

A CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS MORAIS

Bruno Cunha Weyne¹

RESUMO

O trabalho objetiva analisar e propor uma interpretação conceitual dos direitos humanos, a fim de evitar o uso impreciso e irrefletido dessa expressão. Inicialmente, demonstra que os direitos humanos são uma espécie de direitos subjetivos, dotados de cinco traços distintivos: a universalidade, a fundamentalidade, a abstratividade, a moralidade e a prioridade. Em seguida, explora o caráter moral dos direitos humanos e as consequências disso para a ordem jurídica.

PALAVRAS CHAVE

Direitos humanos. Direitos subjetivos. Moralidade.

ABSTRACT

The work aims to analyze and to propose a conceptual interpretation of human rights in order to avoid the imprecise and reckless use of that expression. Initially, it demonstrates that human rights are a category of subjective rights, with five distinctive features: universality, fundamentality, abstractivity, morality and priority. After that, it explores the moral nature of human rights and the consequences that follow from this to the legal order.

KEYWORDS

Human rights. Subjective rights. Morality.

1 INTRODUÇÃO

A expressão “direitos humanos” encontra o mesmo obstáculo de quase todas as palavras do vocabulário político, tais como: “povo”, “liberdade”, “soberania” e

¹ Mestrando em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Membro-secretário do Grupo de Pesquisa “Filosofia dos Direitos Humanos” (UFC/CNPq). E-mail: brunoweyne@yahoo.com.br.

“democracia”. Pode-se observar que o uso impreciso e irrefletido desses termos na linguagem cotidiana aponta geralmente para o seu significado emotivo, o que gera um inevitável esvaziamento semântico e um desgaste da sua força político-jurídica. Ademais, a falta de uma elucidação da noção de direitos humanos abre caminho para que eles sejam utilizados de modo inflacionário, servindo, muitas vezes, de instrumental retórico a serviço de interesses particulares e arbitrários daqueles que os invocam.

A fim de superar tais limites ao reconhecimento e à proteção desses direitos, o primeiro e necessário passo a ser dado no estudo dos direitos humanos é entender qual é o alcance dessa expressão, para além da sua conotação meramente emotiva. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva analisar e propor uma interpretação conceitual desses direitos que se baseie em argumentos plausíveis e que possua uma relevância para a prática e para a teoria dos direitos humanos. Para realizar essa tarefa, a pesquisa divide-se em duas partes: a primeira busca explorar as características que distinguem os direitos humanos dos demais direitos; a segunda dedica-se a examinar, com maior profundidade, a característica tida como mais importante, a saber: a sua *moralidade*.

2 UMA INTERPRETAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, como se extrai da própria expressão, são uma espécie de direitos. No entanto, o termo “direito”, por si só, já enfrenta uma série de dificuldades linguísticas. Em seu uso comum, conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior², o termo “direito” é sintaticamente impreciso, pois pode ser ligado a verbos (meus direitos não valem), a substantivos (o direito é uma ciência), a adjetivos (este direito é injusto), além de poder ser usado como substantivo (o direito brasileiro prevê...), como adjetivo (não se trata de um homem direito) e como advérbio (ele não agiu direito). Do ponto de vista semântico, o termo “direito” é, por um lado, denotativamente vago, porque tem vários significados. O citado autor traz como exemplo a seguinte frase: “*direito* é uma ciência (1) que estuda o *direito* (2) quer no sentido de direito objetivo (3) – conjunto das normas –, quer no sentido de direito subjetivo (4) – faculdade”³. Por outro lado, tal termo é conotativamente ambíguo, já que, no seu uso comum, é impossível determinar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que é utilizado. Finalmente, a partir de uma perspectiva pragmática, o termo “direito” não só designa objetos e propriedades, mas também expressa emoções, sendo dotado de forte carga emotiva.

Dessa maneira, para se compreender as características dos direitos humanos, faz-se necessário antes saber qual a acepção do termo “direito” que mais se adéqua ao caso. Para Carlos Santiago Nino, a pergunta acerca do tipo de situação normativa que tem que ocorrer para que surjam direitos humanos é um problema que se apresenta na análise do

² Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 37-38.

³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, *op. cit.*, p. 38.

conceito de direito subjetivo em geral⁴. O mesmo autor demonstra que, entre as várias propostas de conceituação de direito subjetivo, o significado dominante alude a deveres correlativos de outros ou a deveres que formam o que ele chama de “perímetro protetor”. Segundo essa concepção, “frases da forma ‘tenho direito a x ’ fazem referência à existência, no sistema relevante, de uma norma que impõe a outros o dever de deixar de fazer x ou de me facilitar a realização de x – se x é uma ação – ou de me proporcionar (ou me fazer x) ou não me retirar (ou não me fazer x) – se x é um bem ou benefício”⁵.

