

PARADOXOS E UTOPIA NA NORMATIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DA PESSOA E DA CIDADANIA NA PERSPECTIVA MATERIAL DAS RELAÇÕES DE RECONHECIMENTO

PARADOXES AND UTOPIA IN NORMATIVITY HUMAN RIGHTS: THE EFFECTIVENESS OF THE PROTECTION OF THE PERSON AND CITIZENSHIP IN MATERIAL PERSPECTIVE OF THE RELATIONS OF RECOGNITION

*Adeilson Luz de Oliveira**

*Francisco Cardozo Oliveira***

RESUMO

O texto analisa o alcance e os limites dos fundamentos de normatividade dos direitos humanos, mediante confronto contextualizado da relação entre proteção da pessoa e violência, ao longo da história, com o objetivo de, em face da circularidade observada no pensamento jurídico entre positivismo e jusnaturalismo, fixar os fundamentos de normatividade dos direitos humanos. Observado o método dialético, inicia-se a análise pelo exame dos fundamentos de normatividade dos direitos humanos; segue-se a análise do confronto entre direitos humanos, ruptura e violência; no final, considerados paradoxos, utopias, promessas e políticas, discute-se a possibilidade de fundamentos de normatividade material dos direitos humanos, na perspectiva das relações intersubjetivas de reconhecimento.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; normatividade; reconhecimento.

ABSTRACT

The text analyzes the scope and limits of the fundamentals of human rights normativity through contextualised confronting the relationship between the protection of the person and violence throughout history, with the purpose of, in the face of circularity observed in legal thinking between positivism and natural law, fix the fundamentals of human rights normativity. Observed the dialectical method, the analysis begins by examining the fundamentals of human rights normativity; follows the analysis of the confrontation between human rights, disruption and violence, in the end, considered paradoxes, utopias, promises and politics, discusses the possibility of material fundamentals normativity of human rights from the perspective of intersubjective relations of recognition.

KEYWORDS: human rights; normativity; recognition.

* Acadêmico da Faculdade de direito do UNICURITIBA. E-mail adeilson@hotmail.de.

** Doutor em direito pela UFPR, Professor de direito civil e de fundamentos do direito e do Estado na graduação e no mestrado do UNICURITIBA e de direito civil na Escola da Magistratura do Paraná, Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail xikocardozo@msn.com.

Introdução

O objetivo do texto é analisar a relação entre os fundamentos de normatividade dos direitos humanos e a proteção da pessoa na atualidade.

Inicia-se a reflexão pela análise do alcance e dos limites dos fundamentos de normatividade dos direitos humanos, de modo a identificar possibilidades de superação, à luz do confronto contextualizado entre direitos humanos e violência ao longo da história, até um ponto de chegada que possa ser compreendido como fundamento de normatividade possível dos direitos humanos, em face das promessas e da utopia que contamina o discurso jurídico e político de proteção da pessoa na atualidade.

O método de análise é crítico e dialético e busca identificar uma saída para os impasses e paradoxos que separam a afirmação e a efetividade dos direitos humanos, inclusive na realidade social brasileira contemporânea.

1. Alcance e limites dos fundamentos da normatividade dos direitos humanos

Tomado o sentido da afirmação de Hannah Arendt de que os direitos humanos não são um dado, mas um construído¹, coloca-se a necessidade de identificar o alcance e os limites dos fundamentos de normatividade dos direitos humanos, de modo a verificar até que ponto a juridicização é capaz de assegurar eficácia e efetividade à proteção da pessoa.

Observada a consolidação da cultura jurídica ocidental, o problema da normatividade dos direitos humanos pode ser pensada nos termos do confronto entre jusnaturalismo e positivismo e suas variantes, e as alternativas críticas surgidas desse cenário.

Na perspectiva do pensamento de Hannah Arendt, Celso Lafer procura elaborar o confronto e a erosão do que ele denomina de paradigmas do direito natural e da filosofia do direito, na questão da normatividade dos direitos humanos; ele parte do pressuposto de que o paradigma do direito natural acabou superado pelo do positivismo jurídico na medida que a segurança do princípio da legalidade, no contexto da tradição política liberal e da crença generalizada na ciência e na jurisprudência científica, permitiu afirmar a preponderância da lei

¹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

positiva; mas ele também nota que o positivismo jurídico não foi capaz de impedir a emergência de formas de totalitarismo, no século XX, apoiados em visões extremas da legalidade, o que, por sua vez, deu ensejo ao renascimento do jusnaturalismo e a busca de fundamentos dos direitos humanos em princípios fundamentais de proteção jurídica à pessoa.²

O próprio Celso Lafer indica que os totalitarismos que operam o isolamento destrutivo da possibilidade de modos de vida pública, do tudo é possível, da eliminação da espontaneidade, típicas das condições do campo de concentração, constituem formas de ruptura com a tradição.³ O problema, contudo, pode ser mais profundo, e conseqüentemente mais grave, se considerado que as formas de totalitarismo podem não decorrer de rupturas da tradição, mas do modo mesmo como se estrutura aquilo que possa ser reconhecido o tradicional na cultura ocidental.

Desse modo, pode ser necessário rever o círculo em que está enredada a normatividade dos direitos humanos, entre jusnaturalismo e positivismo, de modo a vislumbrar outras bases para os fundamentos de proteção jurídica da pessoa, na atual realidade social e econômica.

Consideradas as vertentes jusnaturalista e positivista, o problema do alcance e dos limites na questão da normatividade dos direitos humanos pode ser melhor objetivada tendo-se em perspectiva o modo como enfrentada a relação entre direito e moral.

1.1 A permanência do positivismo jurídico e os direitos humanos

O positivismo científico postulou a separação entre fatos e valores, de que resultaram várias concepções de formalismos normativistas voltados para o estudo das normas jurídicas, sem considerações de ordem moral, valorativa ou metafísica; daí a premissa de uma teoria “pura” do direito direcionada quase que exclusivamente para a questão da norma e do ordenamento.

Sobre a relação entre positivismo e formalismo Iñigo Ortiz de Urbino Gimeno afirma que, quando o positivismo jurídico se consolidou no séc. XIX, o formalismo jurídico, que responde a outra tradição, já estava consolidado, como demonstra a metodologia adotada pelo jusnaturalismo dos séc. XVII e XVIII assim como pela Escola da Jurisprudência dos

² LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988, p. 35-79.

³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988, p. 80-145.

Conceitos e pela Escola Histórica; Urbino Gimeno adverte, porém, que tanto o formalismo jurídico como o positivismo jurídico constituem concepções idealistas do direito.⁴

Em razão da dicotomia entre fatos e valores, o positivismo jurídico teve dificuldade de lidar com a questão dos interesses e dos fins no direito, do mesmo modo que a separação entre direito e moral repercutiu na concepção de justiça e conseqüentemente na de direitos da pessoa, de que resultou uma concepção idealista de direitos humanos.

