

# **VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL**

## **FILOSOFIA DO DIREITO**

**MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA**

**MARIA CLARA CALHEIROS**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

F478

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Maria Clara Calheiros; Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-491-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Pensamento jurídico. 3. Justiça Social.  
VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



# VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

## FILOSOFIA DO DIREITO

---

### **Apresentação**

A coletânea que se apresenta ao leitor é o conjunto de textos expostos e debatidos no Grupo de Trabalho de Filosofia do Direito, do VII Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido na Universidade do Minho, na cidade de Braga, em Portugal. O Grupo propôs-se a apresentar um panorama histórico da filosofia do direito, tratando de temas como humanismo jurídico, juspositivismo e jusnaturalismo, direito e justiça, direito e ideologia, direito e fraternidade, direito e linguagem, principais correntes do pensamento jurídico contemporâneo, hermenêutica, crítica do direito, conhecimento extra-lógico do direito, filosofia do direito no Brasil, dimensões éticas e políticas do direito.

Contou com a apresentação e o debate de sete trabalhos que contemplaram diferentes correntes de pensamentos, textos esses escritos por autores originários de universidades brasileiras. Conforme a ordem aqui estabelecida para a publicação, os primeiros trabalhos analisam sistemas de pensamento, seguidos de reflexões que tratam de abordagens filosóficas aplicadas a questões de democracia e direitos humanos.

Sob o título de A essência da lei e a diversidade das leis: diálogo entre os paradigmas de São Tomás e Habermas, José Marcos Miné Vanzella, Lino Rampazzo refletem sobre a temática da essência da lei e da diversidade das leis, a partir do pensamento de São Tomás de Aquino. Discutem como elementos conceituais apresentados por São Tomás, continuam presentes no pensamento de Habermas e as suas modificações para justificar as ordens jurídicas atuais. Consideram os autores as circunstâncias de um teólogo que faz filosofia metafísica numa sociedade teocêntrica, e, de outro, um filósofo contemporâneo agnóstico que desenvolve a teoria do agir comunicativo em diálogo com a cultura atual.

No artigo “A História do mundo e desenvolvimento do direito: contribuição da filosofia de Hegel”, a autora Cristina Godoy Bernardo de Oliveira e o autor Rafael Meira Silva analisam a contribuição da filosofia hegeliana para se compreender a conexão da história com o desenvolvimento do conceito de direito e justiça. Verificam, no pensamento de Hegel, como aspectos norteadores a liberdade e a tolerância, considerando que para o pensador a concretização da consciência depende da diferença e do outro.

No texto “Hermenêutica analógica: uma heterodoxia ortodoxa nos limites (nem sempre textuais) do estado democrático de direito”, Mauricio Martins Reis apresenta a hermenêutica analógica, na perspectiva do pensador mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel, explicando como ela permite intensificar o que denomina militância crítica pela normatividade dos direitos humanos e sua acolhida diante da premente necessidade de efetivação deles. O autor procura trazer a interface da hermenêutica analógica com a restauração da filosofia prática no novo positivismo e no neoconstitucionalismo, considerada a perspectiva jurisprudencialista do jurista português Castanheira Neves.

Em “Controle de constitucionalidade e democracia: o debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin”, Débora Caetano Dahas enfoca o debate Waldron-Dworkin sobre o controle de constitucionalidade, considerando que para Dworkin importa o resultado no modelo democrático, sendo o controle de constitucionalidade instrumento importante para o exercício e a manutenção da democracia. A Autora apresenta a crítica de Waldron à visão de Dworkin sobretudo no que diz respeito ao controle de constitucionalidade para a solução de controvérsias constitucionais e considera, por si, aquele controle compatível com o estado democrático de direito.

