência humana. Projeto de sentido axiológico que na humana convivência traduz o reconhecimento da dignidade da pessoa,

¹⁰⁵ Converte com esse entendimento Antônio Carlos Wolkmer, professor da Universidade Federal de Santa Catarina, que enfatiza, porém, o papel das necessidades humanas: “Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação. Por conseqüência, as situações de necessidade e carência constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade de aparecimento de ‘novos’ direitos”. WOLKMER, Antônio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. p. 16.

enquanto traduz a conquista sempre por conquistar de sua liberdade. [...] o direito é uma sempre inacabada tarefa de realização e transformação do homem através de seu próprio transcender-se. O direito é justamente um dos modos do transcender-se o homem a si próprio: o transcender-se num projecto-de-ser que fundamenta a sua humana co-existência; a tarefa (o projectar e o esforço) da axiológica humanização do homem na sua realidade de convivência histórica. Manifestando o ser deste dever-ser, o direito é, pois, o *acto histórico do autónomo dever-ser do homem convivente*.¹⁰⁶

Os direitos humanos possuem uma normatividade que permite e prescreve condutas fundamentais para o respeito da dignidade humana imanente em todo homem *existente*. São em ato, porque existem no fazer, na *praxis* e enquanto *estão sendo* construídos na sua concreta realização, de modo que as normas jurídicas que os consagram não garantem - antes de sua manifestação fenomênica - que esses direitos serão verdadeiramente vivenciados. Todavia, muito embora não sejam garantia de êxito na fruição dos direitos, as normas são importantes porque disciplinam as expectativas humanas e projetam possibilidades de êxito na realização dos direitos.

Em virtude de sua normatividade e, pois, do regramento das expectativas humanas de exercício autêntico da liberdade nas mais variadas *situações*, pode-se dizer que os direitos humanos são um porvir, porquanto, segundo Sartre, no porvir o futuro já é, só que não dado, ou seja, é um “agora” ainda não revelado.¹⁰⁷

Por essa razão, para proteger efetivamente os direitos humanos ou mesmo autenticamente realizá-los, o jurista não pode se confinar na dimensão normativa do fenômeno jurídico, já que, em assim procedendo, não conseguirá, por meio de sua *praxis*, revelar o “agora” ainda não revelado, porquanto as outras dimensões do direito trarão novos problemas por si só irresolúveis com o domínio tão somente da seara lógico-formal da norma jurídica. Com efeito, conforme visto anteriormente, dificilmente os direitos humanos - em razão de toda repercussão sociológica, axiológica, econômica, política e cultural que possuem - serão realizados ou concretizados por *juristas puros*, por mais boa vontade que eles possam ter.

Isso porque, o fenômeno jurídico é complexo e multidimensional ou, recorrendo-se a uma imagem geométrica, poliédrico. Na concepção de Antônio

¹⁰⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)**. Coimbra: Almedina, 1967. p. 907-908, grifo do autor.

¹⁰⁷ Cf. SARTRE, 2007, op. cit., p. 224.

Alberto Machado, “[...] o direito é um fenômeno multidimensional, integrado por fatores sociais, políticos, econômicos, culturais e normativos”.¹⁰⁸

Por possuir o homem uma intenção socialmente instrumental de realização do útil e do interesse (esfera do econômico), assim como uma intenção socialmente ideológica de realização do domínio e da instituição (esfera do político), como também uma intenção socialmente axiológica de realização da validade e do valor (esfera do ético), Castanheira Neves conclui, de maneira semelhante, que o direito é “[...] a síntese concreta, numa institucionalização normativa e global de convivência, do axiológico, do político-ideológico e do econômico”.¹⁰⁹

O direito e os direitos humanos são, em síntese, uma obra *in fieri*, cuja existência se revela na sua manifestação fenomênica - caracterizada pela complexidade e multidimensionalidade - através do agir e do fazer humanos livres, ou seja, das *escolhas* por meio das quais o homem se projeta no mundo, em suma, através de uma *praxis da liberdade*. Como a construção *existencial* do direito, sobretudo com a sedimentação histórica dos direitos do homem, é traduzida pela progressiva afirmação da liberdade, eles, direito e direitos humanos, também podem ser considerados uma *praxis para a liberdade*. Em síntese, a liberdade é, pois, o *prius* do direito – como queria Carlos Cossio -, mas também o *ontos* do direito.

¹⁰⁸ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. Franca: Unesp, 2005. p. 65-66.

¹⁰⁹ CASTANHEIRA NEVES, 1995a, op. cit., p. 201.

3.5 Gênese dos direitos humanos na Modernidade: do *absurdo* à *solidariedade*

Nenhum direito humano fundamental nasceu senão para pôr fim a uma *situação absurda* vivenciada pelos homens num determinado espaço/tempo históricos. Nenhum direito humano fundamental nasceu senão por meio da *revolta*. Essas são as teses - com clarividente suporte camusiano - que este estudo sustenta e que servem de fio condutor para a compreensão, em perspectiva *existencial*, da gênese histórica dos direitos do homem ao longo da Modernidade.

Com efeito, os direitos humanos nasceram da *revolta* de homens de carne e osso que ousaram, através do exercício autêntico de sua liberdade, reivindicar valores e normas para superar *situações absurdas* de violação da dignidade humana impeditores do desempenho desembaraçado da liberdade.¹¹⁰

Se anteriormente ficou sartreanamente assentado que o direito e os direitos são um produto da liberdade, vale dizer, uma *praxis da liberdade*, porquanto existem enquanto se manifestam no agir e no fazer humanos livres, agora, no que diz respeito ao nascimento dos direitos do homem, evidencia-se, camusianamente, que a liberdade que traz à luz os direitos nada mais é do que a liberdade traduzida em *revolta*.

Se “[...] a história dos homens é, em certo sentido, a soma de suas revoltas sucessivas”,¹¹¹ como quer Camus, pode-se dizer, paralelamente, que a história da afirmação dos direitos humanos é uma sucessão de *revoltas* que tiveram curso ao longo da Modernidade.

Muito embora as razões que impulsionaram essas *revoltas* mudaram com o tempo e, evidentemente, trouxeram consigo diferentes valores, ensejando a positivação dos mais variados direitos, todas elas brotaram do sentimento do

¹¹⁰ Para Franz Hinkelammert, “[...] *el reclamo de derechos humanos es, como lo dice Camus, una rebelión. Es la rebelión del ser humano como sujeto viviente que se rebela en contra de su transformación en objeto*”. HINKELAMMERT, Franz J. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. In: HERRERA FLORES, Joaquín (Coord.). **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 110. Tradução livre: a reivindicação de direitos humanos é, como diz Camus, uma revolta. É a revolta do ser humano enquanto sujeito vivente que se rebela contra sua transformação em objeto.

¹¹¹ CAMUS, Albert. **O homem revoltado**. Trad. Valerie Rumjanek. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005b. p. 133.

absurdo. O *absurdo*, que se manifesta em variadas *situações* injustas e incompreensíveis para a *realidade humana*, impulsiona o movimento de *revolta* e, com ele, a criação de novos valores, junto aos quais insurgem direitos humanos essenciais, que permitem o exercício da liberdade, de modo mais fácil, nessas *situações*. Conforme a lição de Camus:

A revolta nasce do espetáculo da desrazão diante de uma condição injusta e incompreensível. Mas seu ímpeto cego reivindica ordem no meio do caos e a unidade no próprio seio daquilo que foge e desaparece. A revolta clama, ela exige, ela quer que o escândalo termine e que se fixe finalmente aquilo que se escrevia até então sem trégua sobre o mar. Sua preocupação é transformar.¹¹²

Diante de *situações absurdas* que, injustificadamente e de forma não razoável, significaram a constrição do exercício genuíno da liberdade e, por conseguinte, o menoscabo da dignidade humana, homens souberam o que fazer com sua liberdade e se *revoltaram* contra as inúmeras manifestações do *absurdo*, alimentados pela convicção, ainda que não cristalina, de que possuíam direitos, justamente os mesmos direitos que vieram ao mundo por via da *revolta*.

Por essa razão, Camus afirma, como visto anteriormente, que a *revolta* apóia-se ao mesmo tempo na recusa categórica de uma intromissão julgada intolerável e na certeza confusa de um direito efetivo ou, mais exatamente, na impressão do *revoltado* de que ele “tem o direito de...”.

A história da afirmação e sedimentação dos direitos humanos na Modernidade é encenada em inconfundíveis capítulos de gerações ou dimensões de direitos, cada qual trazendo em seu seio um extenso catálogo de contravenenos removedores de empecilhos à *existência* digna e, por conseguinte, *autêntica*. A exigência desses direitos por meio das *revoltas* só pôde ter curso, evidentemente, com a experimentação do sentimento do *absurdo*, o que se deu nas mais diversas formas, porquanto propulsionado por inúmeras *situações* históricas, estando, pois, plenamente justificado o processo gradual de construção dos direitos. Partilha desse entendimento, ainda que não sob o mesmo olhar filosófico, Norberto Bobbio:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] [os direitos] nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha

¹¹² CAMUS, 2005b, op. cit., p. 21.

inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.¹¹³

Examinando-se de perto a gênese dos direitos civis e políticos, plasmados já nas Declarações de Direitos do século XVIII, percebe-se que, muito embora tenham sido legitimados doutrinariamente pelo ideário contratualista e jusracionalista, eles só vieram à luz pelas *revoltas* contra o poder da Igreja e contra o absolutismo estatal, que, *absurdamente*, mostravam-se cerceadores do exercício da liberdade de crença religiosa, da liberdade de consciência e das outras mais mezinhas liberdades civis. Fazendo eco com Bobbio:

O estado de natureza era uma mera ficção doutrinária, que devia servir para justificar, como direitos inerentes à própria natureza do homem (e, como tais, invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis pelos seus próprios titulares e imprescritíveis por mais longa que fosse a duração de sua violação ou alienação), exigências de liberdade provenientes dos que lutavam contra o dogmatismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos Estados. A realidade de onde nasceram as exigências desses direitos era constituída pelas lutas e pelos movimentos que lhes deram vida e as alimentaram: lutas e movimentos cujas razões, se quisermos compreendê-las, devem ser buscadas não mais na hipótese do estado de natureza, mas na realidade social da época, nas suas contradições, nas mudanças que tais contradições foram produzindo em cada realidade concreta.¹¹⁴

As Declarações de Direitos do século XVIII não *declararam*, portanto, direitos naturais ou traduziram em uma ordem positiva o que era natural, mas sim documentaram direitos civis e políticos que nasceram das *revoltas* da burguesia e do povo contra *situações* que, naquele momento histórico, foram experimentadas como verdadeiramente *absurdas*.

Da mesma forma, os direitos sociais, econômicos e culturais não brotaram do acaso, mas nasceram das *revoltas* dos partidos, organizações sociais e entidades de classe de orientação ideológica socialista que, diante da *situação absurda* de abandono pelo Estado Liberal das massas camponesas e proletárias ao mercado, exigiram a intervenção estatal para equilibrar as relações de trabalho e permitir, em circunstâncias concretas, uma *existência digna* e, portanto, um uso real ou autêntico da liberdade e não apenas formal ou retórico.

¹¹³ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 6, destaque nosso.

¹¹⁴ Ibid., p. 74.

Também os direitos de terceira geração ou dimensão, tais como o direito à paz e à autodeterminação dos povos, o direito ao meio-ambiente saudável, bem como o direito à proteção e ao uso do patrimônio comum da humanidade, são frutos de *revoltas* mais recentes levadas a cabo por novos movimentos sociais em reação ao *absurdo* provocado pela constante ameaça de irrupção de guerras, pelos impactos industriais que ameaçam o meio-ambiente, como ainda pelos riscos incrementados à humanidade pelos avanços da biotecnologia.

Em suma, todos esses direitos visaram remover obstáculos *absurdos* surgidos nas mais diversas *situações* históricas nas quais os homens estavam inseridos e que impediam que eles tivessem uma *existência* digna e, conseqüentemente, dificultavam sobremaneira a realização de seu *projeto fundamental* possibilitado por uma *existência autêntica*. Como todos os homens são irmãos no *absurdo*, não se pode esquecer que a *revolta* é um apelo à solidariedade, já que nela o homem se transcende no *outro* e, nas palavras de Camus, significa “[...] o movimento que compele os indivíduos à defesa de uma dignidade comum a todos os homens”,¹¹⁵ de modo que, através delas, os homens materializam a responsabilidade pelo seu *ser* e, sobretudo, pelo *ser* dos *outros*.

O mesmo entendimento acerca da gênese dos direitos humanos é esposado pelo italiano Luigi Ferrajoli, que sustenta que esses direitos se afirmam nas *revoltas* dos mais débeis contra os mais fortes, sejam eles mais fortes fisicamente, como no estado de natureza hobbesiano, sejam eles mais fortes politicamente, como os estados absolutistas e totalitários ou, ainda, mais fortes econômica e socialmente, como o mercado capitalista,¹¹⁶ ou seja, são *leyes del más débil* em alternativa à lei do mais forte, que regia e regeria em sua ausência:

[...] históricamente, todos los derechos fundamentales han sido sancionados, en las diversas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente: desde la libertad de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte – iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores,

¹¹⁵ CAMUS, 2005b, op. cit., p. 31.

¹¹⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et al. 3.ed. Madrid: Trotta, 2007c. p. 316.

