

Histocidade dos Direitos Humanos e Fundamentais: dos Direitos Humanos, Fundamentais

History of Human and Fundamental Rights: of Human and Fundamental Rights

Edvaldo Víctor Duarte de Oliveira¹

Resumo: O objetivo do artigo é examinar a definição, conceituação e relação entre os Direitos Humanos e Fundamentais, demonstrando que não há diferença no conteúdo entre esses direitos e os direitos humanos. Também pretende igualar os direitos e garantias fundamentais aos direitos humanos. O estudo também examina a perspectiva liberal como contribuiu para a formação dos Direitos Humanos e Fundamentais. Então a pesquisa considerou a filosofia do direito, a evolução dos direitos fundamentais e humanos bem como sua historicidade sendo relevante para embasamento da aproximação entre os direitos fundamentais e humanos. Além disso a pesquisa passa pela evolução do direito, conduzindo a pesquisa a uma discussão científica e filosófica. Quanto aos meios de obtenção de informações, a pesquisa é realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

44

Palavras-chave: histocidade; direitos humanos; direitos fundamentais.

Abstract: The objective of the article is to examine the definition, conceptualization and relationship between Human and Fundamental Rights, demonstrating that there is no difference in content between these rights and human rights. It also intends to equalize fundamental rights and guarantees with human rights. The study also examines the liberal perspective as it contributed to the formation of Human and Fundamental Rights. So the research considered the philosophy of law, the evolution of fundamental and human rights as well as their historicity, being relevant to support the rapprochement between fundamental and human rights. Furthermore, the research involves the evolution of law, leading the research to a scientific and philosophical discussion. As for the means of obtaining information, the research is carried out through bibliographic and documentary research.

Keywords: histocity; human rights ; fundamental rights.

¹ Advogado OAB/PE 56.638 Graduado em Direito na Faculdade Damas da Instrução Cristã. Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Membro da comissão do tribunal do júri OAB-PE; Membro da comissão de direito penal OAB-PE. Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-8723-8455>.E-mail: edvaldovictord@gmail.com

Recebido em: 04/09/2024

Aprovado em: 07/12/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



1 Introdução

O trabalho tem por objetivo precípua analisar a definição e conceituação dos Direitos Humanos e Fundamentais, sua conexão, demonstrando ainda a ausência de diferença quanto ao conteúdo entre os Direitos Fundamentais e Humanos, igualando os direitos e garantias fundamentais aos direitos humanos, passando por um apanhado histórico e a perspectiva liberal como contribuinte para a formação dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Já quanto à obtenção de informações, o trabalho é realizado por meio de pesquisa bibliográfica, com o objetivo de explicar o problema através de referenciais escritos, tais como, livros, artigos e revistas científicas. Em relação aos objetivos, esta pesquisa se caracteriza por ser descritiva, uma vez que procura interpretar a relação entre variáveis que se apresentam no momento da análise das circunstâncias judiciais da aplicação da pena base.

Em relação a abordagem, é qualitativa pois não se emprega partes estatísticas na pesquisa, bem como se estabelece relação entre causa e efeito, partindo de parâmetros que podem ser aferidos. A técnica de coleta de dados utilizados será feita por meio da observação, através de estudo individual.

Quanto às técnicas de pesquisa, a pesquisa será teórica a partir da utilização da técnica bibliográfica. Neste trabalho será utilizado o método hipotético-dedutivo.

2 Historicidade dos direitos humanos e fundamentais

Como proposto na pesquisa é necessária a definição e conceituação para adentrarmos na seara dos Direitos Humanos e Fundamentais, e para linca-los será necessário realizar contornos introdutórios sobre o tema a começar pela sua definição

2.2 A fase de construção direitos

A trajetória em direção à consolidação dos direitos humanos remonta à antiguidade, especificamente entre os séculos VIII e II a.C. Durante esse período, diversos pensadores notáveis abordaram os conceitos de direitos individuais, cujo legado ainda ressoa em nossos tempos. Entre esses pensadores, podemos citar Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China e o Dêutero-Isaías em Israel. Um ponto em comum que permeia as ideias desses sábios é a promoção de códigos de conduta embasados no amor e no respeito ao próximo. (Comparato, 2010).

Do ponto de vista das regras, lá nos tempos antigos, já havia um tipo de reconhecimento de direitos individuais.

Na região da Suméria e Pérsia, o Rei Ciro II, no século VI a.C., escreveu uma espécie de carta chamada de "Cilindro de Ciro". Era meio que uma forma de autoelogio, onde ele falava sobre como ele governava bem as pessoas (Gorzewski, 2005, p. 32).

Já na China, Confúcio, por volta dos séculos VI e V a.C., começou a falar sobre a importância de amar e respeitar as pessoas. E o budismo também trouxe um código de conduta que pregava o bem comum e uma sociedade pacífica, onde ninguém saísse prejudicado. (Gorzewski, 2005, p. 32).