A separação entre direito e moral repousa na tradição da teoria jurídica inglesa. Segundo Herbert Hart o estudo analítico dos institutos jurídicos, que encontra respaldo no pensamento utilitarista de Jeremy Bentham, foi fundamental para a compreensão do direito. Conforme assinala Luis M. Cruz, a separação entre direito e moral, na visão de Herbert Hart, pode ser mais bem entendida pelo princípio da utilidade proposto por Jeremy Bentham, que permite estabelecer um critério de avaliação da conduta que não se confunde, todavia, com um guia para a conduta, na medida em que o indivíduo agiria de acordo com o seu próprio interesse.⁵

O fundamento utilitarista do positivismo inglês permitiu a Herbert Hart formular as premissas do realismo jurídico, que não deixa de ser uma vertente do positivismo. De acordo com Herbert Hart, o direito compreende regras sociais derivadas das práticas da vida em sociedade. Na visão de Herbert Hart o sistema jurídico seria composto por normas primárias, que são as normas de conduta, e as normas secundárias ou normas de reconhecimento ou de adjudicação que serviriam para identificar e dar certeza a aplicação das normas primárias. As normas de reconhecimento constituiriam o elemento fundamental do sistema jurídico. Como afirma Roberto M. Jimenez Cano, a regra de reconhecimento seria a regra última do sistema jurídico.⁶

Já a vertente naturalista, que também não deixa de ter um fundamento positivista, de certo modo, busca complementar as teses do realismo jurídico, mediante a identificação científica (sociológica, psicológica e antropológica) das causas subjacentes à interpretação dos institutos jurídicos e às decisões dos tribunais. Daí a importância da objetividade para a concepção naturalista que, segundo Brian Leiter, considera objetivo o fato que possa alcançar

⁴ GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbino. **La excusa del positivismo:** la presunta superación del “positivismo” y El “formalismo” por la dogmática penal contemporánea. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007.

⁵ CRUZ, Luiz M. **Derecho e expectativa:** una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S/A, 2000.

⁶ CANO, Roberto M. Jimenez. **Una metateoría del positivismo jurídico.** Madrid: Marcial Pons, 2008.

independência da mente e que contenha uma causalidade específica no mundo da experiência.⁷

Na base do realismo e do naturalismo jurídicos permanece a defesa da separação entre direito e moral, cujo postulado acabou atacado por Ronald Dworkin que contesta a premissa de regra secundária de Herbert Hart e afirma que uma regra de reconhecimento não se sustenta, na medida que não possa ser aplicada a determinados casos. Na tentativa de superar o que seriam os limites da ideia de direito de Herbert Hart, Ronald Dworkin propõe um ordenamento jurídico composto de regras e princípios, de modo a romper com o escalonamento de normas defendido pelas vertentes do positivismo jurídico.⁸

Na atualidade, busca-se corrigir o positivismo jurídico para fazer frente ao neoconstitucionalismo; na linha do pensamento de Gregório Peces-Barba corrige-se o positivismo para o efeito de identificação de conteúdos de uma espécie de ética pública⁹; uma tal ética pública estaria positivada mediante uma moralidade legalizada; entretanto, é duvidoso que o positivismo metodológico (caráter descritivo do direito) possa conviver com essa espécie de correção.

Em torno da questão relativa à dicotomia entre direito e moral, alinha-se no momento duas concepções de positivismo jurídico: o positivismo jurídico incluyente e o positivismo jurídico excluyente.

O positivismo jurídico incluyente, na perspectiva do realismo jurídico de Herbert Hart parte da premissa de que o direito é necessariamente fático, com critérios de validade contingentes, baseados em fatos sociais e valores morais; ou seja, as regras jurídicas, apesar de baseadas em fatos sociais, podem incorporar valores morais como critérios de validade.¹⁰

O positivismo jurídico excluyente continua a defender a premissa de que o direito depende única e exclusivamente de fatos sociais; as normas jurídicas podem incorporar valores morais, desde que tais valores constituam espécie de fato social ou de uma moral social objetiva; assim, para interpretar a norma, que faz referência moral, não é necessário recorrer a argumentos morais, senão ao próprio conceito moral incorporado ao direito positivo.

⁷ LEITER, Brian. **Naturalismo y teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

⁹ PECES-BARBA, Gregório. **Derechos sociales y positivismo jurídico** (Escritos de filosofía jurídica y política). Madrid, Universidad Carlos III, 1999.

¹⁰ HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

De acordo com Roberto M. Jimenez Cano continua válido para o positivismo jurídico a premissa de que uma norma jurídica é válida em razão do fato social que lhe é subjacente e não do seu valor¹¹; o positivismo jurídico, portanto, pressupõe neutralidade axiológica que somente sobreviveria na versão atual do positivismo jurídico excludente.

Mas a atitude metodológica do positivismo jurídico, de neutralidade axiológica, deve ser entendida, segundo Jimenez Cano pelo que é – teoria descritiva do direito - que de modo algum tem a pretensão de ser uma reflexão onisciente do fenômeno jurídico; diz ele que a compreensão metodológica do positivismo jurídico ajuda a entender que a metodologia positivista não se encerra na afirmação de que o Direito se resume a um conjunto de fatos sociais, mas que há muita teoria do direito a ser feita.

Coloca-se em evidência, nesta perspectiva, a possibilidade de uma fundamentação positivista dos direitos humanos, capaz de assimilar as contradições da realidade de violência e de desrespeito à pessoa, e que, ao mesmo tempo, faça o resgate da compreensão do sentido da norma e dos fatos; o problema é o quanto essa espécie de fundamentação pode superar o caráter idealista e reducionista que está assentado nas várias vertentes do positivismo.

1.2. Direitos humanos, ética, moral e variantes jusnaturalistas

A conexão entre normas e princípios, na esteira dos limites do positivismo jurídico e no sentido do pressuposto por Celso Lafer, recoloca na ordem de debate a relação entre direito e moral e o que dela resulta, na atualidade, em termos de variantes jusnaturalistas na fundamentação dos direitos humanos.

Uma primeira questão a ser enfrentada diz respeito ao alcance da moral na contexto paradoxal da sociedade pós-moderna ou hipermoderna.

