

DIREITOS HUMANOS: O EMBATE ENTRE TEORIA TRADICIONAL E TEORIA CRÍTICA

DERECHOS HUMANOS: EL CONFLICTO ENTRE TEORÍA TRADICIONAL Y TEORÍA CRÍTICA

Vanessa Oliveira Batista
Professora Associada da Faculdade Nacional de Direito /UFRJ
Coordenadora do Laboratório de Direitos Humanos / UFRJ

Raphaela de Araújo Lima Lopes
Mestranda do PPGD/UFRJ
Pesquisadora do Laboratório de Direitos Humanos/UFRJ

RESUMO

O conceito de direitos humanos é polissêmico, diversas interpretações são possíveis, de acordo com as premissas e pressupostos de cada autor. No presente artigo, a proposta é traçar um panorama da discussão sobre o conceito de direitos humanos, tendo como foco as críticas impostas à teoria tradicional e algumas propostas da teoria crítica que se apresentam como possível saída para o impasse. Parte-se do reconhecimento da importância dos direitos humanos como ferramenta da transformação social, mas sem desconsiderar as limitações e contradições inerentes à sua própria formulação. Pretende-se contribuir para a crítica à teoria tradicional, apresentando, especialmente, a concepção de direitos humanos de Joaquín Herrera Flores como uma alternativa.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; teoria tradicional; teoria crítica.

RESUMEN

El concepto de derechos humanos es polisémico, distintas interpretaciones son posibles, a partir de las premisas y presupuestos de cada autor. La propuesta en el presente artículo es dar una visión general sobre la discusión acerca del concepto de derechos humanos, teniendo como foco las críticas a la teoría tradicional y algunas propuestas de la teoría crítica que se presentan como posibles salidas para el callejón. Partimos de la comprensión sobre la importancia de los derechos humanos como una herramienta que puede contribuir a la transformación social, pero sin desconsiderar las limitaciones y contradicciones inherentes a su formulación. Pretendemos contribuir a la crítica de la teoría tradicional, planteando, especialmente, la concepción de los derechos humanos de Joaquín Herrera Flores como una alternativa.

PALABRAS-CLAVE: derechos humanos; teoría tradicional; teoría crítica

Introdução

Os direitos humanos têm sido objeto de discussão não apenas nas academias, mas também nos foros políticos. Como já visto, sua grande indefinição pode levar à tomada de posições radicais que resultem ou em seu exagerado enaltecimento ou em sua negação. No primeiro caso teríamos o

risco de serem praticados abusos políticos em nome dos direitos humanos; no segundo caso poderíamos estar diante da violação pura e simples dos direitos.

Atualmente assistimos a um intenso debate legislativo, que trata de elaborar as normas e estratégias assecuratórias de direitos. A utilidade de questionar o valor dos direitos humanos pode servir de instrumento para a elaboração de estratégias. Há, pois, que se trabalhar com as possibilidades de construção do discurso jurídico, ou seja, é necessário contextualizar o debate sobre os direitos humanos. Tal construção deve ser feita em duas frentes: de um lado se coloca a concepção tradicional; e de outro se refuta aquela ideia.

O confronto entre teoria tradicional e teoria crítica no âmbito dos direitos humanos é a manifestação de um confronto mais amplo que se dá na esfera da teoria social. É bem verdade que toda construção teórica surge de uma necessidade de explicar práticas e dinâmicas sociais, mas teoria crítica e tradicional não compartilham dos mesmos pressupostos. Em outras palavras: enquanto a teoria tradicional parte do entendimento de que existem desajustes na estrutura social que precisam ser corrigidos, a teoria crítica reconhece que a estrutura social é inerentemente conflitiva. O grande desafio da teoria crítica é, portanto, o de desnaturalizar o mundo e a maneira como este funciona. A teoria crítica pretende demonstrar, como ensina Boaventura Santos (1999:197), que *“a existência não esgota todas as possibilidades da existência”*. Ou, como afirma Herrera Flores: *“pensar é ‘pensar de outro modo’, problematizar a realidade, identificar o que nela há de problemático. Esta forma de pensamento requer, portanto, fundar novas formas de aproximar-se tanto teórica, quanto praticamente do mundo”*¹ (tradução nossa).

1. A Teoria Tradicional dos Direitos Humanos²

A definitiva consagração dos direitos humanos neste século se deu, sobretudo, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem porque essa Declaração representou um compromisso entre as nações que a firmaram, além de ser genérica, abrangendo um ideal comum a diversas culturas e tendências num mundo pluralizado.

¹ Do original: *“pensar es ‘pensar de otro modo’, problematizar la realidad, identificar lo que en ella hay de problemático. Esta forma de pensamiento requiere, por tanto, fundar nuevas formas de acercarse tanto teórica como prácticamente al mundo”* (HERRERA FLORES, 2005a:50)

² A denominação de *Teoria Tradicional* é dada pela própria teoria crítica a um conjunto de compreensões e reflexões sobre direitos humanos que partem de alguns pressupostos, os quais serão discutidos neste tópico.

A teoria tradicional encara os direitos humanos como atributos de toda pessoa, inerentes à sua dignidade, que o Estado tem o dever de respeitar, garantir ou satisfazer (NIKKEN, 1997). Na verdade, a dignidade da pessoa humana³ seria o fundamento último dos direitos humanos (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010).