*potestades paternas o maritales – que regía en su ausência. Y han correspondido, en cada uno de estos momentos, a un contrapoder, esto es, a la negación o a la limitación de poderes, de modo absolutos, a través de la estipulación de un ‘nunca más’ pronunciado ante su violencia y arbitrariedad.*¹¹⁷

Esse “nunca mais” a que se refere Ferrajoli, estipulado pelos direitos do homem após as *revoltas* dos mais fracos contra o *absurdo* expresso nos poderes dos mais fortes, nada mais é do que o “não” externado pela *revolta* - cujo significado, de acordo com o que foi dito anteriormente, é o mesmo que pode ser extraído de expressões tais como “as coisas já duraram demais”, “até aí sim; a partir daí, não”, “assim já é demais”, “há um limite que você não pode ultrapassar”. Correlativamente, os direitos que vieram a lume podem ser entendidos como o “sim” que também exsurge da *revolta*.¹¹⁸

Em nossa atual circunstância, os mais fortes - que *absurdamente* interditam as possibilidades de realização do projeto fundamental de grandes parcelas da humanidade, vale dizer, os novos leviatãs que quase tornam nulas as possibilidades de livre desenvolvimento da personalidade humana em comunidade para a gigantesca maioria da população mundial - talvez sejam as grandes empresas e corporações transnacionais, que detêm, de fato, o poder na atual ordem ou, melhor, desordem global. Nesse sentido, Ferrajoli designa o poder dos mais fortes nos dias de hoje como um neoabsolutismo: “*Hoy, el desafío que se plantea a la democracia es el generado [...] por el neoabsolutismo de los grandes poderes económicos e financieros transnacionales*”.¹¹⁹

Com efeito, António José Avelãs Nunes, professor da Universidade de Coimbra, denuncia a “ditadura dos mercados” e a “natureza liberticida das

¹¹⁷ FERRAJOLI, 2007c, op. cit., p. 363. Tradução livre: Historicamente, todos os direitos fundamentais têm sido sancionados, nas diversas cartas constitucionais, como resultado de lutas ou revoluções que, em diferentes momentos, rasgaram o véu da normalidade e naturalidade que ocultava uma opressão ou discriminação precedente: desde a liberdade de consciência às outras liberdades fundamentais, desde os direitos políticos aos direitos dos trabalhadores, desde os direitos das mulheres aos direitos sociais. Estes direitos foram sempre conquistados, como tantas outras formas de tutela, em defesa de sujeitos mais fracos contra a lei do mais forte – igrejas, soberanos, maiorias, aparatos policiais ou judiciais, empregadores, poderes patriarcais ou matrimoniais – que regia em sua ausência. E corresponderam, em cada um destes momentos, a um contra-poder, isto é, à negação ou à limitação de poderes, de outro modo absolutos, através da estipulação de um “nunca mais” pronunciado ante sua violência ou arbitrariedade.

¹¹⁸ “O ‘não’ do revoltado afirma a existência duma fronteira, de limites. É o direito de não ser oprimido. É o homem que não se deixa tratar como instrumento. O ‘sim’ do revoltado afirma a dignidade da pessoa humana e funda a solidariedade”. RIBEIRO, 1996, op. cit., p. 253.

¹¹⁹ FERRAJOLI, 2007c, op. cit., p. 373. Tradução livre: Hoje, o desafio que se coloca à democracia é gerado pelo neoabsolutismo dos grandes poderes econômicos e financeiros transnacionais.

‘liberdades’ do capital”, desmascarando a “Declaração Universal dos Direitos do Capital”, que se mostra muito mais eficaz do que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas.¹²⁰

Diante desse quadro, para se pôr fim à constrição do exercício genuíno da liberdade levada a cabo pelos neoabsolutistas e, por conseguinte, anteparar as incontáveis *vidas desperdiçadas* com o manto de uma *ley del más débil*, criando condições para que se possa desfrutar, plenamente, da aventura em que consiste a *existência*, parece que não há mesmo outra saída a não ser a postulada por Camus: a *revolta*.

É com ceticismo que se avista, nesse cenário, a possibilidade de êxito, na tutela efetiva dos direitos do homem e, portanto, na proteção do *más débil*, de propostas que fundamentam esses direitos nas *teorias do discurso*, também chamadas de *teorias consensuais* ou *dialógicas*. Essas teorias preconizam uma solução intersubjetiva para a questão do fundamento dos direitos humanos: “[...] *éstos no son sino el resultado del esfuerzo de comunicación llevado a cabo por personas racionales que buscan sinceramente la formación de un consenso universalizable sobre su justificación*”.¹²¹

Destaca-se, nessa empreitada, a *teoria da ação comunicativa* de Jürgen Habermas, para quem há uma relação de complementaridade, e não de concorrência, entre direitos humanos e soberania do povo, cujo nexos interno reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade; para Habermas, ademais, a democracia resulta da interligação entre o discurso e as formas jurídicas e, nesse entrelaçamento, encontra-se a gênese lógica dos direitos.¹²²

¹²⁰ AVELÃS NUNES, Antônio José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 78-79.

¹²¹ MARTÍNEZ DE PISÓN, José. **Derechos humanos**: historia, fundamento y realidad. Zaragoza: Egido, 1997. p. 130. Tradução livre: Estes [os direitos humanos] não são senão o resultado do esforço de comunicação levado a cabo por pessoas racionais, que buscam sinceramente a formação de um consenso universalizador sobre sua justificação.

¹²² Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. p. 133, 137, 158.

Com certo temperamento, o jurista espanhol Antonio Enrique Pérez Luño inclina-se pela fundamentação intersubjetiva, conjugando a teoria habermasiana com a *teoria das necessidades* de Agnes Heller: “*La primera proporciona el marco metódico, las condiciones ideales a que debe someterse el discurso racional fundamentador de los derechos humanos [...]. La segunda aporta datos relevantes sobre las exigencias o necesidades de la naturaleza humana*”.¹²³

Em que pese o brilho dessas construções, não se pode esquecer que historicamente os direitos nasceram das *revoltas*, ou seja, eles foram conquistados a duras penas e não negociados consensualmente, conforme a crítica de Pietro Sanchís às teorias que ora se examina:

*Los derechos humanos, ni en su dimensión ética ni en su plasmación jurídica, han sido nunca fruto de un pacífico e igualitario debate entre sujetos autónomos, sino que más bien han comenzado expresando el grito y la protesta de las minorías para más tarde imponerse, en el mejor de los casos, tras guerras y revoluciones.*¹²⁴

Em síntese, a gênese dos direitos do homem, processo que se desenrolou por toda a Modernidade, é (e está sendo!) um produto das *revoltas* de homens que, lançados nas mais diversas e *absurdas situações* históricas, não voltaram aos grilhões e, com coragem e lucidez, souberam o que fazer com sua liberdade, não passando pela aventura da *existência* de forma insípida. Os direitos nasceram, pois, do agir e do fazer de homens que, alimentados pela solidariedade – não se esquecendo da máxima fundamental: *eu me revolto, logo existimos* – ousaram reivindicar o fim do escândalo e da injustiça vivenciados, a fim de que a busca da felicidade tivesse, para todos, um caminho menos tortuoso.

¹²³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho e Constitución**. 9.ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 183. Tradução livre: A primeira proporciona o marco metódico, as condições ideais a que deve submeter-se o discurso racional fundamentador dos direitos humanos. A segunda aporta dados relevantes sobre as exigências ou necessidades da natureza humana. No mesmo sentido, Rafael de Asís Roig, Professor do Instituto de Direitos Humanos da Universidade Complutense de Madri, sustenta uma fundamentação dos direitos fulcrada na comunicação intersubjetiva centrada nas necessidades humanas. Cf. ASÍS ROIG, Rafael de. Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos. In: MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba (Org.). **El fundamento de los derechos humanos**. Madrid: Debate, 1989. p. 79.

¹²⁴ SANCHÍS, Pietro apud MARTÍNEZ DE PISÓN, José. Op. cit., p. 138. Tradução livre: Os direitos humanos, nem em sua dimensão ética, nem em sua plasmação jurídica, têm sido fruto de um pacífico e igualitário debate entre sujeitos autônomos, mas sim têm se originado expressando o grito e o protesto de minorias, para mais tarde impor-se, no melhor dos casos, após guerras e revoluções.

3.6 O absurdo da dialética entre sistema jurídico e problema

Os direitos humanos, que vieram à luz por meio das *revoltas*, plasmaram-se em textos de declarações, tratados, convenções internacionais, constituições e legislações ordinárias, tornando-se elementos constituintes da quase totalidade dos sistemas jurídicos em que estão estruturados juridicamente os países contemporâneos, sobretudo os países ocidentais.

Em decorrência disso, a partir da compreensão em perspectiva *existencial* da gênese dos direitos humanos, é possível resgatar a autonomia do *ius* em face da *lex*, à qual o positivismo jurídico havia dado cabo ao identificar o direito com a legalidade ou, melhor, ao subjugar o *ius* por via da *lex*. Diferentemente do que apregoava o positivismo jurídico, o direito não se identifica e nem se resume à lei, de modo que o *ius* difere e está para além da *lex*. Os elementos normativos constitutivos dessa normatividade translegal que permitiram o resgate dessa autonomia do *ius* diante da *lex* são, justamente, os direitos humanos e os princípios jurídicos, que, atualmente, são reconhecidos acima e independentemente da lei com uma incondicional prioridade jurídica sobre esta.¹²⁵

Daí porque, hoje, diferentemente do que postulava o positivismo jurídico, “não é já a lei a dar validade jurídica a direitos, enquanto direitos subjectivos, são os direitos, afirmados como fundamentais, a imporem-se à lei e a condicionarem sua validade jurídica”.¹²⁶ Por conseqüência, a constituição não *constitui*, mas sim *declara* os direitos humanos e os princípios, que, por serem frutos de uma afirmação histórico-existencial, existem para além dela, funcionando como critérios para aferir a sua legitimidade, porquanto ela, a constituição, não pode ser fundamento normativo de si própria, sob pena de cair-se num “positivismo constitucional” – conforme se viu anteriormente - no qual a juridicidade seria identificada com a constitucionalidade.¹²⁷ Dessa forma, diferentemente do *controle de legalidade* dos direitos do homem, que teve curso no século XIX, período em que o código civil fora a Carta Magna dos direitos, e para além do *controle de constitucionalidade* dos direitos, que os submete

¹²⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 104-107. Não é outro o entendimento de Gustavo Zagrebelsky, para quem os direitos humanos são pretensões subjetivas absolutas, válidas por si mesmas, com independência da lei. Cf. ZAGREBELSKY, 2007, op. cit., p. 47.

¹²⁶ CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 107.

¹²⁷ Cf. Ibid., p. 109-112.

aos limites traçados pelo constituinte originário ao compartilhar de um “positivismo constitucional” em que se controla os direitos à luz da constituição, a atual circunstância de afirmação universal dos direitos humanos permite e exige que seja levado a cabo um *controle de juridicidade*, de acordo com o qual pode ser aferida a validade do direito posto - estando ele formalizado nas leis ou na própria constituição - tomando-se como parâmetro a sua conformidade ou não com a dignidade humana e com os direitos propriamente ditos, de tal forma que o direito só será direito, verdadeira e validamente, se estiver de acordo com os direitos do homem e, logicamente, com a dignidade humana. Em suma, os direitos deixam de sofrer um controle pela lei e pela constituição e passam, eles próprios, a controlá-los.

Concebida *existencialmente*, a juridicidade está para além do direito posto pelo Estado. É uma *praxis da liberdade* que adquire autonomia com a afirmação trans-estatal dos direitos humanos e que, por essa mesma razão, pode ser considerada uma *praxis para a liberdade*.

Se os direitos humanos são um produto do agir e fazer humanos livres e se o homem se projeta no mundo através das *escolhas* externadas nesse agir e fazer, pode-se concluir que, ao construir os direitos humanos, o homem também se auto-constrói num determinado e inequívoco sentido. Em sendo o homem, nas palavras de Sartre, um produto do seu produto, pode-se inferir que o homem torna-se produto dos direitos humanos que ele próprio produziu, vale dizer, os direitos humanos fazem parte daquilo com que o homem se fez, ou seja, o homem assume uma certa e determinada identidade em razão das suas *escolhas* pelos direitos humanos.

Por essa razão, nas trilhas de Fechner, o homem não pode mais preterir os direitos humanos sem destruir uma parte de si mesmo, razão pela qual sempre que se verifica a preterição formal ou o abandono desses direitos, vinca-se o sentimento de uma situação humanamente regressiva e mesmo de degradação, contra a qual sempre se protesta e nunca se deixa de resistir ou *revoltar-se*.¹²⁸

¹²⁸ FECHNER, Erich apud CASTANHEIRA NEVES, 1995a, op. cit., p. 211. O exemplo trazido pelo mestre português é o do eclipse do princípio da legalidade criminal no direito penal nazista e na primeira fase do direito penal soviético; neste último caso, o princípio foi restaurado com o Código Penal de 1960. Não seria outro senão o sentimento de degradação e auto-destruição humana se, por exemplo, voltassem a ser permitidas legalmente – muito embora ainda hoje existam à margem da legalidade – jornada de trabalho de 18 horas diárias ou o trabalho de crianças, como ocorrera após a Revolução Industrial.

