



CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

SOCIAL ACHIEVEMENTS OR LEGAL PRACTICE: WHAT ARE HUMAN RIGHTS?

Leilane Serratine Grubba

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional – IMED, Rio Grande do Sul (Brasil).
E-mail: lsgrubba@hotmail.com

Editora Científica:

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago

DOI – 10.5585/rtj.v4i2.243

Submissão: 14.09.2015

Aprovação: 01.12.2015

RESUMO

O artigo tem por objeto os direitos humanos e objetiva investigar se os direitos humanos devem ser compreendidos como direitos positivados ou como o resultado das práticas sociais. No primeiro capítulo, delimitou-se conceitualmente o marco de investigação dos direitos humanos. No segundo, abordou-se a possibilidade de considerar os direitos humanos como direitos positivados internacionalmente. No terceiro, aventou-se considerar os direitos humanos como o resultado teórico das práticas sociais concretas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Direito Positivo; Empoderamento.

ABSTRACT

The article aims at human and objective investigating whether human rights should be understood as positivized rights or as the result of social rights practices. The first chapter is conceptually delimited framework of the investigation of human rights. In the second, addressed the possibility of considering human rights as rights internationally positivized. In the third, it has envisaged considers human rights as the theoretical result of concrete social practices.

KEY-WORDS: Human Rights; Positive Rights; Empowerment.

INTRODUÇÃO

Em meio a um multiculturalismo de valores em escala mundial, o discurso tradicional dos *direitos humanos* representa o que mais próximo se tem de um consenso axiológico, ainda que pouco corresponda à sua implementação prática. Esse discurso sedimenta suas bases na formalidade das cartas de direitos positivadas, ou seja, reduz os *direitos humanos* à dimensão jurídico-formal. Todavia, nenhum documento de princípios, por si só, sem os mecanismos adequados, pode garantir a efetiva concretização de direitos ou da vida material e imaterialmente digna.

Portanto, trata-se de uma fundamentação historicista e positivista dos direitos humanos, que possui uma profunda limitação ao dispor que seu requisito de existência reside em seu reconhecimento por normas positivas. Nesse sentido, os direitos humanos se confundem com as normas positivas que supostamente os constituem.

Ainda que por meio do discurso tradicional dos direitos humanos seja possível a denúncia das injustiças sociais que acontecem em todos os instantes no que tange à dignidade e à vida digna, não desconsideramos que esse discurso é paradoxal no que concerne à sua efetiva implementação de maneira substancial, para garantir os bens necessários a uma vida digna, assim como a própria vida de milhares de pessoas.

Por conseguinte, analisar o discurso tradicional dos direitos humanos se refere a analisar o discurso como uma enunciação, como um encadeamento de ideias, bem como a forma como tais ideias, desde uma determinada ideologia, se articulam e se utilizam de ações políticas, jurídicas, econômicas, culturais e sociais para construir e legitimar uma determinada percepção da realidade.

Em sentido diverso, é possível a problematização dos contextos concretos nos quais todos e todas nos situamos na imanência do mundo.

Este artigo tem por objeto os direitos humanos e objetiva investigar se os direitos humanos devem ser compreendidos como direitos positivados ou como o resultado das práticas sociais. Por meio de um método dedutivo, no primeiro capítulo, delimitou-se conceitualmente o marco de investigação dos direitos humanos.

Sequencialmente, no segundo capítulo, abordou-se a possibilidade de considerar os direitos humanos como direitos positivados internacionalmente. Por fim, no terceiro capítulo, aventou-se a possibilidade de considerar os direitos humanos como o resultado teórico das práticas sociais concretas pela luta por dignidade.

1 . A DELIMINAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS HUMANOS

A delimitação conceitual dos *direitos humanos* induz a uma problemática em razão dos necessários cortes semânticos e epistemológicos procedidos por diversos pensadores no intuito de estudar histórica e *evolutivamente* os direitos humanos.

A expressão *direitos humanos*, em última instância, se refere à atribuição – seja ela natural ou positiva – de direitos ao humano, com o fim de garantir a sua sobrevivência de maneira digna ou, em outros termos, a ideia de dignidade. Dentro dessa ideia e, por parte desses autores, existe uma necessidade de limitação do âmbito de estudo dos direitos humanos.

Isto é, os direitos humanos poderiam ser estudados desde as origens da civilização ocidental, no desígnio de *comprovar a evolutividade* da condição humana, abstrata ou concretamente dotada de direitos. Por outro turno, também se poderia investigar as demais formas de manifestação da necessidade de direitos e de dignidade, em culturas diversas, lugares geográficos distantes e a partir da questão místico-religiosa dos diferentes povos.

Daí se poderia estudar, por exemplo, o que se considera *direitos humanos* e como ocorre a luta e o reconhecimento desses *direitos* em tribos africanas remotas, em tribos indígenas brasileiras, em grupos culturais latino-americanos, etc.

Também poderia ser examinar, por exemplo, como ocorreu a construção das lutas por dignidade nos países orientais. Mais ainda, o que é considerado *direitos humanos* pelos países muçulmanos, nos quais a religião (o Alcorão) confunde-se com o próprio poder político.

Da mesma forma, poderia ser investigado se, mesmo após a globalização da visão ocidental dos direitos humanos (universalização), mesmo assim coexistem modos culturalmente diferentes de se travar a luta por dignidade.