Esses são alguns exemplos antigos de como as pessoas já pensavam em direitos e como as pessoas deveriam se tratar de maneira justa e respeitosa.

A influência da cultura grega na formação dos direitos humanos é notável. Começando pelos direitos políticos, a democracia em Atenas é um exemplo marcante, apesar de algumas restrições. No "Século de Péricles", que foi o século V a.C., a democracia direta floresceu em Atenas, com a participação dos cidadãos masculinos nas principais decisões da comunidade.

Platão, em sua obra "A República" (cerca de 400 a.C.), enfatizou a igualdade e a ideia do bem comum. Aristóteles (Aristóteles, 2009), em *Ética a Nicômaco*, ressaltou a importância de agir com justiça em prol do bem de todos na cidade, mesmo diante de leis injustas.

A Antiguidade grega também estimulou a reflexão sobre a superioridade de certos princípios éticos, mesmo quando confrontados com o poder estabelecido (Villey, 2007).

Nesse contexto, a peça "Antígona" de Sófocles, escrita por volta de 421 a.C. como parte da chamada Trilogia Tebana, narra a luta da protagonista, Antígona, para dar um sepultamento adequado a seu irmão Polinice, desafiando a ordem do tirano Creonte, que havia proibido o enterro daqueles que transgredissem as leis da cidade. Para Antígona, as leis humanas não podem se sobrepor às leis divinas. O conflito de visões entre Antígona e Creonte é um ponto central na peça. Uma das ideias fundamentais dos direitos humanos, a superioridade de certos princípios morais sobre a tirania e a injustiça, já se faz presente nesta obra de Sófocles.

A referência à herança grega, em particular à democracia ateniense e à *Ágora* como seu símbolo, foi mencionada no voto da Ministra Cármen Lúcia durante o julgamento da ADPF 187 em 15 de julho de 2011. (ADPF 187) Ela destacou que a *Ágora* era o local onde os cidadãos atenienses se reuniam para discutir e deliberar sobre os assuntos da cidade pólis.

A liberdade dos antigos, conforme mencionado por Benjamin Constant, consistia na capacidade de "deliberar em praça pública" sobre uma ampla gama de questões, desde questões

de guerra e paz até a votação de leis, julgamentos e a fiscalização das ações dos magistrados. Essa prática democrática nasceu e se desenvolveu dentro da praça pública.

A Ministra Cármen Lúcia estava, assim, ressaltando a importância histórica da participação direta dos cidadãos na tomada de decisões políticas na democracia grega antiga, um princípio que ainda hoje serve como inspiração para muitos sistemas democráticos ao redor do mundo (voto da Ministra Cármen Lúcia, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15-6-2011, Plenário, Informativo 631).

O direito romano também contribuiu de maneira significativa para a proteção dos direitos humanos ao estabelecer o princípio da legalidade. A Lei das Doze Tábuas, ao enfatizar que a lei escrita deve governar o comportamento, deu um passo importante em direção à prevenção do arbítrio (Gorczewski, 2005, p. 33).

Além disso, o direito romano reconheceu vários direitos fundamentais, como o direito à propriedade, à liberdade e à personalidade jurídica, entre outros. Também foi dado um passo em direção ao reconhecimento da igualdade com a aceitação do "jus gentium", o direito aplicável a todos, independentemente de serem romanos ou não (Gorczewski, 2005, p. 33).

2.3 direitos humanos na antiguidade

Uma das ideias mais conhecidas sobre como a Antiguidade encarava o indivíduo foi apresentada por Benjamin Constant em seu famoso artigo sobre a "liberdade dos antigos" e a "liberdade dos modernos". Constant argumentou que, para os antigos, a liberdade significava a capacidade de participar na vida social da cidade, enquanto os modernos (ele estava se referindo aos iluministas do século XVIII e pensadores posteriores do século XIX) viam a liberdade como a capacidade de agir sem restrições em sua vida privada. Essa diferença na concepção de liberdade na Antiguidade levou a uma falta de discussão sobre a limitação do poder do Estado, algo que é fundamental nos direitos humanos modernos.

As regras que governavam os Estados antes da era constitucional muitas vezes não garantiam ao indivíduo mecanismos para conter o poder estatal. Isso levou alguns estudiosos a argumentarem que não existiam verdadeiras normas de direitos humanos na época Pré-Estado Constitucional. No entanto, é importante destacar que essa crítica doutrinária não diminuiu a influência valiosa das culturas antigas na formação dos direitos humanos. Como mencionado anteriormente, as práticas e instituições sociais de diversas civilizações antigas enfatizavam valores que estão incorporados em normas de direitos humanos, como a justiça e a igualdade.

Além disso, Locke foi um dos pioneiros a advogar pela separação das funções do Poder.

Ele argumentou que:

[...] como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo (Locke, 1994, p. 170).