Pedro Nikken, em seu artigo *Sobre el concepto de Derechos Humanos* (1997), em que traça um panorama da proteção aos direitos humanos desde uma perspectiva da teoria tradicional, afirma que, sendo os direitos humanos instrumentos para contenção do poder do Estado, apenas Estados podem ser responsabilizados por violações a direitos humanos. Diz ele, inclusive, que a nota característica das violações a direitos humanos é terem elas sido cometidas a partir do poder público ou graças aos meios fornecidos por este a quem o exerce. É esta, com efeito, a perspectiva que predomina na esfera internacional, em que perante Cortes Internacionais de Direitos Humanos apenas Estados podem ser demandados e empresas transnacionais, por exemplo, não podem ser responsabilizadas por violações a direitos humanos.

Para a teoria tradicional, os direitos humanos são pontos de chegada. Como se a mera positivação de direitos fosse suficiente para efetivamente garantir direitos na prática.

Os direitos humanos são apresentados pela teoria tradicional como tendo as seguintes características: inalienabilidade, irrenunciabilidade, imutabilidade, imprescritibilidade, inviolabilidade, progressividade, indivisibilidade, dialeticidade, não-taxatividade, universalidade e utopismo (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010).

A inalienabilidade e irrenunciabilidade estariam presentes no fato de os direitos humanos voltarem-se à proteção da pessoa e não poderem, portanto, ser transigidos, ainda que assim desejado pelo titular do direito. Os casos de conflito seriam resolvidos pela técnica da ponderação e pelo princípio da proporcionalidade. A imutabilidade, por sua vez, estaria ligada à colocação dos direitos humanos em um âmbito de intangibilidade para o operador jurídico (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010).

Quanto à imprescritibilidade e à inviolabilidade, dizem Vladimir Silveira e Maria Rocasolano, que os direitos humanos “*no se perdem por decurso do prazo nem podem ser desrespeitados por individuos ou autoridades públicas*” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010:231).

³ Fábio Konder Comparato define a dignidade da pessoa humana: “Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado em si mesmo, como um fim em si e nunca como meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio dita” (COMPARATO, 2010:34)

A progressividade tem a ver com a historicidade com que se deu a afirmação dos direitos humanos (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010). Neste sentido, Pedro Nikken afirma que o regime de direitos humanos é sempre suscetível de ampliação e tal pode ser conferido em alguns dispositivos presentes em normas internacionais: *“a maioria dos tratados sobre direitos humanos incluem uma cláusula geral, segundo a qual nenhuma disposição convencional pode minimizar a proteção mais ampla que podem conferir outras normas de Direito interno ou de Direito internacional”* (tradução nossa) (NIKKEN, 1996:53)⁴.

A indivisibilidade, por sua vez, conecta-se ao caráter sistêmico dos direitos humanos, como uma unidade cujos elementos são interdependentes. Não existiria, enfim, hierarquia ordenando os direitos (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010).

Não existe um elenco concreto e fechado de direitos humanos. É assim que se pode compreender o seu caráter não-taxativo (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010). Quanto à dialeticidade, esta surge da compreensão das diversas tensões em todos os planos da realidade que envolvem a teoria dos direitos humanos (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010).

A afirmação da universalidade decorreu, segundo Vladimir Silveira e Maria Rocasolano (2010), da preponderância deste posicionamento sobre o discurso da relativização, na Conferência de Viena, realizada em junho de 1993, cujo objetivo era realizar uma avaliação mundial do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Dizem ainda os autores que os direitos humanos tendem ao universalismo, *“pois conformam o chamado ‘mínimo ético’: a dignidade da pessoa humana”* (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010:240). Os autores continuam afirmando:

Estas são algumas das razões que apontam para o mesmo fato: o de que os direitos humanos possuem um valor permanente, perceptível e válido para todos. Dificilmente haverá alguma cultura que não se apoie na dignidade humana, elevando-a para causar rupturas sociais, políticas e econômicas (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010:240)

Pedro Nikken atribui a universalidade dos direitos humanos ao fato de serem eles inerentes à condição humana, *“e não podem ser invocadas diferenças de regimes políticos, sociais ou culturais como pretexto para ofendê-los ou minimiza-los”*⁵ (tradução nossa). No mesmo sentido, Christian

⁴ Do original: *“la mayoría de los tratados sobre derechos humanos incluyen una cláusula según la cual ninguna disposición convencional puede menoscabar la protección más amplia que puedan brindar otras normas de Derecho interno o de Derecho internacional”*.

⁵ Do original: *“y no pueden invocarse diferencias de regimes políticos, sociales o culturales como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos”* (NIKKEN, 1997:49).

Tomuschat afirma que “*se os direitos humanos derivam da natureza humana, qualquer possível divergência social vai parecer secundária e insignificante.*” (2010:94). Nikken, por sua vez, reconhece a manipulação política que às vezes é feita do conceito de direitos humanos, mas afirma que as lutas contra as tiranias foram, são e serão sempre universais. Costa Douzinas (2011) confronta os universalistas e relativistas, atribuindo aos primeiros a convicção de que a razão e o direito respondem corretamente aos dilemas morais, enquanto os segundos partem da observação do senso comum de que os valores estão contextualizados, desafiando assim a presunção de universalidade dos padrões normativos.