Ainda que Bobbio (2004) considere *direitos humanos*, os direitos positivados, atenta-se para o fato de os *direitos humanos* não podem ser definidos de maneira estanque e, uma vez por todas. Mesmo assim, para esse autor, os *direitos* só podem ser definidos quando contextualizados histórica (período) e culturalmente (desenvolvimento cultural) e, por consequência, juridicamente.

Portanto, para essa visão, os *direitos* de origem *ocidental* sempre prevalecerão sobre os demais, haja vista o processo de desenvolvimento histórico do mundo, que culminou na universalização dos valores ocidentais a todos os cantos do globo, sob o discurso da *neutralidade* das normas e *idealização abstrata dos humanos*, ou seja, em todos os lugares os

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

homens são iguais em essência (idealmente) e, por consequência, as mesmas garantias jurídicas devem ser aplicadas.

Podemos afirmar, ademais, que os *direitos humanos* podem ser estudados a partir de sua definição *formal, tautológica e teleológica* (PERES LUÑO, 1995, p. 22). *Tautologicamente* (de origem *jusnaturalista*) os direitos humanos são os direitos inatos de todos os humanos. *Formalmente*, são direitos os reconhecidos pelas normativas (*juspositivismo*).

Aí, nesse ponto, cabe-nos ressaltar que esse *juspositivismo* em muito ainda abarca questões *jusnaturalista*, como por exemplo, quando a Declaração Universal declara que todos são iguais em direitos inalienáveis, ou seja, que todos têm direitos por terem nascido humanos.

E quanto à população do Zimbabue, país na qual a taxa de pobreza de rendimento situa-se em 62%, podemos dizer que são iguais em direitos inalienáveis por terem nascido humanos? Mais ainda, se falarmos dos habitantes da Zâmbia, país que apresenta a quinta taxa mais elevada de prevalência de VIH no mundo e no qual a falta de recursos revela uma taxa de 63% da população que sofre de pobreza multidimensional, vivendo com o equivalente a menos de 1,25 dólares por dia. Será que essas pessoas têm direitos pelo simples fato de terem nascido humanas? (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 32).

De maneira positiva, o IDH demonstra que países pobres tem se aproximado dos países ricos, visto que o fosso do IDH diminuiu cerca de um quinto entre 1990 e 2010. Embora os rendimentos apresentem uma mais divergência, é assente a convergência nos quesitos de saúde e educação (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 32).

Mesmo assim, não podemos desconsiderar que a aproximação do *fosso* ainda é incipiente. Por exemplo, por mais que tenha havido uma diminuição de mais de um quarto na diferença da esperança de vida de uma pessoa que nasce na Gâmbia de uma que nasce na Noruega, ainda é espetacular constatar que a esperança de vida na Noruega é de 81 anos, enquanto na Gâmbia a esperança é de apenas 57 anos (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 33).

Ademais, o número absoluto de pessoas subnutridas (consumo energético mínimo) pouco se modificou dos 850 milhões de pessoas desde o ano de 1980. Desse total, 63% se referem a pessoas provenientes da Ásia e do Pacífico, 26% da África Subsaariana, sendo que apenas 1% dos países desenvolvidos. Assim, enquanto milhões morrem de fome ou tem o mínimo para comer, milhões comem em demasia (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 38).

O que não podemos esquecer, conforme Sen (1983), é que a fome não reflete a escassez de alimentos, mas a falta absoluta de meios para alcançá-los.

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

Por exemplo, se considerarmos os rendimentos, o fosso só tendeu a aumentar. A distribuição do rendimento é muito mais desigual do que se pensarmos na saúde e na educação. “A distância entre o país mais rico e o país mais pobre aumentou bastante. O país mais rico nos dias de hoje (Listenstaine) é três vezes mais rico que o país mais rico em 1970” (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 44). Em sentido diferente, o país mais pobre (Zimbabue) é aproximadamente 25% mais pobre do que em 1970.

Finalmente, *teleologicamente*, consideram-se direitos humanos os que forem essenciais ao desenvolvimento e à dignidade¹ do humano, ou seja, a finalidade dos direitos é posta em relevo. Existe aqui, uma fundamentação ética.

Nesse sentido, nos questionamos: como fundamentar eticamente uma concepção universal de direitos que mantém e faz crescer esse enorme fosso de desigualdade, que faz com que uns detenham uma vida ampla e digna, enquanto outros sequer possuem os meios para o mínimo de alimentação diária?

Entender criticamente o se designa semanticamente por categoria dos *direitos humanos* implica, como primeiro passo, em distinguir o plano da *realidade* e o plano de suas razões de existência e fins a serem alcançados.

¹ O que é, em última instância, a dignidade? Em nosso entender, apropriando-nos do pensamento de Popper (1996), afirmamos que a dignidade é uma ideia, uma criação teórica da mente humana (mundo 3 e mundo 2) que toma forma no mundo 1 quando presente em livros, revistas ou em lutas concretas por esse ideal. A dignidade, nesse sentido, é uma ideia (ideal) para assinalar a noção de solidariedade e fraternidade, vinculados à noção e liberdade e igualdade. Isto é preceituamos, a partir da liberdade, que todos devem ser livres – autonomia – e, a partir da igualdade, que todos devem ser iguais perante a lei. Daí que a fraternidade implica perceber que, além da igualdade perante a lei, todos e todas devem ser tratados dignamente, de modo a diminuir as desigualdades materiais e possibilitar o mínimo para que todos e todas possam viver de maneira digna, ou seja, não somente sobreviver, mas também poder ser *autodeterminar*. Mais do que isso, também insinua a considerar como núcleo do ser humano a sua vida e a sua integridade física e moral. De maneira diferente, para Fernández García (2001, p. 20), existe uma distinção entre o valor da dignidade humana, que é um valor inato, e o conceito de dignidade humana, fruto de um processo sociocultural e se define como o mínimo respeito com relação à condição do humano. Para Sarlet (2010), a dignidade humana é a qualidade que cada ser humano detém intrínseca e distintamente e que o faz merecedor de respeito e de consideração, tanto por parte do Estado quanto por parte da comunidade. Essa condição de dignidade insinua um complexo de direitos e deveres fundamentais, os quais devem assegurar os humanos contra atos de cunho degradante ou desumano e que lhes garantam as condições existenciais mínimas para uma vida digna, saudável, além da promoção de sua participação ativa e corresponsável na sua própria existência e na relação com os outros.

