

# A positivação dos direitos fundamentais: evolução e análise sociológica

Mário Ypiranga Monteiro Neto ( \*)

**Sumário:** 1- Introdução; 2 - O direito positivo e a mudança social; 2.1. Conceito e função da positividade segundo Niklas Luhmann; 3 - Da evolução do direito natural à positivação do direito; 3.1. Do direito natural à positivação do direito; 4 - Direitos fundamentais: fatores de evolução e concepção sociológica; 4.1 Conceito e fundamentos; 4.2 As declarações; 4.3 As gerações; 5 - Evolução e positivação dos direitos fundamentais e sentido sociológico da positivação; 6- Conclusão; Referências.

## 1. Introdução

No momento atual do desenvolvimento da Sociologia, torna-se necessário que a observação do positivismo sofra avaliação crítica na tentativa de inquirir e explicar o fenômeno social. A atitude de aplicar valor ao fato tem por escopo a análise dos fatores sociais que influenciam os direitos humanos.

Não será nossa intenção divisar condições da vida social em estágios, de forma simétrica, senão a análise dos fatos sociais que marcaram o advento e o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

A evolução - e por que não dizer também a involução - da sociedade tem íntima relação com o advento das leis aprovadas, matéria-prima da multiplicidade fenomenal do universo.

O direito objetivo é produto acabado, utilizado pelos operadores do direito, cuja matéria-prima fora derivada da vontade estatal dos legisladores. A ciência do direito, a Sociologia, e daí o objetivo do presente estudo, analisam e tornam esse direito pronto para ser utilizado. O Direito exige interpretação, para que dele se

\* Promotor de Justiça do Estado do Amazonas. Diretor da Associação Amazonense do Ministério Público (AAMP). Pós-graduado Lato Sensu em Direito Civil, Penal e Processo Penal e Direito do Estado. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

extraia seu fundamento e sua finalidade: a valoração feita pela sociologia jurídica que fundamenta a evolução.

O Direito não existe, portanto, como fato isolado, por si só, como os costumes. Mas é fruto de evolução (ou involução) da sociedade em dado momento histórico, como produto da vida social, sendo necessário estudar essa relação registrada no âmbito sociológico, uma concepção jurídica da vida social e dos direitos humanos.

## 2. O direito positivo e a mudança social

### 2.1 Conceito e função da positividade segundo Niklas Luhmann

É necessário apresentar um conceito sociológico sobre a positividade. O direito é, para o sociólogo, antes de tudo, um fenômeno social. Niklas Luhmann informa que “o conceito da positividade do direito é usual na filosofia do direito e na ciência jurídica. Nesse âmbito, ele designa, em termos genéricos, o caráter estatuído do direito”, na busca de um conceito propriamente sociológico da positividade<sup>1</sup>.

Luhmann entende que a diferenciação entre a ciência jurídica e a sociologia está relacionada ao fato de que a concepção de uma “fonte do direito” não é aceitável pela Sociologia. No entanto:

a relação de dependência recíproca entre o direito e a sociedade apresenta-se sob diversos aspectos. Até este momento, orientamo-nos essencialmente por duas perspectivas: indagamos quanto à função do direito para com a sociedade enquanto sistema social e relacionamos a forma e o modo de realização dessa função às diferentes estruturas da sociedade que se vieram formando ao longo do processo de evolução social. Nesse modo global de observação, a evolução do sistema da sociedade foi vista como desencadeadora da mudança social, e as mudanças do arcabouço jurídico foram enfocadas como conseqüências, possibilitadas por reestruturações do sistema social, principalmente por seu modo de diferenciação, ao mesmo tempo em que ajudavam a estabilizar importantes conquistas institucionais do processo evolutivo. Na perspectiva evolutiva, o direito, enquanto elemento imprescindível da estrutura social, é

<sup>1</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*.  
84 - Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas

sempre consequência e causa ao mesmo tempo. (LUHMANN, 1985, p. 116).