Locke defendeu a existência de três poderes principais: o Poder Legislativo (que, em sua visão, era o mais significativo por representar a sociedade), o Executivo e o Federativo, este último relacionado às questões de guerra e paz, ou seja, à política externa. No tocante ao Judiciário, Locke o considerou uma parte do Poder Executivo, encarregado da execução das leis sendo uma figura proeminente no surgimento do liberalismo, e suas ideias influenciaram o movimento em direção ao estabelecimento do Estado Constitucional, com a separação das funções do poder e a proteção dos direitos individuais em muitos países.

Cesare Beccaria, por sua vez, fez contribuições cruciais para os direitos humanos, concentrando-se na área do Direito Penal. Em sua obra "Dos delitos e das penas" (1766), Beccaria argumentou que o Estado deve ter limites claros ao aplicar punições criminais, influenciando profundamente a forma como o direito penal é entendido até os dias de hoje.

No final do século XVIII, Immanuel Kant (1785) defendeu a existência da dignidade inerente a todo ser racional, algo que não pode ser mensurado em termos de preço ou equivalência. Devido a essa dignidade, Kant argumentou que o ser humano não deve ser tratado como um meio para um fim, mas como um fim em si mesmo (Kant, 1964).

Esse conceito kantiano da dignidade humana como um valor supremo e inalienável será posteriormente incorporado ao regime jurídico dos direitos humanos contemporâneos, especialmente em relação à proibição de tratar o ser humano como mero objeto (Ishay, 2006, p. 386).

2.4 Conceito, relação e conexão dos direitos fundamentais e humanos

É muito comum a utilização das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimas, e isso é porque há relação em relação ao seu conteúdo, por outro lado há diferenças conceituais significativas. Uma das diferenças diz respeito a direitos positivados no plano internacional, ou seja, tal diferença se apresenta de modo formal apenas, portando a diferença é de forma e não conteúdo. Enquanto os direitos fundamentais se destinam

a um determinado ordenamento jurídico em âmbito direito interno, que seriam os direitos por exemplos positivados na Constituição.

A expressão "direito humano," inspirada em fundamentos jusnaturalistas de caráter universalista, representa as condições inerentes à existência humana. Originada das bases essencialmente filosóficas do Direito Natural, essa expressão não encontra seu respaldo em uma ordem jurídica específica, mas sim em documentos do direito internacional. Originária na França, a expressão "direitos fundamentais" concretiza os direitos humanos que foram oficialmente reconhecidos e incorporados em um determinado sistema jurídico, como a Constituição de um país. Seu conteúdo está intimamente ligado à soberania e à cultura de uma nação, de modo que o que é considerado um direito fundamental em um Estado pode não ser o mesmo em outro.

Nos últimos anos, diversos esforços têm sido feitos no sentido da inclusão da perspectiva dos povos do Terceiro Mundo nas historiografias dos direitos humanos. Dentre esses esforços, destaca-se a contribuição de José-Manuel Barreto, que sustenta a tese de que o Terceiro Mundo desenvolveu uma tradição própria de direitos humanos (Silva, 2023, p. 125).

Como bem assinala Anderson Santos da Silva, uma nova tradição de direitos humanos tem surgido, sua conceituação serial variável.

Esses direitos estão consagrados em textos normativos de um Estado, como sua Constituição e leis, e estão relacionados aos indivíduos dentro dessa jurisdição específica. Por outro lado, os direitos humanos são aplicáveis a qualquer indivíduo e não estão sujeitos às regras internas de um país, uma vez que têm o ser humano como titular, sem limitação geográfica. Muitas vezes, esses direitos são derivados de tratados e convenções internacionais.

Os direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles que são expressamente positivados em um sistema jurídico específico, sendo predominantemente destinados aos nacionais desse país. Esses direitos fundamentais são encontrados principalmente na Constituição do Estado. Apesar disso, alguns autores argumentam que direitos fundamentais podem existir fora do escopo do título II da Constituição, justificando que existem direitos fundamentais além do âmbito do artigo 5º da Constituição, espalhados por todo o texto constitucional, embora haja um título designado para tratar desse assunto.

No Brasil, a maioria dos direitos fundamentais é consagrada no título II da Constituição Federal. No entanto, alguns autores identificam direitos fundamentais mesmo fora desse título específico da Constituição. A justificativa é que existem direitos fundamentais além do escopo

do artigo 5º da Constituição, distribuídos por toda a Constituição, apesar de haver um título dedicado a esse tema.

A referência constitucional aos direitos humanos, conforme estabelecido no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, refere-se a tratados internacionais relacionados ao tema. Esses tratados podem ser incorporados no país com status de norma constitucional, desde que sejam aprovados pelo Congresso Nacional por meio do mesmo processo rigoroso aplicado à criação de emendas constitucionais.

A expressão "direitos humanos," ou "direitos do homem," é reservada para reivindicações que exigem o respeito constante por certos princípios essenciais à condição humana. Esses direitos são fundamentados em bases jusnaturalistas, têm uma natureza filosófica e não dependem principalmente da incorporação em uma ordem jurídica específica. O termo "direitos humanos," devido à sua natureza universalista e supranacional, é utilizado para descrever demandas que visam proteger a dignidade da pessoa humana, conforme consagrado em documentos do direito internacional (Mendes; Branco, 2018, p. 146).