Alasdair MacIntyre afirma que se configurou um problema para a teoria moral moderna, a medida que o Iluminismo postulou um agente moral individual, ao mesmo tempo em que não conseguiu oferecer uma teleologia capaz de ordenar a moralidade. Desse impasse teria resultado um caráter paradoxal porque, segundo ele,

cada um de nós aprende a se considerar um agente moral autônomo; mas cada um de nós também se empenha em modalidades de costumes, estéticos ou burocráticos, que nos envolvem em relacionamentos manipuladores com o próximo. Procurando proteger a autonomia que aprendemos a prezar,

¹¹ CANO, Roberto M. Jimenez. **Una metateoria del positivismo jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

aspiramos não ser manipulados por outrem; procurando personificar nossos próprios princípios e pontos de vista no mundo prático, não encontramos via aberta para fazê-lo, a não ser dirigindo a outrem aqueles modos bem manipuladores de relacionamento aos quais cada um de nós pretende rejeitar para si mesmo.¹²

Para enfrentar o desacordo moral ou o jargão moral de que resultam ficções incomensuráveis de direitos, a exemplo do que ocorreria com os direitos humanos, Alasdair MacIntyre, propõe uma saída de fundamento jusnaturalista. Tomando as premissas do pensamento aristotélico-tomista, complementadas pela filosofia de Ludwig Wittgenstein, e a defesa da ética sobre a política, Alasdair MacIntyre formula uma concepção de jusnaturalismo baseada na virtude das práticas das comunidades, que forneceria o sentido do conteúdo da lei natural e da natureza humana.¹³

Ainda que Alasdair MacIntyre faça uma crítica pertinente do desacordo moral na atualidade e recupere o primado da prática na concepção do direito, na linha da tradição aristotélica, resulta duvidoso que um retorno ao jusnaturalismo seja a resposta mais eficaz para os dilemas do positivismo jurídico, máxime em torno da normatividade dos direitos humanos, que poderia significar a manutenção do caráter idealista na proteção da pessoa humana.

Continua necessário ultrapassar nos fundamentos dos direitos humanos, o impasse que se estabeleceu desde a consolidação da modernidade entre jusnaturalismo e positivismo jurídico.

A permanência do idealismo, em termos de fundamentos de normatividade dos direitos humanos, impede a compreensão de que o potencial de violência que inviabiliza a construção da socialidade não pode mais ser representado como uma forma de ruptura. A tarefa que se coloca, portanto, é de superação do idealismo na direção da compreensão dos desdobramentos da vida social que possa permitir uma revisão dos fundamentos normativos dos direitos humanos.

1.3 Normatividade material dos direitos humanos

¹² MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Bauru: Edusc, 2001, p. 125.

¹³ MACINTYRE, Alasdair. Teorías del derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada, **Doxa** – cuadernos de filosofía del derecho n.º 35, Alicante: Marcial Pons, 2012, p.512-526.

Uma primeira questão a ser tratada na busca de alternativas aos fundamentos jusnaturalistas e positivistas de normatividade dos direitos humanos situa-se na compreensão da norma e da normatividade propriamente ditas.

Segundo Luis Ricansés Siches, tomado o pensamento de Hans Kelsen, a teoria formal constitui a possibilidade de conhecimento do direito ficando de fora a realidade e os elementos empíricos constituintes do fenômeno jurídico.¹⁴

Na investigação do pensamento de Norberto Bobbio assinala Max Silva Abbott que a tentativa do positivismo jurídico de livrar a estrutura *Sein-Sollen* de juízos de valor se revela problemática porque uma suposta *avaloratividade* metodológica descansa ela própria numa motivação moral, invariavelmente de manutenção da tradição.¹⁵

Trata-se, nesse sentido, para usar as premissas de Raymond Williams, de pensar os fundamentos de normatividade dos direitos humanos de um modo em que a ação humana esteja influenciada pelo ambiente natural e social; significa reconhecer condições de vida e de trabalho específicas, o que teria passado indiferente ao positivismo.¹⁶

No idealismo que se expressa nas mais variadas formas de positivismo e de formalismos se manifesta uma forma de fuga da realidade.

Para o efeito de conceber fundamentos de conteúdos valorativos e de recuperação da realidade, a própria estrutura do *Sein-Sollen* pode ser repensada mediante um ponto de vista dialético que possa superar o idealismo e o realismo jurídicos. Para esse fim, segundo Alaôr Caffé Alves, a questão do ser e do dever-ser deve ser pensada referida ao modo de **existir** de um e de outro; diz ele que

o ser existe e se manifesta diretamente em sua existência, afetando inclusive nossos órgãos sensoriais de modo imediato. O dever-ser não existe de maneira direta, visto depender, para existir, do ser (a conduta) que ele integra essencialmente. No entanto, não é possível pensar que o ser da conduta possa descartar o dever-ser, pois a conduta não existe sem uma forma ou um modo de ser. O dever-ser não pode, pois, estar ao lado do ser da conduta ou aderir a ela como algo que vem de fora. A norma pensada, como algo ideal, não é a realidade da norma que a conduta encarna, tal como o conceito que exprime essa conduta no pensamento não é a própria conduta.¹⁷

¹⁴ SICHES, Luis Ricansés. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica.

¹⁵ ABBOTT, Max Silva. **Derecho, poder y valores** – una visión crítica del pensamiento de Norberto Bobbio. Granada: Editorial Comares, 2008.

¹⁶ WILLIAMS, Raymond. **Cultura e materialismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

¹⁷ ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e direito** – linguagem, sentido e realidade – fundamentos de uma teoria crítica da interpretação do direito. Baueri: Editoria Manole Ltda, 2010, p. 201.

A normatividade que une conduta ou ação humana e norma reorienta os direitos humanos para o resgate do respeito à pessoa na realidade dos desdobramentos da vida social. Confere aos direitos humanos um fundamento de normatividade material que permite reconhecer a violência não apenas como exceção ou ruptura, mas como uma dinâmica entranhada no modo como articuladas as relações sociais de que resultam privações, desrespeito e atentados à dignidade da pessoa humana. Daí a importância de pensar a materialidade da relação entre direitos humanos e violência.

2. O contexto social e histórico da relação entre direitos humanos, ruptura e violência

A história dos direitos humanos é uma de história dos paradoxos. Como diz Joaquín Herrera Flores, a reflexão sobre direitos humanos está repleta de paradoxos que exigem ser desvelados.¹⁸ A bem da verdade, consoante o que assinala Bartolomé Clavero sequer se pode falar de uma história dos direitos humanos; segundo diz ele,

La concepción idealista de los derechos humanos ha fomentado una historiografía entre ilusa y extremada que sitúa sus orígenes y expone su desarrollo con perfecta seriedad ya desde la filosofía griega y el derecho romano, ya desde el derecho canónico de las iglesias cristianas, ya desde la Europa moderna tan ilustrada como supremacista, en vez que a partir de unas evidencias: los derechos humanos no surgen ni siquiera de los *rights of man* o *droits de l'homme* concebidos como derecho constitucionales de ámbito estatal excluyentes de mujeres, trabajadores y gentes no europeas; comienzan a idearse en contextos imperiales como forma de legitimación del dominio colonial.¹⁹

Tem-se então um discurso dos direitos humanos na história. A relação entre o discurso dos direitos humanos, a partir da Revolução Francesa de 1789, e os movimentos sangrentos que ocorreram desde então, evidencia o caráter abstrato e desprovido de força de efetivação na vida social da concepção de proteção da pessoa que ela encerra.

¹⁸ FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.43.

¹⁹ CLAVERO, Bartolomé. Historia del derecho sin fronteras? Los derechos humanos como historia. **Centro de estudi per la storia del pensiero giuridico moderno**. Firenze: Dott. A. Giuffrè Editore, N.º 104, p. 455- 481, Outubro de 2012.