O direito não surge do nada. Há amplo processo de transformação social e fatores econômicos, políticos e culturais, como descreve Henri Lévy-Bruhl<sup>2</sup>, quando exemplifica que, na época moderna, em decorrência da criação da grande indústria e do maquinismo, por volta do século XVIII, se determinou a constituição de uma nova classe, enriquecida pela posse dos capitais mobiliários e pelo enfraquecimento correlativo dos proprietários de terras. Daí o acesso da burguesia ao poder político ter acarretado profundas modificações no ordenamento jurídico, mormente quanto à supressão dos privilégios e à proclamação da igualdade civil. Como fatores políticos, cita o doutrinador como fato mais característico a conquista, a anexação pela força armada, que sucede quando sempre o vencedor impõe ao vencido sua legislação, seu direito privado tanto quanto sua constituição política, significando dizer que o sistema político de um país influencia diretamente as normas de direito privado. Por fim, os fatores culturais, ressaltados por Henri Lévy-Bruhl, como se harmonizando com os fatos jurídicos, ou seja, a cultura atuando sobre o direito.

Nesse contexto, não se pode fugir do positivismo historicista ou sociologista, definido por Roberto Lyra Filho, que defende as formações jurídicas pré-legislativas, anteriores à lei, normas jurídicas não escritas, mas admitidas como produto espontâneo do que se chama “espírito do povo”.

Noutras palavras, o positivismo legalista, historicista ou sociologista (os dois últimos reforçando o primeiro, a que se acabam rendendo) canoniza a ordem social estabelecida, que só poderia ser alterada dentro das regras do jogo que esta própria estabelece [...] para que não haja alteração fundamental. Aliás, se as regras do jogo, apesar de todas as cautelas e salvaguardas, trazem o risco de vitória, mesmo pelas urnas e dentro dos canais da lei, de correntes reestruturadoras, o poder em exercício (pressionado pelas forças do sistema e pelo seu próprio gosto de ficar no topo da pirâmide) trata de mudar as ditas regras do

<sup>2</sup> LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.



jogo, empacotando outro conjunto de normas legais<sup>3</sup>.

Impõe-se aqui ressaltar que, muito embora Kelsen seja citado ao longo deste trabalho, as teorias sociológicas reprovam seu formalismo abstrato, alegando que o direito é um fenômeno social; isso demandou diversas críticas à teoria pura do direito, rechaçadas pelo seu autor como sendo uma teoria pura do direito positivo e não uma teoria do direito puro, ou seja, de um direito desligado da realidade e cuja consequência é o estudo da realidade social, da qual o direito nasce e para a qual ele retroage; não é negado, mas apenas distinguido da teoria formal do Direito. Kelsen, inclusive, sugere que esse estudo da realidade jurídica pode ser feito cientificamente e recomenda que a pesquisa concreta seja feita por sociólogos<sup>4</sup>.

Certamente não se pode negar que a mudança cultural de um povo é acompanhada pela mudança de seu ordenamento jurídico. Em cada ordenamento, como ressaltava Bobbio, “o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, quer dizer, o poder além do qual não existe outro pelo qual se possa justificar o ordenamento jurídico. Esse ponto de referência é necessário, antes de tudo, para fundar a unidade do ordenamento”<sup>5</sup>.

No entanto, como afirma Luhmann, não se pode considerar a proeminência do processo decisório (por instâncias legislativas ou por juízes) e sua relevância na positividade da vigência do direito não pode levar esse processo a ser interpretado como criativo ou causal.

A vigência do Direito está condicionada ao ato legislativo, mas pela história, e o fator da positividade do Direito é o que Luhmann chama de “legalização de mudanças legislativas”.