Já locução "direitos fundamentais" é reservada para se referir aos direitos relacionados às posições fundamentais das pessoas, estabelecidos em documentos normativos de cada Estado. Esses são direitos que têm validade em uma ordem jurídica específica, sendo, portanto, garantidos e limitados no âmbito geográfico e temporal, uma vez que são assegurados na medida em que cada Estado os reconhece e consagra (Mendes; Branco, 2018, p. 147).

Como dito na pesquisa, para que seja possível enxergar a liberdade do juiz (a), que é a de decidir conforme valores internos e externos ao direito, como uma violação aos direitos fundamentais e humanos, faz-se necessária a definição e conceituação para adentrarmos no campo dos direitos humanos e fundamentais, e para linca-los continuaremos a realizar os contornos introdutórios sobre os direitos humanos iniciando pela sua definição.

2.5 Polissemia na definição legal ou normativa

Os direitos fundamentais dos indivíduos são conhecidos por uma ampla variedade de termos e designações: direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais. Essas diferentes nomenclaturas são utilizadas tanto na literatura especializada quanto em documentos nacionais e internacionais.

Em nossa Constituição, encontramos essa diversidade de termos relacionados aos "direitos humanos". O artigo 4, inciso II, menciona "direitos humanos", enquanto o Título II é intitulado "direitos e garantias fundamentais". Nesse mesmo título, o artigo 5, inciso XLI, usa a expressão "direitos e liberdades fundamentais", e o inciso LXXI adota a locução "direitos e liberdades constitucionais". O artigo 5, parágrafo 1, menciona "direitos e garantias fundamentais". Além disso, o artigo 17 adota a frase "direitos fundamentais da pessoa humana", e o artigo 34, ao tratar da intervenção federal, introduz uma nova terminologia: "direitos da pessoa humana" (artigo 34, VII, b). Quando se refere às cláusulas pétreas, a Constituição menciona a expressão "direitos e garantias individuais" (artigo 60, parágrafo 4). No artigo 7 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, encontramos novamente a expressão "direitos humanos" (Brasil, 2023).

No Direito Internacional, também vemos uma utilização livre de várias expressões. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 usa as locuções direitos do homem e direitos essenciais do homem já no preâmbulo (Gorczewski, 2005, p. 40).

A Declaração Universal de Direitos Humanos, por sua vez, estabelece em seu preâmbulo a necessidade de respeito aos direitos do homem, bem como a fé nos direitos fundamentais do homem e o respeito aos direitos e liberdades fundamentais do homem.

A Carta das Nações Unidas emprega a expressão "direitos humanos" (preâmbulo e artigo 56), bem como "liberdades fundamentais (artigo 56, alínea c). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 faz uso da expressão "direitos fundamentais", enquanto a Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950 adota a locução "liberdade fundamental" (Gorczewski, 2005, p. 41).

Essa diversidade terminológica reflete a evolução na proteção dos direitos essenciais dos indivíduos, à medida que a denominação desses direitos foi sendo ajustada para refletir melhor sua definição e fundamento. O uso da expressão "direito natural" demonstra a crença de que esses direitos são inerentes à natureza humana. No entanto, essa concepção e terminologia foram revisadas à medida que se reconheceu a historicidade de cada um desses direitos, que foram verdadeiramente "conquistados" (Gorczewski, 2005, p. 49).

A expressão "direitos do homem", por sua vez, remonta à mesma origem jusnaturalista na proteção dos direitos individuais. Ela surgiu historicamente durante as revoluções liberais na Europa, quando esses direitos estavam sendo afirmados em oposição aos estados autocráticos.

No Canadá, é comum o uso da expressão "direitos da pessoa" como uma alternativa que busca superar o sexismo da expressão "direitos do homem". Enquanto isso, a expressão "direitos individuais" é vista por alguns como limitada, pois se aplica principalmente aos direitos da primeira geração ou dimensão, como o direito à vida, igualdade, liberdade e propriedade. No entanto, existem muitos outros direitos, como os direitos relacionados a um ambiente ecologicamente equilibrado, que não se encaixam nessa categoria de "direitos individuais". (Gorczewski, 2005, p. 52).

Finalmente, chegamos a duas expressões amplamente usadas no século XXI: "direitos humanos" e "direitos fundamentais". Inicialmente, a doutrina tende a distinguir os "direitos humanos" como os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e outras normas internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão "direitos fundamentais" delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico. No entanto, como já mencionado, o Direito Internacional não é uniforme e nem sempre utiliza a locução "direitos humanos". Existem casos recentes em que a expressão "direitos fundamentais" é usada em normas internacionais, como na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (redigida em 2000 e alterada em 2007).