Diante disso, pode-se observar que o conceito dominante de direito (subjetivo) é constituído pela relação de, no mínimo, três variáveis: um *titular* (sujeito), um *destinatário* (terceiro) e um *objeto* (bem da vida x). Assim, o direito à liberdade em seu sentido liberal clássico tem o cidadão como titular, o Estado como destinatário e a omissão de intervenções estatais na vida como objeto. Tendo em mente essa estrutura de três variáveis, importa agora perquirir o que distingue os direitos (subjetivos) em geral dos direitos humanos, haja vista que qualquer direito humano é também um direito (subjetivo), porém, nem todos os direitos (subjetivos) são direitos humanos. Por exemplo, o direito que vendedor tem de exigir o pagamento de um preço em dinheiro pela transferência do domínio de certa coisa certamente não possui as características necessárias para compor um catálogo de direitos humanos. Mas que características seriam essas?

Na sua obra *Constitucionalismo Discursivo*, Robert Alexy entende que os direitos humanos podem ser definidos a partir de cinco características, a saber: a *universalidade*, a *fundamentalidade*, a *abstratividade*, a *moralidade* e a *prioridade*⁶. A proposta desse autor mostra-se bem razoável, uma vez que permite distinguir, com certo grau de precisão, quais direitos (subjetivos) são também direitos humanos e, por consequência, possuem um *status* independente e superior aos demais direitos. A seguir, cada uma dessas características será concisamente explicada, para, em seguida, examinar-se mais detidamente o caráter moral dos direitos humanos.

A primeira característica – universalidade – expressa que os direitos humanos constituem obrigações e deveres *erga omnes*, isto é, válidos para todos, independentemente da cultura, da tradição, da religião ou do grupo a que se faça parte. A universalidade desses direitos surge como um contraponto às crises e aos riscos da moderna civilização, que já não podem mais ser suplantados com base em formas tradicionais de *ethos*, ou seja, pela invocação de instituições políticas e jurídicas tradicionais⁷. Explica-se: a tradição é marcada por concepções individualistas dos valores, de tal modo que cada sociedade e cada cultura julgam-se donas da verdade e

⁴ NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 25.

⁵ NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, 2007, p. 27.

⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 94.

⁷ Nesse sentido, cf. BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 52 et seq.

acreditam que quem pensa diferentemente da sua concepção particular de verdade, de bem e de justiça está equivocado. Entretanto, uma vez que os desafios éticos atuais alcançaram uma amplitude universal, faz-se necessária uma interpretação da ideia de direitos humanos que supere os obstáculos subjetivos e particulares de cada forma de vida cultural específica e que concilie os interesses de cada um com os interesses de todos.

A partir da universalidade já é possível notar que o titular dos direitos humanos é cada pessoa considerada individualmente. Entretanto, a universalidade do lado do destinatário é mais complicada, uma vez que alguns direitos humanos – como a vida, por exemplo – dirigem-se contra todos os que podem ser destinatários de deveres e obrigações, portanto, contra todos os cidadãos, mas também contra todos os Estados e contra todas as organizações. Nesse sentido, Konrad Hesse afirma que

[...] ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular corresponde seu significado jurídico-objetivo como determinações de competência negativas para os poderes estatais. Sem dúvida, é sua função proteger os direitos fundamentais, podem eles ser obrigados a concretizar direitos fundamentais, e podem eles ser autorizados a limitar direitos fundamentais⁸.

De acordo com a segunda característica – fundamentalidade –, os direitos humanos não protegem todas as fontes imagináveis do bem-estar, mas apenas interesses e carências fundamentais do homem. Segundo Alexy, um interesse e uma carência são considerados fundamentais “quando sua violação ou não-satisfação ou significa a morte ou padecimento grave ou acerta o âmbito nuclear da autonomia”⁹. Deve-se notar que existem inúmeros direitos que, por se referirem a bens e interesses que não são indispensáveis para a escolha e para a materialização de planos de vida, tampouco podem adquirir o *status* de fundamental ao ser humano.

