

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29384-universalidade-dos-direitos-humanos-conex-o-com-os-valores-e-fun-o-pol-tica-universality-of-human-rights-legal-connection-with-the-values-and-function-politic>

Autore: Newton de Oliveira Lima

**Universalidade dos direitos humanos: conexão com os valores e função política (universality of human rights: legal connection with the values and function politic)**

# UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: CONEXÃO COM OS VALORES E FUNÇÃO POLÍTICA (UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS: LEGAL CONNECTION WITH THE VALUES AND FUNCTION POLITIC)

Newton de Oliveira Lima<sup>1</sup>

Resumo: Os direitos humanos são instrumentos de direcionamento político dos direitos fundamentais, incitam uma interpretação axiológica do sistema jurídico, não com base em valores absolutos, mas em valores relativizados no contexto cultural e histórico. Uma fenomenologia do Direito demonstra a necessidade dos direitos humanos para a reconstrução aplicadora dos conceitos abertos das normas, dos sentidos necessários à consecução dos princípios constitucionais e da luta pela cidadania participativa.

*Abstract: Human rights are instruments of political direction of fundamental rights, inciting an axiological interpretation of the legal system, not based on absolute values, but values in perspective in the cultural and historical context. A phenomenology of law demonstrates the need for human rights for applicator reconstruction of the concepts of open standards, the senses needed to meet the constitutional principles and the struggle for participatory citizenship.*

Palavras-chave: direitos humanos; universalismo; política;

*Key-words: human rights; universalism; politics;*

## 1. Valores político-culturais e direitos humanos

A relação entre os valores políticos e culturais com os direitos humanos está na busca de um paradigma histórica e socialmente mais concernente ao respeito à dignidade humana, liberdade, igualdade, enfim, aos direitos humanos universais que refletem em seus conteúdos normativos os valores

---

<sup>1</sup> Professor Assistente do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN.

histórica e consensualmente válidos no quadrante atual do tempo-espaço jurídico.

O início das discussões sobre os valores no direito implica na retomada dos fundamentos culturalistas traçados por Gustav Radbruch, jusfilósofo nascido na Alemanha em 1878-1949, que desenvolveu ao longo da primeira metade do século XX uma Filosofia do Direito de caráter neokantiano, voltada para a construção de valores jurídicos formais e relativos criados pelo sujeito no âmbito da razão, circunscritos à estrutura positiva do direito, sem caráter universal *a priori*, mas dependente da decisão do poder (LIMA, 2009b).

Com Radbruch, o direito passa a ter um novo objeto de estudo: os valores jurídicos, não positivados, mas pressupostos como finalidades do Direito e enquanto fundamento do mesmo satisfaz a normatividade não através da pressuposição de fatos sociológicos prévios, nem de normas abstratas em si, mas com a fundamentação referente a entes que são e devem ser, como os valores são e não são na realidade fática, mas a finalidade deontológica que lhes assegura o caráter de objetos à parte no orbe jurídico remonta, para o neokantismo no qual se filia Radbruch, no caráter formal-histórico-relativista dos mesmos (Scheler, 1948, p. 21).

Lima (2009c) alerta que a problemática de Radbruch resolve o relacionamento dos valores jurídicos como direito positivo no sentido da concretização pragmática oriunda de um reconhecimento histórico de proteção aos direitos humanos.

Lima (2009c, p.55) traça um quadro evolutivo dos valores, onde os mesmos começam a ser estudados pelo neokantismo como objetos lógicos (Escola de Marburgo) ou teleológicos (Escola de Baden), que possuiriam uma finalidade (dever-ser) ligada a uma idéia. Assim, a idéia do Direito seria a justiça, valor ao qual o direito positivo deveria se adequar (posição de RADBRUCH, 1974).

Em Scheler, como observa Lima (2009), a fenomenologia essencialista descreve valores objetivos e essenciais, com conteúdo prévio a toda experiência histórica; embasando direitos humanos dentro de uma posição

scheleriana, aqueles cumpririam a função de assegurar ao Direito uma absoluteidade da justiça, ao tempo que o colocaria numa escala de valores onde a religião, a moralidade, a estética seriam superiores ao “justo”.

Não existe, inclusive, uma escala apriórica absoluta de valores jurídicos, mas valorações do Direito que se arregimentam em torno da juridicidade historicamente desenvolvida, posta como uma pauta de necessidades e consensos construídos por idealizações coletivas envolvendo processos lingüístico-simbólicos de circulação de signos e discursos. Uma pauta de valores histórica e pragmaticamente escalonados é proposta por Lima (2009c, p. 134) com inspiração em Radbruch: justiça; fim; segurança; paz social; bem comum; conveniência.

A concepção da pós-modernidade sobre os valores é a discussão incessante dos fundamentos dos mesmos. Estancar valores em um paradigma essencialista, não democratizado e não conhecidos como objetos lingüísticos (valores são objetos da linguagem, reconstruíveis pelo processo isocrítico de discussão dos fundamentos dos mesmos), é volver a uma estrutura ultrapassada pelo multiculturalismo reinante na pós-modernidade.

A importância de se construir valores não absolutistas, não impositivos, não fundamentalistas ou essencialistas, comprometidos com a informação do ideal democrático que retoma a igualdade e a liberdade que se quer almejar como meta da sociedade pós-metafísica.