Outra diferença comumente apontada entre "direitos humanos" e "direitos fundamentais" é que os direitos humanos não seriam sempre exigíveis internamente devido à sua natureza internacional, tendo, portanto, uma conotação jusnaturalista com menos implicações práticas. Por outro lado, os direitos fundamentais seriam direitos positivados internamente em uma Constituição, tornando-os passíveis de cobrança judicial (Ramos, 2015, p. 21).

No entanto, a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos desafia essa distinção. Nos sistemas interamericanos e europeus de direitos humanos, os direitos previstos em tratados também podem ser aplicados internamente, e os Estados podem ser responsabilizados pelo não cumprimento dessas normas (Brandão, 2014, p. 04).

Alguns ainda levantam questionamentos quanto ao uso da expressão "direitos humanos", argumentando que ela soa redundante, uma vez que todos os direitos são inerentes aos seres humanos ou às suas representações legais, como pessoas jurídicas. Apesar da redundância, essa expressão desempenha um papel esclarecedor, pois destaca a essencialidade desses direitos para uma vida digna, caracterizando-os como humanos. Isso enfatiza que esses direitos pertencem a todos, sem qualquer outra distinção ou qualificação. Em essência, a

inclusão do adjetivo "humanos" ressalta que esses direitos são aplicáveis a qualquer indivíduo, tornando-os verdadeiramente "direitos de todos" (Ramos, 2015, p. 22).

Muitos já optam por combinar as duas expressões mencionadas anteriormente, "direitos humanos" e "direitos fundamentais", criando assim uma terminologia: "direitos humanos fundamentais" ou mesmo "direitos fundamentais do homem". Essa combinação de termos reflete a ideia de que a distinção entre "direitos humanos", que abrange os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e "direitos fundamentais", que se referem aos direitos estabelecidos nas Constituições e leis internas, está perdendo relevância, especialmente com o aumento da interação entre o Direito Internacional e o Direito Nacional no contexto dos direitos humanos. (Ramos, 2015, p. 28).

Essa integração entre o Direito Internacional e o Direito Nacional é evidente no Brasil, onde Tratados de Direitos Humanos seguem um processo especial de aprovação no Congresso Nacional (conforme previsto no art. 5º, § 3º). Esse procedimento especial envolve a aprovação de um tratado por uma maioria de 3/5 e em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, para que o tratado futuro seja equiparado a uma emenda constitucional. Portanto, um tratado de direitos humanos adquire status constitucional. Em outras palavras, os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos são considerados direitos constitucionais (Ramos, 2015, p. 30).

Além disso, o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que pode atuar quando o Estado brasileiro não cumpre com suas obrigações em relação aos direitos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Isso significa que os direitos humanos agora também contam com proteção judicial internacional, reduzindo a antiga distinção entre direitos humanos que eram de natureza internacional portanto "menos vinculantes" e os direitos fundamentais.

Em resumo, os direitos fundamentais refletem os direitos humanos, e a distinção rígida entre o mundo internacional dos "direitos humanos" e o mundo constitucional dos "direitos fundamentais" está se tornando cada vez menos relevante.

2.6 Polissemia na definição doutrinária

A definição dos direitos humanos possui uma diversidade de significados, tanto é que alguns autores o chamam de direitos morais, (Fernández, 1993, p. 47) e outros autores o chamam de direitos fundamentais (Peces-Barba Martinez, 1987, p. 220). Então a preferência pelo que se chama unissonante de Direitos Humanos, tem suas razões motivadas em virtude da

preferência dos instrumentos normativos internacionais, isto é, convenções e tratados internacionais que definiram a denominação Direitos Humanos (Brandão, 2014, p. 3). Então com base nestes Instrumentos normativos se buscou os chamados direitos universais dos indivíduos, sendo indivíduo, todo aquele que pertencesse ao gênero humano.

2.7 Conteúdo e cumprimento dos Direitos Humanos

Os direitos humanos representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos Tratados Internacionais.

A fundamentalidade dos direitos humanos pode ser formal, por meio da inscrição desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser material, sendo considerada parte integrante dos direitos humanos aquele que mesmo não sendo expreso, seria indispensável para a promoção da dignidade humana.

Apesar das diferenças em relação ao conteúdo, os direitos humanos têm em comum quatro ideias-chave ou marcas distintivas: universalidade, essencialidade, superioridade normativa, referencialidade e reciprocidade (Ramos, 2015, p. 25).

No âmbito da teoria jurídica contemporânea, a hermenêutica filosófica emergiu como um campo de estudo profícuo, suscitando debates profundos sobre a natureza e os limites da interpretação no direito (Asfora, 2024).

A universalidade consiste no reconhecimento de que os direitos humanos são direitos de todos, combatendo a visão testamental de privilégios de uma casta de seres superiores. Por sua vez, a essencialidade implica que os direitos humanos apresentam valores indispensáveis e que todos devem protegê-los. Além disso, os direitos humanos são superiores a demais normas, não se admitindo o sacrifício de um direito essencial para atender as “razões de Estado”; logo, os direitos humanos representam preferências preestabelecidas que, diante de outras normas, devem prevalecer.