2 . OS DIREITOS HUMANOS SÃO OS DIREITOS POSITIVADOS?

Tradicionalmente, desde as formulações do século XV-XVIII, os direitos humanos construídos ocidentalmente confundem-se nos planos da realidade e da razão, visto serem considerados naturais, instituídos e universais.

Isso que dizer, se utiliza de meios *jusnaturalistas* (qualidade essencial e idealista do humano) para alcançar fins *positivistas* (reconhecidos positivamente e garantidos *universalmente*), sob uma linguagem descritiva e, não por isso, sociológica, ou seja, sob uma falácia *normativista*.

Para termos uma boa noção do que foi dito, analisemos, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que, em que pese em seu Preâmbulo declarar alguns ideais a serem alcançados, universaliza esses ideais para todos e todas no mundo.

Além disso, paradoxalmente, aceita a noção de colonialismo e imperialismo ao dispor sobre a necessidade de se assegurar os direitos humanos inclusive dos *territórios sob a jurisdição*². Portanto, coloca os colonizadores em papel superior e os colonizados no papel de inferioridade bárbara (GRUBBA, 2010, p. 3).

Ao reconhecer, em seu *preâmbulo*, a dignidade de nascimento, ou seja, todos e todas detêm direitos humanos e dignidade humana pelo simples fato de ter nascido humanos, faz de todos e todas iguais em direitos inalienáveis (GRUBBA, 2010, p. 3).

Ora, a linguagem normativa é sempre *deontica*: trata-se de um *ideal* a atingir, uma proposta de *dever ser* que deve ser alcançado por todas as pessoas em todas as nações, para que se ensine a educação, o respeito pelos direitos e liberdades, tanto em âmbito nacional quanto internacional, para as populações de seus territórios ou, como já mencionado, dos *territórios sob a sua jurisdição*.

Isso, contando com o fato de que o contexto no qual foi redigida a Declaração de Direitos Humanos, que visava como objetivos principais tanto a descolonização dos países e regiões submetidos ao poder e saqueio imperialista, quanto a consolidação de um regime

² Apenas em 14 de dezembro de 1960 foi aprovada a Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais, que proclama em seu artigo primeiro: a sujeição de povos ao domínio estrangeiro implica uma negação dos direitos fundamentais dos humanos. Além disso, apontou para o princípio da autodeterminação dos povos, que remonta à época da Revolução Francesa.

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

internacional ajustado à nova configuração de poder surgida depois da terrível experiência das duas guerras mundiais, o qual culminou na Guerra Fria.

Nesse sentido, Sánchez Rubio (1999, p. 156) aponta para a intrínseca contradição dos *direitos humanos positivados*, a qual ocorre entre o necessário reconhecimento abstrato dos direitos, sem omissões ou prioridades de nenhuma classe, e a articulação hierárquica em sua posterior concretização social – primazia de um direito sobre outro, por exemplo.

No contexto na América Latina, esse fato provoca numerosas situações de exclusão e injustiça social. Sacrificam-se direitos humanos em nome dos direitos humanos (inversão ideológica).

Já nos artigos 1º e 2º, primeiramente, considera que todos os humanos *nascem* livres e iguais em dignidade e direitos. Após, que todos esses direitos referem-se aos direitos *dispostos* na Declaração, sem distinção qualquer, seja ela de raça, cor, gênero, religiosa, política, etc.

Não mais são, portando um *dever ser* a alcançar ou uma luta por direitos a se travar, mas o próprio *ser*: todos que nascem humanos têm direitos humanos assegurados, pelo simples fato de terem nascido humanos.

Contudo, por exemplo, os bolsões de miséria e desigualdade têm aumentado consideravelmente não só entre países pobres e ricos, mas igualmente no interior dos países. O que devemos manter em mente é que as medidas e índices de rendimentos médios podem ser enganadores, principalmente quando existe uma alta taxa de desigualdade, visto que a taxa média não necessariamente corresponde à taxa mediana. Uma forma de análise dessas desigualdades é a utilização do coeficiente Gini. Nos últimos trinta anos, para cada país no qual a desigualdade melhorou, piorou em mais de dois (NAÇÕES UNIDAS, 2010, p. 77).

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em um ato histórico. O texto deveria ser publicado como a causa a ser implementada. Desse ato, nasceu o reconhecimento de algumas lutas por Direitos Humanos e a institucionalização de normas a garantirem o resultado dessas correspondentes lutas sociais por dignidade.

A normativa comprometeu-se, desde a sua promulgação, em promover e proteger os Direitos de *todos* os humanos, iguais em dignidade e valor. Esses Direitos *pertencem a você, são seus direitos*, assegura a Carta.