Expressão positivada dos valores jurídicos são os direitos humanos, protegidos pelo conjunto de sistemas normativos (tratados e pactos) internacionais e aptos a ser concretizados pela hermenêutica jurídica dentro dessa visão aberta e axiológica do sistema jurídico.

Dimanando conseqüências do pensamento de Max Scheler (1994, p. 150), os direitos humanos como direitos naturais poderiam ser re-fundamentados numa tradição metafísica católica de intangibilidade de seu conteúdo espiritual e as noções filosófico-jurídicas pós-modernas de transformação histórica, social, positiva do conteúdo dos valores estariam prejudicadas.

Os neoconservadores travestidos de republicanos, nos Estados Unidos da América, por exemplo, parecem confiar nas essências de valores postas pela intuição religiosa, que embasariam virtudes morais de fundo religioso no direcionamento dos debates públicos (LIMA, 2009a).

No entanto, em contraponto a qualquer revigoração de um 'essencialismo axiológico' a mutação lingüístico-racionalista da teoria dos valores empreendida pela filosofia pós-moderna e racional procedural. O marco estatuído por Alexy (2001,p.44) remete a uma crítica às teorias de matrizes emocionalista, intuicionista, irracionalista, decisionista, hedonista e sentimentalista dos valores em função da estruturação de uma teoria racional-procedural e lingüística da instância axiológica.

Para Resweber (2002), valores são idéias-símbolos construídos discursivamente. A racionalidade argumentativa e retórica deve reconstruir as disposições subjetivistas (intuição, emoção, desejo, prazer, moralidade) em suas projeções simbólicas – a colocação dos valores num espaço discursivo intersubjetivo, onde se compartilhem na razão pública as disposições culturais e subjetivistas oriundas do mundo da vida e critique suas pretensões de universalidade impositiva (não consensual e não discursivo) ou de contextualismo relativista (radicalizado, não comunicativo com outras culturas).

Luhmann (1983, p.104) coloca a necessidade de institucionalização dos valores, dentro de programas aptos a gerar políticas públicas. A complexidade da sociedade pós-industrial com suas expectativas variadas de comportamento dificulta a institucionalização programática de valores (LUHMANN, 1983, p. 107).

O programa normativo de institucionalização de expectativas deixa a tona o problema da pretenciosa teoria dos valores, da abstração dos mesmos em contraponto ao concretismo e especificidade das expectativas de comportamento dos indivíduos (LUHMANN, 1983, p.107).

Os programas de institucionalização de valores devem levar em conta o pluralismo dos mesmos e não sua univocidade (LUHMANN, 1983, p. 109); a generalização congruente de expectativas comportamentais promovida pelo

direito deve levar em consideração a pluralidade dos valores e a necessidade de aproximação de uns aos outros (LUHMANN, 1983, p. 108).

O etnocentrismo e auto-centralidade culturais devem necessariamente desfazer-se de projeções de valores auto-referentes como 'essências culturais' e hetero-referentes como 'universalidades absolutas'. Essa é a lógica da cultura de comunicação inter-ferente na pós-modernidade, incitando a criação de valores globalizados, relativizados num espaço público internacional.

Os direitos humanos, baseados em valores humanistas, democráticos e mutáveis quanto ao conteúdo agregado culturalmente não podem, todavia, prescindir de serem tratados como objetos com estrutura lingüística e construídos em nível racional-procedural (HABERMAS, 1992, p.45). A possibilidade do discurso, a defesa do discurso, implica considerar exatamente a relação fundamental entre discurso e democracia.

Quem, como Niklas Luhmann (HABERMAS, 1992, p.46), apregoa que o discurso é ineficaz e se contenta com o esvaziamento da possibilidade do discurso democrático universal, expressa já de antemão a ausência de um comprometimento com a crítica – entregas-te ao capitalismo e estarás perdido, parafraseando a máxima do 'Fausto' de Jonhann Wolfgang Goethe.

O diálogo intercultural deve ser objetado a pragmáticos como Richard Rorty (2005, p.25) precisamente o caminho para a aproximação discursiva das culturas pelo discurso.

Ao mesmo tempo, a cidadania jurídica supra-cultural constitui-se em direito subjetivo político, universalizado enquanto espeque de uma cidadania cosmopolita intangível, que coloca o ser humano como núcleo do direito internacional. Os direitos humanos são o corolário dessa dignidade humana extensível supra-culturalmente e inatacável pelo próprio Estado (HABERMAS, 2008).

A recolocação da estrutura universalista dos valores, como discursividade aberta, e dos direitos humanos como expressão de valores historicamente referenciais à democracia, implica no descentramento da

tradição essencialista ligada historicamente ao discurso fundamentador dos direitos humanos.

Um 'catolicismo' de valores humanos e democráticos opor-se-ia ao catolicismo religioso de cunho filosófico essencialista, metafísico e jusnaturalista. Um universalismo lingüístico e democrático de valores abertos a expressar direitos humanos cosmopolitas pode ser defendido em oposição a um universalismo impositivo, absolutista, a-histórico, essencialista, de fundamentação supra-histórica e/ou metafísica.

A fundamentação de uma teoria dos direitos humanos universais implica na remissão a uma teoria política democrática. O universalismo do discurso é a consecução da possibilidade universal de qualquer pessoa poder falar em âmbito institucional.

Em todos os níveis estatais a garantia da liberdade de expressão e o poder jurídico de reclamar contra abusos a direitos humanos universais deve ser assegurado. Tal postura democrática e institucional reflete um direito político aos direitos fundamentais, se se quiser, uma garantia supra-estatal e cosmopolita de politicidade inerente aos direitos humanos.