Nessa esteira, sob o foco das *filosofias da existência*, o *princípio da proibição do retrocesso social* - segundo o qual a instituição de determinado direito por uma lei regulamentadora de um mandamento constitucional ou de uma prescrição de um tratado ou convenção internacional faz com que ele se incorpore ao patrimônio da cidadania, não podendo ser absolutamente suprimido, encontrando-se, pois, fora da esfera de disponibilidade do legislador -¹²⁹ pode também ser designado como *princípio da proibição da auto-destruição existencial*, na medida em que os direitos passam a constituir a própria identidade do homem, fazendo parte daquilo que o homem fez de si mesmo e de sua liberdade, de maneira que qualquer supressão ou regressão na tutela desses direitos implica a própria degradação ou destruição da *realidade humana*.

Para o professor Comparato é o movimento histórico de ampliação e aprofundamento dos direitos que justifica o princípio que ora se comenta e que ele denomina *princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente*, já que - de acordo com as lições do mestre - dado que eles se impõem aos poderes públicos constituídos em cada Estado e até mesmo ao próprio poder constituinte, é inviável suprimi-los e, por conseguinte, é proibido pôr fim, voluntariamente, à vigência de tratados internacionais de direitos humanos.¹³⁰

Nessa mesma atmosfera de compreensão *existencial* dos direitos do homem pode ser inserida a teorização ferrajoliana acerca da circunscrição dos direitos humanos ao que ele denomina de *esfera do não-decidível*. Com efeito, para Ferrajoli os direitos humanos, por ele chamados de fundamentais, através das proibições determinadas pelos direitos de defesa (sobretudo os direitos de primeira geração ou dimensão), constituem, para as maiorias integrantes dos parlamentos responsáveis pela legiferação, a *esfera do não-decidível que*, já que eles são intocáveis, enquanto que por meio das obrigações determinadas pelos direitos prestacionais (sobretudo os direitos sociais, econômicos e culturais), compõem a *esfera do não-decidível que não*, porquanto representam diretrizes cuja não-observância pelos parlamentos mostra-se impossível.¹³¹

¹²⁹ Cf. SARLET, 2008, op. cit., p. 436-462.

¹³⁰ Cf. COMPARATO, 2008, op. cit., p. 67.

¹³¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et al. 3.ed. Madrid: Trotta, 2007a. p. 36.

A primazia dos direitos humanos em face da lei e da constituição, responsável pelo resgate da autonomia do *ius* diante da *lex* e ensejadora de um possível *controle de juridicidade*, com sua conseqüente irreversibilidade cristalizada na proibição do retrocesso e com sua não-suscetibilidade às circunstanciais decisões políticas, faz vir à tona, como decorrência lógica da assunção desses pressupostos, a urgente necessidade de realização de uma *filtragem humanista* da legislação em vigor, que, para desempenho satisfatório desse mister, pode-se valer, ao lado de outros não menos importantes instrumentos, de uma *interpretação conforme os direitos humanos* e de uma *interpretação conforme os princípios*.

Desenham-se, desse modo, possibilidades jurídicas para que se consiga pôr em curso um processo de penetração dos direitos do homem na dogmática jurídica, a fim de lograr-se obter a humanização da legislação, porquanto não é difícil concluir que, na *era dos direitos*, a dogmática jurídica têm de ser infestada pelos direitos humanos.

Todavia, a positivação dos direitos humanos em declarações, tratados e convenções internacionais, constituições e legislações em geral, que documentaram juridicamente o parto desses direitos pelas mãos das *revoltas*, não coloca fim ao *absurdo* que mobilizou justamente essas *revoltas*, porque a mera plasmação dos direitos nos sistemas jurídicos nada garante acerca da sua real existência e conseqüente fruição pelos homens *existentes* em concreto.

Isso porque, os direitos só existem em ação, no agir e fazer humanos, enfim, na *praxis*, razão pela qual eles não *são*, mas *estão* e *existem sendo*, de maneira que a plasmação desses direitos no sistema jurídico não é fiel ao que realmente eles sejam. Daí que a *revolta* pela proclamação dos direitos não põe fim ao *absurdo*; o *absurdo* se manifesta ainda no descompasso que se dá entre o proclamado e o vivido, entre a busca de solução com justiça dos problemas jurídicos produzidos permanentemente pela *realidade humana* e o silêncio despropositado dos sistemas jurídicos.

Com efeito, enquanto o sistema jurídico é, ou, melhor, pretende ser, perfeito, singular, coerente, completo, homogêneo e puro, a realidade histórico-social é imperfeita, plural, rica, contraditória, dialética, heterogênea e híbrida; nas palavras

de Castanheira Neves, enquanto o sistema é uma idealidade auto-definida, finita e conclusa, a realidade é dinâmica, pluridimensional e de contínua novidade.¹³²

O sistema jurídico começa sempre por delimitar e pré-determinar o campo e o tipo dos problemas, mas, como a *realidade humana* é livre, ela continuamente produz novos problemas, suscitando novas perguntas para o sistema e exigindo outro sentido para as respostas.¹³³ Com isso, o problema impulsiona a reconstrução do sistema, já que “[...] do sistema que se parte chega-se a um novo sistema como resultado, pela mediação do problema”.¹³⁴

Opera-se, pois, uma dialética na experiência jurisdicional entre o problema e o sistema, ou seja, entre o sujeito que deseja justiça e clareza e o sistema que muitas vezes decepciona. Esse confronto nada mais é do que uma expressão do *absurdo*, porquanto é o homem-jurista que, através de sua *praxis*, vai construir a solução justa para o problema que lhe fora apresentado, sem, contudo, deixar de reportar-se ao sistema.¹³⁵ Como não há valores pré-estabelecidos num céu inteligível que determinam as *escolhas* dos homens, eles irão *escolher* a partir do problema e levando em conta as possibilidades previstas no sistema e, por essa razão, viceja o *absurdo*, já que não há um caminho previamente traçado, o que sobreleva a *responsabilidade existencial* dos juristas na construção do direito e dos direitos. Há que se ressaltar que em se tratando de um problema que envolva a tutela dos direitos humanos, o jurista haverá de *escolher*, dentre as soluções pré-determinadas pelo sistema, aquela que albergue os direitos mais vantajosos para o homem *existente* em concreto, de sorte a dar vida ao *princípio da prevalência da norma mais favorável à pessoa humana*.¹³⁶

De qualquer forma e em outros termos, porque “[...] o sistema jurídico não é, nem pleno (sem lacunas), nem de todo consistente (sem equivocidades e sem

¹³² Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. p. 134.

¹³³ Cf. *Ibid.*, p. 157. A relação entre problema e sistema pode ser comparada ao diálogo, travado entre Deus e Jesus, com o qual José Saramago termina seu livro mais polêmico: “Nem eu posso fazer-te todas as perguntas, nem tu podes dar-me todas as respostas”. SARAMAGO, José. **O Evangelho segundo Jesus Cristo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 444.

¹³⁴ CASTANHEIRA NEVES, 1993, *op. cit.*, p. 159.

¹³⁵ Segundo o Professor Castanheira Neves, metodologicamente, a realização do direito não pode abdicar de partir do problema, porque com isso garante-se um controle de justeza material, assim como não pode deixar de reportar-se ao sistema, pois, dessa forma, resta assegurado o controle da concordância dogmática. A dialética entre sistema e problema são, para o mestre, coordenadas complementares e irreduzíveis da realização do direito. Cf. *Ibid.*, p. 79, 148.

¹³⁶ Cf. COMPARATO, 2008, *op. cit.*, p. 293, 368.

contradições), nem fechado (auto-suficiente), mas antes poroso, de uma insuperável indeterminação e permanentemente aberto”, de modo a exigir, segundo o jusfilósofo de Coimbra, “[...] uma contínua reintegração e reelaboração constitutivas através da dialéctica da sua realização histórica”,¹³⁷ floresce o *absurdo*.

Portanto, o *absurdo* manifesta-se no divórcio que se estabelece entre o sistema jurídico e a realidade concreta,¹³⁸ sobretudo examinando-se essa relação à luz dos direitos humanos plasmados no sistema. Isso porque, muito embora os direitos do homem estejam exaustivamente proclamados nos tratados, convenções e declarações internacionais, assim como em cartas constitucionais e legislações complementares, eles também estão, em grande parte, destituídos de garantias, tornando-se o exercício e a fruição efetiva e real desses direitos pelos homens de carne e osso quase impossíveis, de modo que os sujeitos que demandam os direitos enunciados e positivados nos mais diversos documentos jurídico-normativos acabam por obter do sistema jurídico, que não raramente decepciona, o silêncio como resposta.

A *absurdidade* só aumentou com o avanço do processo de afirmação histórica dos direitos humanos, já que, de acordo com hipótese levantada por Danilo Zolo, “[...] *al reconocimiento cada vez más amplio de la titularidad formal (entitlement) de nuevas categorías de derechos, habría correspondido una eficacia decreciente de su disfrute (endowment) por parte de los ciudadanos*”.¹³⁹

Neste ponto, há que se fazer um parêntese: foi Karl Marx quem denunciou, pioneiramente, o descompasso existente entre a retórica liberal dos direitos do homem e a realidade histórica em que concretamente viviam as pessoas. Marx enxergou, portanto, com genialidade, para além do horizonte que era alcançado pelos seus contemporâneos. Todavia, muito embora Marx tenha sentido e compreendido o *absurdo*, não se suicidando filosoficamente de forma a voltar aos

¹³⁷ CASTANHEIRA NEVES, 1993, op. cit., p. 212.

¹³⁸ Para o constitucionalista alemão Konrad Hesse, “[...] entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluída e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar”. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 10.

¹³⁹ ZOLO, Danilo. Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”: a propósito de um ensayo de Luigi Ferrajoli. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et al. 3.ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 97. Tradução livre: Ao reconhecimento cada vez maior da titularidade formal de novas categorias de direitos, haveria correspondido uma eficácia decrescente de seu desfrute por parte dos cidadãos.

grilhões e encobri-lo – conforme a filosofia de Camus -, ele propôs sua superação pela revolução e, para tanto, abdicou do direito e dos direitos do homem. Daí que ele chega a tomar os direitos humanos como “[...] direitos do *membro da sociedade burguesa*, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade”.¹⁴⁰ Essa postura - muito embora tenha se mostrado ambígua ao longo de sua obra -¹⁴¹ ressoa nos dias de hoje em práticas de movimentos sociais que não tomam os direitos humanos como bandeira de lutas, porquanto esses direitos seriam elementos necessários para a reprodução do capitalismo global,¹⁴² assim como se projeta em discursos que reduzem o potencial emancipatório dos direitos humanos a nada, destacando-se, nesse sentido, Robert Kurz, para quem os direitos do homem não passam, nos dias de hoje, de “retórica vazia”:

é o mercado universal que forma o fundamento de todos os direitos, incluindo os direitos humanos elementares [...] somente um ser que ganha dinheiro pode ser um sujeito do direito. A capacidade de entrar numa relação jurídica está ligada, portanto, à capacidade de participar de alguma maneira no processo de valorização do capital.¹⁴³

Há que se criticar essa postura de desqualificação das possibilidades emancipatórias dos direitos humanos, porquanto é no fazer que o *ser* se revela, de modo que os direitos do homem serão aquilo que nós fizermos com que eles sejam, vale dizer, direitos de papel e nominais que legitimam a injustiça impregnada neste mundo ou genuínos direitos que garantam às pessoas uma *existência* digna. De qualquer modo, o certo é que eles devem ser, ao mesmo tempo, fim e meio para as *revoltas*, porque se só o forem fim, elas podem, sob o pretexto de alcançar neste fim

¹⁴⁰ MARX, Karl. **A questão judaica**. Trad. Silvio Donizete Chagas. 4.ed. São Paulo: Centauro, 2002. p. 34. grifo do autor.

¹⁴¹ Leciona Manuel Atienza, dedicando um livro ao exame da postura de Marx diante dos direitos humanos, que a sua atitude em face desses direitos foi ambígua, do que resultaram duas linhas de pensamento marxista acerca dos direitos humanos: a primeira mostra os elementos de continuidade existentes entre o liberalismo e o socialismo e vê no marxismo o aprofundamento dos direitos humanos clássicos; já a segunda dá ênfase aos elementos de ruptura e condena os direitos humanos como produtos burgueses e capitalistas, que cumprem a função ideológica de mascarar a exploração. Cf. ATIENZA, Manuel. **Marx y los derechos humanos**. Madrid: Mezquita, 1983. passim. Adepto da primeira vertente, Roberto Lyra Filho assenta que “[...] *está em Marx* a verdadeira e nova Declaração dos Direitos do Homem, a que não dá este nome, embora lhe sugira a substância”. LYRA FILHO, Roberto. **Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1983. p. 72, grifo do autor. Na mesma trincheira encontra-se István Mészáros, que adverte que “[...] a realização dos direitos humanos é e permanece uma questão de alta relevância para todos os socialistas”. MÉSZÁROS, István. **Marxismo e direitos humanos**. In: _____, **Filosofia, ideologia e ciência social**. São Paulo: Ensaio, 1993. p. 217.

¹⁴² Esse fenômeno é noticiado por Boaventura de Sousa Santos em recente ensaio. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos na zona de contato entre globalizações rivais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, n. 64, p. 313-337, jan-fev. 2007.