Embasado sobretudo no pensamento de Agambem e Foucault, Alessandro Severino Valler Zenni constrói uma reflexão na qual argumenta que apesar dos textos constitucionais, o estado democrático de direito esconde uma “violência racionalizada que faz viver e deixa morrer, reduzindo o humano ao corpo nu sacralizado pelos direitos fundamentais.” No artigo “A a deposição da razão como garantia à dignidade de pessoa humana.” afirma o que se o “agir do humano tende à realização do econômico, e a ciência se vale da espécie para impor seus resultados, capturando-a como meio, a potência de não é o passo inaugural para profanar a razão e suas formas institucionais, abrindo ensejo ao Kairos e uma lei do Cristo singular e superposta à lei positiva que permite o devir pessoal no crer e amar.”

Rodolfo de Freitas Jacarandá analisa a sobreposição de normas em ambientes complexos. No artigo denominado “Sobreposição normativa na Amazônia Brasileira e os desafios para o fundacionalismo universalista em direitos humanos.”, discute a universalidade na aplicação de direitos humanos e os desafios disso em ambientes complexos. Analisa, o Autor, as condições propostas pelas teorias tradicionais do agir normativo e pela teoria do discurso, de Habermas, na proposição de respostas à sobreposição normativa na Amazônia Brasileira. Conclui pela insuficiência das referidas teorias para a solução dos conflitos graves encontrados em ambientes de profunda diversidade social e cultural.

“Sobre direitos humanos e democracia no âmbito global: a proposta de criação de uma corte constitucional internacional.”, apresentado por Maria Lucia de Paula Oliveira, tendo por marcos teóricos sobre temas de direitos humanos e democracia Habermas, Benhabib e Azmanova e o “experimentalismo democrático” de Mangabeira Unger, enfrenta a questão da criação de uma Corte Constitucional Internacional e a sua característica de privilegiar a efetivação dos direitos de participação política no âmbito interno dos Estados, incluindo a transparência do processo eleitoral, as liberdades de comunicação e expressão. Nesse aspecto consiste a inovação da proposta, segundo a Autora.

Os trabalhos são de extraordinária relevância acadêmica. Com os cumprimentos a Autoras e Autores, desejamos a todas e todos excelente leitura.

Braga, verão de 2017.

Maria Clara Calheiros

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# **SOBREPOSIÇÃO NORMATIVA NA AMAZÔNIA BRASILEIRA E OS DESAFIOS PARA O FUNDACIONALISMO UNIVERSALISTA EM DIREITOS HUMANOS**

## **NORMATIVE OVERLAP IN THE BRAZILIAN AMAZON AND THE CHALLENGES TO UNIVERSALIST FOUNDATIONALISM IN HUMAN RIGHTS**

**Rodolfo de Freitas Jacarandá <sup>1</sup>**

### **Resumo**

A ideia de direitos humanos determina que as normas de direitos humanos sejam aplicadas universalmente, não se admitindo a divisão ou a hierarquização entre esses direitos. Em ambientes culturalmente muito complexos a aplicação dessas normas enfrenta muitos desafios. Irei analisar as condições propostas pelas teorias tradicionais do agir normativo e pela teoria do discurso de Habermas para oferecer respostas àquilo que defino como sobreposição normativa na Amazônia brasileira. Minhas conclusões demonstram que esses dois grupos teóricos não conseguem oferecer respostas satisfatórias aos conflitos mais graves encontrados em ambientes de profunda diversidade social e cultural.

**Palavras-chave:** Direitos humanos, Sobreposição normativa, Agir normativo

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The idea of human rights requires that human rights norms be applied universally, not allowing the division or hierarchy between these rights. In culturally complex environments, the application of these norms faces many challenges. I will analyze the conditions proposed by the traditional theories of normative agency and Habermas' discourse theory to offer answers to what I define as normative overlap in the Brazilian Amazon. My conclusions demonstrate that these two theoretical groups fail to provide satisfactory answers to the most serious conflicts found in environments of profound social and cultural diversity.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Human rights, Normative overlap, Normative agency

---

<sup>1</sup> Advogado, Doutor em Filosofia, Coordenador do Mestrado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça da Universidade Federal de Rondônia.

