

4. Artigos

A ORIGEM LIBERAL DO DIREITO MODERNO E A DESTRUIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

THE LIBERAL ORIGIN OF THE MODERN LAW AND THE DESTRUCTION OF HUMAN RIGHTS

Charles Lopes Kuhn*

RESUMO

Na linha da teoria crítica dos Direitos Humanos de Joaquín Herrera Flores, na qual o autor alerta que a mera inclusão de direitos em declarações ou textos normativos não basta a assegurar a sua efetiva implementação - o presente trabalho busca identificar na origem liberal do Direito moderno explicações para a destruição dos Direitos Humanos, - apresentados inicialmente pela própria doutrina liberal como grande conquista do mundo dirigido pela razão humana. Para tanto, aborda-se o papel das ficções jurídicas liberais como elemento de estabilização de relações sociais de poder a partir das denominadas revoluções burguesas, com consequente redução do âmbito de debate jurídico, em tudo semelhante à racionalidade meramente instrumental apontada por Max Horkheimer como forma mutilada de pensar do mundo moderno.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Humanos. Teoria crítica. Liberalismo. Ficções jurídicas.

ABSTRACT

In line with the critical theory of Human Rights, by Joaquín Herrera Flores, in which the author alerts that a mere inclusion of rights in declarations or normative texts is not enough to ensure its effective implementation, this work seeks to identify, in the liberal origin of the modern law, the determining mechanism to the destruction of Human Rights - initially presented by liberal doctrine itself as a great achievement of the world driven by human reason. For this, is approached the role of liberal legal fictions as element of stabilizing social power relations since to the so-called bourgeois' revolutions, with the consequent reduction in the breadth of legal debate, in everything similar to the merely instrumental rationality pointed out by Max Horkheimer, as mutilated way of thinking of the modern world.

* Juiz do Trabalho Substituto, vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Mestre em Derechos Humanos, Interculturalidad e Desarrollo, pela Universidade Pablo de Olavide, de Sevilla, Espanha. E-mail: ckuhn@trt4.jus.br.

KEYWORDS

Human Rights. Critical Theory. Liberalism. Legal Fictions.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
- 2 Poder, conhecimento e verdade: o iluminismo e o liberalismo como luzes sobre algumas trevas;
- 3 O direito liberal;
 - 3.1 As revoluções “burguesas” e o movimento de codificação como produção de direito liberal-capitalista;
 - 3.2 O positivismo como ideologia de contingenciamento da interpretação jurídica;
- 4 Inexecução dos direitos humanos sob a égide liberal;
 - 4.1 A colonização do Direito pelas ficções jurídicas liberais;
 - 4.2 A inversão e a traição dos direitos humanos;
- 5 Considerações finais: a racionalidade instrumental como forma de pensar o mundo jurídico moderno.
- 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados. (ORGANIZAÇÃO, Art. XXVIII).

O formalismo domina grande parte das reflexões jurídicas, inclusive por conta da tentativa – plenamente legítima – de se conferir maior objetividade e impessoalidade à interpretação das normas jurídicas.

Ocorre que a forma de constituição e desenvolvimento das formas de regulação social - e o próprio Direito, como uma delas - vão muito além da mera produção e leitura de regras escritas, sendo que a mera desconsideração arbitrária de parte dessa complexidade não torna o método mais científico, mas, ao contrário, possibilita que possa instrumentalizar diferentes objetivos e inclusive conduzir a consequências contrárias aos objetivos democráticos idealmente pretendidos.

No caso específico do Direito, ainda que seja reconhecido como ciência - dotada de institutos próprios e circuitos específicos de autorreprodução, há que se ter sempre em mente que as normas e institutos que lhe servem de subsídio não surgiram de forma espontânea à interferência humana, ou segundo valores universalmente válidos, estando relacionados não apenas ao contexto cultural histórico em que constituídos, como também influenciadas pelos interesses de determinados grupos ou pessoas e pela “visões de mundo” correspondentes às narrativas que se logrem fazer vitoriosas na dinâmica de embates políticos e econômicos.

A complexidade do Direito inicia no fato de ser um sistema construído sobre determinada linguagem e cultura, passa pela produção de suas normas em âmbito de representação política de questionável caráter democrático e invade o campo da formação das subjetividades, dada à implicação recíproca entre saber e sujeito, o que torna indispensável examinar os pressupostos utilizados na sua criação.