Nesse horizonte, o conceito de direitos humanos adotado por Ricardo David Rabinovich-Berkman reflete a ideia de que nem todos os direitos devem possuir o adjetivo “humanos”, porque há bens e interesses que são tutelados por outros motivos que não sejam a circunstância fundamental de se fazer parte da espécie humana:

Assim, por “direitos humanos” poderíamos entender aqueles poderes amparados pela comunidade, que geram condutas obrigatórias nos demais, e dos quais se é titular pelo simples fato de ser um membro da espécie do homo sapiens sapiens. Quer dizer, a nossa. Como assim? Por exemplo, se comprei uma bicicleta, tenho direito de usá-la, e de impedir que outros a utilizem ou a danifiquem. Tenho esse direito por ser dono da bicicleta. Com minha esposa, temos o direito de escolher a escola do nosso filho. Temos esse direito por ser seus pais. O policial tem o direito de lavrar um auto de infração, por

⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 239.

⁹ ALEXY, Robert, *op. cit.*, 2007, p. 48.

ser policial. *Em vez disso, haveria direitos que qualquer ser humano teria, fosse quem fosse e fizesse o que fizesse. Esses seriam, pois, os que chamaríamos direitos humanos*¹⁰.

A terceira característica – abstratividade – dos direitos humanos revela que, por serem universais e fundamentais, eles comportam um conteúdo com a mesma importância abstrata, de modo que nenhum pode ser violado em hipótese alguma. Acontece, porém, que a aplicação desses direitos em casos concretos, muitas vezes, exige que se restrinjam outros direitos de igual valor (abstrato). Essa restrição só pode ser determinada por meio de ponderação, a fim de que a redução (circunstancial e concreta) desses direitos seja mínima ou a menor possível.

A quarta característica – moralidade – não concerne nem aos titulares, nem aos destinatários, nem aos objetos dos direitos humanos, mas à sua validade¹¹. Alguns autores, como Nino e Alexy, fazem uma distinção entre direitos morais e direitos jurídicos¹². Os chamados direitos jurídicos originam-se através de atos de fixação por uma *autoridade* – isto é, por contratos, por decisões legislativas, por práticas judiciais etc. –, e disso dependem para serem válidos ou existentes. Em sentido contrário, a validade ou existência dos direitos morais é logicamente independente dessa recepção jurídica, de tal modo que o respeito a tais direitos é reivindicado ainda que frente a sistemas jurídicos que não os reconhecem e justamente porque não os reconhecem.

A quinta característica – prioridade – dos direitos humanos decorre diretamente da sua validade moral. Tais direitos, enquanto direitos moralmente vigentes, não podem ter a sua vigência afetada pelo direito positivo, isto é, por leis, por regulamentos, por contratos ou por decisões judiciais que se oponham a eles ou que os desconheçam. As normas e as decisões fundadas no direito positivo que contrariem os direitos humanos são juridicamente viciosas e, em alguns casos, podem até chegar a ser juridicamente nulas. Nesse sentido, os direitos humanos têm uma prioridade perante o direito positivo.

Sem embargo, deve-se destacar que, embora os direitos humanos tenham uma validade moral e, portanto, a capacidade de reivindicar e de conferir legitimidade a uma determinada ordem jurídica, essa validade não é suficiente para que tais direitos sejam impostos e institucionalizados. Para tanto, faz-se necessário adicionar à validade moral dos direitos humanos uma validade jurídica positiva, a qual fornece as condições para a sua implementação. Isso significa dizer que tais direitos de índole moral necessitam ser incorporados ao ordenamento jurídico positivo estatal, na forma de direitos

¹⁰ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **Derechos humanos:** una introducción a su naturaleza y a su historia. Buenos Aires: Quorum, 2007, p. 2.

¹¹ Considerando a extrema ambiguidade do termo “validade”, deve-se esclarecer que, neste trabalho, ele é empregado em seu sentido *descritivo*, segundo o qual uma norma ou um sistema normativo são válidos se podem ser considerados *existentes*. Sustenta-se, aqui, a tese de que a validade (ou existência) dos direitos humanos independe de sua recepção jurídica. Esta recepção é, todavia, uma condição necessária para uma efetiva aplicação e observância (eficácia) de tais direitos. A respeito dos diferentes sentidos de “validade”, cf. NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 132-135.