A evolução social, certamente, acompanhou a mudança das

<sup>3</sup> LYRA FILHO, Roberto *apud* WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>4</sup> Cf. Hans Kelsen In: *O problema da Justiça*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10.<sup>a</sup> ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

legislações e a diferença qualitativa - se é que se pode assim atribuir - de um direito natural para um direito positivo, que desabrochou a partir do século XIX e rompeu uma tradição assaz constante no Ocidente, que consagrava o direito natural, e afirmou os direitos do homem quanto a fazer o que se pretende, no cumprimento do dever e do direito em face do governante.

Alguns autores, dentre eles, Jacques Leclercq<sup>6</sup>, afirmam que, mesmo após o declínio na segunda metade do século XIX, o direito natural revive no século XX, quando se dá conta de que o direito não pode prescindir de princípios orientadores e, para aplicá-los, é preciso reconhecê-los como anteriores ao direito.

Dessa forma, o direito positivo pode ser caracterizado através da consciência da sua contingência; ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte da experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente; o direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável. O direito positivo pode ser reduzido à formulação de que o direito não só é estatuído (ou seja, escolhido) através das decisões, mas também sua vigência está condicionada por decisões, sendo contingente e modificável<sup>7</sup>.

### 3. Da evolução do direito natural à positivação do direito

#### 3.1 Do direito natural à positivação do direito

O direito natural, que considerava a natureza como fonte da qual se originariam as normas do direito justo, sofreu declínio a partir do século XIX e abriu espaço para o direito positivo, entendido como regras obrigatórias do direito, que surgem em virtude dos fatos históricos, religiosos, políticos e econômicos no desenvolvimento de um Estado.

A diferença que passa a existir parte da negação da natureza como fundamento de autoridade normativa e legiferante. As normas do direito positivo são postas por atos da vontade humana,

<sup>6</sup> Cf. *Do direito natural à sociologia*. Tradução de Alípio Maia de Castro. [s.l]: Livraria Duas Cidades, [s.d].

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

cujo conteúdo se acha sujeito à mutabilidade.

O apego à forma escrita do direito aumenta a segurança e fornece limites ao legislador e ao próprio povo, como destinatário imediato desses direitos. O positivismo procurou suprimir a ideologia jusnaturalista, que vislumbrou a essência do direito na natureza, reduzindo a análise de categorias empíricas na funcionalidade de estruturas em vigor.

Para a ideologia do século XIX, o caráter mutante do direito passa a ser comum. A essa verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito corresponde ao que Luhmann chama de fenômeno da positivação do direito. A partir disso, pode-se claramente vislumbrar um sentido sociológico de positivação, conforme descreve Tércio Sampaio Ferraz Jr., afirmando haver:

um sentido filosófico e um sentido sociológico na positivação. No primeiro, positivação designa o ato de positivar, isto é, de estabelecer um direito por força de um ato de vontade. Segue daí a tese segundo a qual todo e qualquer direito é fruto de atos dessa natureza, ou seja, o direito é um conjunto de normas que valem por força de serem postas pela autoridade constituída e só por força de outra posição podem ser revogadas. Ora, à medida que tais atos de vontade são atos decisórios, positivação passa a ser termo correlato de decisão. Em consequência, implicando toda decisão a existência de motivos decisórios, positivação passa a ser fenômeno em que todas as valorações, regras e expectativas de comportamento da sociedade têm de ser filtradas através de processos decisórios antes de adquirir validade jurídica (cf. LUHMANN, 1972, p.141). Em outras palavras, o direito positivo é não só aquele que é posto por decisão, mas, além disso, aquele cujas premissas da decisão que o põem também são postas por decisão. A tese de que só existe um direito, o positivo nos termos expostos, é o fundamento do chamado positivismo jurídico, corrente dominante, em vários matizes, no século XIX<sup>8</sup>.

Tércio Ferraz Jr. acrescenta que:

<sup>8</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003.



no sentido sociológico, positividade é um fenômeno que naquele século será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte do direito. O antigo regime caracterizava-se pelo enfraquecimento da Justiça, cuja dependência política se projetava no arbítrio das decisões. A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo [...]. (FERRAZ JR., 2003:74).