Aí reside a importância em distinguirmos entre as ideias inspiraram essa construção teórica da Declaração Universal e a realidade à qual é aplicada. Isso porque a enunciação de

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

igualdade formal parte de um conceito de homem em abstrato, não dos homens concretos situados immanentemente no mundo e na história.

Não podemos negar que seja uma conquista jurídica que incorpora o postulado da igualdade ao direito positivo em escala mundial. Todavia, por detrás dessa positivação, a realidade é múltipla e a igualdade de condições de acesso aos bens necessários à vida digna é exceção. “Multidões – especialmente no Terceiro Mundo – não nascem livres de cadeias como a desnutrição, a doença, a falta de lar e de emprego, do que estão isentos os privilegiados”³.

Nesse ponto reside uma das questões mais importantes. Ao mesmo tempo em que o ser humano detém a *liberdade* para racionalmente fixar prioridades e agir conforme algumas concepções valorativas, não podemos esquecer que além dessa *liberdade de escolha racional*, o ser humano também as define de acordo com suas *necessidades materiais* (FLEINER, 2003, p. 11).

Além disso, o fato de que tanto essas necessidades materiais quanto os meios de sua satisfação estão *predeterminados*, em que pese não absolutamente, pelo contexto no qual se situa cada ser humano, histórica e geograficamente, o que faz com um detenham maior facilidade e outros quase a impossibilidade de suprir suas carências por bens aptos à garantir uma vida digna.

Desde o *nascimento* do (*reconhecimento*) dos Direitos Humanos, encontramos-nos em um paradoxo. Se, por um lado, existe a *intenção* internacional e nacional a favor de implementar os Direitos e de se estabelecer um mínimo a ser garantido eticamente e juridicamente a todos e todas; por outro lado, os direitos individuais prevalecem sobre os sociais e políticos, dentro de uma ordem que não se impõe contra o sistemático desrespeito à dignidade humana.

Disso se depreende que as normas de garantia não correspondem aos fatos ocorridos na realidade do mundo. O discurso neutral de garantia de direitos que permite o genocídio, o colonialismo, o imperialismo, a anulação da diferença, a imposição de democracia por meio

³ Segundo Aldunate (1991, p. 125-126), “A liberdade que essa suposta igualdade proporciona só serve para oprimir, quer dizer, para negar a que se pretende defender. Evidencia-se, portanto, um ponto de partida que não assume a situação real de desigualdade e injustiça em que vive a maioria dos latino-americanos. Com isto não queremos tirar o valor ou deixar de reconhecer a validade das declarações formais dos direitos humanos, que consideramos como um avanço real da humanidade. Procuramos antes de nos tornar conscientes das limitações desse ponto de partida e da busca de um novo ponto de vista para a formulação e defesa dos direitos de nossos irmãos latino-americanos. Propomos, por isso, uma consideração do homem que comece com a constatação da realidade desumana em que vive a maioria neste continente. Colocar-se no ponto de vista do oprimido não muda a necessidade de reconhecer os direitos ideais do homem ideal; muda, sim, radicalmente o caminho que devemos transitar e a tarefa que devemos realizar”.

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

de invasão e guerra, senão diretamente, indiretamente contribui para o desrespeito de seu próprio texto legal.

Portanto, qualquer análise teórica ou prática social que vise a proteção e implementação dos direitos humanos, mas que ignore os fatos de violação à dignidade, não só devem ser entendidos como teorias desvencilhadas do real e alheias ao mundo imanente, mas também como um apoio indireto às violações, em virtude da ausência do compromisso ético que deve ser assumido na pesquisa, teorização e prática da defesa da vida e da dignidade.

Perceber que na vida cotidiana os direitos assegurados social e institucionalmente aos humanos diferem em razão direta à sua condição social, gênero, nacionalidade, etc., implica admitir que, por mais que não sejam respeitados e não haja possibilidade de exercê-los, os direitos estão ali, garantidos positivamente. Além das diferenças, portanto, não haveria necessidade de uma busca pela implementação, pois todos os humanos já os têm.

Seguindo a linha de pensamento de Warat (2000) sobre a castração, se assim se entende os direitos humanos, acumula-se um conformismo por meio de uma ideologia ocidental – *universalizada* – que gera uma experiência de imobilidade. Uma ideologia castradora dos desejos humanos, com uma cosmovisão imobilizadora que não deixa que as pessoas sintam a necessidade de lutar pela humanidade, de confrontar o instituído, de indagar sobre direitos de papel que não garantem a dignidade da maior parte da população mundial, posta à margem.

Não mais há espaço para criatividade, desejo ou busca, pois já se possuem todos os direitos de forma igualitária e não hierarquizada. De igual maneira, Warat (2000) também se refere à castração como poder da linguagem, na qual o símbolo torna-se superior ao que simboliza e faz com que as pessoas vivam pelas palavras e não na realidade da *práxis* no mundo.

Embora o artigo quinto se refira a uma proibição, no artigo quarto, encontra-se redigido o direito à vida, à segurança e à liberdade de todas as pessoas, conotando, novamente, direitos que todos e todas têm.

Quando nos questionamos a respeito de todos aqueles que morrem de fome todos os dias, de doenças curáveis; de todos aqueles que não têm a segurança do lar, ou a segurança de ser; de todos os que não podem ser livres por estarem alienados ou, sendo, que não podem exercer sua liberdade por estarem fisicamente presos, muitas vezes injustamente, também, conseqüentemente, nos questionamos sobre o discurso da Declaração de 1948.

