



ÉTICA E DIREITOS HUMANOS¹

ETHICS AND HUMAN RIGHTS

Francisco Pedro Jucá²

1. Introdução

É preciso deixar claras algumas coisas desde logo. A primeira e mais importante diz respeito às severas limitações teóricas do expositor, a precariedade do seu arsenal teórico, noutras palavras, a notória falta do “engenho e arte”. A segunda, diz respeito às limitações circunstanciais decorrentes de uma exposição breve, de menos de uma hora, que impõe concisão máxima, deixando apenas o necessário para que se entenda o que se expõe. A terceira pertine à dinâmica própria da natureza das coisas. Sendo o tema uma reflexão em pleno curso, marcado por idas e vindas, abstrações e concreções, ajustes e contraposições, é impossível se tenha uma reflexão além do provisório, algo como o dilema sartreano estabelecido pelas circunstâncias e a imperatividade das escolhas.

Com efeito, se assim for, o que se propõe à discussão é o que podemos considerar como uma reflexão em curso e nada mais do que isto, destarte mais é uma contribuição ao debate e às cogitações de todos do que uma formulação em proposição submetida ao crivo da crítica, sempre bem-vinda.

Conta-se assim, com a benevolência do leitor, sem o piparote machadiano. Além da benevolência, se se consegue oferecer algum material para a reflexão de outros, é imperativo dar-se por bem pago.

¹ Palestra proferida no SIMPÓSIO “FILOSOFIA DO DIREITO E SEUS MEANDROS” promovido pela UNIVERSIDADE METROPOLITANA DE SANTOS. Santos, São Paulo, 25/10/2019.

² Membro da União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP. Doutor em Direito pela PUC/SP e pela USP. Livre Docente da USP. Pós-Doutorado pela Universidade de Salamanca, Espanha e Universidade Nacional de Córdoba, Argentina. Professor Titular da Faculdade de Direito de São Paulo – FADISP, da Academia Paulista de Letras Jurídicas, Academia Paulista de Magistrados, Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Juiz do Trabalho da 14ª Vara do Trabalho de São Paulo.



Tem-se como indispensável a introdução para que se estabeleçam com clareza os objetivos, os limites, os contornos e o alcance da contribuição que se ousa oferecer.

Por óbvio não se vai oferecer um perfil exato da conexão entre os Direitos Humanos e a Ética, antes se vai agitar a superfície em busca de elementos que tornem possível construir uma contribuição mais clara, ainda que insuficiente, mas se vai na busca de conteúdo e perfil dos Direitos Humanos e de seu conteúdo ético orientador e referencial. Se se alcança tal desideratum, crê-se haver cumprido a missão proposta.

Como os Direitos Humanos são uma concepção Ocidental, fundada em referências éticas e culturais do Ocidente, capacitado ao ser válido no universo desta porção do mundo, ainda que com a pretensão de universalização, que desde logo se detecta ser complexa, inçada de contradições, imponto um ajustamento de cultura e cosmovisão, nem sempre possível e raramente viável.

Isto significa dizer que se vislumbra na universalidade atribuída aos Direitos Humanos um pouco de exagero ou um muito de pretensão, ainda que não se possa negar o caráter de utopia.

Não se vai (atrevidamente) enveredar pela antropologia na busca da resposta sobre o que é o homem (v. Batista Modin), tampouco caminhar na axiologia (v. Hartmann, Hessen). Aqui estão, como se apontou antes, limites impostos pela carência de engenho e arte. Mas, não será excesso nem presunção destacar serem os valores abstrações, cuja percepção é intuitiva emocional, nunca racional, dada a incapacidade humana de elaborar definição e conceito dos valores. Se os tem como realidades perceptíveis, sentidas, orientadoras de conduta e atitudes marcadas de referencialidade, talvez exatamente por terem estas características, considerada a contingencialidade da condição humana, refletem na cultura da sociedade na forma de representações materializadoras, havendo coincidência precária e imprecisa entre o representado e a representação, esta última (contingencialidade) fortemente marcada pela história, constituindo uma realidade histórico-condicionada. Assim, se os valores como realidades sensíveis sempre serão absolutos (e eternos) porque sempre haverá um bem, um belo, um justo, destes e de seus contrastes: o mau, o feio e o injusto; suas representações culturais sempre serão histórico-condicionadas, isto é, carregam o traço do seu tempo, das suas circunstâncias, das situações, temos não ser relativismo em seu rigoroso significado porque há remissão ao abstrato e absoluto, mas manifestação material daquilo que é sentido em relação ao valor. Ora, esta manifestação material (concreta) decorre e se nutre da realidade material, da cosmovisão do tempo, dá-se entre



limites e possibilidades específicas, tudo isto contingente porque a realidade material assim o é, mutável, porque mutável é o mundo e por consequência o homem.