Mais do que isso, o Direito, pretensamente criado pelos humanos e para os humanos, toma parte de uma sociedade que não está funcionando no sentido de reduzir desigualdades ou mesmo combater as várias formas de miséria e indignidades. É constituído de lindas declarações de direitos, mas de práticas de reduzida repercussão no sentido de efetivamente complementá-las, o que também exige uma severa autocrítica.

Dado ao fôlego do presente trabalho, não se pretende, esgotar ou mesmo aprofundar os diversos e cambiantes pressupostos na constituição e aplicação do Direito, mas retomar argumentativamente alguns elementos sobre a origem do Direito moderno e, apontando a ligação entre as suas ficções jurídicas elementares e determinados interesses, refletir sobre como essa herança peculiar pesa para práticas complacentes com a destruição dos Direitos Humanos, em tudo contrário ao preceituado nos próprios artigos 28 e 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

2 PODER, CONHECIMENTO E VERDADE: o iluminismo e o liberalismo como luzes sobre algumas trevas

A conformidade das pessoas diante de determinada ordem social depende, em grande parte, da construção de uma noção de "normalidade". Afinal, "normal" não é apenas aquilo que esteja de acordo com as regras oficiais do jogo (Direito, religião ou outros códigos de conduta), mas que não conflite com os saberes circulantes e que sejam efetivamente reconhecidos como válidos em determinado tempo e lugar. Normalidade, é, pois, uma noção que pode ser construída, instrumentalizando a adesão ou rejeição de determinada ordem.

Examinando os tipos de dominação, Max Weber (2002, p. 27 e 53) menciona que a manutenção do poder político passa por um processo de "validação" que vai além da mera investidura, podendo se dar pelos costumes, tradição, crença na legalidade dos procedimentos ou mesmo pelo carisma de um líder, gerando tanto mais estabilidade quanto maior identidade guarde com axiomas socialmente reconhecíveis.

Outros autores identificam papel ainda mais relevante desse elemento "ambiental" na adesão ou não a determinada ordem social. Nessa linha, por exemplo, Byung-Chul Han (2014) nos fala da existência de uma psicopolítica e sustenta que o "poder mais poderoso" não é aquele que força um súdito a realizar uma conduta contrária à sua vontade, mas aquele que neutraliza essa vontade ou mesmo "cuando el súbdito obedece a la voluntad del soberano como si fuera la suya propia, o incluso la antecipa" (HAN, 2016, p. 48-49).

Exatamente por isso, na história recente do mundo ocidental, a guerra pelas armas, também abundantemente praticada em toda a parte, foi sendo paulatinamente substituída por uma guerra

de discursos, de torção e distorção da realidade, prática que, nas palavras de Michel Foucault (2013, p. 140), muitas vezes se dá “não para chegar à verdade, mas para vencê-la”.

Em outras palavras, há uma clara ligação entre saber e poder, elementos que frequentemente se confundem e reforçam.

Uma concepção mais abrangente de poder, portanto, não se esgota na capacidade de forçar alguém a determinada conduta, mas na linha defendida por Michel Foucault, caracteriza-se “como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir” e se impõe não como uma força que diz não, mas na medida em que “permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso (FOUCAULT, 1998, p. 7).

Pierre Bourdieu (1989) também nos fala dessa tênue fronteira entre poder e conhecimento, e considerando a influência de elementos como a linguagem e a comunicação, nos apresenta o conceito de “Poder Simbólico”, o qual atua de forma pouco visível dentro da sociedade, gerando conformismo prático com a ordem estabelecida:

O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o conformismo lógico, quer dizer, «uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências». (BOURDIEU, 1989, p. 9)

Exatamente por isso, muito do que pensamos (e somos) recebemos e reemitimos como reprodução e confirmação do mundo e narrativas à nossa volta. Mais que de plágio, vivemos de mimetismo, de entender e praticar as regras do jogo, o que nos faz homens modernos, com tudo o que isso significa.

Assim, se houve mudança dos grupos associados ao poder na passagem para a denominada modernidade, houve também, alteração no “regime de verdade”, ou seja, nos pontos centrais de produção do saber e dos pressupostos que passamos a utilizar para avaliar relações sociais como inaceitáveis ou “normais”.

A partir do iluminismo e pelas denominadas “revoluções burguesas” do século XVIII da História do Mundo Ocidental a hipertrofia dos postulados religiosos na regulação social foi substituída por outros códigos, reivindicando não apenas o paradigma antropocêntrico, como sustentando a razão e a ciência como elementos aptos a conduzir a sociedade humana para fora das trevas medievais.