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

Como se pode perceber, trata-se de uma lógica simplificadora da complexidade dos *direitos humanos*, na qual a *ontologia* dos direitos é disposta como mera generalização e disposição dos direitos.

Em que pese a importância dos direitos positivados, os direitos humanos com eles não se confundem, não sendo por eles criados, senão seus criadores⁴.

3 . OS DIREITOS HUMANOS COMO O RESULTADO DE PRÁTICAS SOCIAIS

Para entendermos o porquê de os direitos humanos não se confundirem com os direitos positivados, primeiramente vejamos que Lyra Filho (1982) nos propõe a separação, não somente terminológica, mas igualmente axiológica, entre *direito* e *lei*. Esta se configura como uma emanção do Estado e permanece essencialmente vinculada a quem detém o poder ideológico dos meios de sua produção, ou seja, o poder político e também o poder econômico.

Nem por isso, toda lei seja *direito*, pois que a legislação também abrange o *antidireito*: a negação do direito, permeados por interesses de classe (1982). Disso extraímos que os *direitos* e assim mesmo, os *direitos humanos*, não podem se resumir ao *direito positivo*, pois que esse passa a ser considerado uma etapa no processo jurídico que pode ou não gerar as melhores conquistas.

Os direitos humanos podem ser transformados em direitos, ou seja, são formalizados positivamente, com o fim de obter uma maior garantia jurídica para sua implementação e efetividade. Contudo, direito positivo não cria direito: a positivação de direitos decorre da imanência do mundo, das necessidades humanas, dos contextos concretos. Quer dizer, o direito é um regulador das relações humanas para a convivência em sociedade.

Antes de tudo, devemos mencionar que existe um problema no que tange à vinculação do direito ao Estado, isto é, a relação dessa questão e a sua constituição dialética.

Consideramos o Estado fonte de todo o Direito? Consideramos o Estado criado pelo Direito? Consideramos Direito apenas e quando criado pelo Estado (direito positivado)? Se o

⁴ Em sentido diferente, para Bobbio (2004, p. 73), o termo direito se refere somente aos direitos positivados. As meras aspirações são por ele nomeadas de *exigências* ou *pretensões*. “Naturalmente, nada tenho contra chamar de direitos também essas exigências de direitos futuros, contanto que se evite a confusão entre uma exigência (mesmo que bem motivada) de proteção futura de um certo bem, por um lado, e, por outro, a proteção efetiva desse bem que posso obter recorrendo a uma corte de justiça capaz de reparar o erro e, eventual, de punir o culpado. Pode-se sugerir, aos que não querem renunciar ao uso da palavra *direito* mesmo no caso de exigências naturalmente motivadas de uma proteção futura, que distingam entre um direito em sentido fraco e um direito em sentido forte, sempre que não quiserem atribuir a palavra *direito* somente às exigências ou pretensões efetivamente protegidas”.

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

direito é ou não criado somente pelo Estado, ou seja, se direito se reduz ao direito positivo, essa questão é insolúvel teoricamente em razão dos múltiplos posicionamentos divergentes.

O que podemos afirmar é que, na modernidade, o direito se constituiu essencialmente no elemento que legitima o poder político do Estado (BOURDEAU, 1970), e este é determinado pelas regras do direito positivado. Ou seja, encontramos-nos defronte uma dialética entre os âmbitos político e jurídico: o direito concede ao Estado sua organização, validade e legitimação, assim como a validade do direito reside no poder do Estado (político), por meio de suas funções de legislação. Daí que o direito pode cumprir uma função de legitimação do poder político⁵.

Para nós, existe uma grande inversão que faz com que percebemos as normas como direitos e, após com que definamos o direito pela norma. Limitamos, assim, o direito ao direito positivo⁶ e, conseqüentemente, ao Estado.

O direito, contudo, é processo histórico e, por isso mesmo, não se confunde com o direito positivo. Até porque, as normas estão sempre em defasagem às lutas sociais que lhes foram posteriores (LYRA FILHO, 1982).

Devemos mencionar que, para Lamy e Rodrigues (2010, p. 26), o surgimento do estado moderno – liberal-burguês – fez com que as normas passassem a ser criadas por uma instância competente, ou seja, pelo Estado, que também se incumbiu de garantir, em última instância, sua eficácia, a partir de seu aparato coativo. Diante disso, diferentemente do que ocorria anteriormente, não mais cabe à sociedade a criação e garantia das normas.

Esse posicionamento, além de não se contrapor⁷ ao anteriormente mencionado, lhe concede respaldo. Isso porque, de fato, a função de criação e garantia das normas cabe ao Estado, por meio da sua positivação no ordenamento jurídico. Todavia, a criação de normas

⁵ Para Hermann Heller (1968), a forma jurídica é a forma mais perfeita para a dominação política, visto que os princípios jurídicos possuem força obrigatória e, mesmo assim, afirma-se como um procedimento justo, em razão de ser procedimentalmente justo.

⁶ O estudo do direito a partir do positivismo implica um estudo das regras do direito fixadas pelos homens, limitando-se a elas (MIAILLE, 1979, p.38).

⁷ De maneira oposta, para Bobbio (2004, p. 74), *direitos são apenas os direitos positivados*. Isso porque *direito* é uma figura deontica “[...] e, portanto, é um termo da linguagem normativa, ou seja, de uma linguagem na qual se fala de normas e sobre normas. A existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo, por onde por *existência* deve entender-se tanto o mero fato exterior de um direitos histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação. A figura do direito tem como correlato a figura da obrigação. Mesmo assim, o autor considera que *direitos fracos* podem se tornar *direitos fortes* quando houver seu reconhecimento em normativas e, concomitantemente, quando houver a existência de um poder comum e forte, no sistema internacional, para prevenir ou reprimir a violação desses direitos a serem declarados. Todavia, a linguagem, para nós, nunca se configura como uma instância neutra, pois sempre permeada por ideologia. Daí que optamos por considerar as *aspirações* também *direitos*, apenas diferenciando entre *direitos humanos* e *direitos humanos já positivados*.