Finalmente, a reciprocidade é fruto da teia de direitos que une toda a comunidade humana, tanto na titularidade (são direitos de todos) quanto na sujeição passiva: não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também à coletividade como um todo. Essas quatro ideias tornam os direitos humanos como vetores de uma sociedade humana pautada na igualdade e na ponderação dos interesses de todos e não somente de alguns.

Os direitos humanos têm distintas maneiras de implementação, do ponto de vista subjetivo e objetivo. Do ponto de vista subjetivo, a realização dos direitos humanos pode ser da

incumbência do Estado ou de um particular (que seria a eficácia horizontal dos direitos humanos, ou de ambos, como ocorre com o direito ao meio ambiente (art. 225 da CF/88, que prevê que a proteção ambiental incumbe ao Estado e à coletividade).

Do ponto de vista objetivo, a conduta exigida para o cumprimento dos direitos humanos pode ser ativa (comissiva, realizar determinada ação) ou passiva (omissiva, abster-se de realizar). Há ainda a combinação das duas condutas: o direito à vida acarreta tanto a conduta omissiva quanto comissiva por parte dos agentes públicos: de um lado, devem se abster de matar (sem justa causa) e, de outro, tem o dever de proteção (de ação) para impedir que outrem viole a vida.

Uma sociedade pautada na defesa de direitos (sociedade inclusiva) tem várias consequências. A primeira é o reconhecimento de que o primeiro direito de todo indivíduo é o direito a ter direitos. Arendt e, no Brasil, Lafer sustentam que o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos (Lafer, 1988, p. 47).

No Brasil, o STF adotou essa linha ao decidir que “[...] direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades” (Brasil, 2008).

Uma segunda consequência é o reconhecimento de que os direitos de um indivíduo convivem com os direitos de outros. O reconhecimento de um rol amplo e aberto (sempre é possível a descoberta de um novo direito humano) de direitos humanos exige ponderação e eventual sopesamento dos valores envolvidos.

O mundo dos direitos humanos é o mundo dos conflitos entre direitos, com estabelecimento de limites, preferências e prevalências. Basta a menção a disputas envolvendo o direito à vida e os direitos reprodutivos da mulher (aborto), direito de propriedade e direito ao meio ambiente equilibrado, liberdade de informação jornalística e direito à vida privada, entre outras inúmeras colisões de direitos.

Por isso, não há automatismo no mundo da sociedade de direitos. Não basta anunciar um direito para que o dever de proteção incida mecanicamente. Pelo contrário, é possível o conflito e colisão entre direitos, (embora não seja o objeto pesquisa) possa exigir sopesamento e preferência entre os valores envolvidos. Por isso, tem-se a necessidade de compreender como é feita a convivência direitos humanos em uma sociedade de direitos, nos quais os direitos de diferentes conteúdos interagem. Essa atividade de ponderação é exercida cotidianamente pelos órgãos judiciais nacionais e internacionais de direitos humanos.

2.8 Direitos Humanos e sua interdisciplinaridade

É de se constatar que a conceituação dos Direitos Humanos se deu em virtude de um tríptico contexto entre estado, política e Direito (Klein, 2008, p. 213). Assim, o Estado composto aí por pessoas, não somente era instigador dos Direitos Humanos, mas uma espécie de instigador indispensável. Até mesmo Habermas com seu modelo de democracia deliberativa, assegura que a política é incapaz de dissociar-se da sociedade (Habermas, 1997, p. 51). Então a condição humana e seus atributos, tais como, liberdade e vontade, que fazem parte da filosofia moral do indivíduo, se traduzem em necessidades humanas essenciais, e essas necessidades humanas essenciais são as exigências morais da sociedade visando a obtenção de direitos e garantias, mas não somente isso, gerando também deveres (Brandão, 2014, p. 6).

2.9 Característica e núcleo conceitual dos Direitos Humanos

Os Direitos Internacionais passaram a ser condição de possibilidade para que um “ser” seja reconhecido como homem pelo Direito. Seriam direitos vinculados ao “homem”, de forma universal, e independentemente do espaço físico ou de tempo, daí porque se diz que são universais. Estes Direitos seriam também pertencentes a todos independente de condição social, traços raciais, religiosos culturais ou de qualquer outra ordem, características que se voltariam para aplicação dos direitos humanos a todos, independente de variáveis, desdobramento da igualdade. Então um núcleo conceitual dos direitos humanos foi criado. (Brandão, 2014, p. 3).

Como ponto inicial dos direitos universais ou direitos humanos se formou um núcleo do que seria estes direitos, afinal era o seu nascimento. Então o núcleo dos Direitos Humanos foi formado a partir do reconhecimento de direitos universais, de modo a garantir estes direitos frente ao Estado absolutista à época. Por isso se diz que a preocupação era voltada para algo concreto, e por essa razão desenvolveu-se os chamados Direitos de Personalidade, assim entendidos como os direitos integrantes a vida, a integridade corporal, a liberdade e liberdade em sentido amplo, liberdade de consciência, liberdade de opinião e opção religiosa. (Brandão, 2014, p. 3).