## **1 – Introdução**

O Brasil é um país multicultural, complexo em sua diversidade social e natural. Sua cultura jurídico-social é formada pelo esforço de integração e por conflitos marcantes entre tradições históricas e institucionais bem distintas.

A rigor, a grandeza da complexidade do país poderia ser descrita por meio da intensidade com que a ordem jurídica nacional reflete os conflitos decorrentes desse emaranhado sociocultural e político.

Na Amazônia brasileira, o caso não é distinto. Porém, talvez em razão do subdesenvolvimento da maior parte de suas áreas, ou por causa da própria natureza dos problemas enfrentados na região, vários de seus conflitos são ainda mais intensos do que no restante do território nacional.

Os estados da região amazônica brasileira se destacam negativamente nos indicadores de violência no campo, sistema prisional, tráfico de drogas, desmatamento e destruição ambiental, pobreza, educação e saúde. Se as próprias dificuldades decorrentes dos déficits de desenvolvimento não fossem o bastante, a tentativa de proteger o patrimônio natural e cultural e as comunidades que vivem na Amazônia também produzem graves conflitos.

Obedecendo às disposições do sistema internacional (ONU; OIT) e regional (OEA) de promoção e defesa dos direitos humanos, a ordem jurídica brasileira vem se esforçando por harmonizar as pretensões das normas de origem externa com a arquitetura constitucional interna. As pressões exercidas por esse conjunto normativo de direitos humanos resultaram num aumento das redes protetivas que estão, atualmente, sob forte teste histórico de eficácia.

Tradicionalmente, poderíamos analisar o problema a partir do ponto de vista do conflito entre direitos: a necessidade de exploração dos recursos naturais para sustentar o desenvolvimento do país (potencial energético dos rios, mineração, extrativismo vegetal, agronegócio, farmacologia, etc.) está em permanente conflito com os direitos de proteção e defesa do meio ambiente e da diversidade biológica e dos povos indígenas, quilombolas, tradicionais e etc.

Afora esse fato, é muito comum que nos estados da região amazônica diferentes grupos de direitos não apenas entrem em conflito entre si, mas sejam objeto de proteção

a partir de institutos que se sobrepõem, de forma que não é possível “resolver o conflito”, retirando, diminuindo ou negociando uma dimensão ou aspecto jurídico do problema, em favor de outro, não importa o cálculo de proporcionalidade ou ponderação que possamos efetuar.

Na medida em que o Brasil é signatário da maioria dos tratados internacionais de direitos humanos e na medida em que admite como premissa de sua atuação para a proteção e a promoção dessas normas que elas sejam, conforme a definição da Convenção de Viena, universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionadas, tornar essas normas eficazes em ambientes complexos é um enorme desafio (ONU, 1993, I, 5).

Assim, proponho que o problema seja analisado por outro prisma: não o do conflito entre direitos, mas o da sobreposição entre direitos em razão do *status* de seus titulares, ou dos titulares das obrigações de promover e proteger esses direitos.

Meu objetivo no presente trabalho será o de analisar a capacidade de atuação das teorias do agir moral e da teoria do discurso para ajudar a solucionar os conflitos decorrentes da sobreposição normativa em direitos humanos no contexto da região amazônica.

Utilizando como metodologia uma análise argumentativa com base na revisão dos referenciais apontados, iniciarei com uma (2) descrição daquilo que tomo por sobreposição normativa de direitos em um ambiente culturalmente complexo. A seguir, farei uma análise da necessidade de fundamentação filosófica dos direitos humanos (3), com a finalidade de demonstrar quais são as condições exigidas pelas teorias do agir moral e pela teoria crítica do discurso para que os direitos humanos possam ser eficazes diante dos desafios aqui tratados (4). Por fim, pretendo avaliar as condições de aplicação dessas condições aos problemas de sobreposição normativa dos direitos humanos na Amazônia brasileira, investigando as chances de sucesso do universalismo fundacionalista em ambientes complexos (5).