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

de direitos não decorre de necessidades humanas *transcendentais*, mas de necessidades concretas que advém de seres humanos situados contextualmente no mundo.

A partir da reivindicação humana pela necessidade de bens materiais e imateriais, positivamente, são criadas cartas de direitos que formalizam as necessidades e as formas a serem satisfeitas.

Podemos exemplificar da seguinte forma: todos os humanos têm *necessidade de uma vida digna*, ou seja, de dignidade humana, mas não necessariamente do direito (positivado) à dignidade humana, pois este somente garante, de maneira posterior, a necessidade pelo bem imaterial *dignidade* e, mais do que isso, somente existe a partir dessa necessidade humana, vindo a confirmá-la institucionalmente.

Para Sánchez Rubio (1999, p. 178), com os bens (sociais), os humanos satisfazem suas necessidades. Os direitos humanos (positivados), por sua vez, são bens (jurídicos) que demarcam as formas e modos de satisfação dessas necessidades, bem como os limites da ação humana, que poderão ser maiores ou menores, em razão do grau de reconhecimento e satisfação das próprias necessidades. As realidades normativas e institucionais dos direitos humanos se constroem ao longo do tempo socialmente, a partir da *práxis* social e da produção de necessidades, que culminam num processo de valorização coletiva de bens.

As normas jurídicas são sempre exteriores e interiores, pois além de nunca reconhecer os direitos de forma apolítica e neutra⁸, nunca os dotarão de garantias de modo neutro, nem à margem das relações de força.

As lutas, além de poderem se apoiar em sistemas de garantias já formalizados, podem situar-se no plano da *alegalidade*, ou seja, reivindicar necessidades – bens – materiais e imateriais ainda não positivados em uma carta de direitos ou mesmo a partir de lutas não jurídico-formais.

Quanto nos referimos ao plano da *alegalidade*, não queremos aduzir a um plano da *ilegalidade* ou ao que se configura como *ilegal*, que sugere uma contraposição ao plano da *legalidade*.

⁸ Segundo Miaille (1979, p. 39), “A ciência será positiva no sentido de ser <<neutra>> no plano político ou moral. Por outras palavras, a atitude positivista em direito postula que a descrição e a explicação de regras jurídicas, tal qual são limitadas a si mesmas, representam um proceder <<objetivo>> o único digno do estatuto científico”. O estudo das regras não é errado, errada é a crença sobre a neutralidade desta atitude nas condições em que ela se realiza, pois que a produção das normas não deixa de se reportar ao funcionamento e reprodução de um modelo específico de sociedade.

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

Queremos apenas salientar os *espaços ainda não ocupados* pela legalidade (pelas normas positivas). Gostaríamos de afirmar que a luta por direitos humanos se situa no âmbito da *legalidade*, uma vez que a efetivação ou a garantia de um direito pressupõe o seu reconhecimento de modo prévio, ou seja, a sua positivação em textos normativos, seja em âmbito internacional, seja em âmbito nacional.

Todavia, a necessidade humana por bens materiais e imateriais também pressupõe a necessidade da luta por direitos ainda não legislados: no espaço em aberto aonde ainda não existe uma norma jurídica (*plano da alegalidade*).

Não se trata, portanto, de negar a Declaração, construída por meio de lutas sociais, mas de relativizar o alcance de suas significações, para que, por ser fruto de um processo hegemônico, não se perpetuem os espaços de castração simbólicos que impedem as pessoas de se sentirem seres humanos que necessitam buscar sua humanidade e sua noção de dignidade.

Assim se mostra a necessidade da leitura da Declaração como uma proposição, um ideal a ser alcançado a partir de lutas sociais. É, portanto, um *dever ser* como horizonte utópico que permite práticas emancipatórias.

Considerando a capacidade humana de criar e recriar a realidade, a partir de sua atuação no mundo, o jusfilósofo espanhol Joaquín Herrera Flores sistematizou, com fundamento na crítica dos direitos humanos, uma *(re)invenção dos direitos humanos*, para que as pessoas possam construir um mundo humanizado e libertário, instituinte de todos os povos em suas diferenças culturais.

A partir desse marco de reinvenção, os direitos humanos passaram a ser percebidos em uma constante mobilidade, em uma sempre transformação. Direitos, nessa perspectiva, não se reduzem aos direitos – normas legais –, juridicamente postos. Eles estão no mundo da prática cotidiana. São os anseios das pessoas por uma vida digna e pela dignidade humana. São processos⁹ de lutas pelo acesso igualitário aos bens materiais e imateriais a uma vida

⁹ Em sentido parecido, para Lyra Filho (1982), a partir de uma concepção dialética, os *direitos*, além de se configurarem como um processo histórico específico que surge no seio da sociedade e que foram dela não encontra fundamento. São um eterno vir-a-ser, são processos históricos que visam a liberdade do ser humano dentro dos limites de coexistência, visto que o *essencial* no ser humano é a sua capacidade de se rebelar, a partir do momento em que ele se conscientiza das forças que o determinam nos contextos concretos. Para Sánchez Rubio (1999, p. 162), são processos de abertura e consolidação de espaços sociais de luta pela dignidade humana. Dussel (1977, pp. 83-89), por sua vez, em sua *filosofia da libertação*, percebe os variados modos como se edificam processos de libertação. Afirma a necessidade de os sujeitos históricos, conformados por indivíduos e grupos em posição de desigualdade frente a outros, seja de classe, de etnia, de gênero, etc., tomarem consciência do estado de vitimização em que se encontram e de reagirem criticamente pela afirmação e reconhecimento de suas vidas, de se afirmarem como sujeitos atuantes. No

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

digna de ser vivida, sejam eles de expressão, convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação sadia, lazer, formação, patrimônio histórico, cultural, etc.