Finalmente, quanto ao caráter utópico dos direitos humanos, na caracterização formulada por Vladimir Silveira e Maria Rocasolano, sustentam os autores tradicionais que se trata de “*crítica sobre as contradições e irracionalidades ainda presentes no âmbito social e enquanto proposição de novos paradigmas de sobrevivência*” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010:241).

Além disso, em relação aos seus destinatários, sustenta-se que os direitos humanos devem ser impostos igualmente a todos os países, consoante os mesmos critérios, não se admitindo que sejam “escolhidos” determinados direitos para serem promovidos em detrimento de outros, adiando sua implementação (CANÇADO TRINDADE, 1997).

Para Cançado Trindade (1997), essas características se desenvolvem, sobretudo, com a autonomização do *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Para o autor, esse ramo do direito internacional questiona e desafia certos dogmas, como, por exemplo, o tratamento das relações entre o direito internacional e o direito interno, colocado exaustivamente pela doutrina tradicional como polêmica entre os dualistas e monistas. O *Direito Internacional dos Direitos Humanos* sustenta que o ser humano é sujeito tanto ao direito interno quanto ao internacional e, em ambos, dotado de personalidade e capacidade jurídicas próprias. Assim, o direito internacional e o direito interno, em lugar de se contraporem ou serem fragmentados, operam em constante **interação**, a fim de garantir a proteção da pessoa humana. Não caberia mais discutir a primazia das normas de direito internacional ou de direito interno: o primado é sempre da norma que melhor proteja os direitos humanos. Ou seja: o *Direito Internacional dos Direitos Humanos* consagra o critério da norma mais favorável à vítimas, como também lembrou Pedro Nikken (1997).

Na verdade, o cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, chamados a aplicar as normas internacionais. Da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais eficazes depende hoje, em grande parte, a evolução da própria proteção internacional dos direitos humanos. Em outras palavras, o direito internacional e o direito interno devem formar um todo harmônico para que se efetive a proteção.

Para autores como Cançado Trindade (1997) e Tomuschat (2010), o Direito Internacional dos Direitos Humanos supera outro dogma do passado ao sustentar a justiciabilidade das distintas categorias de direitos. Desta forma, direitos como os econômicos e sociais, anteriormente colocados à margem do pronunciamento dos tribunais, passam a ser passíveis de sua proteção, com base no reconhecimento do direito do ser humano de pleiteá-los.

Outro dogma derrubado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos seria a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Tal dualidade não persiste quando há necessidade de se proteger, por exemplo, a criança da violência doméstica ou quando se pensa no direito do consumidor contra a atuação de conglomerados econômicos, caso em que o Estado permanece responsável por omissão, ao não tomar as medidas positivas de proteção. Mas percebe-se como o pensamento dos autores reflete a teoria tradicional, na medida em que não reconhecem a responsabilidade de atores privados, apenas de públicos, por omissão ou conivência.

Desse modo, hodiernamente teríamos proteção *erga omnes e integral* dos direitos Humanos (sejam eles políticos, civis, econômicos, sociais, culturais). No plano operacional, porém, ressaltam os autores que há necessidade de um **monitoramento** constante da situação em todos os países, feito conforme os mesmos critérios, com especial atenção tanto para as medidas de prevenção como para as de seguimento.

Cabe ainda observar que não há mais que falar em “gerações de direitos”⁶, pois os direitos humanos não se “sucedem” nem se “substituem” uns aos outros, mas se acumulam, se expandem, se fortalecem, interagindo os direitos individuais e os sociais. O entendimento dessa questão é fundamental para que possam ser protegidos os direitos econômicos e os sociais, p. ex., cuja proteção, sob o pretexto da “sucessão geracional”, sempre foi postergada pelos poderosos.⁷

Atualmente, ao serem interpretados os tratados internacionais de direitos humanos, o caráter objetivo das obrigações convencionais deve se sobrepor à identificação das intenções subjetivas das partes. Deve ser restritiva a interpretação das limitações e derrogações permissíveis em relação ao exercício dos direitos protegidos, não cabendo limitações implícitas. Na interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos deve-se primar o interesse público, comum e superior.

⁶ A característica da indivisibilidade dos direitos humanos reafirma a ideia de igualdade e não hierarquia entre os mesmos, de modo a se contrapor a uma aparente diferenciação gerada com a formulação da ideia de “gerações” de direitos humanos.

⁷ Para mais informações acerca das “gerações de direitos” sugerimos consultar Christian Tomuschat, **Human Rights. Between Idealism and Realism**, Oxford, 2 ed., 2010, p. 25-68.

2. Os questionamentos à Teoria Tradicional

Apesar dos direitos assegurados nos instrumentos internacionais de direitos humanos, bem como nas Constituições nacionais, a dignidade da pessoa humana continua sendo amplamente desrespeitada, por governos e grupos econômicos. Mas como isso acontece, se as promessas feitas pelos Estados nos diversos fóruns internacionais foram sacralizadas na ratificação desses tratados e incorporadas nos respectivos ordenamentos jurídicos? Como explicar tamanha contradição? Algumas críticas foram formuladas à teoria tradicional, por se identificarem alguns elementos na concepção tradicional de direitos humanos que poderiam ser responsáveis por esta grande dissonância entre teoria e realidade.