Vem daí a pluralidade de compreensões sobre os Direitos Humanos. Trata-se de uma polissemia que lhe é inerente, até porque a relação entre significante e significado não é estática, fluuando no curso do processo histórico em todas as suas vicissitudes, daí merecer o que consideramos o cuidado necessário, especialmente diante da delicadeza do tema.

Os Direitos Humanos, em visão bem consolidada, são aqueles atributos inerentes à condição humana, atributos sem os quais a humanidade é reduzida ou até mesmo negada. Exatamente por isso merecem proclamação ampla e tutela jurídica especial, em reconhecimento ao que podemos chamar essencialidade.

A percepção e compreensão desses atributos cuja representação via no tempo e no espaço, a nosso ver sem que percam sua natureza, ganham no ocidente a fonte original de cunho religioso, decorrendo, assim, o quadro axiológico da universo judaico cristão, que encontra fundamento na igualdade entre os indivíduos decorrente da filiação divina única, significando, assim, a percepção do outro e, passo seguinte, a compreensão de que este outro é um igual, a partir daí construindo a ideia da fraternidade, e, mais adiante, o imperativo da solidariedade social indispensável à organização da sociedade humana.

A propósito, o pronunciamento da jurista italiana Alessandra Facchi é esclarecedor³:

“Como todas as idéias, também a dos direitos do homem teve uma formação progressiva, que pode ser reconstruída retrocedendo nos séculos.”

Não é adequado pelo propósito deste trabalho percorrer este caminho evolutivo na sua integralidade, mas, importante é destacar as raízes judaico-cristãs que embasam os Direitos Humanos tal como marcham em nossos dias, como aponta a mesma autora, mais adiante:

³ Breve História dos Direito Humanos, ed. Loyola, 2011, p.28-29



“...a igualdade de todos os homens diante de Deus foi sustentada pelo cristianismo das origens e constitui um fundamento da visão cristã da humanidade. Segundo os ensinamentos dos Padres da Igreja, depois variadamente retomados na elaboração teológico-política medieval, todos os homens são filhos de Deus, criados a sua imagem. Todos os homens, pois, são iguais e os bens da natureza são comuns,”

Na nossa leitura, o ponto inicial de todo o processo de construção dos Direitos Humanos está na construção cultural oriunda dos valores e padrões religiosos judaico-cristãos, que temos que reconhecer como eixo central daquilo que chamamos de civilização ocidental. É importante ter sempre clara a referência da “ocidentalidade”, porque exatamente nela reside o campo de atuação das instituições sociais e políticas que se constroem ao longo do processo de evolução dos povos da porção ocidental da terra. Esta civilização se funda em valores, principalmente éticos, mas também estéticos, representados a partir dos dados da construção cultural que os representa e cuja representação acompanha a marcha evolutiva civilizatória. Tais valores ancoram toda a construção do etos das sociedades, com variações menores, mas sempre reportadas ao eixo oriundo da religião.

Não se está aqui a sustentar a confusão ou quase fusão de essência entre o religioso e o jurídico-político, mas considera-se principalmente a construção da cultura a partir de um elenco axiológico referido ao religioso, reconhecendo que nele estão deitadas as raízes mais profundas dos sistemas que elaboramos, experimentamos e, por consequência, vivenciamos.

Forte é também a influência jus-naturalista, por mais matizada e nuançada que possa ser, é possível identificar presente sempre e invariavelmente seu traço forte, porque a materialização do sistema em graus diversos reflete a base religiosa na sua essência mais profunda.

Com razão, a mesma autora policitada, observa:

“Valores como fundamentos dos direitos do homem são encontrados no cristianismo antigo, e entre as primeiras



reivindicações de liberdade estão a de liberdade religiosa; a origem dos direitos está estreitamente ligada à história da religião na Europa. A idéia completa de dos direitos do homem se afirma dentro do jusnaturalismo moderno, isto é de uma visão do direito natural que se desvincula da origem religiosa.”