Então, os direitos humanos, enquanto processos provisórios de lutas, são sempre o resultado transitório pela vida digna.

Além disso, as normas de direitos humanos, criadas pelo sistema axiológico-ideológico dominante, não são exigíveis perante os tribunais, principalmente os direitos sociais, econômicos e culturais, reduzidos a meros princípios orientadores de políticas públicas, permeados por interesses ideológicos.

Por outro lado, direitos humanos podem ser positivados, em que pese nunca definitivamente, com o fim de obtenção de garantias jurídicas para facilitar sua eficácia, efetividade e validade.

Quando falamos que os direitos humanos não podem ser positivados definitivamente, devemos deixar claro que, quando um direito é positivado juridicamente, existe a pretensão de torna-lo definitivo, tal como ocorre com a constitucionalização de tratados de direitos humanos e com as cláusulas pétreas.

O que intentamos visibilizar é que, por mais que esses documentos busquem uma fixação definitiva no tempo, existe uma transitoriedade histórica desses dos direitos e, principalmente, os documentos legais.

As Constituições, em que pese guardarem as cláusulas pétreas de maneira definitiva, sucedem-se uma a uma no decorrer da história, assim como os próprios tratados e declarações de direitos humanos. Dizer que uma norma tem força de definitiva, quando albergada juridicamente, não alude em aponta-la como definitiva no decorrer da história, pois que todo o construído humano também é passível de reconstrução.

Mais ainda, a partir de uma concepção de perspectiva integradora, não se pode mais separar os direitos humanos em duas classes distintas e incomunicáveis. Entrelaça-se a

âmbito da filosofia da libertação, corrente latino americana da teoria crítica voltada para a dignidade humana, Martín-Baró (1988, pp. 320, 340-341) indica a necessidade fundamental de os sujeitos-atores desenvolverem processos críticos e alternativos para se apropriar do poder de cada época e de cada contexto específico, no intuito de que toda a sociedade possa participar da transformação da realidade em todas as suas dimensões. Mencionamos, ademais, que conforme Hinkelammert (1995, 1998), a teoria da libertação e a psicologia da libertação fazem parte da corrente de pensamento da *teologia da libertação*, pensamento crítico latino americano vinculado às comunidades cristãs, que busca a afirmação do ser humano como um sujeito corporalmente necessitado. Nesse sentido, o brasileiro Leonardo Boff (1996, p. 138) percebe que se deve ampliar o sentido de libertação para abranger, não somente os oprimidos e pobres, mas todos os seres humanos. A libertação não se refere tão somente às reivindicações por condições de vida (esfera negativa), mas também por ação social, em participação na esfera pública e transformação da realidade (esfera positiva).

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

operação disjuntiva dos direitos em direitos individuais, os quais englobam as liberdades públicas, e direitos sociais, econômicos e culturais, porque existe somente uma classe de direitos, os direitos humanos (HERRERA FLORES, 2009a, p. 74).

Sem condições que coloquem tanto a liberdade quanto a igualdade em prática, ou seja, políticas de igualdade que se concretizem em Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, bem como as liberdades individuais dos Direitos Cíveis e Políticos, nenhum terá espaço em nosso mundo.

A relevância não reside em decidir quais direitos são mais importantes, mas entender que a luta pela dignidade humana possui caráter global e universal, e os direitos não são mais do que meios a se alcançar a dignidade humana.

Portanto, devemos ter cuidado ao pedagogicamente utilizar a teoria das gerações de direitos (1ª geração, 2ª geração, etc.), pois se pressuporia uma visão unilateral e evolutiva, podendo induzir a pensar que a última geração já superou as anteriores. O que devemos fazer é lutar pela concretização de todas as gerações de direitos, reivindicando a interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos (HERRERA FLORES, 2009a, p. 75).

Para Herrera Flores (2009a, p. 34), antes de se falar em direitos, há que se referir aos bens materiais e imateriais que garantem a dignidade da vida humana, pois aqueles somente serão provisoriamente o resultado das lutas sociais, políticas, econômicas, comunitárias, etc., pelo acesso aos bens aptos a garantir uma vida digna.

Dentro de uma ética de direito humanos, Herrera Flores (2009a, p. 36) busca a subversão do instituído. Considera desigualitário os processos de divisão do *fazer humano* (divisão social, sexual, étnica, territorial), que fazem com que uns tenham mais facilidade em obtê-los e outros tenham mais dificuldade, a ponto de impossibilidade.

Por conseguinte, a luta por direitos decorre da necessidade que todos e todas têm de acesso aos meios para lutar e aos bens materiais e imateriais a uma vida digna de ser vivida.

