

OS DIREITOS HUMANOS À LUZ DO REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO: AS PERSPECTIVAS DE JACQUES MARITAIN, MICHEL VILLEY E JOHN FINNIS

HUMAN RIGHTS IN THE LIGHT OF CLASSICAL LEGAL REALISM: THE PERSPECTIVES OF JACQUES MARITAIN, MICHEL VILLEY AND JOHN FINNIS

DANIEL NUNES PÊCEGO

Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Brasil

dpecego@hotmail.com

MARCOS PAULO FERNANDES DE ARAUJO

Faculdade Vicentinapor, Brasil

marcospaulofernandesdearaujo@gmail.com

Received: 18 Sept 2024

Accepted: 25 Oct 2024

Published: 30 Nov 2024

Corresponding author:

dpecego@hotmail.com



inalienable and substantially inalienable rights and the distinction between possession and exercise; it goes on to Michel Villey's total denial of Human Rights, and ends with John Finnis' mitigated conception, which recognizes at least one right capable of claiming for itself the status of absolute: the immunization of the human being against torture. It concludes with a consideration of the dangers arising from a lack of care with the most accurate conceptualization of human rights.

Keywords: Human Rights. Maritain. Villey. Finnis. Classical Legal Realism.

Resumo: O propósito deste artigo é apresentar uma narrativa acerca da concepção de Direitos Humanos no seio da tradição do Direito Natural Clássico no século XX e as transformações que essa concepção sofreu. Ela inicia pela concepção de Maritain, seu otimismo limitado, sua categorização de direitos absolutamente inalienáveis e substancialmente inalienáveis e da distinção entre posse e exercício; passa pela negação total dos Direitos Humanos por Michel Villey, e termina com a concepção mitigada de John Finnis, que reconhece ao menos um direito apto a reclamar para si o status de absoluto: a imunização do ser humano contra a tortura. Conclui-se com a consideração dos perigos derivados de um descuido com a conceituação mais exata de direito humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Maritain. Villey. Finnis. Realismo Jurídico Clássico.

Abstract: The purpose of this article is to present a narrative about the conception of Human Rights within the Classical Natural Law tradition in the 20th century and the transformations that this conception has undergone. It begins with Maritain's conception, his limited optimism, his categorization of absolutely

1 Introdução

A gênese dos Direitos Humanos, historicamente considerada, aconteceu com flagrante referência às ideias de natureza humana e de lei natural. Em grande medida o conceito já pode ser embrionariamente vislumbrado nas obras da Escolástica Espanhola tardia, da Escola de Salamanca, nos séculos XVI e XVII, nas obras de Vitória, Suárez, de Soto, de las Casas, entre outros.

Após o século XVIII, o conceito de direitos universais ganhou notoriedade com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, durante a Revolução Francesa, em 1789. Todavia a filosofia do Iluminismo gerou também, pelo seu racionalismo, o próprio positivismo jurídico, que foi duramente posto em questão após a II Guerra Mundial, finda em 1945.

E foi, de fato, em um contexto de alguma influência do Direito Natural que se engendrou a Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), promulgada em 1948, que contou com participação do célebre filósofo neotomista francês Jacques Maritain (1881-1973). Embora se deva ressaltar que tal declaração não foi aprovada sob os auspícios de qualquer teoria em particular, como ressalta o próprio Maritain, este foi o escolhido para apresentar a série de textos prévios à declaração. Pode-se, de fato, afirmar que ocorreu uma notável retomada das discussões teóricas e práticas acerca dos direitos naturais, sob o viés clássico, a partir de meados do século XX.

Este trabalho tratará justamente dessa trajetória dos direitos humanos na perspectiva do Realismo Jurídico Clássico do século XX, partindo justamente do marco estabelecido pelo acima citado pensador, envolvido com a Declaração de 1948, seguindo o desenvolvimento das ideias com a posição de outro autor francês, Michel Villey (1914-1988), profundamente crítica do conceito de direitos humanos, culminando na síntese proposta pelo australiano John Finnis (1940-), para que seja dado um panorama sinótico do que representou a noção de direitos humanos para o pensamento do Realismo Jurídico Clássico¹, com exclusão de outros autores igualmente importantes, para os quais não restou aqui espaço.

¹ Prefere-se esse termo ao de jusnaturalismo clássico, pois este é passível de confusão com o jusnaturalismo da escola racionalista que predominou nos séculos XVII e XVIII (com Grócio, Wolff e Pufendorf), também chamado jusracionalismo. Entre outros pensadores dessa corrente que trataram do tema, poder-se-iam incluir Louis Lachance, Alasdair MacIntyre, Maurício Beuchot, etc.

2 Maritain e a gênese da declaração de 1948

Jacques Maritain é certamente um dos maiores expoentes do neotomismo do século XX. Sua obra se estende, como costumava ocorrer entre vários intelectuais de seu tempo, por diversos domínios do conhecimento humano, tais como a metafísica, a filosofia da ciência e a filosofia política.

Sua intensa atuação intelectual e política no período da II Guerra Mundial pode ser constatada pelo importante papel desempenhado por seu livro *A travers le désastre*, cuja difusão clandestina na França visou principalmente estimular o moral dos combatentes da Resistência, bem como pelos conselhos que lhe pediu, durante o curso daquele evento, o General Charles de Gaulle, documentados em uma série de correspondências trocadas por ambos.

Não é, também, despreciando o papel do filósofo francês na gênese da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, embora não seja, por outro lado, tão relevante quanto se costuma acreditar.

O papel de Maritain, neste caso, pode ser considerado em primeiro lugar, como uma influência difusa exercida através de sua participação como conferencista em diversas organizações em favor dos direitos humanos nos Estados Unidos, cujas atuações foram decisivas para a aceitação, por parte desse país, da criação de uma comissão de direitos humanos na ONU.

Além disso, é comum a crença de que Maritain trabalhou na comissão encarregada de redigir a Declaração de 1948. Embora sua proximidade com a Sra. Roosevelt, presidente daquela, fosse um fato inegável, sua participação se limitou à resposta à consulta feita pela UNESCO a vários intelectuais sobre problemas de fundamentação teórica de uma então pretendida declaração, e à participação na Segunda Conferência geral do mesmo órgão, realizada no México, como chefe da delegação francesa. Ora, sabe-se que as respostas fornecidas ao questionário da UNESCO influenciaram a redação da declaração, mas isso está longe de uma participação direta.

A primeira das obras aqui consultadas a fim de ilustrar o pensamento desse célebre filósofo do século XX, lançada em Nova York, no ano de 1942, chama-se “Os Direitos Humanos e a Lei Natural” integrante de um único volume (MARTAIN, 1989), ao lado de dois outros textos de Maritain: sua resposta à consulta da UNESCO em 1947 e o texto introdutório aos textos redigidos pelas demais personalidades consultadas, posteriormente reunidas em uma coletânea da UNESCO, publicada em 1948, cujo conteúdo foi, em grande

parte, integrado ao capítulo quatro do livro “O Homem e o Estado” (MARITAIN, 2009), lançado pela primeira vez em 1953, também consultado para este escrito.

2.1 Características da doutrina dos Direitos Humanos de Jacques Maritain

Embora tenha influenciado em alguma medida as deliberações sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Jacques Maritain guardava em relação a ela apenas um otimismo bastante comedido (MARITAIN, 1989, p. 135-136).

Era de seu conhecimento, afinal, mais do que de ninguém, a inexistência de um consenso sobre a fundamentação teórica dos direitos enumerados naquele documento. Para ele, o acordo só era possível em torno de alguns princípios práticos de ação, analogicamente comuns (MARITAIN, 1989, p. 127) entre os povos das diferentes tradições religiosas, bem como entre os partidos de diversas orientações intelectuais que participaram da discussão.