É esta a etapa que vivemos, descola-se do religioso sem dúvida, porém não consegue nem esconder nem negar o traço fundante de uma cultura de base religiosa, como é a ocidental.

Mas, é esclarecedor sobre o tema, a observação da autora Facchi à respeito:

“Segundo a doutrina jusnaturalista, existem normas, preceitos, princípios com uma validade superior ao direito vigente, enquanto exatamente “naturais”. O Direito dos homens tem que respeitar estes preceitos, os quais enquanto naturais, são “justos” e tendencialmente universais. O Direito Natural, portanto, situa-se na medida, como elemento de constante confronto pelo direito positivo, ou seja, pelo direito posto em pratica pelos homens em determinado lugar. O apelo ao direito natural constitui desde sempre uma importante fonte de legitimação de decisões políticas e jurídicas, que assume uma função as vezes conservadora, para justificar o estado de coisas existente, ou revolucionária, para sustentar uma mudança social. Sua origem, portanto a autoridade superior sobre a qual se fundamenta, pode ser Deus, a natureza, a razão humana ou a história.”

A dissertação de Alessandra Facchi é esclarecedora e didática, assente com o que se entende, o processo evolutivo dos Direitos Humanos deita suas origens na cosmovisão religiosa e marcha no sentido não religioso, porém sempre contendo o referencial de suas origens, as variações e diversidades são, assim, ajustamentos às circunstâncias e condicionantes históricas das sociedades às suas peculiaridades, noutras palavras, a adequação à cosmovisão hegemônica em cada uma delas.



Neste universo embaixador que chamamos de cosmovisão, forma e maneira pela qual o mundo e a realidade, tanto material quanto imaterial, são percebidas, compreendidas, interpretadas e incidem na práxis social e mesmo na dimensão individual da vida, contém, obviamente, ética enquanto valoração referencial orientadora do sistema, norteando a ideia de bom e de bem, como baliza e horizonte de condutas e processos a serem buscados, perseguidos até.

A ética é fundamento justificador dos direitos humanos, sem dúvida, dá-lhes sentido, como acentua Gregório Robles⁴:

A razão do tipo moral é evidente não podemos defender ou realizar os direitos humanos se não estamos convencidos de que sua implantação torna melhores os homens e faz a sociedade mais justa. Fundamenta-los significa chegar a essa convicção. Se nos falta essa convicção, todo o restante é inútil, pois não podemos defender determinados valores por muito tempo se não estamos profundamente convencidos de que são bons. A razão moral indica, em consequência, a importância da fundamentação dos direitos humanos exatamente para o exercício prático de tais direitos.

A propósito, temos uma reflexão acerca do discurso normativo do direito e, especialmente, da estrutura intrínseca da norma jurídica como elemento constitutivo da linguagem deste discurso. A temos com um composto binário disjuntivo excludente, porque tem sempre, explícita ou implicitamente, duas alternativas comportamentais que se excluem pela escolha de uma delas, tendo como elemento de conexão o que denominados de disjuntivo de liberdade, exatamente porque o que torna possível e mesmo necessário a escolha entre as alternativas, e contém, na sua essência, a liberdade humana de escolher. Assim, na primeira alternativa se tem a descrição da hipótese comportamental (standart) desejada, e por isto mesmo imposta, e na segunda, a previsão de consequência gravosa (sanção) para a recusa a esse comportamento, portanto tem o indivíduo a possibilidade da escolha entre adotar e seguir o que denominamos de conduta eleita como desejável e obrigatória, ou recusá-la, suportando a consequência gravosa.

⁴ Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual, ed. Manole, SP., 2005, p.2



Dáí se infere que todas as condutas eleitas pela hegemonia social que expressa em consenso social predominante e que a sociedade considera como indispensáveis a manutenção e proteção da ordem social e do mínimo convivencial (caráter político e de utilidade) estão contidas no discurso normativo, integram a ordem jurídica, isto significa dizer que estão necessariamente positivadas.

A orientação da escolha da conduta obrigatória é certamente a representação ética respectiva, contendo as ideias de bem e de bom, e exatamente em razão disto são escolhidas como obrigatórias e positivadas. Ora bem, é decorrência natural que toda a normatividade tem um conteúdo ético, maior ou menor. Eis aí um elemento de conexão fundamental entre a ética e o direito.