Justifica-se a discussão do pensamento crítico porque o modelo de cientificidade, sustentáculo do discurso jurídico liberal-individualista, e a cultura tecno-formal estão em processo de profundo esgotamento. Pode-se fazer uma breve digressão sobre o pensamento crítico jurídico com o intuito de aprofundar as ressalvas à concepção de direitos humanos com as quais lidam os teóricos tradicionais.

O termo “teoria crítica” foi cunhado por Max Horkheimer, em meados dos anos 1930, no Instituto de Pesquisa Social, na “Escola de Frankfurt”, junto à Universidade de Frankfurt. Integram a Escola de Frankfurt Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Leo Löwenthal, Friedrich Pollock e Walter Benjamin, além de Felix Weil, Georgy Luckás, Karl Wittfogel, Karl Korsh e Victor Sorge, dentre outros. A teoria crítica viu-se confrontada com a tarefa de pensar “radicalmente outro” e tinha por objetivo criticar a teoria científica tradicional, que procurava separar o conhecimento da realidade, o que a tornava, na verdade, um instrumento de dominação da classe dominante. Sua pedra de toque era o entendimento de que a separação do objeto da teoria tradicional equivale à falsificação da imagem, conduzindo ao conformismo e à submissão.

Em 1937 Max Horkheimer publica um manifesto intitulado: *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*, no qual pretende unir teoria e prática e fundir o pensamento tradicional dos filósofos, trazendo um significado mais claro para a sociedade do presente. Horkheimer, a partir da teoria marxista, se opõe ao que ele designa “teoria tradicional”. São características da Teoria Crítica: não pretender qualquer visão concludente da totalidade; preocupar-se com o desenvolvimento concreto do pensamento; e entender que as ideias marxistas não são conceitos definitivos, mas indicações para investigações ulteriores.

Para Horkheimer, a teoria tradicional pode ser definida como uma certa concepção de ciência resultante do longo processo de desenvolvimento que remonta ao Discurso do Método de Descartes.

E a teoria crítica parte do princípio de um rechaço ao caráter cientificista da ciência, ou seja, é baseada em dados empíricos e pretende explicar os fenômenos sociais. Sua principal preocupação, pautada pela organização dos trabalhadores, é entender a *cultura* como elemento de transformação da sociedade. Propõe a teoria como vetor de esclarecimento e de visualização das ações de dominação social, com o objetivo de não permitir a reprodução dos mecanismos de opressão. Assim, “o ‘conhecimento crítico’ seria aquele relacionado com um tipo de ação que resulta na transformação da realidade” (WOLKMER, 2002:4)

A teoria crítica do direito, inspirada na Escola de Frankfurt, visa romper com as formas de racionalidade que unem ciência e tecnologia em novas formas de dominação. Ela reflete a insatisfação de juristas e doutrinadores com a predominante formulação “científica” do direito e suas formas de legitimação dogmática, e busca outro referencial epistemológico. Ela surge em um contexto em que se unem, de forma dialética, a teoria e a experiência, em que a realização do direito se dá como espaço de luta e conquista e tem em vista a autonomia dos indivíduos e a emancipação das sociedades.

Essa corrente teórica pretende denunciar mitos e falácias que sustentam e reproduzem a teoria jurídica tradicional e constituir o direito como instrumento de efetiva alteração das práticas reais vigentes. Em se tratando da teoria dos direitos humanos, a primeira crítica que se faz à abordagem tradicional é, justamente, quanto ao ideal utópico que eles representam, que contrasta fortemente com a atitude dos Estados, na prática. Então se coloca a pergunta: não é irrealista se propor uma Declaração Universal num mundo pluricultural? Não há violações aos direitos dos povos quando se generaliza, tentando conciliar as inconciliáveis divergências entre pessoas de distintos países que se encontram em diferentes percursos cultural, social e economicamente? Os críticos dessa universalidade acusam o discurso dos direitos humanos de eurocêntrico, em que os habitantes dos mundos periféricos seriam forçados a se encaixar em valores que não lhes são próprios, em detrimento de suas próprias particularidades⁸.

A segunda crítica equipara o discurso dos direitos humanos ao jusnaturalismo ingênuo, afirmando que ele representa uma base frágil para sustentar qualquer argumentação científica, porque, assim como o jusnaturalismo, o discurso dos direitos humanos acabaria se reduzindo a um paradigma ou matriz disciplinar, devido ao fato de ser subjetivo e subordinado a uma ideologia política.

⁸ Esta primeira crítica pode ser também formulada na forma de um questionamento à concepção de humanidade implícita nos instrumentos internacionais de direitos humanos: “De fato, direitos humanos são inumanos desde o início porque a compreensão do que seja humanidade foi construída sobre as bases da negação do sujeito negro como ‘humanidade’” (tradução nossa). Do original: “*Indeed, human rights are inhuman from the outset because the understanding of what humanity is has been constructed on the basis of the negation of black subjects’ humanity*” (SUÁREZ-KRABBE, 2013:337).