A justificativa gnoseológica de uma teoria dos direitos humanos universais não pode prescindir de uma estruturação calcada em uma teoria da linguagem que possibilita aos falantes a liberdade de fala (produção de discurso) em diversos 'auditórios' concebíveis porquanto forem o número de atores sociais que queiram falar (PERELMAN, 2004, p. 184-185); a crítica intersubjetiva; o acesso discursivo-instrumental de qualquer cidadão à defesa de direitos em sede institucional.

Desse modo, qualquer teoria dos direitos humanos e dos valores jurídicos, deve refutar as pretensões de um dedutivismo apriórico, que encampe sob as vestes de essencialismo, absolutismo ou racionalismo abstrato uma teorização universalista racional sobre direitos humanos e/ou valores jurídicos.

Tal posição se faz assente a partir da caracterização do paradigma de racionalidade tecnológica, pós-metafísica, discursiva, retórica, argumentativa e

democrático-comunicacional sobre as pretensões de ‘fundamentação última’ quanto ao conteúdo dos direitos humanos e dos valores jurídicos.

Todo etnocentrismo cultural ou catolicismo de valores aprióricos deve merecer ‘reparos’, pois os pontos de partida de construção de valores e direitos humanos devem ser indutivos, relativos, condicionados cultural e historicamente.

Assim, os pontos prévios que devem nortear o debate sobre a relação entre direitos humanos e valores jurídicos são:

- 1) Liberdade de fala e de crítica universalmente reconhecida aos cidadãos;
- 2) Institucionalização normativa de direitos fundamentais como expressão positivada de direitos humanos;
- 3) Garantia do controle público das instituições e espaços públicos de debate e circulação de informações;
- 4) Reconhecimento do marco cultural e relativista como ponto de partida para o debate sobre os valores e, conseqüentemente, sobre os direitos humanos, e busca da reconstrução racional e discursiva da universalidade dos direitos humanos deve ser o fito da sua construção jurídico-filosófica.

## 2. Notas de uma teoria geral dos direitos humanos: a posição de Avilés

Na perseguição de uma teoria universalista dos direitos humanos e seu significado político, um primeiro aspecto a ser focado é uma teoria geral dos direitos fundamentais, como destacado pela professora Maria Del Carmo Barranco Avilés. Ela menciona o estatuto de subjetividade dos direitos fundamentais. Encara-se o direito fundamental como interesse juridicamente protegido frente ao Estado.

Uma primeira crítica à aceção de subjetividade dos direitos fundamentais dá-se com base na rejeição à tradição liberal de considerá-los

“poderes de disposição.” Isso olvida a solidariedade como valor político e principalmente a natureza política desses direitos.

No campo da fundamentação política (publicista) da existência desses direitos faz-se necessário observar a sua concessão como liberdades políticas cedidas e vinculadas ao Estado (Jellinek), são *status* de ação vinculados ao ente estatal. Jellinek representa a corrente que encara os direitos como “interesse juridicamente protegido” (AVILÉS, 2004).

Os elementos de direito subjetivo são frequentemente associados a interesse e vontade, e representam uma fundamentação conceptualista que remonta a Savigny, Windscheid e Ihering. As teorias do interesse juridicamente protegido são associadas à tradição kantiana e a Ihering, tendo defensores atuais em MacComick (defesa do interesse do menor), Raz e Feinberg: titulares são aqueles a cujo interesse se protege (AVILÉS, 2004).

As teorias da vontade de poder são associadas à teoria do utilitarismo e defendidas por Hart, ‘quem não tem capacidade de expressar vontade não pode ter interesse protegido’ *apud* Avilés (2004). Titulares são os que possuem capacidade de autodeterminação e na medida em que possam exercer essa capacidade. Valoriza a garantia dos instrumentos que sustentam essa capacidade de expressão de vontade (AVILÉS, 2004).

Para Hart, conforme Avilés (2004), a expressão “ter direito” só se cumpre se se definirem condições estatuídas no ordenamento jurídico. Deve haver também a capacidade de controlar o comportamento do obrigado a satisfazer o direito. Hart considera que os defensores da teoria do interesse reduzem o direito subjetivo a um dever de prestação que se baseia na concessão de um benefício, não se distinguindo a posição de titularidade da posição de beneficiado (AVILÉS, 2004).

Avilés (2004) coloca que a doutrina espanhola resolve a disputa entre defensores da teoria do interesse e os defensores da teoria da vontade colocando o direito subjetivo no plano da proteção estatal genérica, sendo o direito subjetivo protegido pública e genericamente, seguindo orientação de Dabin. A proteção de direitos é uma função social, mas não se pode negar que

primeiro ele tem uma dimensão de titularidade que depois redonda em interesse social.

Avilés (2004) aborda como se estrutura do direito subjetivo enquanto barreira contra o poder, isto é, de um ponto de vista interno ao ordenamento como se articula o direito subjetivo.

A posição mais importante analisada é a de Kelsen *apud* Avilés (2004), para quem direitos fundamentais funcionam como normas de competência que estabelecem os limites dentro dos quais o legislativo pode estabelecer leis válidas.

Para Atienza a estrutura do direito subjetivo é voltada para a facultatividade do exercício pelo titular e pela obrigação do cumprimento pelo obrigado. São direitos-deveres (AVILÉS, 2004).