Os paradoxos inerentes ao discurso dos direitos humanos compromete sua efetividade, levando os mais pessimistas a acreditar que tais direitos são irrealizáveis.²⁰ Já na França de 1789, no momento em que reconhecidos os direitos do homem, manifestavam-se contradições entre as declarações e a realidade. Sobre essa questão Michel Villey afirma que,

Exatamente na mesma época em que a Constituinte proclamava tão liberalmente o direito do homem a não ser condenado senão após um processo na justa e devida forma (...) desfilavam, espetadas em lanças, sob as janelas da Constituinte, as cabeças dos aristocratas, massacrados sem nenhuma forma de processo.²¹

A afirmação dos direitos humanos, nesse contexto, constitui evidência objetiva da relação entre direitos humanos e violência que se estende ao longo da consolidação da modernidade e que perdura até os dias atuais. Ganha relevo a crítica de Karl Marx sobre o pseudo-universalismo dos direitos humanos, referida por Michel Villey; enquanto prescrito formalmente que todos são iguais perante a lei, na realidade apenas um determinado seguimento de pessoas gozava de direitos; a maioria das pessoas permanecia na miséria sem direitos assegurados.²²

As experiências de violência, que acompanham a dinâmica de consolidação dos direitos humanos, tiveram papel importante na história e no desenvolvimento do ideário de proteção da pessoa.

A conquista dos direitos resulta de uma experiência violenta do mesmo modo que a efetivação dos direitos conquistados se impõe em contextos de violência. No que diz respeito aos direitos humanos, configura-se ao longo da história um hiato entre o momento da conquista de direitos e o respeito e efetivação deles, o que ocorreu, por exemplo, com Declaração dos Direitos Humanos na América.

A violência vivenciada na guerra da independência americana, época em que defendida a ideia liberdade, e que para tanto é formulada uma declaração, desperta muitos povos para luta por direitos. Conquistada a independência americana, os ânimos se acalmaram

²⁰ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: definição e fins do direito. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.153.

²¹ VILLEY, Michel, *Ibidem*, p. 154.

²² *Ibidem*, p. 155.

num primeiro momento, mas, anos mais tarde ficará evidente que ainda era necessário lutar, agora pela concretização dos direitos consagrados na declaração.

De certo modo essa dinâmica se repete nas causas abolicionistas, feministas, de liberdade religiosa entre outras.

O conflito e a violência estão presentes quando, a partir de 1830, se intensifica o movimento contra a escravidão nos EUA e os abolicionistas realizam um abaixo-assinado pedindo ao Congresso americano que acabe com a escravidão.²³ Do mesmo modo a violência está presente nas lutas travadas por ocasião da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, diga-se de passagem se deu em um contexto de crise social e econômica em que, conforme lembra Eric Hobsbawm, embora houvesse na França expansão industrial, a depressão do século XVII impediu o país de acompanhar a Revolução Industrial liderada pela Inglaterra²⁴, e nas lutas, ainda mais terríveis, de 1848, em que reclamada a concretização dos direitos proclamados.

A violência das guerras no século XX impôs novas demandas pela efetivação dos direitos humanos. A restauração da ordem jurídica na Alemanha, depois da 2.º Guerra Mundial, faz referência expressa a situações de conflito e violência. Nesse sentido, conforme lembra Michel Villey, no preâmbulo das Constituições da Baviera de 1946 e de Bremen de 1947, faz-se referência à violência²⁵. Na Constituição da Baviera fala-se de “terra em ruína” e na de Bremen de povos “abalados com a destruição”. Finda a guerra, tornou-se necessário transformar a experiência de violência em direitos, internacionalizar e normatizar a proteção da pessoa para que os Estados assegurassem a efetividade dos direitos desde longa data prometidos nas declarações de direitos humanos.

No Brasil não foi diferente com a positivação de direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988. A constitucionalização de direitos e garantias fundamentais veio na esteira do fim da ditadura militar, que perdurou por mais de vinte anos com violações às liberdades individuais e os extremos de desaparecimentos e mortes de pessoas que se opunham ao regime instaurado.

Pode-se afirmar, inclusive, que o contexto de violência que faz emergir a consciência em torno dos direitos humanos decorre daquela abertura de espaço para a ação social que,

²³ SELLERS, Charles; MAY, Henry; MCMILLEN, Neil R., *Uma reavaliação da história dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 160.

²⁴ HOBBSAWM, Eric. J. *Da Revolução Industrial inglesa ao imperialismo*. 6.º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 41.

²⁵ JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa*. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 109.

segundo Theodor W. Adorno, eleva os indivíduos acima de si mesmos; trata-se da consciência da catástrofe permanente do que a Revolução Francesa seria um exemplo; nesse sentido Theodor W. Adorno afirma o seguinte:

Nas fases em que o espírito do mundo, a totalidade, se obscurece, mesmo as pessoas notoriamente dotadas não conseguem se tornar o que são; em fases favoráveis, tal como o período durante e logo após a Revolução Francesa, indivíduos medianos foram elevados muito acima de si mesmos.²⁶

Os direitos humanos, portanto, são frutos desses momentos da história em que ocorre uma tomada de consciência da insuportabilidade do sofrimento que desencadeia a busca pela ampliação por reconhecimento e, conseqüentemente, por direitos.

Os direitos humanos na história não observam uma lógica evolutiva na vida social recepcionada pela ordem jurídica. Na construção dos direitos humanos ao longo da história está implicada uma prática de violência e de conflito que não se apazigua com a ruptura, mas que se intensifica até um ponto em que propicia novo patamar de consciência social. Nem sempre esse novo estágio resulta na efetivação de direitos; o que ocorre, muitas vezes, é a consolidação do compromisso de luta contra determinadas formas de violência, como por exemplo, na questão de gênero e dos direitos das mulheres e das crianças. A violência continua mas enfrenta maior resistência e denúncia.

Na dinâmica histórica de construção dos direitos humanos está assentada a dialética da luta por reconhecimento de direitos que, consoante formulou Hegel, conduz a pessoa no contexto social da vida. Com efeito, a efetividade dos direitos humanos, na medida em que eles são um construído, está ligada ao conflito e as lutas por reconhecimento inerentes à evolução social ao longo da história. Em torno da luta por reconhecimento de direitos se manifesta o sentido de afirmação da pessoa, de modo que a efetividade dos direitos humanos depende do modo como articuladas as relações de interação social. Nesse sentido, em comentário ao pensamento de Hegel, Axel Honneth afirma que,

Os diversos padrões de reconhecimento, que em Hegel foram distinguidos uns dos outros, podem ser compreendidos como as condições intersubjetivas sob as quais os sujeitos humanos chegam a novas formas de autorrelação positiva. O nexa existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem como pessoas unicamente porque, da perspectiva

²⁶ ADORNO, Theodor. W. **Dialética negativa**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2009, p. 255.

dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades e capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau de autorrealização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito: desse modo, está inscrita na experiência do amor a possibilidade da autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a do autorrespeito e, por fim, na experiência da solidariedade a da autoestima.²⁷

Na historicidade dos direitos humanos, portanto, se manifesta a estrutura intersubjetiva que encoraja a pessoa a ir ao encontro do outro na busca das várias formas de reconhecimento. A violência intensifica a busca por reconhecimento de que resulta uma nova dimensão de possibilidades de efetivação dos direitos reconhecidos. O modo como se articula a estrutura intersubjetiva depende das condições materiais de vida; opera-se, desse modo, a dialética que implica violência e afirmação de direitos.