A concepção do direito é vista como produto da cultura humana, de sua história e importa com isso a negação do jusnaturalismo, que via o direito como entidade metafísica, anterior e superior ao homem. O positivismo impõe necessariamente a visão do direito como mudança do natural, a antítese da natureza e a criação humana, acompanhando o desenvolvimento histórico e econômico. O homem reconhece-se, interpretando o momento histórico e renovando a legislação.

Importa aqui destacar a importância de combinar o estudo do direito positivo com aspectos históricos e sociológicos. Certamente, o direito possui esse aspecto evolucionista, sendo que não se pode prescindir da busca do desenvolvimento social.

Nessa filogenia jurídica, o Direito é definido por Isidoro Martins Júnior, citando Ihering, como “o conjunto das condições existenciais e evolucionais da sociedade, coativamente asseguradas pelo Poder Público”. Define-o, por si próprio, como sendo parte de uma criação natural, um todo orgânico determinado por fatalidades biossociológicas, e, por outro lado, um instituto cultural humano, um aparelho regulador e seletor, de fabricação político-social, mais ou menos dependente da vontade dos indivíduos ou

classes dirigentes<sup>9</sup>.

O desenvolvimento da dogmática do século XIX e do positivismo, como função social, desvincula-se do direito sagrado para adotar uma estrutura neutra que não se confundira com o sistema religioso ou político e isso permite certa mutabilidade ao direito, o que não deve levar ao distanciamento do social, cultivando-se uma abstração que fere o modo de vida social e o aperfeiçoamento do direito.

O direito positivo tem como fundamento as normas jurídicas, que não são produzidas de qualquer forma, senão atendem a critérios dos costumes e das necessidades sociais. Não se pode negar, é certo, que as fontes do direito são constituídas dos fatos sociais, a ideologia e tradições dominantes em determinada época influem nos juristas, nos juízes e nos legisladores, no estudo do direito, na prolatação da sentença e na feitura da lei, respectivamente. E não se pode negar também que as normas consuetudinárias, normas morais ou religiosas não deixem de ser incorporadas ao ordenamento jurídico.

Norberto Bobbio, ao estudar os tipos de fontes e a formação histórica do ordenamento jurídico, informa-nos que “em cada ordenamento o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, quer dizer, o poder além do qual não existe outro pelo qual se possa justificar o ordenamento jurídico. Esse ponto de referência é necessário, além de tudo, para fundar a unidade do ordenamento [...]”<sup>10</sup>.

Sem dúvida, é concludente a metáfora de Bobbio no sentido de que o ordenamento não nasce num deserto, ou seja, o Estado não é uma sociedade natural, mas uma sociedade na qual vigem normas de vários gêneros - morais, sociais, religiosas, usuais, consuetudinárias, convencionais e assim por diante.

O direito positivo não exclui o direito natural, mas abarca-o para positivá-lo. Bobbio ressalta um duplo processo de formação

<sup>9</sup> MARTINS JÚNIOR, Isidoro. *História do Direito Nacional*. 3.<sup>a</sup> ed. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

<sup>10</sup> Op. Cit., p. 41.



de um ordenamento, mediante a absorção de um direito preexistente e da criação de um direito novo e a conseqüente problemática da limitação externa e da limitação interna do poder originário. Segundo o pensamento jusnaturalista, o jusfilósofo italiano entende que o poder civil originário se forma com base num estado de natureza por meio de procedimento característico do contrato social, embora existam duas maneiras de se conceber esse contrato social. Pela primeira, chamada de Hobbesiana, quem estipula o contrato renuncia completamente a todos os direitos do estado natural e o poder civil nasce sem limites. De acordo com a segunda hipótese, denominada Lockiana, o poder civil é fundado com o objetivo de assegurar melhor o gozo dos direitos naturais (como a vida, a propriedade, a liberdade) e, portanto, nasce originariamente limitado por um direito preexistente. (BOBBIO, 1999.)