¹⁴³ KURZ, Robert. Paradoxos dos direitos humanos. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 16 mar. 2003. Caderno Mais!, p. 9-11.

a justiça, fazer uso dos meios mais criminosos, cruéis e ignóbeis, descambando em ações totalitárias e policiaiscas, conforme a crítica de Camus a Marx: “Fazer com que o direito emudeça até que a justiça seja estabelecida é fazer com que ele emudeça para sempre, já que não terá mais ocasião de falar se a justiça reinar para sempre”.¹⁴⁴

Se as *revoltas* pela proclamação e positivação dos direitos humanos, sucessivamente irrompidas no processo de gênese histórica desses direitos ao longo da Modernidade, não garantem a fruição real dos direitos pelos homens *existentes* em concreto, novas *revoltas*, a serem levadas a cabo por juristas, devem ser realizadas em face do *absurdo*, que agora se manifesta no divórcio entre o sistema jurídico e as necessidades humanas expressas em problemas jurídicos, para que os direitos humanos não se transformem em adornos jurídicos e sejam, em contrapartida, efetivamente realizados.

¹⁴⁴ CAMUS, 2005b, op. cit., p. 334.

3.7 Os direitos humanos como direitos subjetivos

“Todo vosso sofrimento haverá sido inútil, vã toda a vossa teimosia, e então compreenderéis, demasiado tarde, que os direitos só o são integralmente nas palavras com que tenham sido enunciados e no pedaço de papel em que hajam sido consignados, quer ele seja uma constituição, uma lei ou um regulamento qualquer, compreenderéis, oxalá convencidos, que a sua aplicação desmedida, inconsiderada, convulsionaria a sociedade mais solidamente estabelecida, compreenderéis, enfim, que o simples senso comum ordena que os tomemos como mero símbolo daquilo que poderia ser, se fosse, e nunca como sua efectiva e possível realidade”
(José Saramago, *Ensaio sobre a lucidez*)

A narrativa saramagueana descreve a *absurda* situação de direitos que não são direitos propriamente ditos, que existem apenas no papel das cartas em que foram consignados e nas palavras com que foram proclamados. Para que os direitos humanos existam fenomenicamente no fazer e no agir humanos, para que sejam vividos e realmente fruídos, enfim, para que estejam em ação e sejam, como quer grande parte dos estudiosos do tema, autênticos e genuínos direitos subjetivos, e não simples exortações morais ou programas para um futuro que nunca chega, há que se dar conta desse *absurdo* e, o que é mais fundamental, saber reagir, com consciência e lucidez, a ele, valendo-se apenas dos instrumentos jurídicos disponibilizados pela juridicidade.

Como já foi dito, um *jurista puro*, confinado na dimensão normativa do fenómeno jurídico e maravilhado com a coerência lógico-formal com que se apresenta idealisticamente o sistema jurídico, dificilmente conseguirá perceber esse *absurdo*. Nas poucas vezes em que senti-lo e experimentá-lo, isto é, quando os cenários desabarem e ele despertar, após passar por uma *angústia existencial*, poderá retornar - auxiliado por teorias jurídicas idealistas que induzem ou instigam

ao *suicídio justilosófico* - inconscientemente aos grilhões, melancolicamente convencido de que nada pode fazer, ou, despertar definitivamente, exigindo o fim do *absurdo*, através da *revolta*.

A possibilidade de que aconteça a segunda opção é rara. Como bem disse Jeanine Nicolazzi Philippi, professora da Universidade Federal de Santa Catarina, “da revolta, certamente, os juristas nunca quiseram saber... Por isso, continuam a pintar com cores fortes – de gosto duvidoso – as máscaras cansadas que os preservam em suas experiências mudas do encontro com o real”.¹⁴⁵

De qualquer forma, para dar conta dessa manifestação do *absurdo* e extrair as conseqüências que ela impõe, somente um *jurista absurdo* ou, ainda, um *jurista revoltado*.¹⁴⁶ Nesse sentido, Antônio Alberto Machado explica o que é o *jurista revoltado*:

O jurista revoltado é aquele que toma consciência da própria condição absurda ao vivenciar as experiências injustas que a sua práxis reproduz sob o mito da neutralidade. Esse jurista poderá então aproveitar o aperfeiçoamento das nossas instituições políticas e de toda teoria jurídica para lutar, por exemplo, contra o absurdo das desigualdades e das injustiças, buscando alguma unidade dentro do caos. E essa consciência do homem revoltado, segundo Camus, surge exatamente da vivência concreta de situações injustas. [...] Esse jurista deve manter a consciência atenta, permanentemente revoltada, sem jamais cometer o suicídio teórico dos idealistas que desvinculam o direito da sua dimensão estético-moral, para confiná-lo nos domínios dos dogmas impostos por um legalismo ressequido que só interessa aos beneficiários do absurdo. De outra parte, é necessário também a manutenção de uma consciência aberta para o irracional e sempre revoltada diante do risco de se constituir uma outra racionalidade formal, produzida pelo criticismo, que significaria incorrer nos mesmos equívocos anteriormente condenados pela revolta crítica.¹⁴⁷

Em virtude do *absurdo* descompasso entre sistema jurídico e problema, ou, ainda, do divórcio entre texto normativo e realidade material, os direitos humanos podem existir, de fato, após a *revolta* levada a termo por juristas através de sua *praxis* jurídica cotidiana. Em suma, os direitos do homem podem, realmente, gozar do status de direito subjetivo.

¹⁴⁵ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A forma e a força da lei: reflexão sobre um vazio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Direito e psicanálise**: interseções a partir de “O estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 108.

¹⁴⁶ As conclusões de Sartre sobre o que é o *homem absurdo* podem ser transpostas para se compreender o que seja um *jurista absurdo*: “É ‘absurdo’ o homem que em face de uma absurdidade fundamental indefectivelmente tira as conclusões que se impõe”. SARTRE, Jean-Paul. Explicação de *O Estrangeiro*. In: _____. **Situações I**. Trad. Cristina Prado. São Paulo: Cosac Naify, 2005g. p. 117.

¹⁴⁷ MACHADO, Antônio Alberto. O direito e a ética do absurdo: uma leitura de Albert Camus. **Revista Justiça & Democracia**, São Paulo, n. 3, p. 118-119, 1997.

Por essa razão, o *absurdo* que se expressa entre a proclamação de direitos humanos e as lacunas de garantias, que nada mais são do que instrumentos essenciais para a efetivação desses direitos, não significa que os direitos do homem não sejam direitos subjetivos, como chega a concluir o positivismo jurídico, conforme se viu anteriormente.¹⁴⁸ Nesse sentido, o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho assinala que para configurar juridicamente certos direitos como direitos, “trata-se, fundamentalmente, não de reconhecer um direito por existir um dever exigível, mas sim de garantir que onde exista um direito se estabeleça o dever correspondente e a forma de o exigir”; e arremata: “o cerne da questão não é o de reconhecer *ubi remedium ubi ius*, mas, inversamente, o de garantir, *ibi ius ibi remedium*”.¹⁴⁹

Mostra-se importante, da mesma forma, a lição de Luigi Ferrajoli:

*[...] menor grado de realización han conocido las garantías en apoyo de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales, que se caracterizan por su casi total inefectividad. Pero sólo quiere decir que existe una divergencia abismal [absurda] entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuando menos reducida en cuanto fuente de legitimación no sólo política sino también jurídica de nuestros ordenamientos.*¹⁵⁰

É o jurista quem deve pôr fim ao *absurdo* que se expressa nesse abismo entre texto normativo e realidade, colmatando, a partir do problema e reportando-se ao sistema, através de suas *escolhas*, as lacunas impeditivas do exercício dos direitos. Em face do silêncio despropositado do sistema jurídico, o jurista pode *revoltar-se* e exigir que o escândalo termine, dando vida aos direitos com a construção das necessárias garantias para sua concretização. Nessa esteira, o professor Comparato também põe em relevo a responsabilidade dos juristas para que os direitos do homem sejam, de fato, direitos subjetivos e não *flatus vocis*:

¹⁴⁸ Esclarece o Professor Fábio Konder Comparato, que a teoria positivista, que sempre considerou que a existência de direitos depende da possibilidade de se lhes exigir o cumprimento por meio da coerção estatal, faz uma grande confusão “[...] entre o direito subjetivo propriamente dito, que é a pertinência de um bem da vida a alguém, e a chamada pretensão (*Anspruch*, na terminologia alemã), que é o modo, judicial ou extrajudicial, reconhecido pelo ordenamento jurídico, para garantir o respeito ao direito subjetivo. A ausência ou o não-exercício da pretensão não significa, de modo algum, que não haja direito subjetivo”. COMPARATO, 2008, op. cit., p. 61.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004a. p. 47.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, 2007a, op. cit., p. 50-51, destaque nosso. Tradução livre: menor grau de realização têm conhecido as garantias em apoio dos direitos humanos estabelecidos nas cartas internacionais, que se caracterizam por sua quase total inefetividade. Mas, isto só quer dizer que existe uma divergência abismal entre norma e realidade, que deve ser colmatada ou, quando menos, reduzida, enquanto fonte de legitimização não só política, mas também jurídica, de nossos ordenamentos.

A ausência ou insuficiência de garantias jurídicas para a sua [dos direitos] realização não significa que se está diante de meras exortações à ação estatal. Aliás, a grande tarefa atual dos profissionais do direito, nessa matéria, consiste em construir tecnicamente garantias públicas adequadas à realização desses direitos.¹⁵¹

Na construção dessas garantias e, portanto, colmatação das lacunas instrumentais para que os direitos entrem em ação, o *jurista revoltado* pode recorrer, por exemplo, aos princípios jurídicos, conforme já se aventou anteriormente, consoante a proposta de Ronald Dworkin, para quem uma obrigação jurídica pode ser imposta por uma constelação de princípios, sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios, sejam mais fortes do que as razões contra a sua existência.

Posto isso, pode-se concluir que os direitos humanos, muito embora em sua grande parte estejam desprovidos de garantias, podem funcionar como autênticos direitos subjetivos; para tanto, imprescindível se mostra a assunção pelos juristas de sua responsabilidade na construção dessas garantias e, pois, dos direitos.

Passa-se agora a examinar, ainda que rapidamente, as clássicas vertentes que se destacaram na história da construção conceitual do direito subjetivo, para, posteriormente, vislumbrar uma interpretação do instituto consentânea com a matriz filosófica da qual parte este estudo.

Assim, para Bernard Windscheid, cujas reflexões foram reunidas em torno do que se passou a chamar *teoria da vontade*, o direito subjetivo é “[...] *un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico*”.¹⁵² Com efeito, para o autor em tela, a vontade do sujeito é decisiva para o nascimento, extinção ou modificação dos direitos.¹⁵³

Já para Rudolf von Jhering, que construiu o que os manuais de *teoria do direito* chamam de *teoria do interesse*, “*los derechos [subjetivos] son intereses jurídicamente protegidos*”.¹⁵⁴ Em crítica a Windscheid, o autor de *A luta pelo direito*

¹⁵¹ COMPARATO, 2008, op. cit., p. 341, destaque nosso.

¹⁵² WINDSCHEID, Bernard. La teoría de la voluntad. In: JHERING, Rudolf Von. **La dogmática jurídica**: seguida de un apêndice con las doctrinas de Jhering y Windscheid sobre el derecho subjetivo. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. 2.ed. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 222. Tradução livre: É um poder ou um domínio da vontade, outorgado pelo ordenamento jurídico.

¹⁵³ Cf. Ibid., loc. cit.

¹⁵⁴ JHERING, Rudolf Von. La teoría del interes. In: _____. **La dogmática jurídica**: seguida de un apêndice con las doctrinas de Jhering y Windscheid sobre el derecho subjetivo. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. 2.ed. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 181. Tradução livre: os direitos são interesses juridicamente protegidos.

assenta que é a utilidade e não a vontade a substância dos direitos, porquanto eles não produzem nada que seja inútil e expressam interesses reconhecidos como dignos de tutela pelo legislador, sendo a vontade, tão somente, a força motriz desses direitos.¹⁵⁵

Georg Jellinek, por sua vez, fundiu as conquistas das duas teorias anteriores, construindo a *teoria mista*, segundo a qual “*il diritto subbiiettivo pertanto è la potestà di volere che ha l'uomo, riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto sia rivolta ad un bene o ad un interesse*”.¹⁵⁶ Vontade e interesse são, para Jellinek, elementos que estão necessariamente presentes no conceito de direito subjetivo, pois somente se a vontade individual for reconhecida como decisiva para a existência do interesse, este se transforma em direito subjetivo; vale dizer, a individualização do direito e sua conexão com uma determinada pessoa, critérios essenciais do direito subjetivo, somente podem ser produzidas se houver o reconhecimento jurídico do poder da vontade referido a um bem ou um interesse, já que enquanto o poder da vontade é elemento formal, o bem ou interesse são elementos materiais do direito subjetivo.¹⁵⁷

Pela forma com que foram construídas essas teorias, retratando a maneira pela qual os direitos estavam em ação no século XIX, percebe-se uma inextricável relação ou, melhor, filiação, aos postulados do liberalismo, que reinava hegemonicamente no pensamento econômico. O poder da vontade *individual*, sem qualquer previsão, ainda que remota, para que a vontade pudesse também ser *coletiva*, e os interesses de caráter individualístico, privatístico e egoístico, que eram, quase que os únicos juridicamente protegidos, retratam o viés liberal que permeou o conceito e o funcionamento do direito subjetivo ao longo do século XIX e por quase todo o século XX.¹⁵⁸

O direito subjetivo, enquanto possuidor desse inconfundível estofo ideológico liberal, cumpriu muito bem o papel a que se propôs de tutela das liberdades

¹⁵⁵ Cf. JHERING, 1946, op. cit., p. 180-183.