Minhas conclusões (6) enumeram e explicam as dificuldades encontradas pelas atualizações promovidas por teorias universalistas de caráter fundacional para responder às necessidades impostas pela universalização do discurso dos direitos humanos. Muitos desses obstáculos já eram visíveis à época da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que nos leva a compreender melhor a sobrevida atribuída às teorias substantivas dos valores, em razão da capacidade de se adaptarem melhor aos cenários muito complexos em que vivemos.

## 2 - Sobreposição normativa e direitos humanos na Amazônia

“Sobreposição” é um conceito habitualmente utilizado em discussões e análises sobre conflito territorial (VAZ FILHO, 2003; REZENDE, 2003). Nesses casos, quando há alterações substanciais na dinâmica de distribuição territorial entre grupos em disputa, formas de vida e identidades culturais muito diferentes entre si são forçadas a alterações profundas em sua existência como decorrência de políticas de reconhecimento que visam a garantia de direitos subjetivos econômicos, sociais ou culturais ou mesmo à preservação ambiental.

Evidentemente, nem sempre a realidade jurídico-formal se adequa à realidade cultural, antropológica e cultural e as disputas envolvendo grupos e povos que demandam direitos territoriais resultam em danos graves aos seus perdedores. Dentre as categorias jurídicas protegidas pelo direito brasileiro envolvendo temas muito sensíveis à região amazônica encontramos os Espaços Territoriais Especialmente Protegidos (ETEP)<sup>1</sup>; Áreas Protegidas (AP)<sup>2</sup>; as unidades de Conservação<sup>3</sup>; as Terras Indígenas (TI's)<sup>4</sup>; as Terras Quilombolas<sup>5</sup> e os Outros Territórios Tradicionais<sup>6</sup>.

Há conflitos envolvendo a sobreposição territorial entre essas categorias em todo o país. Mas a maior parte das TI's, por exemplo, concentra-se na Amazônia Legal: são 419 áreas, 115.342.101 hectares, representando 23% do território amazônico e 98.33% da extensão de todas as TI's do país. Há aproximadamente 818.000 indígenas no Brasil. A maior parte dessa população distribui-se por milhares de aldeias, situadas no interior de 687 Terras Indígenas, representando cerca de 305 diferentes etnias e 274 diferentes. Além disso, há na Amazônia brasileira 77 referências de grupos indígenas isolados, sem contato permanente com a sociedade nacional. Em termos globais, mais de 45% do território amazônico é constituído por áreas de proteção ambiental, somando-se unidades de conservação, terras indígenas e quilombos (IMAFLOA, 2017; INCRA, 2017).

Conciliar essas categorias jurídicas numa realidade condizente não é fácil. Não é possível, por exemplo, pela legislação brasileira, que uma terra indígena ou um quilombo ocupe uma unidade de conservação de proteção integral, porque essa última impede o uso

---

<sup>1</sup> CF., art. 225.

<sup>2</sup> Convenção da Diversidade Biológica e o Plano Nacional de Áreas Protegidas-Decreto 5758/06.

<sup>3</sup> CF., art. 225, § 1º, inciso III; Lei 9.985/00.

<sup>4</sup> CF., art. 231 e 232; art. 13 e ss. da Convenção 169/OIT.

<sup>5</sup> CF., art. 68 do ADCT/88 e art. 215 e 216; art. 13 e ss. da Convenção 169/OIT.

<sup>6</sup> Pescadores, Extrativistas, Ribeirinhos, Caiçaras, etc. CF., art. 215 e 216 da CF; art. 13 e ss. da Convenção 169/OIT.

direto dos recursos naturais, enquanto as outras o pressupõe (LOUREIRO, 2010; RICARDO, 2004).