Tal acordo, ele salienta, ocorria em um sentido puramente pragmático, e apenas quanto à promulgação dos referidos princípios de ação e regras de comportamento (MARITAIN, 1989, p.128-129), ou seja, quanto a sua afirmação e enumeração. Para Maritain, o consenso prático universal sobre os direitos humanos sustentar-se-ia epistemologicamente num conhecimento por inclinação, conatural (SILVEIRA, SALLES, ROSA, 2016, p. 1259), no que inova em relação a um tomismo que se pretende mais fiel aos textos do Aquinate. Assim,

esta forma de conhecimento tende a desenvolver-se naturalmente, com a maturação intelectual seja do indivíduo, seja da comunidade histórica, na forma de conhecimento conceitual da lei natural, a qual, por sua vez, não elimina, mas reforça a inclinação originária (SILVEIRA, SALLES, ROSA, 2016, p. 1258).

Os problemas, como bem salientado por esse autor, têm início quando se passa à concretização dos mesmos direitos enumerados, devido à ausência de acordo quanto ao fundamento, ou – na expressão do autor, mais exata –, princípio de unificação dinâmica (MARITAIN, 1989, p. 134) segundo o qual eles são concretizados. Maritain vê a Lei Natural como sendo esse princípio, na verdadeira filosofia dos direitos do homem (MARITAIN, 1989, p. 70).

2.1.1 A lei natural como fundamento dos Direitos Humanos

Afinal, Maritain via o antagonismo entre as diversas correntes ou, mais marcadamente, entre as correntes liberal e marxista – representantes dos direitos individuais

e sociais, respectivamente – sobretudo como consequência da filosofia (ou, mais exatamente, para ele, retórica) do século XVIII, que concebia de maneira absolutista os direitos dos homens. Se todos esses direitos, pois, são por si sós absolutamente incondicionados e isentos de qualquer limitação, como um atributo divino, resta claro que o conflito entre eles é irremediável. Mas tais direitos, como ressalta o autor, são sujeitos a condicionamentos e limitações, como tudo que é humano (MARITAIN, 1989, p. 133).

Aliás, para o autor, a própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, encontrava suas fontes remotas na ideia antiga de Lei Natural, embora suas fontes próximas repousassem na deformação univocista que tal ideia sofrera desde Grócio, em consequência de uma concepção de razão absolutamente geometrizarante (MARITAIN, 1989, p. 118).

A concepção de Maritain sobre as relações entre Direito Natural e Lei Natural, parece ter passado por modificações no curso de sua vida intelectual (MARITAIN, 1989, p. 64, n. 3). Em *Les droits de l'homme*, o autor atribui a ambos os conceitos a mesma extensão, manifestando, porém, maior apreço à segunda (MARITAIN, 1989, p. 66):

[...]il y a, en vertu même de la nature humaine un ordre ou une disposition que la raison humaine peut découvrir et selon laquelle la volonté humaine doit agir pour s'accorder aux fins nécessaires de l'être humain. La loi non écrite ou le droit naturel n'est pas autre chose que cela (grifo do autor).

Já na obra *L'homme et l'État*, essa identificação, além de não ser clara, parece ter sido de todo eliminada, já que, nas passagens em que Maritain empregara a expressão *droit naturel*, esta aparece substituída por *loi naturelle*. A redação do parágrafo mencionado acima, por exemplo, aparece já, então, ligeiramente modificada (MARITAIN, 2009, p. 107):

[...]il y a, en vertu même de la nature humaine un ordre ou une disposition que la raison humaine peut découvrir et selon laquelle la volonté humaine doit agir pour s'accorder aux fins essentielles et nécessaires de l'être humain. La loi non écrite ou loi naturelle n'est pas autre chose que cela.

De toda maneira, para o autor, a Lei Natural permanecia como verdadeiro fundamento dos Direitos Humanos. Para Maritain, ela se distinguia daquilo que Santo Tomás identificava como seu primeiro princípio “deve-se fazer o bem e evitar o mal”, o que Maritain chama “preâmbulo da Lei Natural”. Para o autor francês ela se identifica com “o conjunto de coisas a fazer e a não fazer que se seguem dele [do primeiro princípio] de uma maneira necessária e do próprio fato de que o homem é homem, na ausência de qualquer outra consideração” (MARITAIN, 1989, p. 67).

Essa articulação entre Lei Natural, os deveres dela salientes, e os direitos que aos homens correspondem, segundo Maritain (1989, p. 69-70), encontra-se expressa, em suma, no seguinte parágrafo:

A dignidade da pessoa humana não significa nada senão que, pela lei natural a pessoa humana tem o direito de ser respeitada e é sujeito de direito, possuidora de direitos. Há coisas que são devidas ao homem pelo próprio fato de que é homem. A noção de direito e a noção de obrigação moral são correlativas, elas repousam ambas sobre a liberdade própria dos agentes espirituais: se o homem está moralmente obrigado àquilo que é necessário ao cumprimento de seu destino, é porque ele em o direito de cumpri-lo, ele tem o direito àquilo que é necessário para tanto. A verdadeira filosofia dos direitos da pessoa humana repousa, portanto, sobre a ideia de lei natural. A mesma lei natural que nos prescreve nossos deveres mais fundamentais, e em virtude da qual toda lei obriga, é a que nossa atribui nossos direitos fundamentais.

Existe, para ele, um dinamismo intrínseco às relações entre a lei natural, o direito das gentes e a lei positiva propriamente dita. Assim, reconhece como direitos mais imediatamente hauridos na lei natural o direito à existência, o direito à liberdade pessoal, o direito à busca da perfeição da vida moral, por exemplo (MARITAIN, 2009, p. 123).

O direito à propriedade privada dos bens materiais, também deriva da lei natural, no aspecto que concerne à *necessidade* que a comunidade de seres humanos tem de possuí-los para sua sobrevivência, segundo Maritain; no que toca às condições requeridas pelo trabalho humano em comunidade, a *conclusão* (ou melhor, quase-conclusão) que se impõe, de direito das gentes, é pela apropriação privada em vista do bem-comum, para fins de correta gestão e aplicação do trabalho humano; naquilo que está sujeito a modalidades particulares, de acordo com as formas da sociedade e o estágio de evolução da economia, tal direito se insere, *por determinação*, na lei positiva (MARITAIN, 2009, p. 123).

2.2 Problemas relativos à concretização dos Direitos Humanos

No que toca à questão do estatuto de tais direitos, o autor entendia, como ficou evidenciado acima, que os direitos humanos poderiam sofrer limitações, tendo em vista sua necessária relação com o bem comum. Mas, além disso, distingue duas categorias deles, a saber, a de direitos *absolutamente inalienáveis* e a de direitos *substancialmente inalienáveis*. A primeira categoria inclui aqueles cuja possibilidade de limitação pelo governo acarretaria necessariamente um perigo para o bem comum, já a segunda, aqueles cuja impossibilidade

de limitação por parte do governo acarretaria um perigo para o bem comum (MARTAIN, 2009, p. 123-124).

Retornando ao assunto dos conflitos entre direitos, Maritain enxergava a solução para eles numa simples distinção entre *posse e exercício* dos direitos humanos: todos *possuiriam* os direitos humanos, mas nem sempre concorreriam as condições para *exercê-los*. Nas palavras do próprio autor (MARTAIN, 2009, p. 125):

[...] la raison la plus profonde de la stimulation secrète qui entretien sans cesse la transformation des sociétés est le fait que l'homme possède des droits inaliénables, mais est privé de la possibilité de revendiquer justement l'exercice de certains de ces droits à cause de quelque élément inhumain qui demeure dans la structure sociale de chaque période. (grifos do autor)

Essa distinção se aplicaria a ambas as categorias mencionadas acima. No que toca aos direitos absolutamente inalienáveis, ocorreria em certos casos, para o neotomista francês, a impossibilidade de reivindicar justamente seu exercício em algumas circunstâncias, não a perda de sua posse; em outros casos, existiria apenas uma impossibilidade material devido à necessidade de ulterior desenvolvimento econômico, tecnológico ou, principalmente, estrutural de uma determinada sociedade. Isto ocorreria, por exemplo, com o direito à liberdade de expressão ou à liberdade de imprensa, que pressupõem um determinado estágio de maturação política da sociedade em questão e, por outro lado, pareceria impor, de acordo com o atual estágio do desenvolvimento das sociedades ocidentais, relativamente às modalidades de propriedade privada e à soberania dos Estados (MARTAIN, 2009, p. 125).