Para Hierro *apud* Avilés (2004), o critério de classificação pode ser definido como direito-dever que se desdobra em direitos discricionários (ativos e não ativos) e direitos obrigatórios (ativos e não ativos).

O fato é que os teóricos espanhóis prevêem garantias para direitos como condições para o ordenamento proteger direitos subjetivos, o que enfoca uma metodologia jurídica de previsão de mecanismo de efetivação e de proteção através de instrumentos processuais operacionalizáveis no ordenamento (AVILÉS, 2004).

A primeira ordem de garantias são as próprias normas constitucionais. Existe uma ordem de garantia que é fundamentada na manutenção de uma estrutura judicial de proteção do conteúdo essencial dos direitos subjetivos fundamentais. Para Pietro *apud* Avilés (2004): 'a defesa do conteúdo essencial constitui a última trincheira de proteção de liberdades.'

A classificação tradicional que caracteriza os direitos fundamentais em absolutos, universais e inalienáveis é criticada por A. Ruiz Miguel *apud* Avilés (2004), porque os direitos sociais são direitos de prestação que podem e devem ser concretizados e que requerem condições especiais, segundo Pietro:

devem ser criadas condições de efetividade; deve predominar a dimensão objetiva sobre a subjetiva;

O fato é que os direitos sociais assentam sobre bens que se consideram valiosos e por isso devem ser efetivados. Tem vinculação com a universalidade que se atribui aos direitos humanos e se fundamenta nesse *a priori* da ética pública e do direito público modernos (AVILÉS, 2004).

Parte da doutrina internacional trata de direitos morais como embasamento dos direitos fundamentais. O fato é que os direitos morais seriam impostos como deveres morais ao Estado, como asserta Carlos Nino *apud* Avilés (2004), que os toma como moralidade intersubjetiva e como defesa de um âmbito individual contra intromissão do Estado.

O valor também é tomado como fator de sistematização para os direitos fundamentais, posto que não se deve olvidar a função do valor dignidade humana como valor-central que conjuga os direitos fundamentais, isto porque ele articula os diversos direitos fundamentais centralizando-os em aplicabilidades concretizáveis.

Exemplo disso é conjugar a vinculação entre valor e necessidade, perfazendo a construção de uma teoria pragmática e aplicativa dos direitos fundamentais: direitos de autonomia como predominantes no campo do mercado (reflete valores liberais); no campo político tais valores liberais por vezes se opõem a virtudes cívicas republicanas como objetivos sociais expressos em normas jurídicas concretizáveis.

### 3. Direitos humanos, direitos fundamentais e princípios jurídico-normativos

A construção de direitos fundamentais deve estar ancorada em princípios, que são estruturas normativas abertas, estruturantes de outras normas, pautas de nível interpretativo em relação à normatividade primária; são *standards* jurídicos de nível superior que se diferenciam de normas comuns (DWORKIN, 2002). São proposições que descrevem direitos para casos difíceis.

Para Alexy (1993, p.45) princípios são mandatos de otimização de valores que estão como o norte do ordenamento. Existem valores superiores inseridos na Constituição, como no caso da espanhola, que devem ser orientadores da aplicação dos princípios e norteamentos primordiais na concretização constitucional levada a cabo pelo judiciário. Instrumentalizam o ordenamento jurídico.

No entanto, valores carecem de uma estrutura na positividade jurídica. Nesse aspecto os valores estariam conjugados aos direitos fundamentais e seriam os fins supremos do ordenamento. No entanto, o juiz somente pode aplicar fórmulas jurídicas traduzidas em normas no ordenamento, ao menos se a vinculação seja somente política.

O fato é que a institucionalização 'direta' de valores é perigosa a partir do paradigma crítico traçado por Alexy (2001), haja vista o fato de que valores em si (ideais abstratos, essências espirituais etc, dependendo da concepção que os fundamente) são insuscetíveis de uma normatização, devendo estar previstos em linguagem normativa: o tribunal constitucional deve concretizar os direitos fundamentais não a partir de uma visão axiológica 'material', mas como normatividade concretizável.

A necessidade de fixação de valores por meio da linguagem normativa, todavia, não impede o manuseio de valores na hermenêutica constitucional e na atividade política de defesa de direitos humanos, pelo contrário, a politicidade dos direitos humanos é garantida pela previsão normativa como um marco de segurança jurídica e a descrição de um conteúdo mínimo.

A predominância de uma visão positivista que despreza a valoratividade no âmbito de atuação do jurista e do operador do direito em geral é realmente fator dos mais execráveis no sistema jurídico brasileiro; a cultura legalista, fruto desse positivismo estrutural do Estado, é o que emerge quando se estuda a formação ideológica dos profissionais do direito; nem mesmo a metodologia e os próprios pressupostos positivistas são seguidos cientificamente, pois a formação jusfilosófica é tão deficitária que os próprios operadores do sistema filosófico-jurídico dominante é um substrato que fica na consciência jurídica do operador do direito como apego 'incondicional' ao texto normativo, sendo que a

lei é tomada quase que invariavelmente como superior às principiologias; de valores jurídicos então, praticamente nem se cogita.

Alexy (1993, p.43), partindo da teoria de Von Whight de que os conceitos práticos dividem-se em: “*deontológicos, axiológicos e antropológicos*” elaborou a diferenciação entre princípio e valor, identificando o primeiro como elemento do orbe deontológico e o segundo com o mundo axiológico.