A circularidade de conflitos, lutas e violência na afirmação e na efetivação dos direitos humanos acompanha, em outro nível, a circularidade na concepção de normatividade dos direitos humanos.

Tomado como marco a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, pode-se afirmar que, depois de ocorrida a conquista dos direitos mediante processo de positivação, a luta pela efetivação deles assumiu diferentes formas até chegar à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Em 1789 ganhou relevo o discurso universalista dos direitos humanos, que se depara com os obstáculos de efetivação das promessas. A positivação dos direitos ocorreu ao longo do tempo com a constitucionalização de garantias e prerrogativas e dos direitos dos trabalhadores, das mulheres e das minorias²⁸.

O que se observa é que, embora a declaração de direitos de 1789 tenha assumido uma perspectiva universalista, o implemento dos direitos humanos na realidade da vida social se mostrou pontual alcançando determinadas situações de grupos de pessoas; ou seja, a efetivação dos direitos observa uma lógica mais individualista que universalizante consoante o que afirma, nesse sentido, Norberto Bobbio.²⁹

²⁷ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2.^a ed. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2009, p. 272.

²⁸ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 177.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 29.

O que pode justificar essa variante individualista dos direitos humanos é o fato de a efetivação de direitos, na cultura ocidental moderna, ocorrer em um contexto socioeconômico que privilegia interesses do indivíduo em detrimento de interesses comunitários. Exemplo característico dessa situação é exatamente a luta por direitos dos trabalhadores que demorou no tempo para ganhar amplitude não sendo o caso de admitir-se que tais direitos tenham um caráter universal, nos moldes do postulado pelas declarações de direitos humanos. Nesse sentido, basta lembrar a situação dos empregados domésticos no Brasil que somente nos últimos anos tiveram reconhecidos direitos já conquistados por outros trabalhadores.

A discrepância entre afirmação e efetivação dos direitos humanos, no plano da normatividade, mantém o caráter idealista da regulação jurídica.

Por outro lado, considerada a ideia de ruptura e de restauração da ordem que, de certo modo determinaria a afirmação e a efetivação dos direitos humanos nas sociedades liberais, e admitida a premissa decionista de Carl Schmitt, tem-se que o reconhecimento de direitos somente pode ser efetivado depois de, no campo político, apaziguar-se a violência. Nesse sentido, o Estado joga um papel fundamental na medida em que, conforme sustenta Bernardo Ferreira, para Carl Schmitt a natureza política da democracia, que contaminaria a pretensa ordem apolítica do liberalismo, e sua recusa à possibilidade do conflito, inviabilizaria a governabilidade³⁰. Trata-se, portanto, de uma justificativa política para a consolidação dos direitos humanos apoiada na ideia de democracia como ordem, em que, depois de um momento de caos e de ruínas, como ocorreu na Europa por ocasião das duas grandes guerras (1914 e 1935), resgata-se a ordenação social e jurídica. No campo jurídico, o correlato dessa premissa é o fundamento positivista de normatividade dos direitos humanos.

Para uma situação de ruptura impunha-se aprofundar a defesa dos direitos humanos na tentativa de resgatar a humanidade ameaça e recompor relações sociais rompidas pela violência. Dai a premissa que se tornou comum no discurso metodológico de dimensões de proteção dos direitos humanos que, segundo Flávia Piovesan, assumem o caráter de complementaridade e de constante dinâmica de interação³¹. As dimensões de proteção dos direitos humanos, desde a preocupação com a liberdade individual até a garantia de direitos sociais, tentam responder aos desafios de experiências extremas de violência em que se

³⁰ FERREIRA, Bernardo. **O risco do político** – crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004, p. 221.

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12.^a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.200.

mostrou necessário redefinir os termos de proteção da pessoa para recuperar a possibilidade de construção da socialidade.

Ocorre que, na atualidade da pós-modernidade, como assinala Terry Eagleton ninguém mais está a salvo da violência.³² A violência não pode mais ser mensurada por uma espécie de ruptura da ordem jurídica e social. O estado de exceção, conforme assinala Giorgio Agamben, longe de configurar uma ruptura, constitui o modo como o direito se relaciona com a anomia. Dito de outro modo, a normatividade dos direitos humanos, na contemporaneidade, pode ser relacionada àquela vigência de lei sem aplicação, a que se refere Giorgio Agamben³³, em que a violência adquire sentido.

Pode ser o caso da busca da identificação desse momento da relação entre direito e violência que justifica o resgate do caráter material do fundamento de normatividade dos direitos humanos, como uma espécie do que Walter Benjamin qualificou de freio de emergência, em que o sentido da história se revela na realidade do presente,³⁴ diante da irrupção da violência e da necessidade urgente de reconstrução de formas de proteção da pessoa.

3. Direitos humanos e a normatividade possível: promessa, política e utopia

Um dos maiores problemas para os direitos humanos está no cumprimento de promessas pressupostas pela ideia de reconstrução, especialmente se considerado o que diz Hannah Arendt, no sentido de que a estrutura social pode engendrar formas de totalitarismos e de violência que se exacerbam nos momentos em que preponderam individualismos extremados; sobre essa questão, Hannah Arendt afirma que,

O que prepara os homens para o domínio totalitário no mundo não-totalitário é o fato de que a solidão, que já foi uma experiência fronteira, sofrida geralmente em certas condições sociais marginais como a velhice, passou a ser, em nosso século, a experiência diária de massas cada vez maiores. O impiedoso processo no qual o totalitarismo engolfa e organiza as massas parece uma fuga suicida dessa realidade. O raciocínio frio como o “gelo” e o “poderoso tentáculo” da dialética que nos “segura como um torno” parecem ser o último apoio num mundo onde ninguém merece confiança e onde não se

³² EAGLETON, Terry. **Dulce violência** – la idea de lo trágico. Madrid: Editorial Trota, 2011, p. 141.

³³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 78-79.