A mudança foi de tal ordem que autores como Nietzsche (2013, p. 45) definiram esse processo como equivalente à morte de Deus, para bem ilustrar como os novos paradigmas abriam gigantescas possibilidades pela superação dos dogmas da tradição e da religião na centralidade da organização e do pensamento social.

Na prática, contudo, como já era de se esperar, houve mais uma alteração de mecanismo de controle, do que de seus objetivos. A revolução liberal deu origem a um racionalismo parcial e

[volta ao sumário](#)

:: Ano XV | Número 217 | Janeiro/Março 2019 ::

cooptado, com aplicação social dos ideais da liberdade e da igualdade apenas na medida dos interesses da classe dominante, conforme narrado pelo historiador Edward Burns:

nenhum outro movimento, com exceção talvez do humanismo, contribuiu mais para dissipar as névoas acumuladas de superstição e de coibição ilógica que ainda envolviam o mundo ocidental... O desejo de estabelecer uma ordem social natural contribuiu para que se pleiteasse a extinção dos restos do feudalismo e o fim dos monopólios e privilégios injustos. Se o Iluminismo teve algum mau resultado, foi sem dúvida o desenvolvimento exagerado do individualismo. A libertação da tirania política e religiosa traduz-se, infelizmente, com demasiada facilidade no direito de satisfazerem os fortes a sua cobiça econômica a expensas dos fracos. (Burns,1972, p.686-687)

Ainda que se reconheça os gigantescos méritos da afirmação do discurso emancipatório (já que maiores são as perspectivas de uma sociedade mais equânime quando o elemento de legitimação do poder ao menos afirma incorporar esse projeto), acabou restando bastante evidente que o individualismo e a facilitação da cobiça não surgiram como efeitos colaterais dessa série de revoluções, mas como eixo central da luta política da nova elite econômica.

Longe de instrumentalizar a emancipação das classes oprimidas, os ideais do "racionalismo", do "antropocentrismo", da "liberdade" e da "igualdade", objeto da propaganda revolucionária (e que valeram a obtenção da adesão popular ao novo projeto social) constituíram defesas apenas para os novos detentores do poder nas relações entre si e com as velhas elites, pouco valendo para o grande contingente de pessoas relegado à periferia social e econômica.

Para além disso, mesmo longe da prática social, tais valores continuaram sendo entoados como base do novo regime, simulando a igualdade entre desiguais e a liberdade entre novas formas de servidão, não apenas normalizando o inaceitável como obscurecendo a reflexão social e jurídica.

3. O DIREITO LIBERAL

Os direitos são o terreno no qual as pessoas são distribuídas em legisladores, legislados e excluídos (DOUZINAS, 2011).

3.1 O movimento da codificação como produção do Direito liberal-capitalista

Durante as revoluções burguesas ocorridas no século XVIII da história do mundo ocidental eurocêntrico, a apropriação do poder político pela classe burguesa, já detentora do poder econômico no capitalismo nascente, não se deu pela mera desestabilização do regime decorrente da aliança entre clero e monarquia, mas pela conquista do âmbito de produção do Direito (poder legislativo).

A revolução francesa foi, afinal, uma revolução que se deu desde o parlamento, pelas mãos da classe industrial e comercial que tratou de adaptar compulsivamente a ordem jurídica ao sistema econômico que sustentava sua riqueza.

[volta ao sumário](#)

:: Ano XV | Número 217 | Janeiro/Março 2019 ::

No vácuo deixado pela eliminação das antigas relações de poder, a nova sociedade foi constituída em muito a partir de uma nova ordem jurídica, de forma urgente e compulsiva, mediante surgimento do denominado “movimento das codificações, cujas repercussões” na cultura jurídica chegam até os dias de hoje, conforme destacado por Norberto Bobbio:

Em 1804 entrou em vigor, na França, o Código de Napoleão. Trata-se de um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e que produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo. Hoje estamos acostumados a pensar no direito em termos de codificação, como se ele devesse estar necessariamente encerrado num código... a ideia de codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou direito codificado (BOBBIO, 1995, p. 63).