A terceira crítica ao discurso dos direitos humanos foi levantada pelo marxismo, cujos teóricos afirmam que o direito nada mais seria que a vontade das classes dominantes e um mero reflexo da estrutura econômica da sociedade. Assim, as classes menos favorecidas e sem perspectivas da sociedade não teriam proteção segura nas leis, que seriam simples instrumentos de dominação. Essa afirmativa costuma ser muito utilizada, especialmente quando não são devidamente instrumentalizados os mecanismos de defesa dos direitos ou quando os instrumentos existentes se revelam pouco eficazes.

Outra crítica feita à concepção tradicional de direitos humanos a classifica como uma perspectiva estanque e ingênua. Isto porque, ao não levar em conta as assimetrias inerentes à sociedade, esta concepção transfere todos os questionamentos sobre direitos humanos à esfera de implementação, como se as violações a direitos humanos fossem meramente uma questão de vontade política, e não uma questão estrutural no âmbito da sociedade capitalista. Ademais, ao não colocar em xeque a estrutura social, a teoria tradicional imobiliza as lutas e as reivindicações sociais.

Franz Hinkelammert, em seu texto *La Inversión Ideológica: el caso de John Locke*, identifica uma contradição central na formulação moderna do conceito de direitos humanos. Sustenta ele que por trás da noção de direitos humanos, há a ideia de que quem os viola não tem direitos humanos: “de fato, a história dos direitos humanos modernos é simultaneamente a história de sua inversão, a qual transforma a violação destes mesmos direitos humanos em um imperativo categórico da ação política”⁹ (tradução nossa). Conclui Franz Hinkelammert, que as “feras selvagens” às quais, na época de Locke, seria legítimo escravizar, matar, etc. são hoje os que lutam por emancipação e têm seus direitos desrespeitados.

Ao questionar a universalidade dos direitos humanos, Slavoj Žižek escreveu que a “*nova normatividade emergente para os direitos humanos é a forma em que aparece seu exato oposto*”¹⁰. Para ele, a forma não é mera forma, mas envolve uma dinâmica concreta, contrária à busca de condições para a igualdade universal efetiva, que deixa marcas profundas na materialidade social¹¹. No mesmo sentido, Lindgren Alves reconhece os progressos alcançados pela construção teórica dos direitos humanos, mas denuncia o “humanitarismo ‘para inglês ver’”, discorrendo sobre as violações de direitos nos estados democráticos e questionando a indivisibilidade dos direitos humanos e a

⁹ Do original: “*De hecho, la historia de los derechos humanos modernos es a la vez la historia de su inversión, la cual transforma la violación de estos mismos derechos humanos en un imperativo categórico de la acción política*” (HINKELAMMERT, 1999:40)

¹⁰ Do original: “*This newly emerging normativity of 'human rights' is nevertheless the form of appearance of its very opposite*” (ŽIZEK, 2001:244-245).

¹¹ Do original: “*the form, precisely, is never a 'mere' form, but involves a dynamics of its own which leaves its traces in the materiality of social life, is fully valid (bourgeois 'formal freedom' set in motion the process of very 'material' political demands and practices, from trade unions to feminism)*” (ŽIZEK, 2001:245).

imparcialidade das normas internacionais aplicadas aos casos concretos, à luz dos instrumentos internacionais em vigor (2005: 141-165).

Questiona-se, em suma, a perspectiva de que os direitos humanos hoje passam, simplesmente, pela possibilidade de inserção de justiça na sociedade, com o objetivo de garantir a coexistência pacífica de todos os seus membros. A discussão que se propõe é mais ampla, mais profunda, e tem a ver com a própria estrutura da realidade em que vivemos.

3. A Teoria Crítica dos Direitos Humanos de Herrera Flores

Partindo da análise que se faz do conceito tradicional de direitos humanos, é que a teoria crítica tenta preservar o potencial de transformação que os direitos humanos possibilitam e, ao mesmo tempo, a não imobilização da luta social.

Franz Hinkelammert, quando elabora sua crítica aos direitos humanos, deixa antever onde residiria a armadilha do conceito: sua transformação em um fim. Segundo ele, encarar os direitos humanos como fins implica em institucionaliza-los e uma vez feito isto, eles podem ser impostos e podem ser realizados por meios adequadamente calculáveis (HINKELAMMERT, 1999).

Joaquin Herrera Flores encara os direitos humanos como meios para alcançar a dignidade. Em outras palavras, para ele, *“os direitos humanos seriam os resultados sempre provisórios das lutas sociais por dignidade”*¹² ¹³. O jurista espanhol não os vê como produtos acabados, mas conquistas a serem efetivadas a cada dia e que dependem do envolvimento de todas e todos. Esta perspectiva reforça a importância que a teoria crítica de Herrera Flores dá à educação e aos processos culturais de formação. Na verdade, tão ou até mais importante que a positivação de direitos, é a luta por sua efetivação.