³⁴ BENJAMIN, Walter. *Über den Begriff der Geschichte*. In LOWY, Michel. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**: uma leitura das teses “sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, p. 65.

pode contar com coisa alguma. É a coerção interna, cujo conteúdo único é a rigorosa evitação de contradições, que parece confirmar a identidade de um homem independentemente de todo relacionamento com os outros. Prende-o no cinturão de ferro do terror mesmo quando ele está sozinho, e o domínio totalitário procura nunca deixá-lo sozinho, a não ser na situação extrema da prisão solitária. Destruindo todo o espaço entre os homens e pressionando-os uns contra os outros, destrói-se até mesmo o potencial produtivo do isolamento; ensinando e glorificando o raciocínio lógico da solidão, onde o homem sabe que estará completamente perdido se deixar fugir a primeira premissa que dá início a todo o processo, elimina-se até mesmo a vaga possibilidade de que a solidão espiritual se transforme em solidão física, e a lógica se transforme em pensamento.³⁵

A positivação dos direitos humanos nas declarações e nas constituições, nesse sentido, não dissipa o potencial de distopia que possa estar arraigado na forma de organização da estrutura social. Justifica-se, assim, a tendência de universalidade abstrata e de idealismo que cerca a juridicização dos direitos humanos. Enquanto a realidade não permite assimilar modos de vida humanizados, os direitos humanos constituem fórmulas abstratas sem força para modificar a vida em sociedade.

Michel Foucault já havia assinalado que o nazismo e o stalinismo não podem ser concebidos como espécies de ruptura totalitária, em que a democracia liberal surge como antídoto a toda forma de opressão³⁶. Segundo Foucault, a circularidade do dispositivo político da modernidade, que opera em torno da soberania, da disciplina e do biopoder, e que determina formas de saber, de poder e de subjetividade, continua a produzir efeitos na vida cotidiana das sociedades ocidentais democráticas. Pode ser o caso, como sugere Lorenzo Bernini de que a democracia liberal, ao contrário do que imagina, não seja portadora do antídoto de formas de totalitarismos, mas contenha os elementos capazes de acionar dispositivos totalitários³⁷. Daí a necessidade de contínua reconstrução dos direitos humanos, no contexto histórico das sociedades liberais democráticas.

As crises sociais e econômicas engendradas pelo modelo de economia de mercado dominante nas democracias liberais, a exemplo do que está a ocorrer com a crise financeira desde 2008, alimenta a necessidade de contínua reconstrução dos direitos humanos que, nesse sentido, não está atrelada apenas à violência de rupturas e de caos.

³⁵ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**, São Paulo: Cia. das Letras, 1989, p. 530.

³⁶ FOUCAULT, Michel. **Seguridad, territorio, población**. Buenos Aires:Fondo de Cultura Economica, 2011, p. 15-44.

³⁷ BERNINI, Lorenzo. **Il dispositivo totalitario. Forme contemporanee del totalitarismo**, Org. RICALCATI, Massimo, Turin: Bolati Bornghieri, 2007, p. 141-155.

Na atualidade pós-moderna, contudo, no momento mesmo em que se impõe nova dinâmica na reconstrução dos direitos humanos, de forma paradoxal, renasce o idealismo em torno dos fundamentos de normatividade de proteção da pessoa. O caráter abstrato, declaratório e individualista dos direitos humanos, embora tenha sofrido os efeitos das lutas sociais em prol da efetivação, do ponto de vista político e jurídico, continuou a representar obstáculos a universalização de direitos e de defesa dos interesses da pessoa.

A dimensão política dos direitos humanos revela paradoxos que contribuem para obstaculizar a efetivação da proteção da pessoa, com repercussão no campo jurídico. Franz Joseph Hinkelamert fala da inversão dos direitos humanos e da sua ambivalência, quando guerras são travadas sob o lema de assegurar direitos humanos. A premissa é violar os direitos humanos daqueles que o violam.³⁸ Para Franz Hinkelamert a história dos direitos humanos modernos é a história de sua inversão, em que a violação desses mesmos direitos se transforma em ação política.³⁹ Não faltam exemplos para corroborar a inversão dos direitos humanos que denuncia Franz Hinkelamert: a conquista espanhola da América do norte, a conquista da África, cada agente denunciando violações aos direitos humanos para legitimar as suas próprias violações; segundo ele “*El occidente conquistó el mundo, destruyó culturas y civilizaciones, cometió genocídios nunca vistos, sin embargo todo eso lo hizo para salvar los derechos humanos*”.⁴⁰

Na verdade, a prática política apenas se apropriou do discurso dos direitos humanos para perseguir interesses muitas vezes contrários à efetivação dos direitos de proteção da pessoa. Nesse sentido, Samuel Moyn afirma que os direitos humanos no século XX não constituem resposta ao holocausto⁴¹; segundo ele, o discurso dos direitos humanos no pós-guerra acabou sendo instrumento do Ocidente contra a União Soviética.⁴² Os direitos humanos passaram a constituir um arsenal retórico-ideológico de políticas mundiais.⁴³ Tratou-se apenas de uma ferramenta política na Guerra Fria, que veio à tona não na década de 1940, como geralmente se supõe, mas na década de 1970.

³⁸ HINKELAMERT, Franz J.. **Los derechos humanos se transformaron en una agresividad humanitaria:** violar los derechos humanos de aquellos que los violan” Disponível em:<<<http://www.scribd.com/doc/51346239/Hinkelammert-Franz-La-Inversion-de-Los-Derechos-Humanos-John-Locke>. Acesso em 29 .01. 2014.

³⁹ Loc. cit.

⁴⁰ Loc. cit.

⁴¹ MOYN, Samuel. **The last utopia:** human rights in history, Belknap Harvard, 2010, p. 47

⁴² MOYN, Samuel, *Ibidem* p. 45.

⁴³ *Ibidem*, p. 49.

Revela-se, desse modo, o caráter idealista que continua a marcar os direitos humanos, o de retórica política para, em muitos casos, justificar violações aos direitos das pessoas.

Mas, em termos de idealismo, o que chama a atenção é a redução dos direitos humanos à utopia, no sentido de esperança de um mundo melhor. Nesse aspecto, Samuel Moyn afirma que os direitos humanos renasceram como a última utopia, como um poderoso ideal transnacional.⁴⁴ Assim, os direitos humanos se tornaram no pós-guerra a bandeira da autodeterminação, uma categoria de direitos moldada para transcender os limites do Estado⁴⁵ e também como um ideal utópico em voga, único capaz de oferecer a esperança de uma vida melhor e de erradicar as diversas formas de violência e de alcançar a fraternidade.

Ocorre que, como utopia, os direitos humanos perdem todo o potencial de efetividade. Transformam-se em mero conjunto de ideias e de promessas políticas, sem o correspondente compromisso de efetivação.

Uma vez reduzidos os direitos humanos, no campo político, a uma utopia que, a bem da verdade, ocupa o lugar do ideário político e ideológico esvaziado depois da queda do muro de Berlim, surge a questão de verificar o que resta em termos de fundamentos de normatividade capaz de assegurar, no campo jurídico, a tutela de proteção da pessoa.