Para Maritain, o impasse entre os antigos e os novos direitos humanos, como já se disse, é devido a seu caráter absoluto derivado das duas ideologias cujo apoio foi indispensável para sua promoção: o liberalismo setecentista e o socialismo oitocentista. Para ele, porém, as limitações mútuas entre ambas as espécies desses direitos, isto é, individuais, do cidadão e do trabalhador, se inserem na realidade, embora não se encaixem em esquemas ideológicos, que propugnam por uma destruição, antes que uma conciliação de diferentes atividades.

Assim, o autor (MARTAIN, 2009, p. 129) contrapõe três correntes que proporcionariam chaves para a interpretação dos direitos humanos: a liberal-individualista, a comunista ou a personalista (ou comunitário-personalista) (MARTAIN, 1989, p. 134). Cada uma dessas correntes possui diferentes concepções sobre a dignidade humana: a liberal-individualista identifica-a antes de mais nada com o poder de cada um de se apropriar

individualmente dos bens da natureza para deles fazerem o que lhes aprouver; os comunistas veem a marca distintiva da dignidade humana no poder de submeter o controle dos bens à coletividade, a fim de libertar o trabalho humano (isto é, colocá-lo a serviço da comunidade econômica) para assumir o controle da história; a comunitário-personalista teria por marca a sujeição dos bens econômicos à realização dos bens intrinsecamente humanos, morais e espirituais. Resta saber, conclui Maritain, qual deles possui uma imagem fidedigna e qual, uma imagem desfigurada do homem, manifestando sua preferência pela última das concepções. Elas, por sua vez, podem ser comparadas à classificação de Hannah Arendt entre *animal laborans*, *homo faber* e *zoon politikon* (ARENDDT, 2009).

3 Michel Villey e a negação dos Direitos Humanos

Michel Villey, nascido na Bretanha, na cidade de Caen, em 1914, em família de intelectuais (era sobrinho-neto do matemático Henri Poincaré, irmão de sua avó, casada com o filósofo Émile Boutroux, cuja filha, mãe do jurista, se casara com o historiador e crítico literário Pierre Villey, editor das obras de Michel de Montaigne), é considerado um pioneiro da reinserção da filosofia aristotélico-tomista no quadro dos estudos da Filosofia do Direito, tendo lecionado na Universidade Paris II (Panthéon-La Sorbonne).

Conhecedor profundo da ciência jurídica romana – cuja perfeição atribui, antes de mais nada, à influência da filosofia grega, sobretudo a aristotélica (VILLEY, 2005, p. 501-502) – reconhecendo nela um profundo realismo, se insurge contra a existência de direitos humanos com base, principalmente, na sua crítica aos direitos subjetivos.

3.1 A crítica de Michel Villey aos direitos humanos

A acerba crítica de Michel Villey aos direitos humanos como categoria jurídica parte de uma constatação à qual as pessoas comuns podem muito facilmente aceder: os direitos humanos são conflituosos. Um direito à intimidade dificilmente pode ser compaginado com certas formas da liberdade de expressão; um direito à vida contradiz um direito ao aborto; um direito de a criança ser criada numa família a um direito ao divórcio, etc.

Esse caráter dos direitos humanos deriva, pelo menos em parte, de sua natural indeterminação. Não fosse isso o bastante, as cartas de direitos humanos ainda se pretendem universais e procuram adjudicar aos seus destinatários toda a sorte de direitos possíveis: “a vida, a cultura, a saúde igual para todos: um transplante do coração para todo cardíaco?

Haveria, só com o direito de todo francês ‘à Saúde’, com o que esvaziar o orçamento total do Estado francês, e cem mil vezes mais!” (VILLEY, 2007, p. 6).

Disso resulta que, na visão desse autor, a expressão “direitos humanos” é infeliz e ambígua e, “mesmo quando a usam a serviço de causas muito justas, ela os serve mal, podendo voltar-se contra elas” (VILLEY, 2007, p. 12). Afinal, “ninguém ganha em falar uma linguagem confusa, cujo recorte não corresponde bem às estruturas da realidade” (VILLEY, 2007, p. 12), pontua.

É deste modo que o jusfilósofo francês decide se voltar às estruturas básicas da linguagem que, em última análise, se relaciona com as estruturas básicas da realidade, para ver o que ficou perdido em meio aos escombros das revoluções linguísticas, políticas e intelectuais, que acidentaram sobremaneira o panorama jurídico desde o período clássico do direito romano.

Se já não sabemos relacionar as significações de uma palavra a essa estrutura fundamental, elas se dispersam ao acaso, ficam indefiníveis, soçobramos na incoerência e na confusão linguísticas. É ruinoso sacrificar a etimologia e a cultura das línguas antigas que a condicionam. A desordem, a imprecisão, o equívoco, em questão de linguagem, seguem o declínio dos estudos de filosofia e de história (VILLEY, 2007, p. 16).

É a partir de então que Villey, compreendendo um método histórico do estudo tanto da linguagem jurídica, como das circunstâncias políticas e filosóficas, toma para si a tarefa de buscar o sentido originário do termo *ius*, que os romanistas de seu tempo identificavam com o conceito de direito subjetivo.

3.1.1 A questão do significado da palavra *ius*

A questão central para a História e para a Filosofia do Direito, segundo Villey, é a seguinte: a formação jurídica do Ocidente, a partir do baixo medievo, teve por característica determinante a redescoberta do direito romano, através do acesso ao *Corpus Iuris Civilis*.

De tais textos foram hauridas muitas categorias fundamentais para a construção da ciência jurídica ocidental, como direito, obrigação, servidão, etc. Porém, a ciência jurídica romana foi erigida ao longo de séculos, e sob o influxo do pensamento de seu tempo, sendo tributária de determinada Filosofia.

Para Villey, o erro dos juristas da atualidade é pretender interpretar as palavras empregadas nos documentos remanescentes da ciência jurídica romana à luz das categorias forjadas no seio da Filosofia Moderna, eivada de nominalismo, em vez de se remeter ao seu pensamento original, para descobrir-lhes o sentido primário (VILLEY, 2007, p. 21).

Aliás, o próprio cerne de tal filosofia, segundo Villey (2007, p. 27-28), é sua capacidade manipulatória:

O nominalismo nos ensinou a ter por reais somente as coisas singulares (átomos físicos ou indivíduos). Quanto às relações, às hierarquias, à ordem geral em que estão dispostas essas coisas singulares, elas não teriam realidade fora de nossos discursos e de nossa mente: tratar-se-ia apenas de signos, gerados livremente pelo homem que os remaneja ao seu bel-prazer para melhor calcular as coisas singulares [...].

De fato, não deixa de ser esta a postura da ciência moderna (nada obstante nominalismo e atomismo não se confundirem), que chegou a influenciar sobremaneira o Direito, de modo que os juristas da modernidade acabaram, graças a esse peculiar apego às singularidades, a cometer dois erros: o primeiro, não conseguir focar o Direito Romano no quadro de seu universo, deformando-o segundo categorias modernas; o segundo, perder-se no estudo histórico do Direito Romano, buscando conhecer muito aprofundadamente filigranas sem nenhuma utilidade, tais como, exemplifica Villey, “as soluções que eram utilizadas em Roma sobre a alforria dos escravos ou sobre o testamento *per aes et libram* [...] hoje desprovidas de interesse prático” (VILLEY, 2007, p. 30).