Considerando outro cenário, em grandes porções de áreas indígenas existe a presença de grupos tradicionais vivendo do uso sustentável da terra – em alguns casos, há bastante tempo (PACHECO, 2009). Nesse caso, o direito econômico à renda e ao trabalho pode depender de ajustes muito delicados entre proteção não apenas da diversidade cultural de um povo indígena, mas ao modo de vida que o identifica como tal. Por fim, imigrantes, colonos, camponeses e trabalhadores rurais dependem de regras e condições adaptáveis à sua realidade para produzir e viver de seu trabalho em face do conjunto de leis e tratados que impõe ao país as obrigações de preservação ambiental (LEE, J. A.; LIBECAP, G. D.; MUELLER, B, 1999). Por falta dessas condições, é muito comum que demandas judiciais de natureza semelhante objetivem a punição por dano ambiental para grandes empresários e pequenos agricultores que apenas trabalham por subsistência (LE TOURNEAU, BURSZTYN, 2010). Por razões como essa, os conflitos fundiários na Amazônia são vistos, comumente, como uma síntese onde eclodem muitas dessas contradições – ou, como proponho, *sobreposições normativas*.

Tais sobreposições tem uma natureza diversa dos conflitos tradicionais entre direitos porque nelas estão em jogo elementos primordiais que determinam as condições necessárias para o exercício da titularidade do direito e para existência específica de indivíduos e grupos tais como são. Em síntese, a subjetividade importa muito e ela será definitiva para que as teorias tradicionais ofereçam soluções que colocam em risco o direito dos povos amazônicos (GRABNER, 2017; CAVALCANTE, 2016).

Como a intensidade de muitos dos conflitos sociais na Amazônia vem aumentando nos últimos anos (CPT, 2016), o apelo aos direitos humanos tem sido uma via comum para ativistas e juristas interessados nas possibilidades de resolver esses conflitos (CNDH, 2016). Mas a perspectiva da maioria desses analistas é vinculada a uma forma específica de enxergar os direitos humanos: aquela produzida pelas teorias clássicas do agir moral, cuja principal consequência é entender os direitos humanos como regras universais que protegem as liberdades subjetivas de ação dos indivíduos, em primeiro lugar (CAVALCANTE, 2016).

A teoria procedimental do discurso de Jürgen Habermas acrescentou ao universalismo das teorias do agir moral a intersubjetividade mediada pela forma jurídica como mecanismo para harmonizar as expectativas de direitos em sociedades democráticas e plurais. Para esses dois grupos (teóricos do agir moral e a teoria crítica do

discurso), os direitos humanos são universais, são fundamentais para uma sociedade avançada e podem resolver as disputas sobre bens básicos essenciais para a organização da comunidade jurídica.

### **3 – Fundamentação filosófica dos direitos humanos**

Desde o processo de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) entre 1947 e 1948 a discussão sobre a fundamentação filosófica dos direitos humanos é um problema com consequências teóricas e práticas para a interpretação e a aplicação dos direitos humanos.

Em 1946, a Comissão de Direitos Humanos da ONU determinou à Seção de Estudos de Filosofia e Humanística (SEFH) da Unesco a elaboração de uma conferência internacional para debater os princípios que deveriam fundamentar uma declaração moderna dos direitos do homem. À frente desse trabalho estavam o jovem intelectual francês Jacques Havet, então com apenas 27 anos de idade, diretor da SEFH, e o diretor geral da Unesco, o britânico Julien Huxley.

O trabalho de Huxley e Javet foi conduzido sob enorme pressão do tempo. Em 27 de março de 1947 por meio da Unesco eles enviaram ao governo de diversos países o Memorandum Unesco/1/Phil./1947, convidando agentes políticos e intelectuais a opinarem, em no máximo 4.000 palavras, sobre os valores e fundamentos que deveriam constar de uma lista de direitos universais a ser discutida numa “conferência de filósofos”. Essa lista deveria servir de base para a Declaração (UNESCO, 1947a).

Em 31 de julho de 1947, em novo Memorandum (Phil./10), a subseção de Havet relata para a Unesco um esboço do texto da Declaração, afirmando que a preparação desse documento estava sendo um trabalho bem mais complexo do que parecia no início (UNESCO, 1947b).