Embora baseada em compromissos políticos e individuais escritos, a nova sociedade não veio com efetivas garantias de civilidade e de humanidade. A era do governo pela legislação viu a proliferação de direitos, mas especialmente da forma de declarações, pouco ou nada concretizados quando não coincidentes com os interesses da elite econômica, conforme também avalia Edward Mcnall Burns:

Não se faz qualquer referência aos direitos do homem comum a uma parte equitativa da riqueza por ele produzida, nem tampouco à proteção do estado aos incapacitados de ganhar a vida. Os autores da Declaração dos Direitos não eram socialistas nem estavam particularmente interessados no bem-estar econômico das massas. (BURNS, 1972, p. 38)

Ou seja, mesmo diante das múltiplas potencialidades emancipatórias do contexto revolucionário, com criação praticamente originária do Direito, a prioridade da classe economicamente abastada, agora hegemônica também no campo político (e jurídico), foi dirigir os recursos e funções estatais para a garantia da integridade física e patrimonial desses mesmos setores, e não criar mecanismos para minimizar a má distribuição de riqueza. Mais que isso o relato de jornadas exaustivas e condições de trabalho aviltantes durante a revolução industrial, também dá conta de que não houve uma imediata preocupação em evitar exploração entre particulares de diferentes classes sociais.

Não houve, em verdade, preocupação com a eliminação de práticas de exclusão social com base em procedência, etnia, sexo ou classe. A secreta traição dos ideais da igualdade e da fraternidade havia de ser implementada sob a égide da nova forma de legitimação social, ou seja, pela Lei, interpretada na forma mais restrita possível, para não trair o projeto de construção da nova sociedade para uma nova elite.

3.2 O positivismo como ideologia de contingenciamento da interpretação jurídica

Uma vez dado o golpe de Estado em Deus, destituído que foi do papel de legitimador do poder político no mundo ocidental eurocêntrico (em favor da razão, geratriz de um Direito pretensamente criado pelo homem e para o homem), os textos canônicos e evangélicos puderam ser substituídos pelos códigos jurídicos, erigidos à imagem do novo sistema econômico, religião predominante na nova era.

Não por acaso, no período subsequente ao da codificação, ganharam espaço teorias formalistas como as teorizadas clássicas e mais restritivas do positivismo jurídico, as quais, não apenas traziam um formalismo apto a reforçar o caráter científico do Direito, como preservavam ao máximo os textos - editados pelos parlamentos dominados pela nova elite - contra interpretações possivelmente deturpadoras do seu conteúdo.

Como exemplo retumbante dessa preocupação da nova elite política em constranger a atividade jurisdicional, cabe mencionar a "prática judiciária instaurada durante a revolução" no sentido de que o Juiz poderia prevenir uma eventual responsabilização pessoal sua, por uma prudente abstenção do ato de julgar, "devolvendo" a questão ao poder legislativo "para obter disposições a propósito" (BOBBIO, 1995, p. 77).

Dentre as causas para surgimento dessa linha de pensamento, Norberto Bobbio arrola o fetichismo da Lei como regulador social, a forte doutrina de separação dos poderes (com uma não declarada mas evidente autoridade do poder legislativo sobre os julgadores), a oposição da ideia de segurança jurídica (excluindo a "contribuição criativa na interpretação da Lei"), além das pressões políticas levadas a efeito durante o regime napoleônico, que incluiu a transformação das velhas faculdades de Direito nas "Escolas de Direito", colocadas sob o controle das autoridades políticas" (BOBBIO, 1995, p. 78-81).

Produzido o Direito ao gosto do ideário liberal-capitalista, e impedida a sua alteração pelo alijamento dos setores descapitalizados da possibilidade de participação democrática (prática que persistiu até o surgimento dos meios de comunicação em massa, com seu poder de neutralização e reorientação de subjetividades), era necessário preservar esses estados das coisas, empregar o mais feroz conservadorismo na distribuição do Direito, ou seja, na sua interpretação.

Esse fechamento não foi sem razão de ser, já que a interpretação do Direito conforme os próprios postulados revolucionários da igualdade e da fraternidade poderiam conduzir a resultados opostos aos pretendidos pela nova elite econômica, quais sejam: a máxima liberdade para as relações econômicas de exploração e uma apenas simulada garantia de uma igualdade que se esgota (no máximo) no aspecto meramente formal, sem quaisquer influências das esquecidas fraternidade e solidariedade.

Vinda a posterior abertura, pelas mãos da melhor técnica e da irresignação dos mais variados setores, restaram as marcas do formalismo e da pretenção de a-moralidade, bastante limitadora do pensamento jurídico. Para além disso, o constrangimento direto à interpretação jurídica restou substituída por outras formas de construção e torção da noção de normalidade, os meios de comunicação em massa e a cooptação da representação democrática (ideal de distribuição das decisões nunca realizado a contento, no mundo contemporâneo).