Para ele, é necessário remontar às origens da ciência jurídica, que ocorrem na primeira geração anterior à do famoso orador e filósofo Marco Túlio Cícero, conforme o próprio testemunho deste em seu *De oratore*, no qual relata a passagem do método clínico (observação de casos), para o método teórico na formação dos advogados, empreendida pela primeira geração de jurisconsultos, justamente sob o influxo da filosofia grega (VILLEY, 2007, p. 30-31).

O único texto do direito romano correspondente a tal período acessível nos dias de hoje é o das *Institutas* do jurisconsulto Gaio. Villey demonstra como elas, de certa maneira, estabelecem seu plano segundo a definição do Direito proposta por Cícero, pouco tempo antes de seu surgimento, dividindo-se em três partes: pessoas, coisas e ações. “Eis o fim do direito civil: a conservação da equidade possível (*aequitabilitas*), legítima e útil naquilo que concerne às *coisas* e às *ações* dos *cidadãos*” (VILLEY, 2007, p. 32).

Embora nele concorra uma definição do Direito enquanto *conjunto de relações* (i) entre todos os seres animados (noção provavelmente tomada dos estoicos, cuja influência também foi decisiva em outro aspecto, como se verá a seguir) – *ius naturæ*; (ii) entre diferentes povos – *ius gentium*, e (iii) entre as pessoas de uma mesma cidade – *ius civile* – existe uma outra acepção em que o termo é tomado.

Ela se encontra no livro II, concernente às coisas. Nessa parte do tratado, há uma importante distinção feita pelo jurisconsulto entre as coisas – umas são corpóreas, outras incorpóreas – oriunda também dos estoicos, por intermédio de Cícero, que havia estudado suas obras. As primeiras, aquelas que podemos ver e tocar, são os escravos, as roupas, ouro, prata, etc.; já as segundas são os chamados *iura* (direitos) que constituem as heranças, servidões e obrigações, por exemplo.

3.1.1.1 O direito como coisa incorpórea

Baseado neste texto – e em outros, como se verá a seguir –, afirma Villey (2007, p. 21) que os *iura* no direito romano clássico, não podem ser considerados equivalentes dos direitos subjetivos modernos, nem na definição que lhe dá Savigny, de *poder de agir*, nem na de Ihering, de *interesse juridicamente protegido* e tampouco na formulação mais recente, encontrada nos trabalhos do jurista norte-americano Hohfeld, que a ele se refere como liberdade, poder, e, à parte o de demandar, imunidade, mas que identifica sempre nessas situações a característica de *vantagem jurídica*.

De fato, Villey (2002, p. 231) demonstra cabalmente que a ciência jurídica romana do período clássico se construía sobre uma noção de direito que não possui equivalente na moderna doutrina do direito. Para tanto, se utiliza de passagens que remetem aos *iura praediorum*, nas quais o jurisconsulto Gaio afirma que um campo *fundus*, pode conter vários *iura*, tais como *ius altius tollendi, aut non extollendi, stillicidium avertendi, stillicidium non avertendi*, etc., ou seja, “direito” de construir mais alto, ou de não construir mais alto, de barrar o fluxo das águas que passam pelo imóvel, para delas dispor, ou de não o interromper, para que o vizinho possa delas dispor. Enfim, textos que frequentemente demonstram que *ius* não significa necessariamente uma vantagem do proprietário do imóvel, no Direito Romano do período clássico.

Às posições de Villey, extremamente inovadoras à época em que surgiram, opuseram-se opiniões de vários juristas como o italiano Giovanni Pugliese e o suíço René Vaucher.

O primeiro tentou opor diversos textos, dentre os quais o principal – em que procura demonstrar a existência de direitos subjetivos no Direito Romano – é o seguinte trecho, traduzido por Moreira Alves (2007, p. 93): “Todo direito consiste ou na aquisição, ou na conservação, ou na diminuição, pois se trata de como alguém adquire alguma coisa de outrem ou de como conserva a coisa ou o seu direito, ou de como aliena ou perde”. Em tal texto, o jurista italiano pretende haver demonstrado que *direito*, na primeira acepção, significa

direito objetivo (no sentido moderno), i. e., nas normas para a conservação ou perda do *seu direito*, que nesta segunda acepção significaria direito subjetivo, haja vista a explícita oposição às coisas (*rem vel ius*).

No que tange o primeiro aspecto (direito objetivo), Villey (2007, p. 66) ressalta que a lei, no Direito Romano clássico, é encarada de maneira um pouco mais realista que a que se acostumou a fazer após o Iluminismo. Para tanto, transcreve uma passagem do *Digesto*, de autoria do juriconsulto Paulo (50, 17, 1): “A função da regra é descrever brevemente uma realidade. Assim, não é o direito que deve ser tirado da regra, mas, do direito que existe, deve ser tirada a regra”. Deste modo, resta claro que a noção originalmente significada na passagem comentada por Moreira Alves é o próprio direito enquanto atividade, ou seja, *Ars Iuris*, cuja matéria *circa quam* são as referidas operações.

Quanto à segunda acepção da palavra *ius*, o argumento é facilmente respondível mediante uma remissão ao que demonstramos anteriormente: nos gêneros de coisa, existem as corpóreas e as incorpóreas como espécies. Ora, também no gênero animal existem espécies, mas quando dizemos de um homem que é um ‘animal’, queremos dizer que é uma pessoa irracional, tola, ou irascível, i. e., o substantivo ‘animal’ se aplica mais propriamente às outras espécies de animal que ao homem. Neste caso, embora o substantivo ‘animal’ pudesse ser predicado em sentido genérico a qualquer homem, está-se a dele fazer um uso metafórico. Do mesmo modo, ‘coisa’ se aplica com maior propriedade às coisas corpóreas que às incorpóreas, de maneira que ambas se opõem mutuamente sem que deixem de pertencer ao mesmo gênero. Numa cadeia lógica de definições, como se sabe, o termo menos determinado toma mais propriamente o nome do gênero que o mais determinado, e é isso que ocorre tanto com ‘animal’ em relação a ‘homem’, quanto com ‘coisa’ em relação a ‘direito’ no caso do Direito Romano do período clássico.

Outro argumento apresentado em favor da conceituação dos *iura* como direitos subjetivos foi a tentativa de René Vaucher de conceituá-los como *pars dominii* (partes do domínio), pois uma parte do *dominium* (encarado aí como direito subjetivo de propriedade) não poderia ser senão um direito subjetivo, embora menor (VILLEY, 1976, p. 120). Para tanto ele se vale do exemplo do usufruto, em sua obra “*Usufruit et pars dominii: étude sur la notion romaine de l’usufruit considérée par rapport à la propriété*”.

Quanto à análise do jurista suíço, o que Villey observa é que, de fato, no Baixo Império, o usufruto – que chega então a ser considerado um direito subjetivo – constitui uma espécie – tal é o sentido da palavra *pars* na linguagem, segundo o jusfilósofo, decadente da época – do direito subjetivo de domínio. Realmente, entendidas as coisas de acordo com

o vocabulário da lógica tomista desdobrada a partir de Aristóteles, uma espécie é uma parte – parte *subjctiva*, embora tal adjetivo, aí, não tenha relação senão lateralmente² com os direitos subjetivos – de um gênero próximo. Ainda assim, talvez o mais correto, neste caso, seria considerar o usufruto como *parte potestativa* do direito de propriedade, na medida em que mesmo a relação de domínio, considerada como todo potestativo dinâmico (potência operativa, direito subjetivo), não comporta de maneira sempre atual, porque em certos casos, pode estar presente de maneira apenas potencial e, portanto, separável, a operação de usufruto.