2.10 Direitos Humanos e sua conexão com os direitos Fundamentais

Quanto a esta aproximação, os direitos humanos possuem a mesma substância dos direitos fundamentais, eles possuem a mesma essência, de direito importante, direitos e garantias para a satisfação e bem-estar dos indivíduos. Portanto a diferença na realidade é de

forma e não de conteúdo, tanto é que o ideal de Constituição na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirmava que: “A sociedade que não tivesse Direitos não tinha uma constituição”. A partir desta publicação, entendeu-se o caráter fundamental de tal previsão, transformando pela forma em direito fundamental, o que antes seria Direito Humano, mas a essência é a mesma. Não é à toa que na evolução das chamadas dimensões de direitos, uns autores chamam de dimensão de direitos humanos (Brandão, 2014, p. 3) e outros chama dimensão de direitos fundamentais (Marques, 2014, p. 153).

2.11 Movimento humanista e construção do referencial jurídico de direitos universais

O pensamento liberal nasceu justamente fruto do movimento Humanista, que pertence a filosofia humanista. Por isso se diz que o nascimento dos direitos humanos é fruto do pensamento moderno (Peces- Barba Martinez, 2003). Tal filosofia não inovou nos elementos da cultura e filosofia clássica, mas apenas fez um reencontro e compreensão dos elementos da filosofia clássica (Villey, 2009).

René Descartes, foi o responsável pela formulação do referencial jurídico que iria estabelecer um feixe de garantias e direitos subjetivos conferidos a todos os indivíduos pelo fato de pertencerem ao gênero humano, seria a espécie de um conhecimento universalmente válido, não variando independentemente de lugar, tidos como direitos Universais do homem, nova lógica do humanismo, fruto deste pensamento se deu o modelo de lógica universal que por sua vez se contrapõem ao modelo aristotélico de lógica, que dominava a Idade Média até então. Então o modelo Cartesiano, inovou no sentido de que se aceitassem as leis que seriam universalmente válidas (Brandão, 2014).

Na Idade Média, os clérigos monopolizavam a educação e a produção cultural pertenciam a eles, e com o nascimento da então nova classe social da modernidade que se chamava de burguesia, tal monopólio foi quebrado, passando a existir uma nova classe, uma nova elite que tinha funcionamento fora das Igrejas, uma classe cuja preocupação e pensamentos críticos voltaram-se para as questões práticas. Todo o modelo de organização social visto nos tópicos anteriores, foi o principal formador que desencadeou o pensamento liberal burguês (Brandão, 2014).

Para a burguesia nascente, o ideal de busca dos direitos universais era algo de extrema importância para a sua afirmação econômica (Brandão, 2014).

Tal fato teve sua origem no capitalismo, que precisava que os direitos fossem reconhecidos como universais, visando a previsão dos mesmos direitos para a classe burguesa

de outros países. Estranho é o fato de que os direitos humanos nasceram fruto de uma ideia pautada na oportunidade de gerar riquezas a partir da ideia de propriedade privada, constituição de mercado e vendas (Brandão, 2014).

Dessa forma, o exagero da liberdade pelo modelo liberal, fez com que a liberdade que foi extremamente importante para existência dos direitos e garantias fundamentais, se tornasse um modelo de desigualdade e violador da dignidade da pessoa humana. Por essa razão por exemplo que os direitos tidos como de segunda geração se voltaram para a classe que detém a mão de obra usada anteriormente pela classe burguesa. Dessa forma a igualdade teve somente significado retórico, dissociado de repercussões práticas, traduzindo-se apenas em liberdade de iniciativa econômica pela classe burguesa (Brandão, 2014).

Tendo então os direitos humanos e fundamentais dirigindo-se a classe que vendia a mão de obra, que seriam os direitos sociais como o direito ao trabalho, e as condições dignas para a este trabalho, de modo que a liberdade conquistada aqui na segunda dimensão, é a igualdade materialmente considerada e não apenas no plano das ideias.

O direito, assim entendido como conjunto de regras, éticas, morais inclusive fruto de motivação divina da idade média reverberou num novo modelo de lógica, a lógica proposta por Descartes, frente a lógica dominante a época, que era a lógica de Aristotélica. (Brandão, 2014).

A evolução indiferenciada, assim chamada por conta da ausência de consciência na distinção entre direito positivo e direito justo, apresenta uma complexidade intrínseca na separação de diversos aspectos, incluindo religião, direito, moral, política, economia e até mesmo normas de etiqueta. Nesse contexto, ocorre uma interconexão entre diferentes subsistemas sociais, onde um ato ilícito jurídico pode se confundir com uma norma moral, por sua vez podendo ser confundido com uma prescrição religiosa. Essa sobreposição entre os diversos domínios sociais contribui para uma intrincada rede de influências mútuas (Adeodato, 2014, p. 85).