Deontologia é o dever-ser, isto é, a adequação do ser a uma finalidade; axiologia é a consideração de algo sob uma ótica de tomá-lo como bem, como ente suscetível de estima, ou seja, de valor. Diz Alexy (1993, p. 139-40):

*(...) según Von Wri Roth, los conceptos prácticos se dividen en tres grupos: conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos. ejemplos de conceptos deontológicos son los de mandato, prohibición, permisión y del derecho a algo (...)en cambio, los conceptos axiológicos están caracterizados por el hecho de que su concepto fundamental no es el de mandato o deber ser, sino el de lo bueno. la variedad de los conceptos axiológicos resulta de la variedad de los criterios de acuerdo com las cuales algo puede ser calificado de bueno.*

Assim, a conclusão que se pode depreender da teoria de Alexy é que a norma, em sendo “mandato, proibição, direito a algo”, só pode estar inserta na categoria deontológica; e que o princípio, como expressão da orientação interpretativa e/ou integrativa da normatividade, é um componente deontológico do Direito.

Alexy (1993, p.145) elabora um esquema no qual se pode interpretar o conceito de norma assaz extensivamente, apresentando dois momentos: normatividade formada por princípios e regras (norma em si, como deontologia); por outro lado, a norma apresenta-se numa acepção estritamente axiológica, ou seja, tomada como um valor do ordenamento jurídico (o valor inserido linguisticamente no programa normativo).

Para Alexy (1993, p. 147), a única diferenciação entre norma e valor era exatamente o carácter deontológico do primeiro e o axiológico do segundo: “*los*

*principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.”*

Complementado este pensamento com a afirmativa de que os valores são e devem ser, ou seja, o valor representa uma vivência pessoal e social do homem, ainda que ele tenha que vir-a-ser no plano do Direito, ele já é uma efetividade no “mundo da vida”, ‘mundo da ação’, o “*lebenswelt*” de Edmund Husserl (REALE, 1963), é um componente do ser, sob esse ponto de vista.

Deve-se, então, reportar a uma categorização teórica do valor de um lado (plano axiológico) e da normatividade e princípios de outro (plano deontológico), distinção esta que é de fundamental relevância para a posterior assertiva de que os valores são a base formal da constituição dos princípios e normas no sistema jurídico, pois de antemão estatui a separabilidade entre as esferas axiológica e deontológica, separação esta que, no entanto, como se verá adiante, não significa exclusão entre os respectivos campos, mas antes indica a preeminência e o *a priori* do primeiro em relação ao segundo.

Diante disso, qual seria então a função e a posição do valor no surgimento e unidade do sistema jurídico? Aquela integração entre princípio e norma parece tão concatenada que o valor seria quase um intruso em uma díade perfeita.

Entretanto, doutrinadores como Gomes Canotilho e Vital Moreira, citados por José Afonso da Silva (1997, p.93-94), dão um passo importante para afastar tal ilusão, quando apregoam que os princípios “são “núcleos de condensações” nos quais confluem valores e bens constitucionais e, conseqüentemente, os valores no âmbito da legalidade. Destarte, conforme tais autores há possibilidade concreta e formal de um relacionamento entre valor, princípio e norma.

Todavia, nota-se claramente que essa posição, apesar de não aceitar a igualdade entre valoração e normatividade, ainda não fundamenta o princípio no valor, mas ao contrário, integra-os numa consubstanciação dialética, onde há uma práxis integradora.

Não que se negue a possibilidade de uma confluência complementar entre princípios e valores no âmbito da positividade normacional. Entretanto,

tem-se que frisar a preeminência dos valores por sobre os princípios como formadores da lei e sustentadores do ordenamento jurídico. É imprescindível o esclarecimento desse ponto, que deve constitui tese central da teoria jurídico-axiológica moderna.

Poder-se-ia dispensar o valor como fundamento do sistema jurídico do modo normativista kelseniano, que concebe a relatividade axiológica como expressão da impossibilidade de uma base eficaz do Direito, dada a mutabilidade constante das concepções valorativas em função da possibilidade sempre presente do juízo subjetivo de valor (REALE, 1994).

Adotando a postura quase-ontognoseológica de Nicolai Hartmann, para quem a investigação deve-se pautar na ontognoseologia do conhecimento, isto é, no reconhecimento *a priori* da especificidade do objeto e do sujeito em relação um ao outro, mas dando-se prioridade ao objeto em estudo; esta postura cognitiva do ontognoseologismo, produto aperfeiçoado do criticismo badeniano, é utilizada por Reale (1994) para fazer que se revele a fenomenicidade do Direito em toda a sua plenitude e originalidade, porém sem dar ênfase ao aspecto do objeto ou do sujeito, propugnando por um equilíbrio entre ambos, ao tempo em que supera a fenomenologia husserliana transcendental (REALE, 1994).

A partir da crítica à metodologia de Kelsen, ter-se-ão elementos suficientes para a demonstração da importância do valor no campo do Direito, afastando-se a metodologia científica da Escola de Marburgo a que adere Kelsen, na qual se concebe o objeto como uma espécie de criação, por assim dizer, do investigador científico.