Tratar do que resta na ordem jurídica, em termos de direitos humanos, significa identificar o resto, o que ainda é possível. Vale a esta altura o pressuposto de Lorenzo Mammì para a obra de arte, que pode ser aplicado à questão dos direitos humanos, no sentido de que o que resta é o que permanece quando tudo mais acaba.⁴⁶

Se é certo que a violência é o que permanece e que a sua permanência nega a efetivação dos direitos humanos, é certo também que a luta pelos direitos humanos ganhou nova dimensão na medida em que se volta contra toda forma de opressão no seio da estrutura social. A dinâmica dos movimentos sociais, na realidade social e econômica brasileira, revela novas articulações em torno da defesa de interesses individuais e sociais que escapa à lógica de proteção jurídica dos direitos humanos, ainda comprometida com a perspectiva de interesses individuais restritos quase que invariavelmente ao exercício da liberdade de expressão, tributária da premissa liberal do livre-arbítrio e da autonomia privada e desconectada do contexto de inserção na vida social.

⁴⁴ MOYN, Samuel. **The last utopia**: human rights in history, Belknap Harvard, 2010, p. 10.

⁴⁵ MOYN, Samuel. *Ibidem*, p. 45.

⁴⁶ MAMMÌ, Lorenzo. **O que resta**: arte e crítica de arte. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

A título de exemplo, o que se convencionou chamar no Brasil de “jornadas de junho” no caso das manifestações populares ocorridas em 2013, mostra que as pessoas estão preocupadas com a efetivação de direitos que não comportam apenas uma dimensão individual, como educação, saúde e transporte. A efetivação de direitos dessa magnitude assume uma dimensão comunitária e universalizante de difícil assimilação dentro dos paradigmas de um ordenamento jurídico comprometido com a tutela de interesses individuais, para o que basta a circularidade de fundamentos de normatividade positivistas e jusnaturalistas.

De fato, no momento em que na realidade social se manifesta aquela forma de luta que Joaquín Herrera Flores qualifica de manifesto inflexivo e intempestivo da cultura radical e que, segundo ele, atua por ocupação dos espaços negados, pelo descobrimento das fissuras, das quebras e ambiguidades e da violência do projeto social e econômico hegemônico,⁴⁷ de que constituem exemplo as manifestações sociais no Brasil em 2013, a institucionalização dos direitos de proteção da pessoa necessita também alcançar novas formas de abertura capazes de dar conta das demandas e anseios de justiça social. A ideia de Joaquín Herrera Flores de irromper intempestivamente no real assume um sentido paradigmático também para o campo jurídico que necessita assimilar a materialidade das lutas por direitos na sociedade contemporânea de modo a manter viva a perspectiva de cuidado na proteção da pessoa humana.

A superação dos paradoxos em torno da efetivação dos direitos humanos exige romper a circularidade dos fundamentos de normatividade aceitos na direção de apanhar o que constitui a normatividade jurídica na materialidade da vida em sociedade.

Observadas essas premissas, é preciso verificar o modo de operação dos fundamentos de reconstrução dos direitos humanos; é necessário identificar de forma mais objetiva obstáculos de efetivação e abrir oportunidades de superação. Nessa perspectiva, pode ser útil assimilar dimensões de reconhecimento de direitos e de justiça capazes de reorientar a dinâmica de efetividade dos direitos humanos.

Na análise que realiza sobre a justiça, Axel Honneth questiona o procedimentalismo que, segundo ele, se apoia em princípios normativos que dificultam a ação política e que se

⁴⁷ FLORES, Joaquín Herrera. Manifesto inflexivo: considerações intempestivas por uma cultura radical. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, n.º 24, p.21-32. janeiro-março de 2007.

reflete na forma como se “constrói” ou se “reconstrói” o fundamento da justiça. Sobre essa questão Axel Honneth formula uma saída; diz ele,

Havíamos visto que as teorias anteriormente analisadas tentam hipoteticamente justificar os princípios por elas defendidos ao constituírem um procedimento imparcial de discussões, no qual cidadãos e cidadãos teriam chegado a um acordo sobre as respectivas normas. Mas este tipo de procedimentalismo não oferece uma opção viável para a posição que aqui está sendo esboçada, já porque entre suas premissas a matéria da justiça precisa ser pressuposta como historicamente dada; mas onde não podemos mover e distribuir arbitrariamente a matéria de nossas intenções morais, também não vale a pena procurar por princípios hipotéticos pelos quais possamos nos orientar nesse momento. Partir das relações de reconhecimento sempre já existentes, por seu turno, exige que a fundamentação dos princípios de justiça seja feita por uma via que conduza através do material histórico: não podemos mais justificar os respectivos fundamentos na perspectiva de um procedimento constituído, mas precisamos fundamentá-los ao descobri-los nas respectivas relações comunicativas como suas próprias condições de validade. Nesse sentido, o processo que passa a ser aplicado em consequência da nova determinação do objeto pode ser designado como “reconstrutivo”: a teoria não “constrói” mais um ponto de vista imparcial, a partir do qual os princípios da justiça possam ser fundamentados, mas os “reconstrói” a partir do processo histórico das relações de reconhecimento, no qual já estão sempre ativos como normas da valorização e consideração recíprocas.⁴⁸

Como se observa, Axel Honneth propõe uma espécie de reconstrução dos fundamentos de justiça a partir da intersubjetividade das relações de reconhecimento; não se trataria tanto de “construir” um ponto de vista imparcial sobre os fundamentos de justiça, mas de “reconstruir” fundamentos a partir do processo das relações de reconhecimento, de valorização e de consideração recíprocos.

Considerada a proposta em termos de direitos humanos, a reconstrução que leva em conta o processo de relações de reconhecimento na vida social reorienta os fundamentos de normatividade que, em que pese a existência de princípios e normas positivados em declarações assimiladas pelas constituições dos Estados, acaba pautada pela dinâmica intersubjetiva da construção da socialidade. Trata-se, portanto, como afirma Joaquín Herrera Flores de, uma vez considerada a natureza dos direitos humanos de objetivações indeterminadas e de fundamentação aberta, reversível e incompleta⁴⁹, de concebê-los como

⁴⁸ HONNETH, Axel. A textura da justiça – sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. **Revista Civitas**. Porto Alegre, vol. 9, n.º 03, p. 345-368 setembro-dezembro de 2009.

⁴⁹ FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest**. Madrid: Editorial Tecnos S/A, 1989, p. 126-127.

realidades normativas que envolvem a dialética entre o reconhecimento e a efetividade na vida social.

Desse modo, a efetividade dos direitos humanos envolve a luta e o conflito característicos das relações intersubjetivas da vida em sociedade; diz respeito à missão histórica dos direitos humanos que, segundo Upendra Baxi, é dar voz ao sofrimento, fazê-lo visível e amenizá-lo⁵⁰; ou como diz Enoque Feitosa, a luta dos direitos humanos é a luta pela sua concretização e pela promoção da sociabilidade.⁵¹ Não é o caso, desse modo, de conceber uma fundamentação de normatividade dos direitos humanos que esteja desde logo pressuposta como dada. É preciso considerar nos fundamentos de normatividade dos direitos humanos uma concepção de dever-ser que envolve a positividade da norma e, ao mesmo tempo, o ser-aí da conduta do homem em sociedade.