¹⁵⁶ JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Trad. Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912. p. 49. Tradução livre: O direito subjetivo é, portanto, o poder da vontade humana, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico, conquanto seja dirigido a um bem ou interesse.

¹⁵⁷ Ibid., p. 49-50.

¹⁵⁸ José Reinaldo de Lima Lopes explica que “há uma relação quase direta entre o desenvolvimento do conceito de propriedade e o de direito subjetivo”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 116.

fundamentais, vale dizer, o direito subjetivo realizou com sucesso a promoção dos direitos de defesa, constituídos em sua grande parte pelos direitos civis e políticos,¹⁵⁹ de sorte a impedir intromissões indevidas do Estado no exercício dessas liberdades. De modo que contra as *situações* que se mostravam *absurdas*, porquanto violadoras da dignidade humana, já que impedientes do normal exercício da liberdade pelo poder absoluto do Leviatã, o direito subjetivo funcionou como um inestimável instrumento de *revolta*.

Resta agora ao direito subjetivo, diante das *situações* da mesma maneira *absurdas* e, pois, ofensivas à dignidade humana, em que se encontram os homens impedidos de desempenhar de maneira razoável sua liberdade pelos poderes neo-absolutos das grandes empresas e corporações multinacionais, novamente cumprir com seu mister e funcionar como instrumento de *revolta* para se reagir ao *absurdo*. Evidentemente, nessa empreitada, será possível pensar-se num poder de vontade *coletiva* e os interesses juridicamente tutelados não serão mais individualísticos ou egoísticos, mas sim sociais ou altruísticos, da mesma forma com que se reportarão a um ideário socializante e não mais liberal, funcionando, sobretudo, como direitos prestacionais.¹⁶⁰

Posto isso, pode-se vislumbrar, à luz da perspectiva *existencial* que serve de fio condutor ao trabalho, um conceito de direito subjetivo afeto aos direitos humanos. Assim, pode-se conceituar o direito subjetivo, quando travestido de direito humano fundamental, como *o poder da revolta reconhecido e protegido pelo sistema jurídico, conquanto dirigido a um bem ou interesse cristalizador da dignidade humana*.

Se a afirmação histórica dos direitos humanos na Modernidade, através de sucessivas *revoltas*, visou remover obstáculos *absurdos* surgidos nas mais diversas *situações* nas quais os homens estavam inseridos, porquanto impediam que eles tivessem uma *existência* digna, os bens e os interesses resultantes dessas *revoltas*, que foram plasmados nos sistemas jurídicos e nada mais são do que um mosaico de

¹⁵⁹ Para o estudo dos direitos humanos como direitos subjetivos, opta-se pela classificação funcional dos direitos criada por Robert Alexy, tomando-os como direitos de defesa e direitos a prestações ou prestacionais, porque não se pode olvidar que nem todos os direitos econômicos, sociais e culturais são prestacionais, havendo, portanto, dentre esses direitos, direitos de defesa, tais como o direito de greve, o direito à liberdade sindical, etc, assim como, da mesma forma, alguns direitos civis e políticos possuem, de certo modo, uma dimensão prestacional. Cf. ALEXY, 2008, op. cit. p. 196 et seq. No mesmo sentido, Cf. SARLET, 2008, op. cit., p. 185 et seq.

¹⁶⁰ Essas reflexões foram inspiradas em informações verbais dadas pelo professor Antônio Alberto Machado, que não foram, portanto, ainda publicadas.

necessidades humanas fundamentais concretizadoras da dignidade humana, funcionam como antídotos contra o veneno do *absurdo*.

Como o *absurdo* insiste em se manifestar após a proclamação dos direitos no divórcio que se estabelece entre o sistema jurídico e a realidade material encapsulada nos problemas jurídicos dos homens de carne e osso, o poder da *revolta* reconhecido e protegido juridicamente pode ser manejado pelos juristas para pôr fim a mais esta expressão do *absurdo*.

Portanto, porque o *absurdo* impulsiona as *revoltas* para a proclamação dos direitos, que acabam por plasmar no sistema jurídico bens e interesses que materializam a dignidade humana, e, da mesma forma, porque o *absurdo* insiste em se manifestar na dialética entre sistema jurídico e realidade material, dando azo para que a *revolta* tenha curso pela mão dos juristas, o direito subjetivo pode ser conceituado, vale repetir, como *o poder da revolta reconhecido e protegido pelo sistema jurídico, conquanto dirigido a um bem ou interesse cristalizador da dignidade humana*.

O direito subjetivo, funcionando como direito de defesa, desempenhou e está desempenhando, como já foi dito, muito bem seu papel de dique protetor das liberdades contra as enxurradas avassaladoras decorrentes do exercício do poder estatal. Seja através de direitos a que o Estado não impeça ou dificulte determinadas *ações* do titular do direito, seja com os direitos a que o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* desse mesmo titular, ou, ainda, por meio dos direitos a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* de seu titular,¹⁶¹ o direito subjetivo consegue, através do exercício do poder da *revolta* referido a bens ou interesses individuais fundamentais para uma *existência* digna, relativamente, pôr fim ao *absurdo*. Em suma, tratam-se de direitos de “inquestionável plenitude eficaz”.¹⁶²

O grande desafio que ora se coloca para o instituto do direito subjetivo é o de funcionar eficazmente como direito prestacional, de sorte a exigir a intervenção do Estado para pôr fim a *situações absurdas*, posto que violadoras da dignidade humana ao obstaculizar às pessoas a realização de seu *projeto fundamental*. Trata-se, portanto, da realização, em sua quase totalidade, dos direitos econômicos,

¹⁶¹ Sobre essas três dimensões dos direitos de defesa, conferir: ALEXY, 2008, op. cit., p. 196-201.

¹⁶² SARLET, 2008, op. cit., p. 295.

sociais e culturais. Enquanto os direitos de defesa tutelam a liberdade *contra* o Estado, os direitos prestacionais tutelam a liberdade *por meio* do Estado. O Estado é convocado, portanto, para conter o poder econômico neo-absolutista das grandes empresas e corporações internacionais lançando mão das *leyes del más débil*, já que, *absurdamente*, os direitos estão sendo vitimados pela ação desses novos leviatãs, encontrando-se o exercício da liberdade nessas *situações* cada vez mais difícil e, por conseguinte, quase impossível, para a maioria das pessoas, a construção *autêntica* do seu *ser*:

Na medida em que as obrigações públicas são progressivamente reduzidas ao conceito geral de mercadoria e convertidas em negócios privados, em que o papel de consumidor se sobrepõe cada vez mais ao de trabalhador, em que titulares de um direito civil se transformam em meros consumidores produzidos e/ou prestados pela iniciativa privada e, por fim, em que *titulares dos direitos sociais e dos direitos humanos de última geração são reduzidos ao simples papel de 'clientes', o acesso a serviços essenciais – como educação, saúde, previdência, energia elétrica, água, telefonia, etc. – passa a depender de contratos privados de compra e venda. [...] Com isso, aqueles que não têm condições de comprar esses serviços básicos e aqueles que não têm como pagar por serviços já consumidos, ou seja, os 'excluídos' e os inadimplentes no plano econômico, convertem-se também nos 'sem-direitos' no plano jurídico, não mais parecendo como portadores de direitos subjetivos públicos.*¹⁶³

Com a erosão da soberania estatal em virtude da globalização e o conseqüente enfraquecimento do poder do Estado, desenha-se um cenário sombrio e cinzento para a realização dos direitos prestacionais e, pois, mostra-se difícil lograr o fim do *absurdo*, conforme o prognóstico, em tom de questionamento, do professor da Universidade de São Paulo, José Eduardo Faria:

Se os direitos humanos são inseparáveis de garantias fundamentais – e garantias fundamentais só podem ser instrumentalizadas pelo poder público – como os direitos humanos podem ser eficazes no momento em que o poder é relativizado ou enfraquecido em sua capacidade de *enforcement of law*, pelo fenômeno da globalização?¹⁶⁴

Somado a isso, inúmeros argumentos são lançados contra o status de direito subjetivo gozado pelos direitos prestacionais e, por conseguinte, contra a possibilidade de dedução em juízo de pretensões referentes à enorme maioria dos direitos econômicos, sociais e culturais, quando não fundadas em uma interposição legislativa, ou seja, em uma lei regulamentadora. Assim, invocam-se desde a violação da cláusula da separação dos poderes, buscando-se convencer que o

¹⁶³ FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?**: Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 114, grifo nosso.

¹⁶⁴ O futuro dos direitos humanos após a globalização. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**. v.3. São Paulo: Imprensa oficial do Estado; UNB, 2002. p. 374.

Poder Judiciário não teria legitimidade para a tutela desses direitos, já que eles seriam realizados pela implementação de programas sócio-econômicos, até os limites da *cláusula da reserva do possível*.

No que diz respeito à ausência de legitimação do Judiciário para a tutela desses direitos, por conta da suposta violação da separação dos poderes, há que se contraditar lembrando-se que o conteúdo e o alcance da prestação são atingidos através de mecanismos especificamente jurídicos, não havendo qualquer invasão pelo Poder Judiciário nas atribuições dos outros poderes.¹⁶⁵ Já com relação à *cláusula da reserva do possível*, que significa uma espécie de limite fático e jurídico, em virtude da disponibilidade financeira estatal, à realização dos direitos prestacionais, há que se alertar para a forma falaciosa pela qual a cláusula tem sido utilizada pelos juristas “[...] como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social”,¹⁶⁶ seja valendo-se da *má-fé* – em sentido sartreano –, seja com consciência e lucidez em virtude de uma deliberada indiferença a esses direitos.

Na verdade, esses argumentos que buscam interditar aos direitos prestacionais o alcance do status de direito subjetivo, a não ser se a lei os conferir, não são científicos e sim manifestamente ideológicos,¹⁶⁷ conforme as lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, ademais, a explicação desse fenômeno reside na resistência de “[...] uma posição ideológica, autoritária, às vezes inconsciente de que nada mais representa senão reminiscência de um autocratismo privilegiador do Estado, mera reverberação enaltecadora de prerrogativas regalengas”.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Cf. SARLET, 2008, op. cit., p. 329.

¹⁶⁶ Ibid., p. 378. Nessa esteira, o Professor Canotilho assenta que “[...] o *recorte jurídico-estrutural* de um direito não pode nem deve confundir-se com a questão do seu *financiamento*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004b. p. 108, grifo do autor.

¹⁶⁷ O desprezo por esses direitos talvez se explique pela percepção do potencial transformador que eles carregam em si, consoante diagnóstico do Professor Comparato: “Nunca como hoje percebeu-se, tão nitidamente, o caráter anticapitalista dos direitos humanos de natureza econômica, social e cultural”. COMPARATO, 2008, op. cit., p. 541.

¹⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 14, n. 57-58, p. 245, jan-jun. 1981,

Com efeito, se os direitos prestacionais dependerem da interposição legislativa para que alcancem a condição de direitos subjetivos, estar-se-á conferindo à lei uma posição de supremacia em face das declarações, tratados e convenções de direitos humanos e da própria constituição. Com a afirmação histórica dos direitos humanos e o resgate da autonomia do *ius* diante da *lex*, são os direitos que passam a dar validade à lei, de modo que é ela, a lei, quem deve conformar-se às diretrizes impostas pelos direitos. A dependência da lei para que os direitos tivessem vida, há que se lembrar, teve curso no século XIX, em que a Magna Carta dos direitos civis e políticos não foram as Declarações de Direitos, mas sim o código civil, conforme se viu anteriormente. Hoje, os direitos civis e políticos não dependem mais, como logo após a sua sedimentação, da lei para estarem em ação e funcionarem como direitos subjetivos; para os direitos sociais, econômicos e culturais, que funcionam em quase sua totalidade como direitos prestacionais, a conclusão não há de ser outra.

O fato é que a proclamação desses direitos, muito embora, em sua grande parte, sem provisão de garantias, acaba por revelar-se perigosa. Os direitos proclamados para só o serem integralmente nas palavras com que foram enunciados podem vir a existir, justamente, por se levar a sério a literalidade dessas palavras, já que, conforme a lição do constitucionalista alemão Friedrich Müller, a sua positivação é uma faca de dois gumes: “A positivação do direito moderno como *textificação* é faca de dois gumes. Como já se assinalou, ela pode ser desvirtuada na direção do simbólico de má qualidade, mas também pode ser levada precisamente ao pé da letra”.¹⁶⁹

Se a decisão judicial é, conforme se viu anteriormente, contingente, ou seja, imprevisível, porquanto produto da liberdade humana em *situação*, fazendo com que cada uma das *escolhas* ou decisões possíveis a serem tomadas pelos juristas e, logicamente, pelos juízes, possam assumir diferentes orientações, o *acaso* é quem regerá a maior ou menor realização dos direitos humanos. Daí porque, em algumas localidades, ou, melhor, em alguns juízos, ainda que integrantes da mesma comarca ou seção judiciária, há uma efetiva tutela e proteção dos direitos sociais, por exemplo, enquanto que em outros há uma completa indiferença a esses direitos, o

¹⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 103, grifo do autor.

que leva este estudo a concluir que a realização ou não dos direitos humanos está sujeita à *contingência* ou mesmo ao *acaso*.

Diante do *absurdo* que se expressa no divórcio entre o silêncio despropositado da proclamação de direitos - porquanto se encontra sem as necessárias garantias instrumentais para concretizá-los - e os problemas de homens solucionáveis com a tutela desses direitos, os *juristas revoltados* podem, ao desfrutar da *contingência* de seu *ser*, vir a exercer o *poder da revolta*, juridicamente reconhecido e protegido, para fazer com que esses direitos sejam genuínos direitos.

