

## TEORIA GERAL DO DIREITOS HUMANOS II

### ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS HUMANOS

#### **Direito-pretensão**

Olha-se para a relação vertical existente entre o Estado e o indivíduo. O indivíduo pretende e busca algo, que gera no Estado o dever de prestar. Isso é típico dos direitos sociais. Ex.: educação – João busca educação de qualidade em igualdade com as demais pessoas. O Estado tem o dever de prestar.

“É o direito do titular de ter alguma coisa que é devido pelo Estado ou até mesmo por outro particular”.

#### **Direito-liberdade**

O indivíduo tem uma faculdade de agir. Ele pode ter a discricionariedade de tomar algumas decisões. É o que se chama de liberdade de agir. Para que essa liberdade seja efetivada, espera-se uma ausência do Estado. Ex.: a liberdade religiosa é um direito humano, mas, para que o indivíduo possa escolher uma religião e a sua manifestação, ele precisa da ausência estatal.

É o direito que impõe a abstenção ao Estado ou a terceiros, no sentido de se ausentar, de não atuarem como agentes limitadores.

#### **Direito-poder**

O indivíduo tem a faculdade de exigir algo do Estado. Essa exigência gera uma sujeição de agir do Estado. Ex.: várias garantias judiciais podem ser exigidas do Estado, que tem que se submeter. Na prisão em flagrante, o sujeito capturado tem que ser conduzido coercitivamente até a autoridade policial. Na delegacia, ele pode exigir um contato com seus familiares e que sua prisão seja comunicada. O delegado precisará se sujeitar.

É o direito que possibilita à pessoa exigir a sujeição do Estado ou de outra pessoa para que esses direitos sejam observados.

## **Direito-imunidade**

Uma norma dá autorização ou inviolabilidade ao indivíduo. Isso leva a um impedimento para o Estado.

Ex.: no art. 5º, XI, CF, está a inviolabilidade domiciliar: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador. A contrapartida é o impedimento do Estado de entrar na casa.

É o direito que impede uma pessoa ou o Estado de agir no sentido de interferir nesse direito.

## **FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS**

### **Fundamento Jusnaturalista**

Fundamenta os direitos humanos em uma ordem superior, universal, imutável e inderrogável. Por essa teoria, os direitos humanos fundamentais não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas, e, conseqüentemente, não podem desaparecer da consciência dos homens.

Superior, universal, imutável e inderrogável são o mais importante do conceito. A ordem superior, para alguns doutrinadores, é a ideia de ordem indivíduo. O Jusnaturalismo é uma corrente jurídica-filosófica que entende que os direitos humanos são inatos, que vêm de Deus ou da consciência humana. Nesse caso, chega-se à conclusão de que os direitos humanos são universais, inderrogáveis e imutáveis, porque são criados por Deus e não podem ser derrubados ou mudados.

O fundamento Jusnaturalista não consegue fundamentar, por si só, os direitos humanos. Os fundamentos clássicos tentam explicar os direitos humanos, mas não significa que eles conseguem sempre.

### **Fundamento Positivista**

No caso dos direitos Jusnaturalistas, eles são não escritos ou não positivados. A maior força dessa teoria deu-se nos documentos históricos do século XVI ao XVIII. Com o avançar do século XIX e XX, há o crescimento da corrente filosófica Juspositivista, em que se passa a um momento histórico de positivar e normatizar tudo, considerando como direitos humanos somente o que está escrito e positivado.

Para os positivistas, não foi Deus quem criou os direitos humanos, mas eles dependem da criação do homem e do legislador.

Fundamenta a existência dos direitos humanos na ordem normativa, enquanto legítima manifestação da soberania popular. Desta forma, somente seriam direitos humanos fundamentais aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico positivado.

Olhando para a atualidade, é possível compreender que o positivismo, por si só, não explica os direitos humanos. Se considerarmos como direitos humanos somente o que está escrito, haverá muitas injustiças. Para que uma norma seja criada, é preciso que um fato social aconteça a partir da interação de indivíduos com interesses conflitantes. Se for preciso esperar que essa norma seja criada, muitas gerações podem ficar desprotegidas ou destuteladas.

### **Fundamento Moral**

A teoria moralista ou de Perelman encontra fundamentação na própria experiência e consciência moral de um determinado povo.

Quando se faz o estudo da moral e ética, chega-se a conclusões de que a moral pode estar muito vinculada ao tempo (a moral do século XX não é a mesma da atual, por exemplo) e ao espaço (a mesma moral do povo brasileiro não é a mesma do povo norte-coreano, por exemplo). Logo, seria imprudente dizer que há fundamentos distintos para os direitos humanos, porque isso, por si só, não conseguiria explicar os direitos humanos, já que a concepção contemporânea é universal para os direitos humanos – é trazer tutela para todos os indivíduos, independentemente de onde estejam no mundo.

Atualmente, há duas grandes correntes contemporâneas de direitos humanos. Uma delas argumenta que o que fundamenta os direitos humanos é a dignidade da pessoa humana. Ex.: no Brasil, a professora Flávia Piovesan traz em seus livros esse fundamento. Pode-se fazer um paralelo em relação ao fundamento da República Federativa do Brasil, em que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos. Essa corrente não é a mais adotada, mas pode aparecer em provas.

A corrente mais forte é o pós-positivismo. Ele é quase uma teoria mista em relação às fundamentações clássicas. Essa teoria entende que os direitos humanos continuam sendo positivados, no entanto, o legislador, ao positivizar os direitos humanos, deve levar em consideração os aspectos da ordem universal e da ordem moral.

Para Alexandre de Moraes: “essas teorias [clássicas] se completam, devendo coexistirem, pois somente a partir de uma consciência social (Teoria de Perelman), baseada principalmente em valores fixados na crença de uma ordem universal, superior e imutável (Teoria Jusnaturalista), é que o legislador ou tribunais encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de determinados direitos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (Teoria Positivista).”