¹² A dignidade é entendida por Herrera Flores como: “Entendendo por dignidade, não o simples acesso aos bens, mas que dito acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado a priori por processos de divisão do fazer que colocam a uns em âmbitos privilegiados à hora de aceder aos bens e a outros em situações de opressão e subordinação. Mas cuidado! Falar de dignidade humana não implica fazê-lo de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Um objetivo que se concretiza em dito acesso igualitário e generalizado aos bens que tornam que a vida seja ‘digna’ de ser vivida”. Do original: *“Entendiendo por dignidad, no el simple acceso a los bienes, sino que dicho acceso sea igualitario y no esté jerarquizado a priori por procesos de división del hacer que colocan a unos en ámbitos privilegiados a la hora de acceder a los bienes y a otros en situaciones de opresión y subordinación. Pero, ¡cuidado! Hablar de dignidad humana no implica hacerlo de un concepto ideal o abstracto. La dignidad es un fin material. Un objetivo que se concreta en dicho acceso igualitario y generalizado a los bienes que hacen que la vida sea “digna” de ser vivida”* (HERRERA FLORES, 2008:26).

¹³ Do original: *“los derechos humanos serían los resultados siempre provisionales de las luchas sociales por dignidad”* (HERRERA FLORES, 2008:26).

Além disso, a teoria crítica parte da compreensão de que as assimetrias de poder são inerentes a uma sociedade capitalista e que parte da luta pela efetivação de direitos humanos é o questionamento da atual estrutura social e a visibilização das assimetrias de poder relacionadas a gênero, classe, raça etc. Neste ponto, as diferenças em relação à teoria tradicional são abissais:

O que rechaçamos são as pretensões intelectuais que se apresentam como ‘neutras’ com respeito às condições reais nas quais as pessoas vivem. Se não tivermos em conta em nossas análises ditas condições materiais, os direitos aparecem como ‘ideais abstratos’ universais que emanaram de algum céu estrelado que paira transcendentalmente sobre nós¹⁴ (tradução nossa)

Segundo Herrera Flores, uma teoria crítica tem três funções: epistêmica, ética e política (2009). A função epistêmica propõe à teoria a missão de visibilizar relações sociais existentes, ao passo que a incumbência ética de uma teoria crítica é pôr em evidência as contradições e desestabilizar a ordem das coisas; a função política, por sua vez, prescreve a necessidade de se transformar a realidade social a partir da teoria, haja vista que os esquemas teóricos em si não transformam realidade alguma, cabendo a eles antes o mister de nortear os processos de mudança.

À teoria crítica corresponde uma metodologia, que constitui um instrumento que permite pensar para além da questão de direitos humanos posta individualmente. Assim, por exemplo, não basta a concepção de mecanismos que permitam às coletividades e aos indivíduos se contraporem ao poderio das empresas transnacionais, mas a visibilização desta assimetria de poder e como é ela inerente à estrutura social oriunda de um sistema capitalista. E isto não significa ignorar as leis nacionais, convenções ou declarações de direitos humanos, mas simplesmente ter consciência de sua limitação para garantir direitos efetivamente em uma estrutura que é, por si só, assimétrica e conflitiva. Neste sentido, aliás, é de fundamental importância o empoderamento de comunidades, indivíduos e coletivos para que possam realizar a luta política e também jurídica.

Ao contrário da teoria tradicional, a teoria crítica parte de uma perspectiva não universalista, isto é, um relativismo relacional, em que se compreende que as instituições, os direitos – as soluções enfim para a vida em sociedade – nascem como respostas aos seus respectivos contextos. Assim, cada povo é que tem a responsabilidade de, em seu contexto, construir a sua própria concepção de direitos

¹⁴ Do original: “Lo que rechazamos son las pretensiones intelectuales que se presentan como ‘neutrales’ con respecto a las condiciones reales en las que la gente vive. Si no tenemos en cuenta en nuestros análisis dichas condiciones materiales, los derechos aparecen como “ideales abstractos” universales que han emanado de algún cielo estrelado que se cierne transcendentalmente sobre nosotros” (HERRERA FLORES, 2008:26).

humanos, o que está bastante atrelado a um projeto de sociedade. Percebe-se, portanto, que a teoria crítica vê a esfera política como dissociada da esfera acadêmico-teórica.

Outro diferencial da teoria crítica em relação à tradicional diz respeito ao seu fundamento. A teoria crítica é bastante honesta no que diz respeito à sua justificação: trata-se simplesmente de uma aposta ética, ao passo que positivistas e jusnaturalistas fundamentam suas respectivas concepções de direitos humanos na lei ou na natureza humana, utilizando, muitas vezes, a metafísica para explicar suas concepções.

Herrera Flores elenca alguns pressupostos que devem ser considerados para uma teoria crítica dos direitos humanos. Para ele, o *fazer humano* é a fonte de toda a riqueza, a base a partir da qual o mundo funciona, é o que determina nossa afirmação como espécie, é o que define o que chamamos de dignidade, finalidade última do que, ao longo do trajeto de toda a modernidade ocidental capitalista foi catalogado como “direitos humanos”. Quanto à dignidade, esta, junto aos direitos humanos, é a materialização concreta das lutas pelo “poder fazer” e “poder criar”, pois ambos implicam assumir o risco de ter responsabilidade e compromisso com todas e todos os que se situam à margem, em condições de opressão ou exploração, em situações de subordinação nos processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do *fazer humano*.