Porém, que o usufruto pudesse ser considerado *pars domini* é algo que, segundo Villey não se aplica ao período Clássico. Para prová-lo, ele transcreve um texto do *Digesto*, atribuído a Gaio, no qual se pergunta, ante o fato de se haver constituído uma garantia sobre o usufruto de um campo que figurava como objeto da dívida, se aquele consistiria ou não em uma parte deste (*pars rei*, e não *pars domini*, expressão que aparentemente designava partes integrantes de um condomínio, na linguagem daquele período, isto é, partes quase integrantes), isto é, numa parte da coisa, pois a garantia somente seria válida se recaísse, ao menos parcialmente, sobre o mesmo objeto da dívida principal.

De fato, a afirmação dos *iura in re* (direitos na coisa) como *pars rei* é deixada de lado, uma vez que os romanos entendiam o termo no sentido estrito. Aqui, não por acaso, Villey emprega, para caracterizar o significado de *pars* para os romanos, justamente o mesmo exemplo de que Tomás de Aquino (S. Th. I, q. 77, a. 1, r.) se vale para caracterizar o conceito de partes *integrantes* (que é o sentido mais próximo do original): o das paredes como parte da casa tomada por inteiro. Trata-se obviamente do mesmo conceito.

Contudo, e o que é mais interessante, os jurisconsultos romanos acabaram por decidir que o usufruto deveria ser tratado como se fosse *pars rei* (i. e., como se fosse parte integrante), porque ele contém uma das vantagens da coisa. Villey, por sua vez, conclui que o usufruto se assimila a uma *pars*, porque em potência é um elemento do terreno (VILLEY, 1976, p. 123).

Aproxima-se ele, aqui, portanto, novamente do conceito de partes *potenciais* ou *potestativas* – conceito analógico, apenas incoativamente apreendido pela ciência romana do direito, vislumbrado nas entrelinhas de seu sistema jurídico. Os *iura in re* eram algo como

²O conceito de parte subjetiva não se refere ao sujeito de direito, mas sim a todos os sujeitos de um determinado predicado universal. Neste sentido, homem é parte subjetiva de animal, pois é sujeito do predicado animal. Assim também ocorreria com todos os direitos, que se construiriam com base em sua relação com o direito de propriedade, i. e., se ele é o direito subjetivo mais preeminente, todos os outros são como espécies de propriedade.

potências passivas radicadas nas coisas, atualizáveis por uma pessoa, dispostas em vista do ordenamento da cidade, e não direitos subjetivos. Assim, se no caso apresentado por Vaucher o usufruto se trata de uma *pars domini*, i. e., uma parte do todo potestativo dinâmico (potência operativa, ato segundo), tomado a partir de um poder do ser humano sobre a coisa como categoria lógica abstraída da atualidade da própria coisa; já no caso dos juristas romanos, poder-se-ia considerá-lo como *pars rei*, parte do todo potestativo estático (potência entitativa, ato primeiro)³, que considera a atualidade da coisa na qual o direito está (*ius in re*). E não poderia ser diferente, afinal, como afirma Villey (2007, p. 79): “O *ius* das *Institutas* não é atributo adjacente ao sujeito, liberdade de agir (a liberdade não se partilha)”.

A definição que Villey (2007, p. 79) dá do direito (*ius*) no direito romano se aproxima realmente muito disso: “a parte das coisas que cabe a cada pessoa dentro do grupo, relativamente às outras”, “competências, funções, papéis a serem mantidos na vida social intersubjetiva” (VILLEY, 2007. p. 77), partilha delimitada por estatutos, nos quais se verificam vantagens e desvantagens.

3.1.2 Os direitos humanos como sucedâneo da perversão da linguagem jurídica

Villey identifica os direitos humanos como um corolário da perda dessa noção explanada acima: a noção de que o direito é uma parte, numa ordem e, portanto, algo com contornos concretos. Para ele, não há direito idêntico para todos os homens. Eis um trecho que sintetiza bem sua visão:

A mensuração dos direitos deve ser feita levando em conta todos os fatores do problema. Claro, a igualdade entre adjudicatários dos direitos, sem a qual não existiriam medida comum nem proporção calculável: há alguma igualdade [...] entre todos os homens. [...]. Em linguagem moderna, a comum dignidade das pessoas humanas. [...].

Mas não há entre os homens apenas a essência genérica comum. Cada indivíduo tem sua diferença, isto também por “natureza” e já em seu nascimento. [...].

Para ser plenamente “equitativo”, todo direito deveria ser proporcionado com as particularidades de cada um, mesmo mínimas e ocasionais. Pode acontecer que um juiz atribua um prazo a um devedor por estar doente ou acabar de perder a mulher, em direito criminal que a moda seja “individualizar as penas”.

[...].

A linguagem jurídica ignora “a Pessoa humana”, ela trata, no plural, das pessoas – as “prósopa” dos estoicos –, dos papéis, múltiplos por definição; estatutos pessoais. [...].

O direito que se pretenderia induzir da ideia abstrata de “Ánthropos”, apenas da “natureza” genérica do homem, só seria informe, incoativo,

³ Acerca dos conceitos de todo potestativo e partes potestativas, cf. GAMBRA (2002, p. 170).

apenas um embrião de direito. “O Homem” não tem direito, não é matéria da ciência jurídica [...] Apenas homens têm uns direitos diversos (VILLEY, 2007. p. 100-102).

Fora disso, Villey faz um apanhado das doutrinas contratualistas do século XVII (Hobbes e Locke) e demonstra como, no caso delas, pretende-se deduzir o direito do indivíduo humano isolado e de que maneira, a partir daí, pôde-se utilizar o termo direitos do homem em favor do exercício do poder, outrora absolutista, ora liberal-burguês.

Além das características aqui já expostas, é necessário reafirmar que, para Villey os direitos humanos são uma estranha união de um universalismo absoluto no que diz respeito aos seres humanos, ao mesmo tempo em que é oriundo do nominalismo, filosofia que não reconhece senão substâncias individuais, negativa de toda ordem. Como é possível essa estranha combinação?

A resposta pode ser encontrada, pelo menos em parte, no parágrafo anterior, bem como no trecho em que o jusfilósofo bretão comenta sobre a Segunda Escolástica espanhola e o quanto seus representantes se caracterizam por um *pragmatismo*. Nem eles, nem Hobbes, nem Locke servem à pretensa “causa da humanidade”, servem, antes, a causas limitadas e circunstanciais – dos indígenas, dos reis, dos burgueses.

É assim que, na Escola de Salamanca se vão misturar o *ius* de Santo Tomás com o direito subjetivo de base ockhamiana; em Hobbes, o direito natural ilimitado dos indivíduos, ao qual caberá ser esmagado pelo poder absoluto do Leviatã; em Locke, uma mistura da teoria escolástica do *dominium*, com uma teoria do valor-trabalho, para formar o conceito liberal-burguês de propriedade.

As asserções acima, portanto, podem ser tomadas como uma conclusão acerca daquilo que são os direitos humanos para Michel Villey: o fruto amargo de uma filosofia influenciada por uma dose significativa de pragmatismo político.

4. A síntese de John Finnis sobre os Direitos Humanos

Semelhante aos dois primeiros autores já aqui tratados, no que toca à adesão ao realismo jurídico clássico, o próximo encontra-se fora da Europa continental. Trata-se do australiano John Mitchell Finnis, professor em Oxford, que foi aluno de Herbert L. Hart e Joseph Raz e, talvez até mesmo por isso, possa ser considerado o representante do realismo jurídico clássico, sendo um seu renovador (SILVEIRA, SALLES, ROSA, 2016, p. 1255), com maior capacidade de apresentar suas ideias a pensadores de outras tradições.

Aquilo que se pode chamar de sua obra principal, *Lei natural e direitos naturais*, foi publicada em 1980, e havia sido encomendada por Hart, treze anos antes. Finnis, que havia iniciado sua obra sobre um marco epistemológico empirista, abandonou-o no curso de suas investigações, após descobrir a epistemologia de Bernard Lonergan e o direito natural de Germain Grisez.