¹² Cf. NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, 2007, p. 14 et seq.; ALEXY, Robert, *op. cit.*, 2007, p. 46-47 e p. 95.

fundamentais, a fim de que lhes seja garantida uma maior eficácia social. Nesse sentido, Alexy afirma que:

No âmbito intra-estatal existe o passo decisivo para a imposição dos direitos do homem em sua positivação como direitos fundamentais da constituição. Com isso, eles ganham, ao lado de sua validade moral, uma positiva jurídica. A validade moral dos direitos do homem exclui, sem dúvida, que eles sejam anulados por direito positivo. Ela, porém, não exclui que lhe seja acrescentada uma validade positiva jurídica. Ao contrário, a validade moral dos direitos do homem exige, como um dos meios mais eficazes de sua imposição, sua positivação. Essa é a conexão fundamental entre direitos do homem e fundamentais. Direitos fundamentais são, portanto, direitos do homem transformados em direito constitucional positivo¹³.

A partir dessas considerações, já se pode compreender que a expressão “direitos humanos” diz respeito àqueles direitos que sejam válidos moral e universalmente e, ao mesmo tempo, protejam os interesses e as carências mais fundamentais do ser humano, devendo, em razão disso, comportar um conteúdo com uma mesma importância abstrata e ser prioritários em relação aos demais direitos jurídico-positivos. Isso sem esquecer, é claro, que a sua incorporação ao ordenamento jurídico positivo, na forma de direitos fundamentais, como visto acima, é uma condição necessária para que tais direitos possam gozar de reconhecimento e proteção.

3 O CARÁTER MORAL DOS DIREITOS HUMANOS

O que foi dito até então não é suficiente para demonstrar a afirmação de que os direitos humanos são direitos morais. Dada a relevância que a moralidade assume enquanto traço distintivo dos direitos humanos, as linhas seguintes do presente texto são dedicadas ao esclarecimento desse tema.

Embora à primeira vista possa parecer redundante ou inconsistente falar-se de “direitos jurídicos” e de “direitos morais”, Nino afirma que “tem pleno sentido perguntar-se se os direitos humanos são de índole jurídica ou moral ou se correspondem a essa categoria mestiça constituída pelo *direito natural* (ou se podem ser, ao mesmo tempo, morais jurídicos e ‘jurídico-naturais’)”¹⁴. A importância de se esclarecer por que os direitos humanos possuem uma ou outra índole reside no fato de que, dependendo do seu enquadramento numa dessas índoles, será possível aos juristas saber a maneira pela qual devem ser tratadas as normas que consagram tais direitos.

De acordo com o exposto mais atrás, os direitos humanos possuem um caráter moral (prioritário) que é plenamente compatível com um caráter jurídico-positivo (secundário). Essa tese pode ser provada com ajuda daquilo que Nino denominou de

¹³ ALEXY, Robert, *op. cit.*, 2007, p. 95-96.

¹⁴ NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, 2007, p. 14.

*teorema fundamental da teoria geral do direito*¹⁵. Dois são os pressupostos desse teorema: em primeiro lugar, entende-se por uma *proposição justificatória* de uma ação ou decisão aquela cuja formulação implica certa inconsistência prática com a não realização da ação ou com a adoção da decisão oposta; em segundo lugar, existem diversos conceitos de norma jurídica, dentre os quais são considerados (1) o que alude a um juízo ou *proposição* que qualifica uma conduta ou uma prática social como proibida, permitida ou obrigatória; e (2) o que alude a uma *prescrição*, que consiste no ato de formular um juízo normativo com a intenção de que essa formulação – em virtude de quem a faz ou das condições em que ela é feita – sirva como razão auxiliar para o agir de certa pessoa.

Nino explica que o que distingue as normas jurídicas das normas morais é o fato de aquelas serem aceitas, no raciocínio prático que justifica uma ação ou uma decisão, por haver sido formuladas por certa autoridade legislativa ou convencional. Dessa forma, um juízo do tipo (proposição) “*o proprietário que não recebe do seu inquilino dois meses de aluguel tem direito a recuperar seu imóvel locado*” só pode ser considerado como uma norma jurídica quando for aceito no raciocínio prático de um juiz, por exemplo, em razão de ter sido previamente aceito um juízo do tipo (prescrição) “*o legislador L prescreveu que o proprietário que não recebe dois meses de aluguel tem direito a recuperar a posse do seu imóvel*”. Assim, só porque se aceita o segundo juízo é que o primeiro é concebido como uma norma jurídica¹⁶.