4 INEXECUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB A ÉGIDE LIBERAL

4.1 A colonização do direito pelas ficções jurídicas liberais

Uma vez conquistado o poder político pela nova elite econômica, e chegado o momento de distribuir louros também ao povo, veio a esperada definição: liberdade e igualdade apenas no aspecto formal (e não material).

[volta ao sumário](#)

:: Ano XV | Número 217 | Janeiro/Março 2019 ::

E assim foi edificado o Direito moderno.

Por “decreto” ficou definido que todos os homens são iguais perante a Lei, embora isso não se confirme nas dificuldades concretas que muitos enfrentam para colocar comida na mesa da sua família, nas condições de vida e de trabalho enfrentadas diariamente pelas classes subalternizadas, e mesmo nas horas de tempo livre para efetivamente usufruir a vida.

Por decreto também ficou definido que todos os homens são livres, embora a fruição dessa liberdade, em uma sociedade cujos espaços estão cada vez mais mercantilizados, depende fundamentalmente de dinheiro, ou seja, uma liberdade que dependa da concretização de uma igualdade que foi assegurada apenas como expectativa e não como algo real.

Para além de uma falácia, contudo, a ideia de que os homens são livres e iguais adquirem o status de ficções, ou seja, premissas lógicas que, ao simularem a conquista de outro patamar civilizatório, culmina por tornar a-sistêmica qualquer previsão ou interpretação que leve em conta as discrepâncias práticas.

Nesse ponto da construção da “forma de pensar” no Direito moderno podem nos socorrer reflexões vindas da filosofia.

Em extensa sobre o tema Hans Vaihinger (2011, p. 157) esclarece como operam as ficções na construção do pensamento, referindo que parte dos processos lógicos realizados por nossa mente (a exemplo também das induções e deduções utiliza de conceitos conscientemente falsos (ficções), porém com utilidade para viabilizar a obtenção de juízos sintéticos.

Nessa linha, descreve as ficções como formações ou meios auxiliares desenvolvidos pela própria psique como resposta à espécie de ataque ao organismo que constituem a enxurrada de sensações vindas desde o mundo externo, o que justifica a utilização desses meios auxiliares.

Qualifica pois, que ficções podem ser utilizada como um “erro fecundo” que se opõe às “verdades estéreis” por instrumentalizar juízos que seriam talvez inatingíveis caso ponderados todas as variáveis existentes.

Em outro ponto da obra, contudo, o próprio Vaihinger (2001, p. 265) cuida, de apresentar para que a utilização de ficções não conduzam a um falseamento definitivo da realidade, o método dos erros antitéticos, que consistiria em utilizar a ficção como auxiliar no processo lógico, porém, com uma correção em momento posterior, em sentido contrário. Corrigir a diferença conscientemente estabelecida, mediante a utilização de um erro (ficção) de caráter oposto.

Levando essas considerações para exame das ficções centrais do Direito liberal moderno, ou seja, a afirmação de que os homens são livres e iguais entre si, a correção do equívoco decorrente da não-correspondência prática de tais premissas, exigiria que se forçasse a interpretação e mesmo veiculasse previsões jurídicas em sentido contrário, como exercício (lógico e ético) do método dos erros antitéticos.

Ou seja, se o sistema pressupõe uma igualdade que não existe na realidade e uma liberdade que também não se manifesta como efetiva autonomia de escolha para quem não detenha recursos suficientes dentro de uma sociedade profundamente mercantilizada, deveria constituir mesmo regra a utilização de institutos de e dispositivos tendentes à promoção do equilíbrio material.

[volta ao sumário](#)

:: Ano XV | Número 217 | Janeiro/Março 2019 ::

Não sendo essa a tônica do Direito liberal moderno, com raras exceções como no Direito do trabalho clássico (cujos princípios de igualação jurídica começa a ser erodido em vários países do globo), o efeito esperado das operações jurídicas é mesmo o de ampliação das desigualdades.

Isso se dá, em grande parte, pelo fato de que o liberalismo não se limitou à teoria jurídica ou filosófica, tendo também invadido o campo ideológico, em evidente hipertrofia da dinâmica de construção de saberes próprios do embate de narrativas na dinâmica social.

Paul Ricoeur (1990, p. 69-87), utilizando conceitos de Max Weber, também fala no caráter de dissimulação e de deformação desempenhado pela ideologia, criticando, em especial, a pretensão de se ver a ciência como um espaço não-ideológico, o que afirma ser uma armadilha e ingenuidade epistemológica que pretende reduzir o caráter de subjetividade opondo espécie de racionalização consciente com racionalização inconsciente.