Pela segunda hipótese, a que por ora nos interessa, o direito positivo pode ser visto para a atuação do preexistente direito natural, que entendemos não como limitação, mas como direito aceito pelo direito positivo e incorporado ao ordenamento jurídico, qualificando-se, inclusive, *a posteriori*, a finalidade desse direito incorporado.

O positivismo jurídico representou, portanto, prosperidade a partir da metade do século XIX, como doutrina jurídica contemporânea, contrapondo-se totalmente ao jusnaturalismo, cujas razões certamente podem ser compulsadas na obra de Kelsen e que, na atualidade, não excluem outro viés do positivismo historicista ou sociologista ou do positivismo psicologista.

#### **4. Direitos fundamentais: fatores de evolução e concepção sociológica**

##### **4.1 Conceito e fundamentos**

O uso da expressão direitos fundamentais nem sempre é freqüente, cedendo espaço para as expressões direitos humanos e direitos do homem, mais utilizadas entre autores anglo-americanos e latinos, enquanto a expressão direitos fundamentais é preferida

dos autores alemães.

Há precedentes históricos e sociológicos que permitiram, certamente, um processo de internacionalização e universalização dos direitos fundamentais, a que alguns autores chamam de direitos humanos, inclusive o reconhecimento do direito natural com base na ótica filosófica e religiosa.

Flávia Piovesan informa que a polêmica sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos sempre se mostrou intensa, discutindo-se se são direitos naturais e inatos, ou direitos positivos e históricos, ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral. São o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. Foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de que se permitisse o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional<sup>11</sup>.

O direito humanitário foi, como expressa Flávia Piovesan, a primeira expressão no plano internacional dos limites à liberdade e autonomia dos Estados. Com a escola Durkheimiana, a sociologia jurídica encontra sua fundamentação positiva e procura nas inter-relações sociais o fundamento empírico da regulamentação jurídica. Nessa posição, descrita por Machado Neto, situam-se numerosos herdeiros do positivismo, como Durkheim, Duguit, Nardi Greco e o próprio Kelsen<sup>12</sup>.

Não se pode negar a produção humana na criação dos direitos fundamentais e sua inclusão nos textos constitucionais, como fundamentos de um estado liberal, que ganha, com a Revolução Francesa de 1789, a positivação desses direitos, sendo certo que constituiu enorme progresso na história da humanidade. A história prova e demonstra, a todo momento, que os homens não podem prescindir de possuir direitos fundamentais que

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 2.<sup>a</sup> ed. [s.l]: Max Limonad, 1997.

<sup>12</sup> Cf. MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

transcendam as fronteiras do Estado, rompendo, assim, com a errônea interpretação de soberania nacional absoluta. O indivíduo, pouco a pouco, passa a ser sujeito de direitos internacionais, pois os direitos humanos situam-se na esfera de vigilância internacional, não mais restritos ao domínio apenas do Estado.

As investigações zetéticas do fenômeno jurídico, com observação do direito no campo sociológico, impõe-nos o questionamento dos fundamentos para a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua incorporação ao direito positivo. Flávia Piovesan afirma que essa verdadeira consolidação dos direitos humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial e em face das violações ocorridas nesse período histórico, sendo que, a partir daí, podemos certamente extrair o conteúdo sociológico e político da necessidade de instituir-se um sistema de proteção internacional de direitos humanos, assim como sua incorporação nas constituições dos Estados.

Interessa destacar, conforme esclarece Kelsen, que a doutrina do direito natural foi dominante nos séculos XVII e XVIII e, após um recuo durante o século XIX, voltou ao plano da filosofia social e jurídica mediante a especulação metafísico-religiosa, no século XX, como resultado das guerras mundiais<sup>13</sup>.