Assim, o *revoltado* Celso Antônio Bandeira de Mello postula que, em face do *absurdo* que se manifesta entre a proclamação do direito ao salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família - tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social - e o pagamento de um salário abaixo do indispensável para o atendimento dessas necessidades vitais básicas, seja possível acionar o empregador pleiteando a sua condenação ao pagamento da diferença apurada em juízo, quando não houver lei fixando o valor do salário ou, mesmo estando fixado, mediante dissídio coletivo, caso se entenda que o valor fixado não contemple essas necessidades vitais, caso em que, também poderá acionar o Estado para que ele pague a diferença entre o valor efetivamente pago e o montante necessário para atender às referidas necessidades a título de indenização.¹⁷⁰

Já no que concerne ao direito à saúde, Ingo Wolfgang Sarlet, professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, noticia que “[...] mesmo os Tribunais Superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal, passaram a reconhecer a saúde como direito subjetivo (e fundamental) exigível em Juízo e não mais como direito enunciado de modo eminentemente programático”.¹⁷¹ Nessa esteira, na hipótese de o sistema público de saúde não ter condições de atender de maneira adequada a população carente, Fábio Konder Comparato *revolta-se* propugnando que ele possa requisitar os serviços das organizações privadas de saúde.¹⁷²

¹⁷⁰ MELLO, 1981, op. cit., p. 252-253.

¹⁷¹ SARLET, 2008, op. cit., p. 349.

¹⁷² Cf. COMPARATO, 2008, op. cit., p. 357.

O direito à moradia, por sua vez, pode ser efetivado através de prestações estatais que abranjam desde a concessão de financiamentos a juros subsidiados para a aquisição de moradias, até o fornecimento de material para a construção de uma moradia própria, tudo a depender do problema jurídico-concreto.¹⁷³

O direito à educação, que se desdobra de acordo com as etapas do processo de aprendizagem, funciona como genuíno direito subjetivo quando do acesso ao ensino fundamental e o desafio que ora se coloca é expandi-lo para que seja da mesma forma com o acesso ao ensino médio e ao ensino superior. No caso da *absurda* falta de vagas há de se *revoltar* e demandar o poder público, pleiteando-se, por exemplo, a cominação de obrigação de construir uma escola ou uma universidade, ou, ainda, a matrícula em escola ou universidade particular às suas expensas.

Não se pretendendo estender mais as possibilidades de dar vida ao rol dos direitos econômicos, sociais e culturais, há que se fazer menção à *revoltada* proposição do constitucionalista português Canotilho: “o cidadão, no campo das prestações existenciais mínimas do direito à vida, tem um *direito subjetivo* (originário, definitivo) a prestações existenciais ao qual corresponde um dever correlativo por parte deste [do Estado]”.¹⁷⁴

Por fim, fazendo-se remissão à narrativa de José Saramago, os direitos humanos podem *absurdamente* existir apenas nas palavras com que foram pronunciados ou no papel das cartas em que foram consignados, mas, em virtude da *revolta* dos juristas, podem funcionar como autênticos direitos subjetivos e tornarem-se uma efetiva e concreta realidade. Tudo está a depender do agir e fazer humanos livres dos juristas, que *escolhem* entre direitos de papel e direitos propriamente ditos.

¹⁷³ Cf. SARLET, 2008, op. cit., p. 352.

¹⁷⁴ CANOTILHO, 2004a, op. cit., p. 57, destaque nosso.

3.8 Os direitos humanos entre o *absurdo* da justiça e a justiça *absurda*

“A justiça é simultaneamente uma idéia e uma chama da alma. Sirvamo-nos do que ela possui de humano, e não a transformemos nessa terrível paixão abstrata que mutilou tantos homens”
(Albert Camus, *Cartas a um amigo alemão*)

“Para que serve falar da justiça se não tentarmos realizá-la?”
(Jean-Paul Sartre, *A engrenagem*)

Hans Kelsen tem razão quando afirma, como já se viu, que a justiça é um ideal inacessível à cognição humana, permeado de irracionalidade, sobre o qual refletiram as mentes mais ilustres, sem, contudo, alcançar uma resposta categórica e universalmente aceita. De fato, a definição do que seja a justiça tornou-se a eterna questão da humanidade sem lograr uma resposta definitiva.

É este o *absurdo* da justiça: por mais forte que tenham sido e continuem sendo os desejos dos homens para alcançar clareza e inteligibilidade nas reflexões acerca deste problema, parece que eles terão de se contentar com conclusões relativas e parciais, estando, deveras, reservada e restrita aos deuses a compreensão do que seja a justiça enquanto valor absoluto.

Diante da constatação desse *absurdo*, há, para os juristas, duas opções: *suicidar-se jusfilosoficamente*, relegando para outros domínios do saber a perquirição da solução para este *angustiante* problema, ou, *revoltar-se*, e, lançando mão de sua *praxis*, lutar pela solução com justiça de cada problema jurídico-concreto que se lhe apresente, de sorte a exigir, mais cedo ou mais tarde, que esse escândalo termine.

Com efeito, leciona Carlos Cossio que é difícil, senão impossível, dizer em que consiste a justiça, mas, não é difícil qualificar uma situação como justa ou injusta, ou como mais ou menos justa que outra.¹⁷⁵ De modo que, o jurista pode, contando com sua consciência e lucidez, certificar-se dos limites de sua condição humana e, ao invés de buscar uma definição de justiça absoluta e incontrastável,

¹⁷⁵ Cf. COSSIO, 1944, op. cit., p. 60.

procurar compreender o que seja o justo em cada situação que lhe seja colocada. É isto o que se espera de um *jurista revoltado*:

O jurista revoltado, consciente do absurdo da sua condição humana, sabe que a justiça, enquanto valor absoluto, pode estar reservada apenas aos deuses, mas o 'lutar pela justiça' é o destino do homem que, feliz ou infelizmente, tomou consciência das suas limitações e deseja apenas fundar uma nova moral a partir da solidariedade.¹⁷⁶

Costuma-se apontar a proclamação e a sedimentação dos direitos humanos pelos sistemas jurídicos como a plasmação histórica das exigências contemporâneas de justiça.¹⁷⁷ Com efeito, se os direitos do homem nasceram das *revoltas* empreendidas contra *situações absurdas*, porquanto, verdadeiramente, injustas e incompreensíveis, evidentemente, em seu conteúdo estariam plasmadas diversas exigências de justiça, consentâneas com o momento histórico em que tiveram curso.

Daí que, se a afirmação histórica dos direitos humanos representou, à luz da perspectiva *existencial* desenvolvida por este estudo, a instituição de uma normatividade-axiológica voltada para a remoção dos obstáculos impeditivos do exercício da liberdade nas diversas *situações* em que se encontravam os homens em concreto, a fim de permiti-los uma *existência* digna e, portanto, facilitar-lhes a realização de seu *projeto fundamental*, pode-se inferir, por conseguinte, que é justa a decisão judicial que remova os empecilhos para o desempenho da liberdade e que, portanto, dê materialidade ao princípio da dignidade humana, através da criação de condições que possibilitem a toda e qualquer pessoa o livre desenvolvimento da sua personalidade em comunidade, ou seja, a *existência autêntica em coexistência*.

Nessa esteira, Aloysio Ferraz Pereira, professor da Universidade de São Paulo, estabeleceu que a justiça, enquanto fim do direito e do Estado, não é “dar a cada um o que é seu”, consoante a fórmula do *suum cuique* legada pelos romanos, mas sim “[...] assegurar a cada um o seu ser, isto é, a efetivação, na história, das

¹⁷⁶ MACHADO, 1997, op. cit., p. 120.

¹⁷⁷ Cf. FERNANDEZ, Eusebio. **Teoría de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Debate, 1984. p. 82. O mestre português Castanheira Neves assinala, sobre este aspecto, que os direitos humanos são critérios histórico-culturalmente atuais da justiça. Cf. CASTANHEIRA NEVES, 2003, op. cit., p. 109.

possibilidades da existência autêntica”.¹⁷⁸ Da mesma forma, Carlos Cossio chegou a definir a justiça como a criação de igualações de liberdade:

*la verdadera justicia consiste en la creación de igualaciones de libertad como puntos de partida sucesivamente renovados. Lo suyo de cada cual es lo que a cada uno le falta para estar en iguales condiciones de libertad con quien lo interfiere, en el momento de interferencia de las conductas.*¹⁷⁹

Se os direitos do homem cristalizam essa criação da igualação da liberdade nas diversas *situações* nas quais os homens se encontram, razão pela qual há diversas gerações de direitos e, em cada qual, inúmeros direitos com tutelas peculiares das diversas dimensões da liberdade humana, ou seja, se os direitos humanos visam possibilitar aos homens uma *existência* digna em comunidade e, conseqüentemente, *autêntica*, a realização desses direitos pode trazer consigo a justiça.

Não é outra a conclusão de Camus: “Em sociedade, não há justiça sem direitos naturais e civis [humanos] que a fundamentem. Não há direito sem expressão desse direito. Se o direito se exprimir sem hesitação, é provável que mais cedo ou mais tarde a justiça por ele pleiteada venha ao mundo”.¹⁸⁰

Se o homem é titular de direitos humanos, que se revelam fundamentais para a construção do seu *ser*, e, ao mesmo tempo, também possui deveres para a proteção dos direitos humanos dos *outros*, sendo, pois, solidariamente co-responsável pela construção do *ser* dos *outros*, pode ser que justiça se manifeste, justamente, nessa relação de direitos e deveres. Nesse sentido, o professor Castanheira Neves assenta que o sentido humanamente autêntico do encontro comunitário dos homens “[...] está no nosso *direito* (só pela mediação dos outros seremos plenamente) e se impõe como nosso *dever* (só por nossa mediação será lograda a plena realização dos outros)”, para, logo em seguida, perguntar: “E o que é isso que devemos aos outros e os outros nos devem a nós para podermos ser, cada um de nós e todos, verdadeiramente pessoas, senão a justiça?”.¹⁸¹

¹⁷⁸ PEREIRA, 1980, op. cit., p. 219, grifo do autor.

¹⁷⁹ COSSIO, 1987, op. cit., p. 125-126. Tradução livre: A verdadeira justiça consiste na criação de igualações de liberdade como pontos de partida sucessivamente renovados. O seu de cada qual é o que a cada um lhe falta para estar em iguais condições de liberdade com quem ele interfere, no momento da interferência das condutas.

¹⁸⁰ CAMUS, 2005b, op. cit., p. 333, destaque nosso.

¹⁸¹ CASTANHEIRA NEVES, 1995b, op. cit., p. 284.

De antemão não é dado aos homens saber o que seja justiça e é por isso que se pode falar em *absurdo* da justiça. Somente lançado em *situação* e, consciente de que esteja no exercício de sua liberdade, é que o jurista pode assumir *existencialmente* a responsabilidade de, através das suas *escolhas*, ser justo ou injusto. É tomado pela *angústia*, que se estabelece em razão da contingência das possibilidades de *escolha* e a correlata impossibilidade de previsão por completo das conseqüências, que o jurista poderá assumir responsabilidades e fazer justiça.¹⁸²

Por isso, somente no processo de realização do direito e dos direitos é que se mostra possível aferir a justeza ou não de uma decisão judicial, porquanto, segundo Sartre, é o fazer revelador do *ser*. Ademais, somente no fazer e no agir humanos livres é que se manifesta a justiça: a mera subsunção do caso concreto a uma norma jurídica ou a simples *aplicação* da norma, pode ser legal, mas não pode ser justa, já que não houve decisão.¹⁸³

A mera proclamação dos direitos humanos e seu acolhimento pelos sistemas jurídicos não significa nada, em termos de conquista da justiça, se esses direitos, que traçam balizas para se examinar os direitos do indivíduo e os seus deveres para com os *outros*, não existirem em ação, vale dizer, no agir e fazer humanos, ou mesmo, nas condutas intersubjetivas dos homens.

E é por isso que a justiça é *absurda*: muitas vezes ela se mostra incapaz de compreender e sequer atingir aquilo que se pretende julgar,¹⁸⁴ como, por exemplo, uma demanda por direitos humanos e, reflexamente, pela tutela da dignidade humana, não obstante a positivação dos direitos nos mais diversos documentos jurídicos. Em outras palavras, porque há um abismo intransponível entre a formulação geral e abstrata do sistema jurídico e a realização singular e concreta do justo, pode-se dizer que a justiça é *absurda*.

Assim, se não houver permanente *revolta* pelos direitos e, por conseguinte, pela afirmação da *existência* digna, a justiça jamais virá ao mundo. Certamente, não

¹⁸² Não é diversa a conclusão do filósofo francês Jaques Derrida: “[...] quem pretenderá ser justo poupando-se da angústia?”. DERRIDA, 2007, op. cit., p. 39.

¹⁸³ Cf. *Ibid.*, p. 43.