Gomes Canotilho<sup>2</sup> expõe a visão das correntes idealistas do Direito, notadamente Rudolf Smend, para quem a validade da Constituição e,

---

<sup>2</sup>Canotilho (2000, p.116): “O problema do fundamento de validade de uma constituição (=problema de legitimidade) tem sido prevalentemente respondido com base numa teoria dos valores: todo o direito é, em essência, a realização de certos princípios de valor; baseia-se num conjunto de valores fundamentais, residindo a “medida” destes valores na consciência jurídica de uma comunidade juridicamente regulada (Triepel). O princípio objectivo fundamental da consciência jurídica seria, nesta perspectiva, a “ideia de direito”. Esta teoria da legitimidade chama-se, desce a época de Weimar, teoria da legitimidade científico-espiritual porque: (a) o direito constitucional significa a posituação de uma legitimidade valorativo-espiritual(Smend); (b) diferentemente do formalismo jurídico(típico de dogmática civilista) e do “positivismo do

seguintemente de toda a legislação, é pautada no fundamento estimativo da primeira, o que por si só afasta o positivismo e o realismo jurídicos, correntes jusfilosóficas que almejam obliterar o fulcro valorativo da normatividade.

#### 4. O individualismo político-axiológico e democracia liberal como primazes na vivência dos direitos humanos

No âmbito jurídico-político, o momento valorativo, dominado pelos valores da cultura de um modo essencialista ou religioso como centralidade da ordem constitucional, sofreria de um acréscimo incontido e a norma e a fato social estaria à mercê de considerações abstratas e até desumanas; a sociedade cairia numa alienação no sentido nietzschiano, ou seja, veneraria o objeto criado e não o sujeito humano criador.

Dessarte, só numa acepção individualista da política, como base do valor moral liberdade e personalidade enquanto núcleos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais positivados, é que se pode verdadeiramente pensar numa libertária constituição da normatividade para a justiça social e demais valores jurídicos; somente num sistema individualista as opiniões particulares e os valores objetivos são livremente apreciados e confrontados na arena política.

Só numa democracia liberal, tal como vem sendo propugnada e gradualmente formada no Ocidente desde a Grécia Antiga (sofismo), passando pelo personalismo cristão e depois pelo liberalismo clássico e suas variáveis (socialismo democrático, liberalismo social), é que se faz a possibilitação de uma vivência social e individual dos valores jurídicos, políticos e culturais, como disse Reale<sup>3</sup>.

---

poder”(na sua orientação histórico-sociológica), ela considera que só a validade intrínseca, isto é, o conteúdo de valor ideal corporizado na constituição, merecedor do reconhecimento e convicção por parte da colectividade, pode constituir o critério válido da legitimidade constitucional. Trata-se de um critério de legitimidade material, pois: (1) contra o positivismo jurídico, intrinsecamente vazio ou valorativamente neutral, e (2) contra o realismo do poder(para quem o direito vale apenas como um sistema de legalidade funcionalística ou como simples expressão das relações de força reais), esta teoria insiste na ideia de que só o reconhecimento da validade jurídica do texto constitucional assente na livre convicção da colectividade sobre a sua consonância com os valores jurídicos, pode legitimar, no plano material, qualquer constituição.”

<sup>3</sup> Reale (1977, p. 196-197): ‘Em resumo, não haveria valor, se não houvesse no ser humano possibilidade de escolha livre entre as alternativas imanentes à problemática axiológica, nem se poderia falar em liberdade, se não houvesse possibilidade de opção e participação real dos

Essa concepção apriorica do valor e da liberdade é o que deve preconizar todo o autêntico individualismo político-axiológico; uma filosofia formalística como a de von Wright e Alexy apenas tem o mérito de afastar o dever-ser intrínseco ao valor; Reale (1994), por outro lado, com seu essencialismo axiológico historicista, fundamentando o valor na experiência histórico-individual, fragiliza a idealidade axiológica e elimina a possibilidade de uma hierarquia valorativa.

Quanto ao fundamento do valor, deve-se aproximar mais de uma visão política das valorações, que anteveja na liberdade o valor-garantia sem o qual nenhum outro pode desenvolver-se; a objetividade da personalidade, da ação de fala e de reconhecimento da dignidade do indivíduo e sua liberdade política *ex ante* a todas as referências culturais é inatacável e invariável, assim como à possibilidade desse sujeito político possuir liberdade frente à cultura e até além da cultura - o acesso ao discurso e a razão universal são pressuposições a todo o debate sobre valores e direitos humanos; pré-condições aos extratos políticos e culturais que queiram dialogar com outros, e não se fechar em sua auto-referencialidade etnocêntrica.

O que varia e se relativiza é tão-somente a interpretação que os dá cada ente humano histórico que se encontra ligado *in essentia* com a idealidade; essa relação da consciência humana com o objeto ideal gera uma correlação entre forma absoluta e abstrata (idealidade) e matéria relativa e concreta (psiquismo humano realizador de valores).

Que tem, portanto, a estrutura axiológica haver com o individualismo político? Por ser o individualismo a corrente que pressupõe a liberdade como

---

valores e das valorações, e, mais ainda, se a liberdade tivesse de se atualizar gratuita ou vaziamente, sem um conteúdo teleológico capaz de conferir legitimidade à ação. Existe, por conseguinte, entre valor e liberdade, e valor e vida (tomado este termo na sua binada acepção material e espiritual) uma complementaridade essencial, que se reflete e concretiza no valor da pessoa como mediador de sentidos entre o indivíduo e a sociedade, compondo a complexa e sempre renovada faina da história.