Em meio a uma obra que pode ser considerada um empreendimento de filosofia política, moral e jurídica, e no qual, nas palavras do próprio autor, “quase tudo [...] diz respeito a direitos humanos” (FINNIS, 2006, p. 195), a análise dos direitos naturais aqui tentada centrar-se-á especialmente no capítulo VIII (Direitos) de seu *magnum opus* já que, segundo Finnis (2006, p. 195), “a discussão explícita dos direitos ocupa apenas este único capítulo”.

4.1 Direitos humanos: definição e método de investigação

No capítulo referido acima, pode ser encontrada uma sucinta definição acerca dos direitos humanos: “Os direitos humanos ou naturais são os direitos morais fundamentais e gerais; pode-se falar dos direitos morais particulares ou concretos [...], derivados obviamente das formas gerais de direitos morais, isto é, direitos humanos” (FINNIS, 2006, p. 195-196).

Para uma melhor compreensão dos direitos humanos, Finnis se dedica, principalmente, nesse trecho do livro, a um estudo sumário das análises jurídicas contemporâneas do discurso sobre direitos tomando por ponto de partida as ideias do jurista norte-americano Hohfeld, que são sumariamente apresentadas pelo australiano com o seguinte conteúdo:

Afastando-nos do estilo de exposição de Hohfeld, podemos dizer que os postulados fundamentais de seu sistema são os seguintes: (i) que todas as asserções ou atribuições de direitos podem ser reduzidas sem deixar resto a atribuições de um ou de uma combinação dos seguintes quatro “direitos Hohfeldianos”: (a) “reivindicação” de direito (chamado por Hohfeld de “direito strictu sensu”), (b) “liberdade” (chamado por Hohfeld de “privilégio”), (c) “poder” e (d) “imunidade”; e (ii) que afirmar um direito Hohfeldiano é afirmar uma relação de três termos entre uma pessoa, uma descrição de ato e uma outra pessoa (FINNIS, 2006, p. 196).

Dentre esses quatro sentidos atribuídos pelo jurista norte-americano à palavra direito, Finnis tenta inferir qual seja seu princípio subjacente, aquilo que os mantém unidos ou, de modo mais grosseiro, uma explicação geral daquilo em que consiste ter um direito.

Seguindo a própria indicação de Hohfeld – já que o autor indica o “direito de reivindicar” como correspondente ao sentido estrito –, embora não explicitamente, o

professor de Oxford tenta dilucidar, afinal, aquilo em que consiste um direito de reivindicar: se a atribuição de um benefício, por lei, correspondente ao dever jurídico de outrem ou, antes, o mero poder de demandar na justiça algo.

O primeiro tipo de discurso corresponde a um discurso de juristas em geral. O segundo, por sua vez, é a perspectiva encarnada principalmente por um tipo especial de jurista: o advogado, que em vez de enxergar o direito como uma espécie de relação entre duas pessoas mediada por uma lei a que ambos estão sujeitos, o vislumbra como uma relação de poder entre uma pessoa e uma coisa, tendo em vista a manutenção de um objetivo subsistente, em meio às modificações que sobrevêm às relações subjetivas, num determinado período de tempo (i. e., as trocas de direito por sucessão, transferência, etc.).

As duas propostas rivais no mundo anglo-saxão, traduzem o elo dos direitos ora em termos de “*benefícios* garantidos a pessoas pelas regras que regulam as relações entre essas pessoas e outras sujeitas a essas mesmas regras”, ora em termos de *escolha* pessoal cujo respeito e reconhecimento social advêm das regras jurídicas (FINNIS, 2006, p. 200).

O traço fundamental, na primeira concepção, é enfatizar a inserção dos direitos em uma relação com os deveres alheios, em um ambiente de sujeição comum a regras. Já na segunda, a ênfase recai sobre os direitos como arranjo entre liberdades distintas, ou seja, no aspecto potestativo (não no sentido brasileiro de “direitos potestativos”, mas instrumental), do qual o caso de direito correlato a uma obrigação (i. e., a liberdade de obrigar, perdoar ou modificar a obrigação alheia) é apenas uma hipótese especial. Hart, principal defensor desta tese, chega a falar do direito como uma soberania em menor escala.

Neste sentido, o autor apresenta a impossibilidade, identificada pelo próprio Hart, de tal conceito de direitos poder traduzir situações essenciais “para a manutenção da vida, da segurança, do desenvolvimento e da dignidade do indivíduo.” Afinal, em tais casos “o cerne da noção de direitos não é nem escolha individual, nem benefício individual, mas necessidades individuais básicas ou fundamentais” (HART, 1973, p. 200-201), ou, como diz Finnis, aspectos básicos do florescimento humano.

Retomando um conceito muito caro a todo realismo jurídico clássico, Finnis conclui afirmando que o vocabulário moderno dos direitos é nada mais que um meio linguístico de descrever *situações jurídicas*

do ponto de vista do ‘outro’ a quem algo [...] é devido, ou que tem direito a algo, e que seria vítima de injustiça se esse algo lhe fosse negado. E o debate contemporâneo mostra que existe uma tendência forte, mas não irresistível, a particularizar esse ponto de vista ainda mais, tal que a vantagem peculiar indicada (em qualquer ponto de vista) por qualquer

atribuição de direitos é vista como sendo a vantagem da liberdade de ação e/ou do poder de afetar a liberdade de ação dos outros (FINNIS, 2006, p. 202).

Esse pendor para o lado da pessoa que se pretende avantajada pelo direito, porém, não vige desde sempre na linguagem jurídica – algo que já ficou claro na seção anterior, sobre Michel Villey, a quem aliás, Finnis cita – mas é produto da modernidade.

Finnis, assim como Villey, identifica um divisor de águas na história da palavra direito, representada pela separação da posição de beneficiário do quadro de uma relação de justiça, levada a efeito por Hobbes, que chega a separar *lei e direito*. “Forçado até os propósitos de Hobbes [comenta o autor], esse contraste entre lei e direitos priva a noção de direitos, virtualmente, de toda a sua importância normativa” (FINNIS, 2006, p. 204).

Segundo Finnis, essa importância normativa não era suprimida nas concepções de Suárez e Grócio (que chegam mesmo a admitir o uso da palavra *direito* no sentido de aquilo que é justo, embora como emprego do vocábulo em sentido amplo) e pode até mesmo ser mantida, desde que se enfoquem tais direitos como benefícios oriundos dos princípios e requisitos básicos da racionalidade prática e de regras concluídas a partir deles.

Desse modo, Finnis acaba por reconhecer, na expressão dos requisitos da justiça, um papel explanatório mais estratégico para o conceito de dever, quando se trata de designar aquelas realidades que constituem necessidades do *bem comum* em seus vários níveis, do que para o conceito de direitos, que enfoca a relação do lado dos *indivíduos* beneficiados. É à luz dessa distinção que ele empreenderá uma análise da Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948.

4.2 A análise de Finnis da declaração de 1948

O dado que primeiro lhe chama a atenção nesse documento é a concorrência de duas formulações para expressar as diversas situações em que os sujeitos podem se encontrar: (a) “Todos os indivíduos têm direito a ...” e (b) “Ninguém será ...”. Essa diversidade de expressões, ressalta ele, não pode ser atribuída à inépcia, e tampouco a um mero capricho estilístico. Mas o que levaria a isso?