Resulta assim que os fundamentos de normatividade dos direitos humanos, para além da circularidade que envolve positivismo e jusnaturalismo, precisam assimilar os desdobramentos da materialidade da vida em sociedade, de modo a captar o sentido das necessidades de reconhecimento de direitos, de respeito e de consideração. Uma vez considerado o que afirma Robin Blackburn, de que na atualidade a injustiça e a iniquidade são estruturais em decorrência das múltiplas formas de exploração social e econômica⁵², a proteção da pessoa e da cidadania, na realidade social pós-moderna, depende, essencialmente, de uma concepção materialista de dignidade da pessoa humana; está em causa uma perspectiva de reconstrução dos direitos humanos que permita levar em conta as necessidades de acesso a direitos no contexto da vida social e na presença do outro.

Conclusões

Aceita a premissa de que os direitos humanos não são um dado mas um construído proposta por Hannah Arendt, e que se tornou célebre na concepção dos fundamentos dos direitos humanos, revela-se limitada uma concepção de fundamentos de normatividade na proteção da pessoa que opera, ao longo da história, numa circularidade entre os extremos idealistas do positivismo e do jusnaturalismo.

⁵⁰ BAXI, Upendra. **The future of human Rights**. OUP, 2012.

⁵¹ FEITOSA, Enoque. Para a superação das concepções abstratas e formalistas da forma jurídica in **Ensaios críticos sobre direitos humanos**. Org. Bello, Enzo, Caxias do Sul: Educs, 2012., p. 21-33.

⁵² BLACKBURN, Robin. Reclaiming human rights. **New left review**. n.º 69, p. 116-138, maio e junho de 2011.

Não é o caso de romper tal circularidade pelo modelo de mediação característico da mentalidade idealista. Como sustenta Hegel, a crítica deve dar-se pelos extremos, de modo a preservar o movimento característico da dialética e conseqüentemente da mudança social.

Na esteira do que restou sustentado ao longo da análise, uma vez considerado que o maior problema que se coloca para os direitos humanos é o da efetivação, resulta determinante reorientar os fundamentos de normatividade para a realidade dos desdobramentos da vida social, de modo a resgatar possibilidades de proteção à pessoa, mensuradas a partir das necessidades de reconhecimento recíprocos de direitos.

Trata-se, desse modo, de fundamentos de normatividade material, que leva em conta a dinâmica da construção da socialidade.

Nesse sentido, a reconstrução dos direitos humanos precisa considerar a violência, as lutas e os conflitos inerentes à ação social e à intersubjetividade que repercutem na esfera de necessidades e de direitos da pessoa humana.

Uma vez considerado o caráter material dos fundamentos de normatividade dos direitos humanos objetiva-se a o alcance da reconstrução necessária à efetivação de direitos da pessoa, confrontada com a permanência estrutural da injustiça e com as novas possibilidades de vida digna no mundo.

Referências

- ABBOTT, Max Silva. **Derecho, poder y valores** – una visión crítica del pensamiento de Norberto Nobbio. Granada: Editorial Comares, 2008.
- ADORNO, Theodor. W. **Dialética negativa**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e direito** – linguagem, sentido e realidade – fundamentos de uma teoria crítica da interpretação do direito. Bauer: Editoria Manole Ltda, 2010.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo** – anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.
- BAXI, Upendra. **The future of human Rights**. OUP, 2012.
- BENJAMIN, Walter. Uber den Begriff der Geschichte. In LOWY, Michel. **Walter Benjamin: aviso de incêndio** – uma leitura das teses “sobre o conceito de história. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

- BERNINI, Lorenzo. Il dispositivo totalitario. **Forme contemporanee del totalitarismo**, org. Ricalcati, Massimo. Turin: Bolati Borngieri, 2007.
- BLACKBURN, Robin. Reclaiming human rights. **New left review**. n.º 69, p. 126-138. maio e junho de 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANO, Roberto M. Jimenez. **Una metateoria del positivismo jurídico**. Madrid, Marcial Pons, 2008.
- CLAVERO, Bartolomé. Historia del derecho sin fronteras? Los derechos humanos como historia. **Centro de studi per la storia del pensiero giuridico moderno**. Firenze: Dott. A. Giuffrè Editore, N.º 104, p. 455- 481, Outubro de 2012.
- CRUZ, Luiz M. **Derecho e expectativa** – una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S/A, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- EAGLETON, Terry. **Dulce violência – la Idea de lo trágico**. Madrid: Editorial Trota, 2011.
- FEITOSA, Enoque. Para a superação das concepções abstratas e formalistas da forma jurídica in **Ensaio crítico sobre direitos humanos**. Org. Bello, Enzo, Caxias do Sul: Educs, 2012, p. 21-33.
- FERREIRA, Bernardo. **O risco do político** – crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.
- FLORES, Joaquín Herrera. **Teoría crítica dos direitos humanos** – os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- _____. Manifesto inflexivo: considerações intempestivas por uma cultura radical. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS n.º 24, p.21-32. janeiro-março de 2007.
- _____. **Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest**. Madrid: Editorial Tecnos S/A, 1989.
- FOUCAULT, Michel. **Seguridad, territorio, población**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.

GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbino. **La excusa del positivismo** – la presunta superación del “positivismo” y El “formalismo” por la dogmática penal contemporánea. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HINKELAMERT, Franz. **Los derechos humanos se transformaron en una agresividad humanitaria**: violar los derechos humanos de aquellos que los violan” Disponível em: <<<http://www.scribd.com/doc/51346239/Hinkelammert-Franz-La-Inversion-de-Los-Derechos-Humanos-John-Locke>>> acesso em 29. 01. 2014.

HOBBSAWM, Eric. J. **Da Revolução Industrial inglesa ao imperialismo**. 6.º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento** – a gramática moral dos conflitos sociais. 2.ª ed. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2009.

_____. A textura da justiça – sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. **Revista Civitas**. Porto Alegre, vol. 9, n.º 03, p. 345-368, setembro-dezembro de 2009.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JOAS, Hans. **A sacralidade da pessoa**. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LEITER, Brian. **Naturalismo y teoría del derecho**. Madrid. Marcial Pons, 2012.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Bauru: Edusc, 2001.

_____. Teorías del derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada, **Doxa – cuadernos de filosofía del derecho**. Alicante: Marcial Pons, n.º 35, 2012, p. 512-526.

MAMMÌ, Lorenzo. **O que resta** – arte e crítica de arte. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MOYN, Samuel. **The last utopia**: Human rights in history, Belknap Harvard, 2010.

PECES-BARBA, Gregório. **Derechos sociales y positivismo jurídico** (Escritos de filosofía jurídica y política). Madrid, Univesidad Carlos III, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12.ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.200.

SELLERS, Charles; MAY, Henry; MCMILLEN, Neil R., **Uma reavaliação da história dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

SICHES, Luis Ricansés. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. México: Fondo de Cultue Econômica.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: definição e fins do direito**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WILLIAMS, Raymond. **Cultura e materialismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.