Neste ponto, entretanto, não será excesso lembrar que moral e direito, embora conexos, interagentes e até de certa forma simbióticos, mantêm-se como categorias distintas, com natureza própria, com autonomia, especialmente por terem objetivos e finalidades distintas. O direito se ocupa de um mínimo convivencial, voltado a cuidar dos conflitos, estabelecer uma ordem na sociedade e fornecer mecanismos e ferramental para solucionar os conflitos em conformidade com a ordem normativa, aplicando-a, enquanto a moral tem o escopo de aperfeiçoamento do homem. O primeiro busca o homem na vida em sociedade, em condições minimamente viáveis, fluidas e não conflituosas; o segundo, a construção do homem bom, da progressiva melhora, de certa forma de humanidade melhor. O direito é menos ambicioso, contenta-se com o razoavelmente possível, exatamente por isso, se olharmos o espectro do controle social e do processo socializatório da sociedade, constataremos que a positiva imperativa que materializa a ordem jurídica é mais restrita, tem dimensões menores, limita-se ao reputado como básico e fundamental, e, registre-se, não raro, quando escapa a seus limites e quase confunde-se com a moral e a ética perde eficácia, tem reduzida a eficiência social, converte-se em mero discurso vazio de efeitos práticos e concretos, precarizando a exigibilidade e a concretização. É preciso destacar neste aspecto que tal esvaziamento desprestigia a ordem jurídica com efeitos deletérios a todo o sistema.

Estas observações se aplicam com especial força no que respeita aos Direitos Humanos. Há que se ter cuidado e morigeração na positivação deles, há que levar em conta a viabilidade real de concretização e exigibilidade.



Neste aspecto, é pertinente a formulação de Gregório Robles da presença de critérios morais para os Direitos Humanos quando observa⁵: “Um critério é um ponto de vista a respeito de como se deve atuar em determinada esfera da atividade humana. Um homem de critério é quem segue em sua conduta determinadas pautas de atuação das quais está convencido.”. E assim, prossegue mais adiante⁶:

“Aceitar que os direitos humanos são critérios morais, cujo fundamento último só pode ser um fundamento moral, impõe a conexão dos direitos com um sistema de valores, com um sistema axiológico de caráter geral.”

Estamos entre os que aceitam por vislumbrar assim a conexão necessária entre Direito e Moral, sendo esta nutriente importante daquela, mas mantém-se em vista a dimensão da viabilidade real de efetivação, portanto, se existe imponibilidade e exigibilidade, entendendo, assim, como multicitado autor⁷:

“Há um fundamento ético e um fundamento político dos direitos, cada um dos quais exerce uma função diversa. O primeiro tenta resolver correntemente a situação dos critérios morais chamados direitos humanos no sistema de valores que se apresenta como ótimo; não se encarrega do pluralismo social de morais, mas indaga, simplesmente, do bom e do justo. O fundamento político, por sua vez, fato social do pluralismo e tenta encontrar uma resposta para conseguir a convivência estável; seu enfoque não é o da manutenção da coerência de valores, mas da coerência do sistema social. Por isso, para o enfoque ético, a base é a convicção da consciência social, enquanto que o enfoque político a chave é a convicção generalizada do grupo, que não pode ser levada a efeito senão mediante o consenso.”

É de se inferir a articulação estabelecida entre o ético e o político, a inspiração ética da sociedade em busca do bem na sua convivência e na sua organização, porém sujeita as vicissitudes e contingências histórico-culturais, das pluralidades que as formam e constituem, dos processos de entendimento e diálogo político que tornam

⁵ op.cit.p.11

⁶ op.cit.p.13

⁷ op. cit p 15



possível a identificação de pontos convergentes, a formulação e estabelecimento de consensos e a difusão e consolidação deles no seio social, ao ponto de, incorporando-os a cultura, dar a convicção necessária de sua validade social para não apenas aceitar e acolher, mas para comprometer, tornar possível a exigibilidade e concreção através do ferramental da ordem jurídica, sempre com viabilidade material real e substantiva.

Neste contexto temos que os direitos humanos, por serem naturais, inerentes à condição humana, não se consubstanciam propriamente em direitos, mas, como assinala Robles, “critério morais de especial relevância para a convivência humana.” Ganham exigibilidade quando incorporados à ordem jurídica, quando positivados pela ordem jurídica, tornando-se demandáveis perante o Estado que, por aparato e ferramental próprio, concretiza-os, ainda que precariamente.