Na fase de indiferenciação pois nela, não há uma consciência de uma separação entre direito que acontece na comunidade e o direito criado pela natureza ou divindade.

Pode-se definir o Jusnaturalismo a partir de duas vias, há uma ordem jurídica além da empírica e passível de observação que é habitualmente e metaforicamente chamada de natural, natural aqui como algo vindo da natureza, isto é, aquilo que não foi produzido pelo homem (Adeodato, 2002, p. 187).

Este direito natural possuía como outra via, a ideia de que, na hipótese de um conflito com a ordem positiva, deve prevalecer esta ordem natural. Os jusnaturalismo entre eles,

possuem uma característica em comum que é a pretensão de retirar normas de fatos, possibilidades estas negadas pelos adeptos do direito positivo, isto é, os juspositivistas (Adeodato, 2002, p. 182).

A discussão caminha então para a evolução do jusnaturalismo até o surgimento da ideia de um direito posto, escrito. A última fase do jusnaturalismo chamada por Adeodato de “Contratualista” (Adeodato, 2014, p. 90). Conforme expõe Adeodato:

3 Considerações finais

Com o trabalho foi possível verificar que: os Direitos Fundamentais e humanos não encontram diferenças substanciais ou conteudistas, mas sim diferenças em dispositivos normativos internacionais. Portanto a diferença na realidade é de forma e não de conteúdo. Enquanto os direitos fundamentais se destinam a um determinado ordenamento jurídico em âmbito direito interno, que seriam os direitos por exemplos positivados na Constituição.

Costatou-se que o ponto inicial dos direitos universais ou direitos humanos se se deu a partir de um núcleo do que seria estes direitos, afinal era o seu nascimento. Então o núcleo dos Direitos Humanos foi formado a partir do reconhecimento de direitos universais, de modo a garantir estes direitos frente ao Estado absolutista à época.

É de se constar que a conceituação dos Direitos Humanos se deu em virtude de um tríptico contexto entre estado, política e Direito elaborado por KLEIN, 2008, p. 213.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco:** introdução. Tradução e notas de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional:** sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo.** 2. ed. [S. l.]: Nozes, 2014.

ASFORA, A. M. Reflexões críticas sobre os estudos teórico-jurídicos da hermenêutica filosófica: contribuições para a compreensão do direito como fenômeno vivo e contextualizado. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 16, n. 38, 2024. Disponível

em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2939>. Acesso em: 11 set. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro- Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao estudo dos direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3-14.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2.903, EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) - PERTINÊNCIA TEMÁTICA - CONFIGURAÇÃO - DEFENSORIA PÚBLICA - RELEVÂNCIA DESSA INSTITUIÇÃO PERMANENTE, ESSENCIAL À FUNÇÃO DO ESTADO. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-12-2005, Plenário, DJE de 19-9-2008). Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14735256?gl=1*y5j53e*_gcl_au*MTUyNDQ1MTU3NS4xNzI2ODczMDkx*_ga*MTU3Mzk0MDY2OC4xNzI2ODczMDc3*_ga_QCSXBQ8XPZ*MTcyNjg3MzA3Ny4xLjEuMTcyNjg3MzI1Ni42MC4wLjA. Acesso em: 20 maio 2023.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 18 dez. 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Council of Europe. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em: 30 set. 2023.

FERNÁNDEZ, Eusébio. Concepto de derechos humanos y problemas actuales. **Derecho y libertades**: Revista del instituto Bartolomé de las casas. Madrid: Universidade Carlos III, ano 1, n. 1, 1993.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos humanos dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000. In: HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 1997.

ISHAY, Micheline. **Direitos humanos: uma antologia.** Principais escritos políticos, ensaios, discursos e documentos desde a Bíblia até o presente. Trad. Fábio Joly. São Paulo: EDUSP, 2006.

KLEIN, Eckart. Elf Bemerkungen zur Universalität der Menschenrechte. *In*: NOOKE, Günter; LOHMANN, Georg; WAHLERS, Georg (org.). **Gelten Menschenrechte universal? Begründungen und Infragestellungen.** Freiburg: Herder, 2008. p. 213.

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

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, RJ: Vozes, 1994.

MARQUES, Clarissa. O conceito de direitos fundamentais. *In*: BRANDÃO, Cláudio. **Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva.** São Paulo: Atlas, 2014. p. 151-168.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Puesto de la historia em el concepto de los derechos fundamentales. **Anuario de derechos humanos,** Madri, n. 4, 1987.

RAMOS, André de carvalho. **Curso de direitos humanos.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2015.

SILVA, A. S. da. Tradição de direitos humanos no terceiro mundo? Uma crítica da crítica. **Duc In Altum - Cadernos de Direito,** [S. l.], v. 15, n. 37, 2023. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2822>. Acesso em: 11 set. 2024.

VILLEY, Michel. **Direito e os direitos humanos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.