¹⁸⁴ A este respeito, Agostinho Ramalho de Marques Neto explica o delineamento de uma justiça *absurda* ao longo do festejado romance *O estrangeiro*, de Camus. Cf. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O estrangeiro: a justiça absurda. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Direito e psicanálise**: interseções a partir de “O estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 14.

há justiça sem *revolta*. Mais importante do que saber o que seja a justiça, sobretudo porque se trata daqueles assuntos circunscritos aos deuses, talvez seja o fazer justiça ou, ser, ainda que nas pequenas coisas, justo. É este o rochedo dos juristas: condenados a *ter-de-ser* e, em razão da sua *situação*, a *ter-de-ser justos*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem não *escolhe* o tempo e o mundo em que vive, mas se *escolhe* no tempo e no mundo em que se encontra lançado. Em nossa *era dos direitos*, o homem e, sobretudo, o homem/jurista, é instado a *escolher-se*, isto é, a *ter-de-ser* e a fazer-se *ser*, como co-autor ou partícipe da construção *existencial* dos direitos humanos ou, em contrapartida, como adversário ou rival, conscientemente ou não, da realização desses direitos.

O processo de positivação supranacional dos direitos do homem, cuja irrupção se deu no pós-guerra do século XX, fez com que esses direitos se tornassem, na atual circunstância e pelo menos no plano jurídico-formal, uma realidade. Os direitos passaram, portanto, a compor a nossa *situação* histórica, de maneira que qualquer *escolha*, desde que relacionada a problemas jurídicos, só pode ser tomada a partir desses direitos, quer para afirmá-los, quer para negá-los.

Aos juristas de hoje, na medida em que se encontram *situados* na *era dos direitos*, colocam-se, em suma, duas opções: a primeira consiste na indiferença ou insensibilidade ao *absurdo* que se manifesta no divórcio entre os direitos humanos proclamados e a realidade material em que eles não são vivenciados; já a segunda configura-se na *revolta* contra esse *absurdo*, de sorte a fazer com que os direitos positivados sejam direitos propriamente ditos.

No limiar do século XXI, constatada a *absurdidade* consistente no fato de que os direitos só existem integralmente nas palavras com que foram pronunciados e nas cartas em que tenham sido consignados, o jurista é impelido a *escolher* entre o *suicídio jusfilosófico* e a *revolta*. Enquanto que com aquele, ele escamoteia o *absurdo* e retorna aos grilhões de um cotidiano alienante, *existindo inautenticamente*, já que lança mão, ademais, da *má-fé* e, por conseguinte, encena um jogo permanente de desculpas e de auto-engano, através desta, por outro lado, ele dá sentido à sua liberdade e *existe autenticamente*, ao exigir que essa condição injusta, incompreensível e sem sentido, termine, solidarizando-se, outrossim, com os *outros*, a fim de que o *exílio* a que todos estamos condenados, em razão do *absurdo*

da condição humana, possa tornar-se um relativo *reino*, no qual a aventura da *existência* seja plenamente saboreada e a busca da felicidade, ao menos, facilitada.

Não é outra a conclusão de Guy Haarscher, professor da Universidade de Bruxelas, quando, ao tratar da situação dos direitos humanos no pós-comunismo, a partir da década de 1990, invoca o legado das *filosofias da existência*: “O existencialismo tem [...] razão: nada – salvo a má-fé, a *wishful thinking*, as *bricolages* filosóficas contemporâneas e o reencantamento religioso do mundo – nos libertará da nossa responsabilidade, das nossas opções, da nossa *decisão*”.¹

Ao cabo da viagem, perspectivada historicamente, pelos fundamentos dos direitos do homem, com a partida no jusnaturalismo racional-moderno, que deu à luz esses direitos, no século XVIII, sob as vestes de direitos naturais universais, passando-se pelo positivismo jurídico, que, no século XIX, trajou-os de direitos fundamentais (direitos positivos particulares), chega-se ao *existencialismo jurídico*, fundamentando-se em perspectiva *existencial* os direitos positivos universais, que sedimentaram, no século XX, o processo de afirmação histórica dos direitos humanos que teve curso ao longo da Modernidade, dando início à *era dos direitos*.

Com efeito, as concepções de direitos jusnaturalista e juspositivista, para além de se mostrarem anacrônicas para a fundamentação dos direitos humanos positivos universais que exurgiram em meados do século XX e continuam a nascer no século XXI, dão ensejo, como foi visto, à *má-fé* e ao *suicídio jusfilosófico* dos juristas, revelando-se, pois, ideológica e juridicamente funcionais para que os direitos continuem *absurdamente* a não serem direitos reais, propriamente ditos ou fenomenicamente em ação.

A interseção e a interpenetração das *filosofias da existência* de Sartre e Camus fornecem subsídios para que seja possível fundamentar *existencialmente* os direitos do homem e, por conseguinte, atender aos reclames de uma fundamentação afeta à sua nova roupagem de direitos positivos universais. E, o que é mais importante, essa perspectiva filosófica, ademais, sobreleva a *responsabilidade existencial* dos juristas na construção desses direitos, concebendo-lhes como um produto do agir e fazer humanos livres, isto é, como uma *praxis da liberdade*, traduzida em *revolta*.

¹ HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos humanos**. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 156, grifo do autor.

Em suma, diferentemente do jusnaturalismo, para quem os direitos são *descobertos*, e, também, do positivismo jurídico, para quem os direitos são *aplicados*, este estudo sustenta que os direitos são *construídos*. Os direitos humanos são, portanto, aquilo que nós fizemos com que eles sejam, isto é, direitos de *cartas*, porquanto confinados no papel ou nas Cartas em que são proclamados, ou, ainda, direitos propriamente ditos, reais, vivenciados por homens de carne e osso.

Na encruzilhada entre civilização ou barbárie, abre-se ao homem a oportunidade histórica de *escolher* a realização dos direitos humanos e dar vida a um projeto civilizacional emancipatório, eticamente justificado, cujo objetivo precípua seja permitir a toda e qualquer pessoa - pelo simples fato de que está *absurdamente* condenada a *existir* - realizar-se e fazer-se *ser*, com dignidade, *autenticamente*, em *coexistência*. Nessa esteira, há que se trazer a lume, derradeiramente, o alerta do professor Comparato: “Para conjurarmos o risco de consolidação da barbárie, precisamos construir urgentemente um mundo novo, uma civilização que assegure a todos os seres humanos [...] o direito elementar à busca da felicidade”.²

O retrato das grandes civilizações que a humanidade conheceu pode ser encontrado no direito, sobretudo, em documentos que sintetizaram uma atmosfera espiritual que perdurou por longos lapsos temporais, perpassando, verdadeiramente, por séculos. Assim, enquanto o *Corpus Iuris Civilis* espelhou a vida do Império Romano, através da compilação de todas as suas fontes jurídicas, que foram reunidas e divididas em Código, Digesto, Instituições e Novelas, o *Corpus Iuris Canonici*, editado em 1582, refletiu as relações sociais, os impulsos culturais, a organização política e o arranjo econômico que tiveram curso na alta e baixa Idade Média, ao passo que o Código de Napoleão, que entrou em vigor em 1804 e foi considerado o *Corpus Iuris Civilis* da Modernidade, representou o modo de *ser* do homem ocidental nos últimos séculos.³

Seria utópico pensar-se, em virtude de nossa atual *situação* histórica, num *Corpus Iuris Humanis*, que documentasse juridicamente a *era dos* direitos, coligindo todas as fontes dos direitos humanos, e retratasse, ademais, as *escolhas* dos

² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 540.

³ Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 92, 147.

homens por um porvir em que todos pudessem realizar seu *projeto fundamental* e buscar a felicidade?

Certamente, essa seria a mais bela obra jurídica que a humanidade já teria produzido. Para tanto, não poderia refletir apenas a concepção de dignidade humana e de direitos humanos da cultura ocidental, mas, porque todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana, haveria de plasmar os resultados dos mais diversos diálogos interculturais, conforme proposta de Boaventura de Sousa Santos.⁴

Evidentemente, essa compilação dos direitos do homem não poderia se tornar um *em-si*, isto é, uma petrificação ou fossilização dos direitos que irromperam ao longo da Modernidade até o presente momento histórico, mostrando-se, portanto, surda aos apelos por novos direitos de que a *realidade humana* necessitaria em virtude do surgimento de novas *situações absurdas* em que houvesse o menoscabo da dignidade humana e a criação de obstáculos desarrazoados para o exercício da liberdade.

Como se procurou assentar, a proclamação dos direitos do homem e a sua conseqüente sedimentação nos sistemas jurídicos não são a garantia de que eles funcionarão como genuínos direitos subjetivos, mas mera expectativa acerca dessa possibilidade. Com a criação de um *Corpus Iuris Humanis* as coisas não se dariam de outra forma. Nada aplaca a *absurda* condição do jurista que deve, através da *revolta*, pôr fim ao descompasso entre os direitos positivados e a realidade material, encapsulada nos problemas jurídicos, na qual *existem* pessoas para as quais os direitos não estão realizados; nada afasta, ademais, a *responsabilidade existencial* dos juristas na construção dos direitos, assim como nada aplaca a *angústia* de ter de fazer *escolhas*.

É por isso que a proteção, efetivação, concretização, enfim, realização dos direitos humanos é uma tarefa infinda. O *absurdo* está sempre por se manifestar. Por conta disso, o *jurista revoltado* não encontrará repouso: como os direitos do homem não são dádivas definitivas, deve haver incessantemente *revoltas* para realizá-los e, sobretudo, sustentá-los e mantê-los, já que sem elas esses direitos

⁴ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____. (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 441 et. seq.

desmoronarão ou continuarão a ser, *absurdamente*, direitos que não são, genuinamente, direitos.

A tarefa que se exige dos juristas para a realização dos direitos do homem revela-se, portanto, deveras *absurda*. Talvez algo que remeta ao castigo de Sísifo.⁵ Daí que, somente com a posse e o exercício da lucidez e da coragem será possível compreender o *absurdo* da justiça e a justiça não menos *absurda*, logrando-se ser superior ao seu destino. Se é preciso, segundo Camus, imaginar Sísifo feliz, porque “a própria luta para chegar ao cume basta para encher o coração de um homem”,⁶ é preciso, da mesma forma, imaginar o *jurista revoltado* feliz, porquanto a *revolta* pelos direitos e a luta pela justiça, que nada mais são do que a realização da solidariedade, mostram-se, da mesma forma, suficientes para preencher e saciar seu coração.

Afinal, se os direitos humanos existem para que cada pessoa possa, através do seu *projeto fundamental*, buscar a felicidade, aqueles que na aventura da *existência* realizam seu *projeto fundamental* solidarizando-se com os *outros* para que estes também possam vivenciar, plenamente, os direitos do homem e, por conseguinte, ter uma *existência digna* e o direito elementar à busca da felicidade, estão no caminho certo para encontrar a própria felicidade, já que há, de certa forma, vergonha em ser feliz sozinho.

⁵ Nessa esteira, o professor Antônio Augusto Cançado Trindade, recentemente eleito para compor a Corte Internacional de Justiça, em voto exarado no caso “Ximenes Lopes versus Brasil”, submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual fora juiz e presidente, assentou – invocando Albert Camus - que “[...] a luta pela salvaguarda dos direitos humanos nos planos a um tempo nacional e internacional não tem fim, como no perene recomeçar, imortalizado pelo mito do Sísifo. Ao descer a montanha para voltar a empurrar a rocha para cima, toma-se *consciência* da condição humana, e da tragédia que a circunda (como ilustrado pelas histórias de *Electra*, e de Irene Ximenes Lopes Miranda) [peticionária à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e irmã da vítima Damião Ximenes Lopes, portador de transtorno mental, morto na Casa de Repouso Guararapes, que funcionava no Município de Sobral, Estado do Ceará, e que teve violados pelo Estado brasileiro o direito à vida e à integridade pessoal]. Mas há que continuar lutando, inclusive para que a justiça pública reaja imediatamente e *ex officio* à comissão do ilícito e à vitimização, e não movida a aparente contragosto e a duras penas pelos familiares das vítimas. Há que continuar lutando, pois, na verdade, não há outra alternativa: ‘*Sisyphé, revenant vers son rocher, contemple cette suite d’actions sans lien qui devient son destin, crée par lui, uni sous le regard de sa mémoire et bientôt scellé par sa mort. (...) Sisyphé enseigne la fidélité supérieure qui (...) soulève les rochers. (...) La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un coeur d’homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux*’ [A. Camus, *Le mythe de Sisyphé*, Paris, Gallimard, 1942, p. 168].” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Ximenes Lopes versus Brasil, 04 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 09 jan. 2009, destaque nosso.

⁶ CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Trad. Ari Roitman e Paulina Watch. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007c. p. 141.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Augusto Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádia. **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ANDRADE, Carlos Drumond de. **A rosa do povo**. 40.ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARONSON, Ronald. **Camus e Sartre: o polêmico fim de uma amizade no pós-guerra**. Trad. Caio Liudvik. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

ASÍS ROIG, Rafael de. Algunas notas para una fundamentacion de los derechos humanos. In: MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba (Org.). **El fundamento de los derechos humanos**. Madrid: Debate, 1989.

ATIENZA, Manuel. **Marx y los derechos humanos**. Madrid: Mezquita, 1983.

AVELÃS NUNES, Antônio José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARRETO, Vicente. **Camus: vida e obra**. 2.ed. Rio de Janeiro: 1991.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas: contribuições para a história das idéias políticas**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. ; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2.ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Unb, 1997.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodríguez. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. 3.ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. **El existencialismo**: ensayo de interpretación. Trad. Lore Terracini. 5.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966.

_____. **Il diritto naturale nel secolo XVIII**. Torino: Giappichelli, 1947.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CABRAL DE MONCADA, Luís Solano. Existencialismo e direito. In: _____. **Estudos filosóficos e históricos**: artigos, discursos, conferências e recensões críticas. Coimbra: Ed. Coimbra, 1959a. v.2.