A falsa neutralidade axiológica oculta a realidade de uma simplificação grosseira do exame em relação à formação do conhecimento, à complexidade do fenômeno hermenêutico e da própria natureza da função do Poder estatal, o que não conduz a um aperfeiçoamento técnico da prática jurídica, mas exatamente o contrário. Não se trata, afinal de uma escolha entre a técnica e a arbitrariedade, mas entre a consideração da ciência social em sua complexidade contextual ou a entrega a uma confortável cegueira epistemológica (e mesmo ontológica).

Tendo sido pressuposto (fixado a título de ficção) na criação das leis que as pessoas são livres e iguais, esse patamar irreal é tomado como base para a interpretação das Leis do sistema, o que conduz a uma tendência de desconsideração das pressões das diferenças sociais, das necessidades orgânicas e mesmo questões existenciais dos desfavorecidos nas relações mantidas com outros sujeitos individuais ou coletivos de privilegiada condição financeiro-social.

4.2 A inversão (ou traição) dos Direitos Humanos?

Pela via da assunção da ficção como normalidade do pensamento jurídico, motivada por discursos de classe, por razões de ordem econômica, ou pela crença de que um sistema econômico centrado no egoísmo poderia conduzir a sociedade à prosperidade, o ideal iluminista e revolucionário, a igualdade foi expulsa da mentalidade jurídica para uma acepção formal, utilizada quase sempre em sua acepção negativa, ou seja, para reforçar sistemas de responsabilização independentemente de condicionantes sociais, econômicos ou existenciais da conduta.

No estágio atual do neoliberalismo, aliás, tal linha de pensamento logrou ir além do formalismo estrito, atingindo a amoralidade motivada, onde qualquer atrocidade pode ser justificada por razões de ordem econômica.

Sobre esse tema, Joaquín Herrera Flores, em obra na qual sistematiza uma teoria crítica dos Direitos Humanos (HERRERA FLORES, 2009), destaca justamente a insuficiência de normas legais que busquem garantir tais Direitos quando o sistema de valores dominantes e os processos de divisão do fazer humano já estão orientados para privilegiar alguns grupos em detrimento de outros - ou talvez, privilegiar determinadas atividades econômicas em face de outras, o que, em fase de capitalismo monopolista, redundava praticamente no mesmo.

[volta ao sumário](#)

:: Ano XV | Número 217 | Janeiro/Março 2019 ::

Por isso, esclarece Herrera Flores, embora os defensores dos “direitos humanos” lutem por “estender política e judicialmente a convicção de que estamos diante de ‘normas jurídicas’ integralmente exigíveis perante os tribunais” segue preponderando o entendimento de que “os direitos individuais (civis e políticos) são imediatamente aplicáveis e os direitos sociais, econômicos e culturais são princípios para ‘orientar’ as políticas econômicas” (HERRERA FLORES, 2009, p. 39).

A esse propósito Gerardo Pisarello refere que o reconhecimento positivo dos denominados Direitos Sociais, ligado à satisfação de necessidades básicas dos mais necessitados está longe de torná-los expectativas plenamente exigíveis. Ao contrário, passam atualmente inclusive por uma contra-reforma liberal, que volta a utilizar os princípios do liberalismo básico para atacar os aspectos mais igualitários e garantistas do Direito em nome de um caráter tendencialmente absoluto da propriedade e do livre mercado (PISARELLO, 2007. p. 11-14).

Após um período de crescimento de direitos, conquistado por movimentos de reivindicação e concedidos como forma de tentar arrefecer as pressões decorrentes das duas grandes guerras e da oposição do bloco socialista em âmbito mundial, o circunstancial Estado de bem-estar social voltou a ser erodido a marretadas (em analogia ao famoso muro de Berlim), tão logo desapareceu o fantasma que obrigava ao sistema um reforço no elemento de legitimação.

Para longe de ter sua realização generalizada pelo globo, os Direitos Humanos hoje ou constituem elementos desprestigiados pela agressiva campanha neoliberal ou são mesmo utilizados retoricamente para justificar campanhas bélicas das grandes potências mundiais.

Nessa linha Franz Hinkelammert (1999) denuncia a prática da “inversão dos direitos humanos”, a exemplo do ocorrido nas guerras/invasões de Kosovo e da Sérvia, discursivas transmutadas em pretensas “intervenção humanitárias”, precedidas de fortes propagandas com intuito de justificar a destruição desses países – e mesmo o “aniquilamento” de milhares de pessoas – sob justificativa de fazer cessar violações Direitos Humanos (provavelmente muito menos relevantes do que os promovidos com a própria guerra).