São pontos chave de sua teoria a oposição aos fechamentos das categorias estruturalistas e sua afirmação na interdisciplinaridade, na interrelação necessária e no contato entre diferentes aproximações intelectuais e teóricas dos ambientes em que vivemos. O autor parte da consideração de que somos “animais culturais”, para além de “animais sociais”, ou seja, que reagimos culturalmente diante dos ambientes de relações em que vivemos, ainda que não o façamos de forma diferenciada e plural e, sobretudo, ostentemos distintas e hierarquizadas posições de poder.

Isto posto, as diferenças culturais, a reação simbólica frente ao mundo, não são a razão dos conflitos geo-estratégicos, mas, ao contrário, são estes que levam os atores em luta a elevar suas reações culturais a finalidades absolutas, com ao objetivo de assegurar a continuidade e legitimidade de suas ações. Portanto, reduzir a cultura aos processos identitários é um dos problemas mais importantes na teoria da cultura de Herrera Flores. Ele defende que não há identidade em abstrato.

Ele alerta para uma necessidade urgente de se repensar uma nova cultura dos direitos humanos que supere os pressupostos positivistas (direitos humanos como textos jurídicos) e as colocações idealistas ou jusnaturalistas (direitos humanos como produtos de uma “condição humana” descontextualizada e abstrata, pensada e construída a partir do Ocidente).

Ressalta Herrera Flores que é importante, para uma teoria criativa e transgressora dos processos culturais, recuperar o contexto para reconhecer de onde provém a riqueza, de onde surgem os processos de exploração e quais devem ser as posições antagonistas em um mundo em que a metodologia da ação social dominante se fez global e, aparentemente, sem alternativas.

Para guiar as reflexões sobre o cultural, devidamente contextualizadas, Herrera Flores propõe que sejam observadas três tendências culturais, seis atitudes intelectuais e três tipos de práticas pessoais (2005b).

Seriam *tendências culturais*:

1. Tendência à abertura de nossas percepções e nossas ações no mundo diante dos “bloqueios ideológicos” a que estamos submetidos – a finalidade é deduzir os critérios através dos quais possamos distinguir entre os produtos culturais favoráveis e os que criam obstáculos à prática dos direitos humanos;
2. Tendência ao empoderamento dos seres humanos em suas lutas contra os processos dominantes de divisão social, sexual e étnica do trabalho e do fazer humano - reforçar nossas capacidades e possibilidades para discutir não apenas os meios, mas também os fins que devemos perseguir para a materialização da dignidade humana;
3. Tendência à ampliação constante do humano para além dos limites em que os processos ideológicos pretendem nos encerrar – não devemos escapar das interrelações culturais, posto que sempre nos relacionamos com os outros e deles dependemos para implementar nossas próprias reações culturais.

Quanto às *atitudes intelectuais*, assim as organiza Herrera Flores:

1. Comprometermo-nos com as seguintes tarefas: a) dar visibilidade ao esquecido e marginalizado pela manipulações ideológicas do colonialismo e do imperialismo; b) relacionar os diversos fenômenos que fragmentam nossa ação no mundo; c) assinalar constantemente cursos de ação alternativos, contestando os dogmas estabelecidos;
2. Indignarmo-nos diante do sofrimento do outro, entendida essa indignação como um “horizonte absoluto”, um espaço de luta concreto e material em que atuamos a fim de construir as condições que permitam superar as causas daquilo que nos indigna;
3. Lutar contra toda forma de fundamentalismo – não aceitar simplificações ideológicas ou sacralização de categorias como imutáveis ou intocáveis;

4. Não construir novas barreiras para a criatividade e a transgressão;
5. Buscar pontos de encontro entre as culturas – não elevar um processo cultural concreto em detrimento de outro;
6. Reivindicar que somos todos estrangeiros, somos todos migrantes, ou seja, aprendemos sempre da interrelação com o outro.

Como *práticas pessoais*, sugere Herrera que exercitemos o desejo de sair das “cavernas” onde estamos encerrados pelo processos ideológicos; fortaleçamos a consciência de que a realidade não é simplesmente um estado de fato; e compreendamos que a vida não é algo objetivo que está fora de nós, pois ela nada nos oferece que nela não busquemos.

O processo cultural é construído a partir de três imaginários, entendidos como conjuntos distintos de reações simbólicas : o imaginário social instituinte (nossas relações com a sociedade); o imaginário ambiental bio(sócio)diverso (nossas relações com os ambientes naturais); e o imaginário radical (nossas relações com nosso interior). É no imaginário radical que se fundam as propostas feministas de luta antipatriarcal; as aproximações fronteiriças às diversas percepções de mundo que existem em nosso universo cultural; as lutas contra o racismo e o colonialismo; a redução da vida ao puro consumismo de tudo e de todos.

Para o filósofo espanhol, a perspectiva deve ser sempre relacional, devemos nos observar e nos interpretar como seres imersos em *redes de relações*: são redes de relações que, num primeiro momento, nos determinam, pois as construímos historicamente, mas que podemos transformar e mudar. Essa é a condição do processo cultural, entendido como a construção e reconstrução, plural e diferenciada, de metodologias da ação social que surgem como reação aos ambientes de relações. E é por meio desse processo que encontramos uma forma de explicar, interpretar e intervir nas relações com a natureza, com a sociedade e conosco mesmos.