O real valor do direito passa a considerar a dignidade da pessoa humana, a limitação do poder estatal e o desenvolvimento da personalidade humana. A internacionalização desses direitos resultou na necessidade de uma ação internacional para a proteção dos direitos humanos, pois se torna problema de relevância internacional.

Nesse contexto, o Tribunal de Nuremberg, em 1945, significou impulso ao desenvolvimento de internacionalização dos direitos humanos. Ao final da Segunda Guerra e após debates sobre o modo pelo qual se poderia responsabilizar os alemães pela guerra e pelos cruéis excessos praticados no período, os aliados chegaram a um consenso, com o Acordo de Londres de 1945,

<sup>13</sup> Cf. Kelsen, Hans. *O problema da justiça*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.



pelo qual ficava convocado um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra. (PIOVESAN, 1997, p. 143).

#### 4.2 As declarações

As declarações de direitos surgiram, dentro do plano sociológico e histórico, como movimento de defesa dos direitos humanos e contra o poder arbitrário e, portanto, como limitação do poder estatal. A formação histórica dessas liberdades decorreu de um lento processo. Celso Ribeiro Bastos<sup>14</sup>, dentre outros autores, prefere chamar de liberdades públicas esses direitos humanos ou individuais e aponta o cristianismo como grande contribuição a esse processo. Aponta, ainda, a *Magna Carta Libertatum*, elaborada pelo Rei João Sem Terra em 1215, extraída da nobreza inglesa, que criara o *Habeas Corpus*, importante instrumento de defesa do direito à liberdade de ir e vir. Sem dúvida, os fatores de reconhecimento dos direitos humanos são de ordem filosófica e religiosa, decorrentes de dogmas cristãos, da igualdade entre os homens, criados à imagem e semelhança de Deus, e influenciam, assim, a par de uma versão racionalista do direito natural, as declarações de direitos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi importante marco para a universalização dos direitos humanos e preconizava o povo francês, logo no preâmbulo da Carta que:

[...] como o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as únicas causas das desgraças do mundo, decidiu expor numa declaração solene esses direitos sagrados e inalienáveis. Assim todos os cidadãos poderão comparar continuamente as ações do governo com os objetivos de qualquer instituição social, sem jamais se deixar oprimir e aviltar pela tirania, e ter sempre diante dos olhos os fundamentos de sua liberdade e de sua felicidade.

---

<sup>14</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

Antes, porém, da Declaração Francesa, houve as americanas. A primeira e mais importante foi a Declaração de Virgínia, de 12 de junho de 1776.

As declarações contribuíram para a incorporação desses direitos fundamentais nas Constituições dos Estados. Na História, após a Segunda Guerra Mundial, os Estados atentaram para a necessidade de proteção e defesa dos direitos humanos em nível internacional, a fim de fundamentar a coexistência pacífica entre as nações.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948, estabelece duas categorias de direitos: os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, que surgem como resposta direta ao momento histórico absolutista, com intenção de impor limites à atuação estatal. Nesse contexto, a atividade do Estado estava limitada ao princípio da legalidade e ao respeito aos direitos humanos.

Percebe-se claramente que a criação do direito pelo poder se fundamenta em um positivismo diretamente influenciado por forças criadoras, que podemos identificar como causas religiosas, econômicas, políticas e ideológicas.

A concepção dinâmica do direito, criado pelo positivismo, que se contrapunha ao caráter estático do direito natural, apoiando-se na Sociologia, fornece bases para o desenvolvimento da sociedade, inclusive quanto à produção legiferante.

Nessa etapa, torna-se necessário o conhecimento das forças que atuam sobre a evolução do direito, divididas em duas grandes categorias por Georges Ripert: a primeira são as forças conservadoras, as forças morais e religiosas, exercidas sobre grande influência do Cristianismo, as relações de família, a força obrigatória dos contratos e a responsabilidade no caso de culpa. A segunda força identificada por Ripert diz respeito à força econômica da defesa dos bens e dos direitos. Diante dessas forças conservadoras, encontram-se forças reivindicatórias, criadoras de um novo direito, identificada pelo doutrinador como a mais poderosa força a dos

trabalhadores<sup>15</sup>.