Também para além de um elemento circunstancial, Hinkelammert (1999) encontra similitude dessa retórica com o pensamento liberal clássico, citando a tese de John Locke, no sentido de que quem viola direitos humanos (mesmo que apenas alegadamente) não teria renunciado a esses mesmos direitos, porque transmutado em um mostro ou uma besta selvagem, perdendo seu caráter de ser humano. É o repasse ao aniquilado da responsabilidade pelo próprio aniquilamento, com o “benefício” de ainda atribuir ao aniquilador a honra de respeitar os direitos humanos.

Para desfazer essa inversão, afirma Hinkelammert (1999), é necessário resgatar a convicção de que os direitos humanos não constituem meros fins, mas também meios, a serem utilizados como parâmetros do agir social e não como meros objetivos inoperantes na vida das pessoas, no agora.

4.3 Ponto cego do direito liberal?

Embora o Direito de matiz liberal, que até hoje praticamos, tenha surgido com manifesto empenho de proteger o particular contra eventual ação arbitrária do Estado (um dos grandes motivos da própria revolução francesa) - não detém o mesmo empenho contra as frequentes opressões sociais e econômicas entre particulares, e, menos, entre ricos e pobres.

Ainda que se tenha incluído proteções esparsas dentro do sistema contra os fortes desequilíbrios, a colonização de nosso próprio pensamento pela premissa de igualdade e liberdade torna a aplicação de tais sistemas frágil e aparentemente a-sistêmica, como se fosse a prática de um Direito parcial ou não científico.

Se nosso espírito científico e aspirações democráticas nos levaram à criação do “devido processo legal” como ritual de salvaguarda contra a arbitrariedade na resolução dos conflitos, deveríamos deter idêntica preocupação em desvendar a complexidade do conhecimento humano e do fenômeno hermenêutico.

Socorrendo-nos novamente com a filosofia, Rui Cunha Martins (2010) nos fala de um “preço a pagar” pelo nosso excesso de confiança nas “capacidades conjugadas dos sentidos e da razão”.

Em diálogo com a obra do filósofo português Fernando Gil, o autor nos fala das crenças como problema aparentemente insolúvel, na medida em que sequer se explica a tendência da mente humana à adesão, a “crer sem razão suficiente e mesmo contra a razão suficiente”, indicando, ademais, a “confiança”, como baseada em “uma primordialidade roubada à discussão”, “uma imagem do mundo que se aceita indiscutível - aquela onde o nosso questionamento retrospectivo sobre a ordem das coisas e sobre nós próprios acaba por se deter, incapaz ou sem vontade de cavar mais fundo...”(MARTINS, 2010, p. 46).

Nesse ponto, a teoria da convicção no campo do Direito se reencontra com a teoria do conhecimento, apresentada em itens anteriores do presente trabalho com subsídio nas teorias de Edgar Morin e Michel Foucault. A decisão jurídica tende majoritariamente a acompanhar as forças sociais que criam um regime de verdade “imagem de mundo”, na medida em que o processo cognitivo de formação da cognição é contaminado pelos “circuitos crentes”, os quais, por sua vez, são baseados na confiança advinda do ideal de normalidade.

Extremamente condicionadas pelas ficções jurídicas fundamentais do Direito construído sob a égide liberal-capitalista, que simula a igualdade e liberdade como patamares civilizatórios já conquistados, essa narrativa sobre a ordem das coisas tende a evitar compensações das desigualdades em plano teórico ou prático.

O sistema de crenças secretado pelas ficções liberais faz da igualdade uma evidência e da desigualdade uma mentira a ser banida do pensamento jurídico.

Aí se encontram, em grande parte, os pressupostos lógicos que roubam a eficácia de direitos fundamentais sociais e dos Direitos Humanos, taxando-os de meramente programáticos, porque incompatíveis com a formalidade do sistema, declarados injusto no foro íntimo do intérprete moderno, fetichizado pela imagem mágica da igualdade e da liberdade, ainda que contra a evidência do mundo real.

5 Considerações finais: a racionalidade instrumental como forma de pensar o mundo jurídico moderno.

Mais do que juristas modernos, somos mulheres e homens modernos. Seres que habitam um mundo à beira do colapso e que, ainda que dotados da razão, permanecem submetidos a noções grotescas de normalidade e por saberes pelos quais foram desde muito colonizados.