_____. Kelsen-Cossio. In: _____. **Estudos filosóficos e históricos**: artigos, discursos, conferências e recensões críticas. Coimbra: Ed. Coimbra, 1959b. v.2.

_____. Verdade e direito. In: _____. **Estudos filosóficos e históricos**: artigos, discursos, conferências e recensões críticas. Coimbra: Coimbra, 1959c. v.2.

_____. **Filosofia do direito e do estado**. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1955. v.1.

CAMUS, Albert. **O avesso e o direito**. Trad. Valerie Rumjanek. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007a.

_____. **O estrangeiro**. Trad. Valerie Rumjanek. 28.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007b.

_____. **O mito de Sísifo**. Trad. Ari Roitman e Paulina Watch. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007c.

_____. **A peste**. Trad. Valerie Rumjanek. 16.ed. Rio de Janeiro: Record, 2006a.

_____. **A queda**. Trad. Valerie Rumjanek. 14.ed. Rio de Janeiro: Record, 2006b.

_____. **A morte feliz**. Trad. Valerie Rumjanek. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005a.

_____. **O homem revoltado**. Trad. Valerie Rumjanek. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005b.

_____. **O primeiro homem**. Trad. Teresa B. C. da Fonseca e Maria L. N. Silveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005c.

CAMUS, Albert. **Diário de viagem**. Trad. Valerie Rumjanek. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

_____. *A náusea*, de Jean-Paul Sartre. In: _____. **A inteligência e o cadafalso e outros ensaios**. Trad. Manuel da Costa Pinto. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002a.

_____. **Estado de sítio**. Trad. Alcione Araújo e Pedro Hussak. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002b.

_____. **O exílio e o reino**. Trad. Valerie Rumjanek. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

_____. **Calígula** seguido de **O equívoco**. Trad. Raul de Carvalho. Lisboa: Livros do Brasil, [19--]a.

_____. **Cartas a um amigo alemão**. Trad. José Carlos González e Joaquim Serrano. Lisboa: Livros do Brasil, [19--]b.

_____. **Os justos**. Trad. Antonio Quadros. Lisboa: Livros do Brasil, [19--]c.

_____. **Os possessos**. Trad. Armando Ferreira. Lisboa: Livros do Brasil, [19--]d.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Ximenes Lopes versus Brasil, 04 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 09 jan. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004a.

_____. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004b.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Los derechos del hombre**. Madrid: Reus, 1969.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

_____. Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ – os modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 74, p. 1-44, 1998.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

_____. A revolução e o direito: a situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995a.

_____. Justiça e direito. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.1. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995b.

_____. O papel do jurista no nosso tempo. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995c.

_____. O actual problema metodológico da realização do direito. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995d.

_____. A redução política do pensamento metodológico-jurídico (breves notas críticas sobre o seu sentido). In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v.2. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995e.

_____. **Questão-de-facto - questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)**. Coimbra: Almedina, 1967.

CASTRO, Fábio Caprio Leite de. "A náusea" de Sartre: a crise originária no direito existencial. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). **Direito e literatura**: ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. Trad. Amador Cisneiros. Bauru: Edipro, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. **Existencialismo e direito e outros ensaios**. Curitiba: Lítero-técnica, [19--].

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2007.

_____. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987.

COSSIO, Carlos. **La “causa” y la compresion en el derecho**. 4.ed. Buenos Aires: Juarez, 1969.

_____. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954.

_____. **La teoria egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires: Losada, 1944.

COTTA, Sérgio. **Il diritto nell’esistenza**: linee di ontofenomenologia giuridica. 2.ed. Milano: Giufre, 1991.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Direito e psicanálise**: interseções a partir de “O estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos?**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

D’ENTRÈVES, Alessandro Passerin. **Derecho natural**. Trad. M. Hurtado Bautista. Madrid: Aguilar, 1972.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do direito em Habermas**: a hermenêutica. 3.ed. Lorena: Stiliano, 1999.

EZCURDIA LAVIGNE, José A.. **Curso de derecho natural**: perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos. Madrid: Reus Editorial: 1987.

FARIA, José Eduardo. O futuro dos direitos humanos após a globalização. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**. v.3. São Paulo: Imprensa oficial do Estado; UNB, 2002.

_____. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?**: Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERNANDES, Pádua. A superstição da lei e a reforma social: a construção do princípio da liberdade na jurisprudência brasileira do século XIX. In: BOUCAULT,

Carlos Eduardo de Abreu. (Org.). **História e método em pesquisa jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FERNANDEZ, Eusebio. **Teoria de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Debate, 1984.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen hoje?. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. A trivialização dos direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 28, p. 99-115, out. 1990.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et al. 3.ed. Madrid: Trotta, 2007a.

_____. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et al. 3.ed. Madrid: Trotta, 2007b.

_____. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et al. 3.ed. Madrid: Trotta, 2007c.

FERREIRA, Vergílio. Da fenomenologia a Sartre. In: SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Trad. Vergílio Ferreira. 2.ed. Lisboa: Editorial Presença, [19--].

GADAMER, Hans-Gerog. El ser y la nada (J. P. Sartre). In: _____. **El giro hermenéutico**. Trad. Arturo Parada. 3.ed. Madrid: Catedra, 2007.

GILES, Thomas Ransom. **História do existencialismo e da fenomenologia**. São Paulo: EDUSP, 1975. 2 v.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GONÇALVES, William Couto. **Gênese dos direitos humanos na antiga filosofia grega**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Fenomenologia. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v.1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1.

_____. Derecho natural y revolución. In: _____. **Teoria y praxis**: estudios de filosofía social. Trad. Salvador Más Torres. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1990.

HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos humanos**. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 2.ed. São Paulo: Vozes, 2007.

HERRENDORF, Daniel E. Introducción a la fenomenología egológica. In: COSSIO, Carlos. **Radiografía de la teoría egológica del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1987.

HERRERA FLORES, Joaquín (Coord.). **El vuelo de Anteo**: derechos humanos y crítica da la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

HESPANHA, Antônio Manuel. Apresentação. In: GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz (De jure belli ac pacis)**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v.1.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HINKELAMMERT, Franz J. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. In: HERRERA FLORES, Joaquín (Coord.). **El vuelo de Anteo**: derechos humanos y crítica da la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

HUISMAN, Denis. **Dicionário de obras filosóficas**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **História do existencialismo**. Trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru: Edusc, 2001.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**. Trad. Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

JHERING, Rudolf von. La teoría del interes. In: _____. **La dogmática jurídica**: seguida de un apêndice con las doctrinas de Jhering y Windscheid sobre el derecho subjetivo. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. 2.ed. Buenos Aires: Losada, 1946.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

KURZ, Robert. Paradoxos dos direitos humanos. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 16 mar. 2003. Caderno Mais!, p. 9-11.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José de Sousa Brito e José Antônio Veloso. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LÉVY, Bernard-Henri. **O século de Sartre**: inquérito filosófico. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOSANO, Mário G. Introdução. In. KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Trad. Stefano Magnolo. Bari: Dédalo, 2002.

LUIJPEN, Wilhelmus Antonios Maria. **Introdução à fenomenologia existencial**. Trad. Carlos L. de Mattos. São Paulo: EDUSP, 1973.

LUMIA, Giuseppe. **Diritto, società e stato nella filosofia dell'esistenza**. Milano: Giuffré, 1961.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?**. 17.ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. **Karl, meu amigo**: diálogo com Marx sobre o direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1983.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. Franca: Unesp, 2005.

_____. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Antônio Alberto. O direito e a ética do absurdo: uma leitura de Albert Camus. **Revista Justiça & Democracia**, São Paulo, n. 3, p. 109-120, 1997.

MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. In: _____. **Obra dispersa**: filosofia do direito, direito público, outros. Braga: Scientia Iuridica, 1993.

MACIEL, Luiz Carlos. **Sartre**: vida e obra. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

MARITAN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Trad. Afrânio Coutinho. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1967.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O estrangeiro: a justiça absurda. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Direito e psicanálise**: interseções a partir de "O estrangeiro" de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José. **Derechos humanos**: historia, fundamento y realidad. Zaragoza: Egido, 1997.

MARX, Karl. **A questão judaica**. Trad. Silvio Donizete Chagas. 4.ed. São Paulo: Centauro, 2002.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **Los derechos humanos en el pensamiento actual**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade**: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 14, n. 57-58, p. 233-256, jan-jun. 1981.

MÉSZÁROS, István. Marxismo e direitos humanos. In: _____. **Filosofia, ideologia e ciência social**. São Paulo: Ensaio, 1993.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. 2.ed. Lisboa: Estampa, 1994.

MOUTINHO, Luiz Damon Santos. **Sartre**: existencialismo e liberdade. São Paulo: Moderna, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista eletrônica de direito do estado**. Salvador, n. 4, out-dez, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 ago. 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Aloysio Ferraz. **Estado e direito na perspectiva da libertação: uma crítica segundo Martin Heidegger**. São Paulo: RT, 1980.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho e Constitución**. 9.ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A forma e a força da lei: reflexão sobre um vazio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Direito e psicanálise: interseções a partir de "O estrangeiro" de Albert Camus**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRATS, Jaime Brufau. **La actitud metódica de Samuel Pufendorf y la configuración de la "disciplina juris naturalis"**. Madrid: Instituto de Estudios Líticos, 1968.

_____. **Moral, vida social y derecho en Jean-Paul Sartre**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1967.

QUADROS, Antonio. Apresentação. In: CAMUS, Albert. **Os justos**. Trad. Antonio Quadros. Lisboa: Livros do Brasil, [19--]b.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: do romantismo aos nossos dias**. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1991.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Hélder. **Do absurdo à solidariedade: a visão do mundo de Albert Camus**. Lisboa: Estampa, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. 4.ed. São Paulo: Cultrix, [19--].

RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SAN MIGUEL, Luis Garcia. **Moral y derecho en la filosofía existencialista**: un estudio sobre Heidegger y Sartre. Madrid: Reus, 1965.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos na zona de contato entre globalizações rivais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, n. 64, p. 313-337, jan-fev. 2007.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____. (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: PAOLI, Maria Célia; OLIVEIRA, Francisco de (Org.). **Os sentidos da democracia**. 2.ed. São Paulo: Vozes, 2000.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a lucidez**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **O Evangelho segundo Jesus Cristo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARTRE, Jean-Paul. **A imaginação**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008a.

_____. **Entre quatro paredes**. Trad. Alcione Araújo e Pedro Hussak. 4.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008b.

_____. **Esboço para uma teoria das emoções**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008c.

_____. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Trad. Paulo Perdigão. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **A náusea**. Trad. Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2006.

_____. **As moscas**. Trad. Caio Liudvik. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005a.

_____. **Diário de uma guerra estranha**. Trad. Aulyde Soares Rodrigues e Guilherme J. F. Teixeira. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005b.

SARTRE, Jean-Paul. **O muro**. Trad. H. de Alcântara Silveira. 20.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005c.

_____. **As palavras**. Trad. J. Guinsburg. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005d.

_____. **A idade da razão** (Os caminhos da liberdade I). Trad. Sérgio Milliet. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005e.

_____. **Sursis** (Os caminhos da liberdade II). Trad. Sérgio Milliet. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005f.

_____. **Com a morte na alma** (Os caminhos da liberdade III). Trad. Sérgio Milliet. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005g.

_____. Explicação de *O Estrangeiro*. In: _____. **Situações I**. Trad. Cristina Prado. São Paulo: Cosac Naify, 2005h.

_____. Uma idéia fundamental da fenomenologia de Husserl: a intencionalidade. In: _____. **Situações I**. Trad. Cristina Prado. São Paulo: Cosac Naify, 2005h.

_____. **Crítica da razão dialética**. Trad. Guilherme J. F. Teixeira. Porto Alegre: DP&A, 2002.

_____. **A questão judaica**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ática, 1995a.

_____. **Os dados estão lançados**. Trad. Lucy R. M. Cesar. 2.ed. Campinas: Papirus, 1995b.

_____. **A prostituta respeitosa**. Trad. Maria Lúcia Pereira. Campinas: Papirus, 1992.

_____. **O Diabo e o bom Deus**. Trad. Maria Jacintha. 3.ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1975.

_____. **A engrenagem**. Trad. Sousa Victorino. Lisboa: Editorial Presença, 1964.

_____. **O existencialismo é um humanismo**. Trad. Vergílio Ferreira. 2.ed. Lisboa: Editorial Presença, [19--].

SÓFOCLES. **A Antígona**. Trad. Guilherme de Almeida. Petrópolis: Vozes, 1965.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul-set. 1989.

TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcus Bastos. **Filosofia do Direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996.

WELZEL, Hans. **Diritto naturale e giustizia materiale**. Trad. Giuseppe de Stefano. Milano: Giufrè, 1965.

WINDSCHEID, Bernard. La teoría de la voluntad. In: JHERING, Rudolf Von. **La dogmática jurídica**: seguida de un apêndice con las doctrinas de Jhering y Windscheid sobre el derecho subjetivo. Trad. Enrique Príncipe y Satorres. 2.ed. Buenos Aires: Losada, 1946.

WOLKMER, Antônio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

_____. **Ideologia, estado e direito**. 4.ed. São Paulo: RT, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7.ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007.

ZOLO, Danilo. Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”: a propósito de um ensayo de Luigi Ferrajoli. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés et al. 3.ed. Madrid: Trotta, 2007.