Afirmar que se busca empoderar¹⁰ todos e todas que sofrem com as violações cotidianas, dotando-os de meios necessários a lutar, plural e diferenciadamente, pelo acesso aos bens materiais e imateriais, de forma igualitária e não hierarquizada *a priori*, implica falar de dignidade humana não a partir de um conceito ideal¹¹ ou abstrato, mas perceber a

¹⁰ O empoderamento, nesse sentido, é visto por Sánchez Rubio (2010) como a *recuperação do político* (papel dos sujeitos em atuar na realidade).

¹¹ Nenhum ser humano deve ser sacrificado por um ideal, valor ou instituição, por mais bem coerente que seja. Assumimos e incorporamos uma racionalidade da vida e do vivo (SÁNCHEZ RUBIO, 2010).

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

dignidade como fim material, ou seja, concretiza-se o objetivo na obtenção dos bens necessários a garantir uma vida digna de ser vivida.

Nesse ponto, rechaçam-se todas as teorias e pretensões intelectuais que se situam na neutralidade, por não pautarem-se pelas condições reais e concretas nas quais as pessoas vivem e habitam o mundo enquanto seres fronteiriços.

Portanto, o conteúdo básico dos direitos humanos quando positivados deverá ser o resultado provisório do conjunto de lutas pela dignidade, que, por óbvio, devem ser acompanhados por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade.

CONCLUSÃO

Este artigo teve por objeto os direitos humanos e investigou se os direitos humanos devem ser compreendidos como direitos positivados ou como o resultado das práticas sociais.

Conforme vimos, com o surgimento do Estado moderno, liberal-burguês, as normas passassem a ser criadas pelo Estado, que também se incumbiu de garantir a eficácia dessas normas, por meio de seu aparato coativo. Nesse sentido, a função de criação e garantia das normas cabe ao Estado, por meio da sua positivação no ordenamento jurídico, inclusive das normas de direitos humanos.

Todavia, a criação de normas de direitos não decorre de necessidades humanas *transcendentais*, mas de necessidades concretas que advém de seres humanos situados contextualmente no mundo, isto é, da reivindicação pela necessidade de bens materiais e imateriais. Em razão dessas necessidades é que são criadas as cartas de direitos que formalizam as necessidades e as formas de serem satisfeitas.

Nesse sentido, as realidades normativas e institucionais dos direitos humanos se constroem ao longo do tempo socialmente, a partir da *práxis* social e da produção de necessidades, que culminam num processo de valorização coletiva de bens.

Dessa forma, não se nega a importância das normativas de direitos, construídas por meio de lutas sociais, mas se relativiza o alcance de suas significações.

Os direitos humanos devem ser percebidos em constante transformação. Direitos, nessa perspectiva, não se reduzem aos direitos – normas legais –, juridicamente postos. Eles estão no mundo da prática cotidiana. São os anseios das pessoas por uma vida digna e pela dignidade humana. Os direitos humanos, enquanto processos provisórios de lutas, são sempre o resultado transitório pela vida digna.

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

REFERÊNCIAS

ALDUNATE, José (Org.). **Direitos humanos, direitos dos pobres**. Série V. Desafios da vida na sociedade. São Paulo: Vozes, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOFF, Leonardo. **Ecología: grito de la tierra, grito de los pobres**. Espanha: Madri: Trotta, 1996.

BOURDEAU, Georges. **O Estado**. Publicações Európa-América, 1970.

DUSSEL, Enrique. **Filosofía de la liberación**. México: Edicol, 1977.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita. **Cuadernos Bertomolé de Las Casas 21**. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas/Universidad Carlos III. Madrid: Dykinson, 2001. p. 20. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=ndPkAUUO9DgC&printsec=frontcover&dq=eusebio+fern%C3%A1ndez+garcia+dignidad+humana+y+ciudadan%C3%ADa&source=bl&ots=unCo8VN85S&sig=VQYBoxStl-KyD7xegiKGR5yCPJ0&hl=pt-BR&ei=wmKcTfvlCYicgQey0uz7Bg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBcQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 12 dez. 2010.

FLEINER, Thomas, **O que são direitos humanos?** São Paulo: Editora Mas Limonad, 2003.

GRUBBA, Leilane Serratine. O ensino dos direitos humanos: a poesia como forma de libertação do desejo. In. **Revista Direitos Culturais**. v. 5., n. 9., Santo Ângelo: Edi URI, 2010, p. 99-108. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/issue/view/23>>.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre JOU, 1968.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009a.

_____. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

HINKELAMMERT, Franz. **Cultura de la esperanza y sociedade sin exclusión**. San José: DEI, 1995.

CONQUISTAS JURÍDICAS OU PRÁTICAS SOCIAIS: QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, vol.1. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?** São Paulo: Brasiliense, 1982.

MARTÍN-BARÓ, Ignacio. **Psicología de la liberación**. Espanha, Madri: Trotta, 1988.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Lisboa: Moraes, 1979.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório de desenvolvimento humano 2010**. A verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011.

PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

POPPER, Karl. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Lisboa: Edições 70, 1996.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Desafios da contemporaneidade do direito: diversidade, complexidade e direitos humanos. **XIX Congresso nacional do COMPEDI** (conselho nacional de pesquisa e pós-graduação em direito). Florianópolis, palestra do dia 13 out. 2010.

_____. **Filosofía, derecho y liberación en América Latina**. Espanha: Editorial Desclée de Brouwer, Bilbao, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SEN, Amartya. **Poverty and Famines: na essay on Entitlement and Deprivation**. Nova Iorque: Oxford University Press. 1983.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2.ed. Santa Cruz dos Sul: EDUNISC, 2000.