[volta ao sumário](#)

:: Ano XV | Número 217 | Janeiro/Março 2019 ::

Praticamos uma racionalidade instrumental, conforme denunciado por Max Horkheimer (2007), ou seja, mutilada de seu viés crítico, formalizada e subjetivada. Essencialmente voltada para a eficiência da relação entre meios e fins, sem permitir questionamentos profundos quanto à virtuosidade desses fins ou mesmo ponderações em termos de bem comum ou de harmonia o mundo circundante.

Sustenta Horkheimer (2007), nesse sentido, que, diferentemente dos “grandes sistemas filosóficos, tais como os de Platão, Aristóteles, o escolasticismo e o idealismo alemão”, que também examinavam se determinada finalidade poderia ser considerada como racional por suas próprias qualidades (racionalidade objetiva), a “racionalidade subjetiva”, atualmente praticada, limita-se basicamente a aferir meios adequados à obtenção de determinados fins, os quais são tidos como autoevidentes ou no máximo, avaliados de acordo com a utilidade imediata para o próprio indivíduo.

Abrimos mão de refletir e avaliar nossa própria conduta e estilo de vida segundo parâmetros éticos e de bem comum, para apostar na prática do egoísmo militante porque alguém disse e nos segue dizendo que assim algo dará certo no final.

Para além das alegorias do mundo natural e do contratualismo como espécie de herança genética do mundo moderno, acabamos incorporando as ficções liberais de que igualdade e liberdade tem alguma relação prática com a sociedade que construímos, quando pouca ou nenhuma relação esses conceitos detêm com a vida da maior parte das pessoas.

Praticamos um Direito pensado para outro mundo.

Em tempos de hipertrofia das razões de ordem econômica, e de gigantes que não hesitam em arruinar as condições mínimas para vida digna e sustentável de comunidades por todo o globo, é tempo de resgatar um Direito imbricado com a realidade e com o esquecido baluarte antropocêntrico (ou talvez, biocêntrico), construindo um Estado e um Poder Judiciário que não se imponha como poder, mas como contra-poder, viabilizando o mínimo equilíbrio e as possibilidades de construção de um mundo menos desigual e com menos indignidades.

Para tanto, há que se incorporar o processo de interpretação-aplicação do Direito a noção sustentada por Hinkelammert relativamente à utilização dos Direitos Humanos não apenas como fins, mas também como meios, ou seja, como valores fundamentais (ou vetores interpretativos) que devem presidir a interpretação das demais normas do sistema, as condutas e as relações jurídicas em exame, para além e com prevalência em relação às ficções jurídicas liberais com as quais compactuamos e tentamos justificar nossa própria negligência para com o mundo que habitamos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo, Ícone, 1995.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: DÍEFEL, 1989.

[volta ao sumário](#)

:: Ano XV | Número 217 | Janeiro/Março 2019 ::

BURNS, Edward Mcnall. *A histórica da civilização ocidental*. Volumes 1 e 2. Porto Alegre: Editora Globo, 1972.

DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos Direitos Humanos. In: **Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos/UFG**, Goiânia, V.1 n.1 2011. Disponível em: <https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879>. Acesso em: 20 dez. 2019.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: Neoliberalismo y Nuevas Técnicas de Poder**. Barcelona: Herder, 2014.

HAN, Byung-Chul. **Sobre el Poder**. Barcelona: Herder, 2016.

HERRERA FLORES, Joaquin. *A Reinvenção Dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquin. La complejidad de los derechos humanos: bases teóricas para una definición crítica. **Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale**, Firenze, 2007. Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/rights/es/herrera.htm#h1-1>. Acesso em: 21 fev. 2018.

HINKELAMMERT, Franz. La inversion de los derechos humanos: el caso de John Locke. **Revistas Pasos**, San Jose, n. 85, sep./oct., 1999.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Centauro, 2007.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins-Fontes, 1998.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2006.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**. São Paulo: Centauro, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. **La gaya ciencia**. Buenos Aires: Susaeta, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre verdade e a mentira no sentido extra moral**. São Paulo: Hedra, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. **UNIC**, Rio de Janeiro, n. 005, jan. 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 14 ev. 2020.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1990.



[volta ao sumário](#)

:: Ano XV | Número 217 | Janeiro/Março 2019 ::

VAIHINGER, Hans. **A filosofia do como se**. Chapecó: Argos, 2011.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. São Paulo: Centauro, 2002.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Pioneira, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Alfa ômega, 2001.