Ocorre que um juízo do segundo tipo não tem nenhuma força justificatória, porquanto é compatível com qualquer ação ou decisão, independentemente de seu conteúdo. Dessa forma, Nino infere que “é logicamente impossível que alguém aceite o primeiro tipo de juízo pela razão de aceitar o segundo tipo de juízo; se o fizesse, incorreria num óbvio *non sequitur*”¹⁷. Isso significa dizer que um juízo do segundo tipo (prescrição) só pode ser parte da razão pela qual se aceita um juízo do primeiro tipo (proposição). A razão operativa de uma norma jurídica tem que estar dada por um terceiro juízo do tipo “*o legislador L deve ser obedecido ou tem autoridade ou direito para emitir prescrições*”. Resta perguntar se esse terceiro juízo, que representa a razão operativa pela qual uma norma jurídica é aceita, é realmente uma norma jurídica.

Para responder essa questão, faz-se necessário retomar a distinção entre normas jurídicas e normas morais. Conforme Nino¹⁸, o que as diferencia não é o seu conteúdo, pois juízos de conteúdo moral podem ser perfeitamente expressos por normas jurídicas, como, por exemplo, “*é proibido cometer o assassinato*”. Do mesmo modo, não é tão seguro o critério segundo o qual as normas jurídicas, ao contrário das morais, determinam como devido um ato coativo ou uma sanção, tendo em vista que, além de haver normas jurídicas desprovidas de tal elemento, existem claros juízos morais que

¹⁵ Cf. NINO, Carlos Santiago. Sobre los derechos morales. **Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 7, p. 311-325, 1990, à p. 317 et seq.

¹⁶ Cf. NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, 1990, p. 319.

¹⁷ NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, 1990, p. 320.

¹⁸ Cf. NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, 1990, p. 319.

qualificam como devido uma pena, como, por exemplo, “*os assassinos cruéis devem ser submetidos à pena de morte*”.

Como já visto, o que distingue as normas jurídicas das normas morais é a razão pela qual elas são aceitas. Enquanto as jurídicas são aceitas quando fixadas por uma autoridade ou por uma convenção, as morais são aceitas pelos seus méritos próprios. Isso significa dizer que uma norma moral é válida não em virtude de sua fixação por certa autoridade ou convenção (*heteronomia*), mas pela sua capacidade de ser determinada e justificada racionalmente perante cada indivíduo (*autonomia*).

Além disso, como adverte Nino, a razão de uma norma jurídica não só deve incluir a descrição da prescrição de uma autoridade ou de uma convenção, mas também um juízo normativo que lhes dê autoridade ou legitimidade¹⁹. Desse modo, no processo de justificação de uma norma jurídica, haverá um ponto em que será necessário recorrer-se a um juízo normativo que não pode ser uma norma jurídica, visto que tal juízo não será aceito por ter sido formulado por uma autoridade, mas sim por ser racionalmente justificável. Dessa reflexão se infere uma importante conclusão: as normas jurídicas, quando entendidas como proposições justificatórias – tais como as normas consagradoras de direitos humanos –, possuem indubitavelmente um caráter moral e representam, por conseguinte, um *caso especial do discurso moral*.

É nesse sentido que os direitos humanos podem ser concebidos como direitos morais ou direitos de caráter moral. Dessa maneira, pode-se dizer que tais direitos são proposições justificatórias que servem para questionar leis, instituições, medidas ou ações, independentemente de sua fixação por uma autoridade ou por uma convenção. Aliás, é justamente por eles não se identificarem necessariamente com direitos que surgem de normas de direito positivo que eles são capazes conferir legitimidade a uma determinada ordem jurídica estatal.

Diante disso, percebe-se também que o discurso dos direitos humanos, assim como o discurso moral, não é um discurso de constatação daquilo que se dá na realidade, mas um discurso dirigido a adequar a realidade a certos ideais. E, sendo os direitos morais os únicos dentro de uma ordem jurídica capazes de legitimá-la, uma Constituição só pode justificar-se quando contém direitos humanos, positivados na forma de direitos fundamentais²⁰.

Importa finalmente observar que o caráter moral dos direitos humanos vem sendo reconhecido, embora lenta e gradativamente, pela jurisprudência brasileira, especificamente pelo Supremo Tribunal Federal. Um caso atual e emblemático é trazido

¹⁹ Cf. NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, 1990, p. 320.