#### 4.3 As gerações

Nessa evolução sociológica, surgem as gerações de direitos fundamentais. O professor Paulo Bonavides discorre sobre elas, esclarecendo que o lema revolucionário francês do século XVIII exprimira todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade<sup>16</sup>.

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constar do instrumento normativo constitucional, conhecidos como direitos civis e políticos, que, histórica e sociologicamente, correspondem à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. São direitos que têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades das pessoas de resistência ou oposição perante o Estado (Cf. BONAVIDES, 2004, p. 563).

Os direitos fundamentais da segunda geração, segundo Bonavides, dominaram o século XX do mesmo modo que os direitos da primeira geração dominaram o século XIX. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram do princípio da igualdade e foram acolhidos no Brasil conforme o preceito da aplicabilidade imediata (BONAVIDES, 2004, p. 564).

Os direitos da terceira geração, também denominada de geração dos direitos da solidariedade, surgiram de reflexões sobre o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, a comunicação e o patrimônio comum da humanidade. O direito ao desenvolvimento traduz-se na faculdade dos indivíduos e do dever do próprio Estado

<sup>15</sup> CALAMANDREI, Piero *et al.* *A crise da justiça*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004.



em relação ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada. Pode-se perceber claramente a obrigação do Estado de atender aos interesses de outros Estados e a ajuda recíproca de caráter financeiro, assim como o direcionamento de políticas públicas indispensáveis ao desenvolvimento social e econômico. Esse direito é afirmado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no favorecimento do progresso social e na obrigatoriedade de instauração de melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

Os direitos humanos de quarta geração surgem impelidos pela globalização política e econômica, que, por sua vez, cria condições para maiores desigualdades, tendo em vista as diversidades sociais, políticas e culturais, com a expropriação de muitos por alguns e a divisão injusta do produto do trabalho coletivo, o que produz justiça e injustiça e evidencia a necessidade de institucionalização de direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Ressalta Paulo Bonavides que “a democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema”. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro da gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados - direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas - será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta. Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de

todos os povos. A globalização política será legítima e possível, tão-somente, com eles.

## **5. Evolução e positivação dos direitos fundamentais e sentido sociológico da positivação**

O sentido sociológico da positivação dos direitos humanos foi fenômeno surgido da necessidade de reconhecimento em declarações da dignidade humana como fundamento da justiça e paz no mundo.

As primeiras declarações, a de Virgínia e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, continham um sentido abstrato e ideológico, que soava somente como aspiração para a efetivação daqueles direitos ali descritos, muito embora contribuíssem valiosamente para o constitucionalismo de nosso tempo. Niklas Luhmann, já faz algum tempo, manifestara essa preocupação acerca dos problemas jurídicos da sociedade mundial na discrepância entre o sistema da sociedade e o direito positivo, quando assim se expressou:

Trata-se de crescente discrepância entre o sistema da sociedade que aspira a uma unidade global, e o direito positivo pelo outro lado, que é estatuído com vigência dentro de limites territoriais de jurisdição. O sistema social abrangente amalgamou-se de fato no sentido de uma sociedade mundial uniforme, abarcando todas as relações entre as pessoas, sem que esse desenvolvimento tivesse sua correspondência em termos de uma unificação política do mundo. A formação do direito continua sendo, como sempre, atribuída a sistemas políticos locais e controlada por processos decisórios. Com isso, delinea-se a situação na qual aqueles problemas que só podem ser resolvidos no plano da sociedade mundial, que não mais podem ser problematizados nos sistemas políticos parciais a não ser do ponto de vista local, não mais podem ser encaminhados na forma do direito. (LUHMANN, 1985:154).

No surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, é que se

começa realmente a tratar os direitos humanos no plano internacional e a consagrar valores de respeito à dignidade humana como universais, fazendo-se necessário reprimir os abusos e o arbítrio do poder, resposta aos excessos do absolutismo. Emerge a positivação do dever dos Estados em respeitar as leis e os direitos fundamentais, que abarcou os direitos das três gerações acima expostos.

Esses fundamentos acolhidos por diversas Constituições na nova universalidade dos direitos fundamentais conduzem a um grau mais alto, como ressalta Paulo Bonavides, de juridicidade, concretude, positividade e eficácia, para a concretização dos direitos da igualdade e fraternidade.

Ressalta o referido autor a importância de outros documentos relativos a direitos humanos produzidos, com especial menção à Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, do Congresso Soviético Panrusso de 1918, convertido em Capítulo I da Constituição da República Soviética da Rússia, de 5 de julho de 1918, à Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, às Resoluções da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, aos Pactos sobre Direitos Humanos das Nações Unidas, tais como o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 19 de dezembro de 1966, à Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, à Carta Social Européia, de 18 de outubro de 1961, à Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 26 de novembro de 1969, e à Carta Africana de Banjul dos Direitos do Homem e dos Direitos dos Povos, de 27 de junho de 1981.

A Constituição brasileira de 1988 institucionaliza regime democrático no Brasil e perceptível consolidação desses direitos e garantias fundamentais, com ampla participação do povo e o intento claro de promover a cidadania, situando-se no plano internacional das constituições como uma das Cartas mais avançadas no mundo no que se refere à proteção e à defesa dos direitos humanos.



No Título I, da Constituição Federal, que trata dos princípios fundamentais, encontramos, dentre os fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Dentre os objetivos descritos no art. 3.º, está o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No Título II, dos direitos e garantias fundamentais, observa-se o rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, incluindo os direitos civis e políticos e os direitos sociais (Capítulo II).

Deve acrescentar-se que a Constituição de 1988, além dos direitos individuais, prevê, ainda, os direitos coletivos e difusos, concretizando, desse modo, a concepção dos direitos fundamentais, a fim de contribuir para a tentativa de efetivação dos direitos humanos e para a consciência nacional de respeito a eles.

## 6. Conclusão

Os Direitos Humanos, no decorrer da história da humanidade, conseguiram traçar uma linha evolutiva e, hoje, percebe-se a preocupação dos países em criar sistemas jurídicos capazes de assegurar o cumprimento e a efetiva proteção desses direitos.

Dessa análise, conclui-se que o Estado de Direito fornece condições para que a lei assegure aos cidadãos os direitos fundamentais e os ponha a salvo do abuso de poder, limitando os poderes estatais quanto aos princípios da igualdade e dignidade humana. As diversas declarações e os dispositivos constitucionais não podem servir como instrumento de ilusão ou de pura abstração, mas a lei deve fundamentar um desenvolvimento socioeconômico para a vida em sociedade.

Na evolução sociológica dos direitos humanos, é importante observar a criação de um regime de liberdade essencial para a concretização desses direitos, resultante, muitas vezes, de dificuldades, lutas e sofrimentos.

Para o Brasil, será, certamente, difícil o caminho a percorrer na efetivação dos direitos fundamentais, mas, nessa evolução histórica, importará a permanente conscientização desses direitos.

### Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. [s.l]: Martin Claret, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BARRETO, Tobias. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Landy, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- \_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CALAMANDREI, Piero *et al.* *A crise da justiça*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- \_\_\_\_\_. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado.

- 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LECLERCQ, Jacques. *Do direito natural à sociologia*. Tradução de Alípio Maia de Castro. São Paulo: Duas Cidades, [s.d].
- LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I e II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACHADO NETO, Antonio Luís. *Sociologia Jurídica*. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. *Código de direitos humanos para a justiça criminal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MARTINS, José Izidoro. *História do Direito Nacional*. 3.<sup>a</sup> ed. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Ideologia, Estado e direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.