A incorporação à ordem jurídica, especialmente à Constituição Jurídica dos Estados, com estatuto especial e relevante, é que faz o transporte do mundo moral para o mundo jurídico, torna possível exigir sua efetivação. Esta positivação é que faz toda a diferença, como expõe Robles⁸:

“São direitos humanos positivados, isto é, concretados e protegidos especialmente por normas de nível mais elevado. A positivação tem tal transcendência que modifica o caráter dos direitos humanos pré-positivos, posto que permite a transformação de critérios morais em autênticos direitos subjetivos dotados de maior proteção que os direitos subjetivos não fundamentais.”

Quando tratamos da exigibilidade destes direitos se tem a visão inicial de serem oponíveis apenas ao Estado, este é o único sujeito passivo na relação jurídica estabelecida com o indivíduo e a sociedade, porém temos a observar que em concepção mais ampla e substancial, tal é uma visão apenas parcial, porquanto as normas jurídicas produzem efeitos gerais, isto é, alcançam a tudo e a todos. Dessarte, não apenas o Estado e seu aparato são sujeitos passivos titulares da obrigação, mas também todos os indivíduos, o que significa dizer que há que se considerar a existência de mais do que reflexos, de efeitos mesmo dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, mesmo aquelas típica e essencialmente privadas, porque se o Estado deve prestar a concretização de direitos fundamentais, especialmente contendo-se no exercício de

⁸ pág. 7



poder para não feri-los, também os indivíduos à eles estão vinculados e, portanto, obrigados à observância porquanto com suas condutas nas relações privadas podem sim vulnerá-los, e mesmo atingi-los, abrindo campo, assim, para a incidência normativa pertinente.

Com efeito, quando antes se afirmou que os direitos humanos ganham estatuto de fundamentais quando incorporados à ordem jurídica positiva, dotados, assim, de exigibilidade, não sendo importante a forma neste momento, forçoso é acolher-se que não se dirigem apenas ao Estado, seus agentes e representantes, mas de igual forma e intensidade em relação aos particulares. Entende-se como expressão da universalidade que os caracteriza a exigibilidade universal, pelo que não apenas alcançam o Estado, mas também incidem em todas as relações privadas. Seria contradição irremediável um Estado respeitoso aos Direitos Fundamentais, estreitamente vinculado à observância deles e dedicado a sua efetivação, convivendo com uma sociedade que nas suas relações internas, entre seus integrantes, esteja à margem de tais imperativos, seria como que o Estado obedecer e o particular os violar.

É fato que com uma certa dose de idealismo quase kantiano se tem que a cultura dos direitos fundamentais tem suas bases e raízes na vida social, está contido na hegemonia do pensamento, corações e mentes dos indivíduos, daí porque progressivamente se incorporam ao ideário que vem a constituir a ideia de direito e justiça que a sociedade constrói e que vem a nortear seu pacto político expresso na Constituição, sendo positivado. Este é o argumento fundante que nos recorda o ponto de partida desta breve reflexão, a descoberta do outro como um igual, o próximo, alguém com que se tem afinidade e pontos em comum, que mesmo preservando as individualidades, a pluralidade própria das sociedades, identifica e afirma os pontos consensuais e de convergência que servem de elos de ligação e conexão constitutivos do tecido social.

A ética que nutre e vem a ser conteúdo da cultura dos direitos fundamentais, e os conduz a positivação e incorporação efetiva à ordem jurídica, espelha os valores consensualmente representados no mundo material, na conformidade com a contingencialidade e historicidade vivenciados pela sociedade naquele estágio civilizatório. Exatamente este núcleo fundante é que lhes dá a necessária legitimação que os sustenta. Na visão que se tem do tema, os Direitos Fundamentais, até por imperativo ético, alcançam a tudo e a todos, a todos vincula e obriga, vindo a se constituir, especialmente enquanto cultura presente na sociedade como elemento de consolidação e preservação das relações sociais, especialmente da solidariedade social, sendo elemento de fundamental importância para a construção da sociedade livre,



fraterna, solidária e plural, democrática e submetida ao direito que o pacto constitucional brasileiro erigir como princípio fundamental e finalidade do Estado.

Referência Bibliográfica:

FACCHI, Alessandra, *Breve História dos Direito Humanos*, ed. Loyola, 2011;

ROBLES, Gregório. *Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual*, ed. Manole, SP., 2005;