A razão para tanto, segundo o professor de Oxford, seria encontrada ao final do referido documento, mais especificamente no artigo 29, que enuncia as limitações ao exercício dos direitos e liberdades. Senão, vejamos:

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus **direitos e liberdades**, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas. (grifos nossos)

Nesse sentido, o emprego da expressão “no exercício de” (expressão que remete a Maritain) põe de manifesto que as limitações eventuais que poderiam ser impostas atingiriam apenas os enunciados da primeira espécie, referentes a direitos e liberdades, e não os enunciados da segunda, que declaram, antes, imunidades, isto é, vedação à sujeição jurídica por um poder de outrem, dirigidas aos detentores do poder institucionalizado (ou que se pretenda como tal): “atos de tortura não podem, portanto, ser justificados por meio de um apelo a ‘exigências justas da ordem pública’” (FINNIS, 2006, p. 208). Nestes casos, para Finnis, a pretensão do enunciado é gozar de força concludente; já nos casos relativos ao primeiro tipo, os enunciados sugeririam que os direitos e liberdades declarados poderiam apenas figurar como forças norteadoras num processo racional de decisão, mas não gozar de força concludente, porque seu exercício estaria condicionado a outros fatores atinentes ao bem-comum.

Tal pretensão, por sua vez, mesmo naquilo que diz respeito às normas que pretendem impor-se conclusivamente, nesse tipo de declaração, não é reconhecida pelo professor de Oxford pois, para ele, não existem direitos absolutos tais como os formulados nessas declarações, pois eles sempre presumem a possibilidade de sua aplicação, independentemente do cenário que se vá encontrar pela frente, o que Finnis não admite. Ele admite unicamente direitos categoricamente inexcetionáveis, cuja pertinência só pode ser verificada no âmbito de uma casuística de deveres, que leve em conta a posição das duas partes envolvidas na relação.

Assim, o discurso dos direitos humanos trataria de afirmar, na maioria das vezes, relações de dois termos entre pessoas (ou uma classe delas) e temas (ou uma classe deles: vida, propriedade, liberdade, etc.), o que tornaria necessário que fossem traduzidas para uma relação de três termos, para ganharem força concludente, de modo a incluir o devedor da prestação também.

Essa tradução envolve a especificação (a) da identidade do detentor do dever que deve respeitar ou fazer valer o direito de A; (b) do conteúdo do dever, em termos de descrições de atos específicos, inclusive das épocas e das outras circunstâncias e condições para a aplicabilidade do dever; (c) da identidade ou da descrição da classe de A, o detentor correlato do direito de reivindicar (no sentido hohfeldiano de “direito de reivindicar”); (d) das condições em que um detentor do direito de reivindicar perde esse direito, inclusive as condições (se existirem) em que ele pode renunciar aos deveres relevantes; (e) dos direitos de reivindicar, dos poderes e liberdades do detentor do direito de reivindicar no caso de não-cumprimento do dever; e, acima de tudo, (f) das liberdades do detentor do direito de reivindicar, incluindo uma especificação dos limites dessas liberdades, isto é, uma especificação de seus deveres, especialmente de não-interferência nas liberdades de outros detentores desse direito ou de outros direitos reconhecidos. Já que (f) envolve especificar os deveres do detentor do direito de reivindicar A, necessariamente envolve uma especificação dos direitos de reivindicar de B, e essa especificação, por sua vez, requer uma especificação completa dos pontos de (a) a (f) no que tange, agora, a B – o que irá requerer uma especificação semelhante no que tange aos deveres de B de não interferir em C [...] (FINNIS, 2006, p. 214).

Quanto aos modos pelos quais semelhante procedimento é realizado, de modo a resolver conflitos de eventuais direitos que poderiam sair concretizados, o autor apresenta como única solução a adoção de algum padrão de caráter (ou conjunto deles), conduta e interação humana em comunidade e depois escolher as especificações de direitos que tendem a favorecê-los, ou seja, advoga a existência de alguma concepção de bem humano comum, que mais propicie que impeça o desenvolvimento das pessoas.

Finnis adverte, porém, que o fato de os direitos humanos (talvez por se traduzirem com maior frequência em um discurso de advogados) serem deslocados do âmbito das discussões sobre justiça – comutativa ou distributiva – ou bem-comum, faz com que possam “certamente ser ameaçados por usos de discursos sobre direitos que, de má-fé ou não, prematuramente atribuem um *status* concludente ou absoluto a este ou àquele direito humano (*e.g.*, propriedade, contrato, expressão, reunião)” (FINNIS, 2006, p. 215).

Note-se que isso não se aplica, segundo Finnis, aos direitos que ele classifica como categoricamente in excepcionáveis, derivados diretamente de seu princípio de razoabilidade prática de não escolher deliberadamente contra qualquer bem básico humano. Mas esses direitos podem não ser nenhum dos que constam nas declarações de direitos, pois constituem bens concretos humanos, e não meras enunciações abstratas, de modo que somente podem ser adequadamente expressos em três termos, no âmbito de uma casuística de deveres, pois

figuram como correlatos de deveres desprovidos de exceção oriundos de seu princípio de razoabilidade prática (talvez a proibição de se torturar alguém se encaixasse numa tal descrição, como o próprio Finnis deu a entender em uma passagem anterior).

Porém, embora o caso de enunciação de direitos humanos em dois termos e sua consequente radicalização pareça constituir hoje a grande maioria aparente dos casos, Finnis ressalta que o discurso sobre direitos humanos pode ser enquadrado dentro dos requisitos da razoabilidade prática, como um acréscimo valioso, mantidas as devidas referências ao seu lugar em relação ao florescimento humano. Pois, segundo ele, (i) corretamente enfatiza a igualdade, mantendo a justiça em primeiro plano na discussão; (ii) tende a suplantar a atração dos “cálculos” dos consequencialistas, embora muitos desses direitos não sejam absolutos, e (iii) que uma semelhante lista enfatiza os aspectos individuais atinentes ao bem-comum, em vez de criar um contexto de bem-comum etéreo, para o qual o bem do indivíduo nada valeria, favorecendo o florescimento de todos em seus aspectos mais importantes, considerados um a um.

5 Conclusão

Os trabalhos dos três autores aqui apresentados figuram como exemplos de autores de uma determinada tradição (muito pouco conhecida, é verdade) que encararam o problema dos direitos humanos como o ferramental de uma certa tradição filosófica.

Iniciando por Jacques Maritain, pode-se dizer de tal autor que, tendo feito a análise dos direitos humanos inserindo-se na tradição tomista, mas, simultaneamente muito imbuído das ideias de seu tempo, não percebeu a diferença entre os direitos como vistos na modernidade e os direitos tais como entendidos pelo Direito Romano Clássico e por Tomás de Aquino, acabando por adotar praticamente sem reservas o conceito de direito subjetivo, pensando ter resolvido o paradoxo simplesmente introduzindo uma distinção entre *posse* e *exercício* dos direitos.

Dentre seus méritos podem-se incluir a percepção do desvio, para o qual contribui Grócio, da primazia do bem-comum sobre os direitos, a distinção entre direitos que não poderiam ser limitados e outros que só poderiam existir com limitações e, por último, mas não menos importante, o caráter decisivo da visão de mundo como chave para interpretação da Declaração de 1948.

Já Michel Villey, que era propriamente um jurista, primou por uma apreensão mais precisa do significado original da palavra *ius* no Direito Romano, como estritamente

vinculada à existência de uma *civitas*; em suma, para ele, direito é sinônimo de direito civil (evidentemente que não no sentido de ramo do Direito, tal como se entende na atualidade). A adoção desse mesmo conceito, por sua vez, conduziu-o a rechaçar totalmente a ideia de Direitos Humanos, uma vez que, por seu pretense alcance universal, pertenceriam ao terreno da moral e não poderiam ser considerados verdadeiros direitos, além de denunciar-lhes o caráter oportunista e ideológico nas suas origens – encontradas em Hobbes e Locke, principalmente – na esteira de autores consagrados, de diferentes matizes ideológicos, como Marx e Burke.