Poder-se-ia afirmar que, valor e liberdade são os dois pólos necessários à determinação do âmbito da vida ética, sendo impossível que ambos se fundam no centro que representa a inatingível plenitude da autoconsciência individual e coletiva. Ainda, porém, que tal ideal jamais possa ser alcançado, é ele a fonte inspiradora de nossa conduta, sendo o espírito, a um só tempo, valor e liberdade, como é, a um só tempo, pensamento e ação. O que se escolhe e se quer, escolhe-se e quer-se em concreto, não em abstrato: sem o momento da ação, o ser do homem seria como uma obra de arte em esboço.'

valor é que uma vez instalado na sociedade, poderá em seu seio fomentar a livre atitude captadora e debatedora dos valores; em outras palavras, com a liberdade imprimida no individualismo democrático enquanto sistema e regime político a capacidade cognosciva axiológica terá livre curso para firmar-se, sem a imposição autoritária de constelações axiológicas dominadas por valorações sociais ou culturais tirânicas.

O processo de construção e de diálogo interferente gerador de direitos humanos só tem condição de se desenvolver plenamente com a liberdade como ponto de partida – concordando com Kant (2004), somente a liberdade é um direito natural do ser humano, e dela decorrem a dignidade e a autonomia.

Essa liberdade diversifica-se em variados campos: o político, o jurídico, o social, e em todos eles informa a finalidade última de todo o sistema individualista: buscar a satisfação dos valores jurídicos através da livre construção de uma normatividade e de uma principiologia libertária do Direito, tanto em seu processo constitutivo na formalidade jurídico-política, como em sua efetividade social.

Sintetizando, o direcionamento dos valores para uma interpretação axiológica da norma:

Entende-se que, se a interpretação estiver voltada para a concretização da norma que abriga os direitos fundamentais em função dos valores jurídicos que ela deve refletir, aferindo o contexto político subjacente de aplicação da lei, perceberá a finalidade de aplicação do direito constitucional em função da resolução de necessidades sociais efetivas (LIMA, 2009b, p. 19)

## 5. A metódica dos direitos humanos em Canotilho como exemplo da interdependência entre princípios, política e valores

Canotilho (2000, p. 396) encarta a divisão entre direitos do homem e direitos fundamentais, estes últimos os institucionalizados e positivados, os primeiros decorrentes da dimensão universalista. Passa a analisar as divisões clássicas dos direitos.

Para Canotilho (2000) o direito dos modernos seria a liberdade em sua estrutura privada; o direito dos antigos, a liberdade em sua função de

participação na pólis. Os direitos naturais os inerentes à humanidade e anteriores ao pacto social. Os direitos civis são os proclamados nas cartas de direito (CANOTILHO, 2000).

Outra oposição crucial para Canotilho (2000, p. 398) vem de direitos civis enquanto esfera da individualidade e os direitos políticos enquanto esfera da cidadania, para os aptos a participar da vida política. As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* para a defesa do cidadão contra o Estado.

Garantias são mecanismos formais do cidadão de exigir dos poderes públicos proteção aos seus direitos, através dos meios processuais adequados. Canotilho especifica a natureza especial dos direitos da personalidade frente aos direitos fundamentais englobam hoje, inclusive, os direitos de cidadania. Apregoa um caráter duplo dos direitos fundamentais: individual e institucional, nesse último caso resguardam-se em um núcleo essencial mínimo.

Canotilho afirma a função do sistema do direito constitucional positivo: é um regime jurídico especial; serve para a classificação e incorporação de outros direitos no texto constitucional; o sistema garante uma mais-valia de aplicabilidade e garantia dos direitos fundamentais.

Referências do sistema constitucional: radical subjetivo (remete ao individual); direitos com função defensiva e negativa contra o Estado, proibindo-o de interferir na liberdade individual. O conteúdo dos direitos é definido pelas políticas legislativas, a fim de assegurar a dimensão material dos mesmos (prestação do Estado como dever).

Os direitos fundamentais não são somente os explícitos, mas também os materialmente constitucionais, decorrentes da compreensão da norma constitucional como cláusula aberta, são chamados de fundamentais dispersos (CANOTILHO, 2000, p.396).

Outra distinção essencial traçada por Canotilho (2000, p. 397) é entre direitos fundamentais em sentido formal e material, e direitos fundamentais em sentido formal. A materialidade aqui referida é o espaço da subjetividade humana como referente antropológico, isso é o radical subjetivo, a pretensão de poder e o querer dos grupos de ação. Formalismo é a mera previsão

normativa escrita dos direitos fundamentais, a simbolização e linguistificação no ordenamento dessas pretensões de vontade e poder difusos socialmente.

As funções dos direitos fundamentais são (CANOTILHO, 2000, p. 404) : A) de defesa ou liberdade; B) a da prestação social (direitos sociais originários- os particulares podem exigir do Estado ou os direitos sociais derivados, os cidadãos podem exigir políticas públicas e medidas legislativas para implementar direitos sociais); C) a de proteção perante terceiros; D) de não discriminação (possibilitar ações afirmativas para minorias e excluídos/discriminados).

A partir das colocações de Canotilho observa-se que o Estado não radicalmente democratizado deve ser controlado pela função política dos direitos humanos implementada pelos agentes democráticos.

O poder do Estado na idade pós-moderna assoma como avassalador, tenta recuperar a legitimidade e a coesão social pela força em um 'Estado de Exceção', conforme Agamben (2004, p.98).

A destruição da legitimidade afronta a necessidade de ordem e a retomada dos fundamentos estabilizados não se recupera na imensidão do vazio da ruptura da ordem: o irracionalismo da pós-modernidade está aí a corroer as amarras de um tempo de reconciliação, de modo a isolar as expectativas de uma legitimidade integral, que realmente construa consenso deliberado.