O processo cultural supõe um caminho de ida e volta entre as relações culturais e as redes de relações que as provocam – o circuito de *reação cultural*.

Ademais, como a teoria de Herrera Flores dá especial atenção às condições materiais que condicionam o acesso aos bens e se preocupa com a luta contra as assimetrias de poder vigentes na sociedade, o violador de direitos humanos não é apenas o Estado, mas também grupos econômicos privados, por exemplo. Ao focar no Estado como o grande garante dos direitos humanos, e não nos processos de luta pelos direitos ou nos afetados pelas violações, que são os realizam esta luta, a teoria tradicional chega a um impasse: o Estado é, ao mesmo tempo, o violador e o garantidor de direitos

humanos; devemos, trata-se, enfim, de conceder poder a um ente para que este reconheça nossos direitos.

A teoria crítica permite-nos sair da armadilha ideológica da teoria tradicional porque nos força a olhar para a realidade e constatar que a não correspondência entre teoria e realidade – entre o que diz a teoria tradicional sobre as necessidades humanas e o que se verifica na prática sobre a satisfação dessas necessidades – talvez não resulte de um mero desajuste, mas do sistema político e social em que vivemos.

Considerações Finais

Por um lado, é certo o potencial do conceito de direitos humanos para defender, ostensivamente, os mais fracos e, principalmente, de defender os indivíduos do arbítrio estatal. Por mais que se oponham críticas ao funcionamento e à estruturação das cortes internacionais de direitos humanos, quando bem manejadas, são capazes de mitigar violações a direitos humanos. Afinal, os mecanismos internacionais operam quando os instrumentos protetores de direito interno já se mostram insuficientes ou inadequados para assegurar a devida proteção.

As cortes de direitos humanos operam em uma lógica distinta daquela vigente para os mecanismos de direito internacional, como no caso dos instrumentos de solução amistosa. Enquanto no direito internacional geral a *solução pacífica de controvérsias* tem se mostrado vulnerável ao voluntarismo estatal, no âmbito dos direitos humanos, os Estados não podem contar com o mesmo grau de discricionariedade, devendo se pautar pela **fiel** observância dos direitos humanos.

Assim, ao mesmo tempo que existem limitações na sua formulação, é ingênuo deixar de lado o objetivo último dos direitos humanos: remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades sociais. Não se pode ignorar, ademais, que grande parte da evolução histórica dos Direitos Humanos deve-se à mobilização civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão e podem, em alguma medida, servir de instrumentos de empoderamento social.

Por outro lado, tampouco se pode deixar de lado as críticas muito justas que se fazem ao conceito, por refletirem uma perspectiva eurocêntrica e Ocidental; por representarem, muitas vezes, uma instrumentação política com a finalidade justamente de violar direitos humanos; e por terem limites intransponíveis por conta desta mesma origem eurocêntrica. Afinal, a própria escolha pela organização em um Estado e pelo Direito como instrumento de garantia e proteção de certas prerrogativas do indivíduo e das coletividades contra o poder organizado é uma invenção ocidental e que só faz sentido em nossas sociedades.

Ao propor o diálogo intercultural, em substituição à universalidade a priori, Herrera Flores contribui para a possibilidade de uma nova forma de ver o mundo, de pensa-lo em outra perspectiva.

Ainda que existam coisas que são indizíveis em outras culturas ou idiomas, esta parece ser uma forma muito mais democrática e efetivamente coerente com uma ideia de direitos humanos que seja emancipadora e não sufocadora de culturas. Assim, a universalidade deixa de ser ponto de chegada e passa a ser ponto de partida.

A teoria de Herrera Flores avança, portanto, na crítica à teoria tradicional, propondo um novo paradigma de compreensão e utilização de todo o potencial emancipador que possui o conceito de direitos humanos.

Referências Bibliográficas

CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, v.1. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOUZINAS, Costas. **Que são direitos humanos?** Disponível em: <http://revolucoes.org.br/v1/sites/default/files/que_sao_direitos_humanos.pdf>, 2011. Acesso em: 05 ago. 2014.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005.

_____. **El Proceso Cultural. Materiales para la creatividad humana**. Sevilla: Aconcagua Libros, 2005 (b)

_____. **La Reinención de los Derechos Humanos**. Valencia: Atrapasueños, 2008.

_____. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HINKELAMMERT, Franz J. La Inversión de los Derechos Humanos: el caso de John Locke. **Pasos**, n°. 85, p. 20-35, set./oct., 1999.

LINDGREN ALVES, José Augusto. **Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

NIKKEN, Pedro. Sobre el Concepto de Derechos Humanos. In: **Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH**. Seminario sobre Derechos Humanos (30 de mayo – 1 junio de 1996, La Habana, Cuba), San José, Costa Rica, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por que é tão difícil construir uma teoria crítica? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.º. 54, junho 1999.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUÁREZ-KRABBE, Julia. Democratising democracy, humanising human rights: European decolonial social movements and the “alternative thinking of alternatives”. **Migration Letters**, vol. 10, n.º. 3, p. 333-341, set. 2013.

TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. London: Oxford, 2 ed., 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 4 ed., 2002.

ZIZEK, Slavoj. **Did somebody say totalitarianism? Five interpretations in the (mis)use of a notion**. Londres/Nova York: Verso, 2001.