Entretanto, o mais importante nas descobertas de Villey sobre o sentido do termo *ius* no período clássico da jurisprudência romana foi revelar o sentido originariamente concreto do direito: *non ex regula ius summat, sed ex iure quod est regula fiat*. O direito é sempre o resultado de uma repartição das coisas na cidade, de acordo com uma determinada relação de igualdade política. Está entre as pessoas, e por isso não pode ser um substantivo universalmente predicável de cada uma delas individualmente, sem que se leve em consideração as outras; está nas coisas.

Quanto a John Finnis, pode-se dizer que obteve o mérito de conciliar uma visão correta daquilo que significa o direito, em termos da sua noção original (*ipsa res iusta*), sem chegar, por isso mesmo, a rechaçar de todo os direitos subjetivos e os direitos humanos como modos de expressão do fenômeno jurídico, parciais, embora valiosas. O Professor de Oxford reconhece que, se por um acaso se mantiver em mente seu lugar na ordem da razoabilidade prática a respeito do florescimento humano, o uso moderno de reivindicações de direito deve ser reconhecido como acréscimo valioso ao vocabulário ortodoxo da razoabilidade prática, apesar de suas origens dúbias e de seu abuso por parte de fanáticos e aventureiros, desde o século XVIII (FINNIS, 2006, p. 216).

Da parte teórica, pode-se afirmar, à guisa de conclusão, que os direitos humanos enquanto direitos subjetivos só podem ser eventualmente entendidos de maneira absoluta quando se trata de imunidades, na medida em que apenas eles podem traduzir imperativos de justiça imponíveis pelo Estado no sentido negativo (não fazer a outrem o que não se quer padecer) e não no sentido de que o Estado possa forçar todos que são capazes de ajudar a todos que são necessitados de ajuda (amar ao próximo como se ama a si mesmo), concentrando coercitivamente os esforços de uns de maneira progressiva apenas na satisfação das “necessidades” dos outros.

Afinal, afirmar os direitos que conferem poderes como atributos ilimitados e absolutos, isto é, separados das instituições e das relações pessoais, ou seja, enunciá-los como

partes subjetivas predicáveis de todos os homens universalmente considerados, em vez de partes potestativas relativas a pessoas concretas segundo algum arranjo, põe os “direitos” à mercê de quem pode mobilizar mais o poder judiciário e a opinião pública em seu favor. Em outras palavras, sujeita ao ativismo judiciário toda a população que não se vale desses meios, o que significa que, de acordo com a doença de Baumol, os bens mais comuns à sociedade humana tenderão a ser suplantados por interesses de minorias de indivíduos dispostos a se unirem em prol de uma causa e, portanto, com maior capacidade de mobilização – ou seja as minorias revolucionárias⁴.

De fato, pode-se reconhecer como um mérito do discurso sobre os direitos humanos uma correta ênfase na dignidade da pessoa humana e a tendência a afastar os cálculos consequencialistas, mas isso é apenas um lado da moeda, talvez o mais importante durante algum tempo, mas certamente o mais difícil de ser visto na nossa época, uma vez que a tendência atual dos mesmos tende não a uma redução do poder do Estado pelas imunidades dos indivíduos, mas de um aumento do poder daquele enquanto causa instrumental de consecução de vantagens para minorias sectárias juridicamente mobilizadas.

Isso significa que, por outro lado, os direitos humanos podem (e têm) sido utilizados no mesmo sentido que Hart usou (note-se que ele mesmo excluiu os direitos humanos deste tipo conceitual): como uma espécie de soberania em miniatura. Nesse sentido, os direitos humanos, na medida em que são direitos subjetivos, acabam sempre por voltar a suas origens hobbesianas, transformando os Tribunais em verdadeiro campo de batalha da guerra de todos contra todos, com um singular agravante:

A humanidade como tal não pode fazer guerras, pois ela não tem nenhum inimigo, pelo menos neste planeta. O conceito de humanidade exclui o conceito de inimigo, porque também o inimigo não deixa de ser homem e assim não ocorre nenhuma diferença específica. [...] Quando um Estado luta contra seu inimigo em nome da humanidade, não se trata de uma guerra da humanidade e sim de uma guerra para a qual um determinado Estado procura ocupar um conceito universal frente ao seu inimigo, para **(às custas do adversário)** identificar-se com o tal conceito, assim como se pode abusar da paz, justiça, progresso e civilização, para reivindicá-los para si e negar que existam do lado do inimigo. “Humanidade” é um instrumento ideológico, especialmente útil, das expansões imperialistas, e em sua forma ético-humanitária um veículo específico do imperialismo econômico. Aqui se aplica, com uma modificação óbvia, uma palavra forjada por Proudhon: “Quem diz humanidade, pretende enganar”. O emprego do nome da humanidade, a apelação à humanidade, a confiscação desta palavra, tudo isso só poderia, já que não se pode afinal de contas empregar sem certas conseqüências tais nomes sublimes,

⁴ A esse respeito, cf. MICKLETHWAIT e WOOLDRIDGE (2015, p. 107-109).

manifestar a terrível **pretensão de que se deve denegar ao inimigo a qualidade de homem**, declará-lo hors la loi e hors l'humanité e com isso levar a guerra à extrema desumanidade (SCHMITT, 1992) (grifo nosso).

O que escreveu Schmitt a respeito das guerras em nome da humanidade pode ser analogamente aplicado ao campo do direito. Os assim chamados direitos humanos podem igualmente desempenhar, no ambiente do discurso jurídico ou político, uma tentativa de desumanizar os oponentes, pela assunção, por parte do reivindicante, da posição de único representante da humanidade, como ferramenta retórica na consecução de sua pretensão, por uma espécie de injúria embutida na própria reivindicação de um *direito* com o adjetivo *humano* dele implicitamente predicado, ou seja: uma reivindicação de um direito como *humano* pode conter implicitamente, um mecanismo de *autovitimização*, conjugado a uma acusação de *desumanidade* a toda oposição, o que pode provocar, já *ab initio*, uma posição assimétrica no julgamento das partes de um semelhante conflito. Tal uso dos direitos humanos remete a um comentário de Schmitt, mais especificamente relacionado com a figura que estampa a folha de rosto da primeira edição do *Leviatã*, no qual afirma que, para Hobbes, “tanto os conceitos como as distinções são armas políticas” (SCHMITT, 2004, p. 13).

Além disso, esse tipo de visão sobre o que são os direitos humanos e o que é um direito humano pode, por conseguinte, levar ao paradoxo da extrema desumanidade dos direitos humanos, tendente a negar os direitos humanos de toda aquela classe de cidadãos que não concordar com as concretizações específicas às quais são levados os enunciados sobre direitos humanos cada vez mais infladas, o que leva à conclusão de que vale muito pouco o acordo sobre o enunciado de uma lista de direitos humanos abstratos, quando o que decide mesmo o que eles vão ser na realidade concreta são os princípios subjacentes.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- GAMBRA, José Miguel. *La analogía en general: síntesis tomista de Santiago Ramírez*. Pamplona: EUNSA, 2002.
- HART, H. L. A. Bentham on legal rights. In SIMPSON, A. W. B. (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence. Second Series*. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 171-191. Apud FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- MARTAIN, Jacques. *Les droits de l'homme*. Paris: Desclée de Brouwer, 1989.
- _____. *L'homme et l'État*. Paris: Desclée de Brouwer, 2009.
- MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Alan. *A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado*. São Paulo: Portifolio Penguin, 2015.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14. ed. ver, corr. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes*. Granada: Comares, 2004.
- _____. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SILVEIRA, Carlos Frederico Calvet Gurgel da; SALLES, Sergio de Souza; ROSA, Thiago Leite Cabrera Pereira da. *Jacques Maritain: Democracia e Direito Humanos renovados*. Revista Portuguesa de Filosofia, T. 72, Fasc. 4, Política e Filosofia I: A Democracia em Questão, p. 1253-1274, 2016.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Vol. II: Parte I – Questões 44-119. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- _____. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2002.
- _____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.