Expectativas de crise e expectativas de idéias de legitimidade são duas formas de isolar o fenômeno sócio-estatal das peripécias da estrutura da realidade integral. O projeto discursivo sobre valores parece não surtir efeitos sobre a realidade hipercomplexa onde o poder tecnocrático e econômico pretende operar sem freios.

O procedimentalismo parece por vezes impotente e, no mais, o importante é volver antes dele, na formação da vontade de cidadania e na construção das condições de comunicação mais eficazes pelos indivíduos (educação pública, inspeção estatal sobre o conteúdo educacional da programação midiática).

## 6. Conclusão: a função política dos direitos humanos

A função política dos direitos humanos está expressa principalmente na colocação de um conjunto de idéias e disposições teóricas que se enriquecem com a *praxis* da relação sociedade-norma.

Na interação teoria-norma-efetivação, está a importância dos direitos humanos para a sociedade. Nesse sentido, a educação para os direitos humanos é fundamental. A concepção dos mesmos como um campo de análise prévio às relações sociais hipercomplexas no capitalismo serve para que se tenha uma noção da sua importância pragmática.

Quando um cidadão reclama contra o Estado, judicial ou extrajudicialmente, exigindo direitos humanos coletivos ou individuais, colocando frontalmente a problemática da concepção humanista contra a despersonalização mecanicista, tecnológica e tecnocrática capitalista, faz-se notar a relevância dos direitos humanos.

Viver a práxis dos direitos humanos é uma maneira de contornar a crise da legitimidade do Estado, o esvaziamento da esfera pública e a proposição de um modelo de revigoração da participação; na verdade, ampliar estratégias de participação social no Estado à luz da sociologia do direito rumo a uma aproximação com a esfera pública dialógica (razão comunicativa e crítica). A questão da cidadania deve ser revigorada como incitamento à democracia participativa e à cidadania contestatória, proposta de Robert Dahl (2005, p. 37).

A importância política dos direitos humanos transcende a própria positividade dos mesmos. A relação direitos humanos-direitos fundamentais, na dicotomia por vezes problematizada entre ambos, mais que uma questão de teoria da Constituição, teoria do Direito, entre outras posições, é um problema de difusão e educação para direitos humanos e também um problema político.

A concepção de que somente se pode efetivar direitos humanos que estejam positivados configura uma limitação injustificada dos mesmos, haja vista o fato de que os direitos humanos já previstos na Carta da Onu em 1948 são, antes que normas jurídicas, repositários da consciência histórica e cultural de uma dimensão universal dos direitos humanos.

A posição histórica das agruras contra a humanidade a partir do terror do holocausto e todas as matanças étnicas e coletivas dos séculos XVI a XX e na atualidade são um terrível retrospecto de como se deve possuir uma consciência coletiva de proteção dos direitos humanos.

Mais do que métodos de concretização judiciais de direitos humanos, necessita-se que a consciência de cidadania coletiva seja informada e direcionada pelos direitos humanos. O papel do Estado deve ser não apenas negativo de proteção e de prestação de direitos humanos, mas positivo num sentido educacional, onde as políticas públicas de divulgação, debate, enfim, educação coletiva para que os direitos humanos sejam prementes impulsos para a atuação social transformadora das condições de ignorância, preconceito, desigualdade, pobreza etc.

Assim, com a ampliação da educação e do debate público sobre os direitos humanos pode-se repensar instrumentos de sua efetivação, assegurando sua condição de idealizações coletivas (Habermas, 2002, p. 500), capazes de buscar com eficácia modelos discursivos sobre a crise do conceito de humanidade na pós-modernidade.

## 7. Referências

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

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild da Silva. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AVILÉS, Maria Del Carmen Barranco. **La teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2000.

DAHL, Robert. A. **Poliarquia**. Trad. de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 2005.

DWORKIN, Ronald. **La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria**. In: Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Trad. de Imer B. Flores, n. 7, p.03-54, jul./dez., 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**. Lisboa: Instituto Jean Piaget, 1992.

\_\_\_\_\_. PUTNAM, Hilary. **Normas e Valores**. Madrid: Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes. Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. Parte I**. Trad. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

LIMA, Newton de Oliveira. **Crítica à fundamentação axiológica das correntes de pensamento jurídico**. Fonte: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2008/Discentes/Critica%20a%20fundamentacao%20axiologica.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2008/Discentes/Critica%20a%20fundamentacao%20axiologica.pdf). Acesso: 07 de Setembro de 2009.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: MP editora, 2009a.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch**. Fonte: <http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/27789.html>. Acesso: 06 de Setembro de 2009b.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch**. Recife: Fasa, 2009c.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, vol. 1.

PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SCHELER, Max. **Da Reviravolta dos Valores**. Trad. de Marco Antônio Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 1994.

\_\_\_\_\_. **Ética**. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1948, tomo I.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14.ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 5.ed. Trad. Cabral de Moncada, Coimbra, Portugal, Editora Armênio Amado, 1974.

REALE, Miguel. **Experiência e Cultura**. São Paulo: Grijalbo-Edusp, 1977.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo e Liberdade**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

\_\_\_\_\_. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RESWEBER, Jean-Paul. **A Filosofia dos Valores**. Trad. de Marina Ramos Themudo. Coimbra: Almedina, 2002.

RORTY, Richard. **Verdade e Progresso**. Trad. de Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005.