²⁰ Convém ressaltar que a consagração de direitos humanos no texto de uma Constituição é apenas um dos passos para a legitimação da ordem jurídica. Outras questões – como, por exemplo, qual deve ser o conteúdo desses direitos e por quais instituições e procedimentos devem ser eles regidos – precisam igualmente ser levadas em consideração. Tais questões, contudo, ultrapassam os limites deste breve artigo, de modo que remeto o leitor a outro trabalho: WEYNE, Bruno Cunha. **O problema da fundamentação filosófica dos direitos humanos**: uma abordagem a partir da teoria do discurso de Robert Alexy. 2008. 102f. Trabalho de conclusão de Curso (Bacharelado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008, cap. 3.

pelo acórdão do Recurso Extraordinário nº 466.343-1 – SP, Ministro Relator Cezar Peluso, que tratou da existência ou não de base legal para a aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

O voto que mais se detém sobre tema é o do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Segundo ele, no que se refere ao aspecto ideal-moral de um Estado constitucional,

*não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados nacionais*²¹.

Nesse sentido, ressalta que há uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano, de tal modo que “as Constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional”²².

Mais adiante, o Ministro Gilmar Mendes sustenta que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tratamento conferido aos tratados internacionais de direitos humanos, sem sobra de dúvida, tem de ser revisitada criticamente. Para ele, “parece mais a consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos”²³. Essa tese defende o argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Isso porque “equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”²⁴.

Para ele, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. Nesse passo, o Ministro Gilmar Mendes afirma que “é necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais voltadas primordialmente à proteção do ser humano”²⁵. Portanto, conclui o seguinte:

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. **Coordenadoria de análise de jurisprudência**, DJe nº 4, Ementário nº 2373-6, p. 1106-1330, dez. 2008, p. 1148.

²² *Idem, ibidem*, p. 1151-1152.

²³ *Idem, ibidem*, p. 1154.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 1154

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 1160.

diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante²⁶.

O reconhecimento jurisprudencial da *supralegalidade* dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, na medida em que situa tais direitos num patamar especial capaz de impugnar efetivamente qualquer legislação infraconstitucional contrária a eles, revela a moralidade desses direitos e a sua prioridade frente ao direito positivo. O fato de o supracitado voto não admitir expressamente a superioridade dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as Constituições nacionais só pode ser compreendido caso se pressuponha que estes últimos documentos sejam legítimos, já consagrando um catálogo de direitos humanos em sua matéria.

4 CONCLUSÃO

Como estudado na primeira parte desta investigação, os direitos humanos possuem cinco características as quais permitem distingui-los dos demais direitos. Para um direito alcançar o *status* de um direito humano, ele tem de ser válido moral e universalmente e, ao mesmo tempo, proteger interesses e carências fundamentais do homem, devendo, em razão disso, comportar um conteúdo com uma mesma importância abstrata e ser prioritários em relação aos demais direitos jurídico-positivos. Deve-se frisar, ademais, que a incorporação dos direitos humanos ao ordenamento jurídico positivo, na forma de direitos fundamentais, é imprescindível para que tais direitos possam ser reconhecidos e protegidos.

Na segunda parte da pesquisa, demonstrou-se que o caráter moral dos direitos humanos consiste no fato de estes serem proposições justificatórias que tem por função questionar leis, instituições, medidas ou ações, independentemente de sua fixação por uma autoridade ou por uma convenção. Aliás, é justamente por eles não se identificarem necessariamente com direitos que surgem de normas de direito positivo que eles são capazes conferir legitimidade a uma determinada ordem jurídica estatal. Desse modo, o discurso dos direitos humanos não é um discurso de constatação daquilo que simplesmente ocorre na realidade, mas um discurso dirigido a adequar a realidade a certos ideais. Por fim, uma vez que os direitos morais são os únicos dentro de uma ordem jurídica capazes de legitimá-la, uma Constituição só pode justificar-se quando consagra direitos humanos.

Se com as reflexões aqui realizadas foi possível sustentar a tese de que os direitos humanos podem ser conceituados a partir das cinco características acima propostas, notadamente a sua moralidade, e que isso pode evitar um uso indiscriminado e meramente emotivo da ideia de direitos humanos – prejudicial tanto para a teoria para a

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 1160.

prática desses direitos –, os objetivos deste trabalho terão sido cumpridos satisfatoriamente.

5 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. **Coordenadoria de análise de jurisprudência**, DJe nº 4, Ementário nº 2373-6, p. 1106-1330, dez. 2008.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- _____. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- _____. Sobre los derechos morales. **Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 7, p. 311-325, 1990.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **Derechos humanos: una introducción a su naturaleza y a su historia**. Buenos Aires: Quorum, 2007.
- WEYNE, Bruno Cunha. **O problema da fundamentação filosófica dos direitos humanos: uma abordagem a partir da teoria do discurso de Robert Alexy**. 2008. 102f. Trabalho de conclusão de Curso (Bacharelado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.