Havet e Huxley enviaram cartas a pensadores e intelectuais das mais diversas áreas do conhecimento de todo o mundo, incluindo T. S. Eliot, Bertrand Russel, Gandhi, John Dewey, Merleau-Ponty e Sartre. Das pouco mais de 150 correspondências enviadas, por volta de 56 ou 57 retornaram (GOODALE, p. 14). T. S. Eliot respondeu a Huxley afirmando que uma declaração como a que estavam concebendo seria uma verdadeiro ‘tecido de ambiguidades’, cujas consequências poderiam ser ‘maliciosas’ (mischievous) (GOODALE, p. 13). Dentre os filósofos, somente Jacques Maritain e Pierre Teilhard de Chardin responderam às solicitações e trabalharam ativamente na redação final da

DUDH, cabendo a Maritain a redação da introdução da Declaração e de boa parte da estrutura geral do texto final (UNESCO, 1948).

A preocupação da subseção de filosofia era a de chegar a um consenso sobre um texto comum que representasse uma sonhada universalidade de princípios e normas, responsável por unificar um mundo dividido após o fim da maior guerra moderna. Esse universalismo seria possível? Que forma assumiria? Quais valores principais definiram a estrutura desse conjunto normativo? Como lidar com as enormes diferenças culturais e políticas diante dos desafios reais da internacionalização?

O interesse pela história do trabalho da comissão de Havet aumentou por volta dos anos 1990, com o fim do bloco soviético e a expectativa de que a linguagem dos direitos humanos ocupasse o lugar das diretrizes ideológicas que haviam dominado as arenas internacionais durante a guerra fria. Até aquele momento, os estudos sobre fundamentação filosófica dos direitos humanos ocupavam um lugar secundário entre pesquisadores da filosofia, do direito e da política, predominando sobre esse cenário a sentença famosa de Maritain, segundo a qual somente fora possível chegar a uma lista de direitos “desde que ninguém perguntasse pelos porquês” (UNESCO, 1948, p. 4).

Os “porquês” (*that why*), afirmou Maritain, deveriam ser o começo de tudo. Mas a ONU tinha a pretensão de cumprir uma tarefa de natureza prática, definindo direitos para, posteriormente, nos termos propostos pelo próprio Maritain, conseguir estabelecer os valores que seriam os conteúdos materiais dos direitos a serem defendidos e os critérios que permitissem a aplicação correta desses direitos.

A DUDH, a rigor, não possuía validade de norma jurídica quando foi promulgada em 10 de dezembro de 1948 – embora a Assembleia Geral viesse a exigir que todos os membros da organização fizessem o compromisso de obedecê-la e aplicá-la. O conjunto normativo de direitos humanos decorrente da DUDH foi sendo construído aos poucos, especialmente após a elaboração dos dois principais tratados que dão forma e conteúdo jurídico à Declaração, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966. A partir de meados dos anos 1990 uma sólida legislação internacional estava pronta para ser utilizada como referência moral, política e jurídica nos conflitos globais que se sucederam ao fim da União Soviética.

Nesse momento histórico, contudo, a linguagem dos direitos humanos se transforma, ao mesmo tempo, em padrão de referência moral para as demandas civilizatórias da humanidade, e discurso inadequado e mesmo injusto de intervenção

sobre povos e culturas diferentes. De certa forma, havia chegado o momento de enfrentar os “porquês”, enfrentamento adiado pela óbvia falta de eficácia dessa legislação durante toda a segunda metade do século XX.

Nos últimos anos, a pesquisa sobre fundamentação filosófica dos direitos humanos cresceu bastante, espelhando o paradoxo entre um bem estabelecido conjunto de legislações e padrões morais em plano internacional e a falta de uma coerente fundamentação filosófica que possa ajudar a resolver os principais conflitos decorrentes da necessidade de aplicar essas normas e padrões a casos concretos, complexos e em larga escala (FREEMAN, 1994; TASIOULAS, 2015; CORRADETTI, 2012).

Os debates atuais têm se intensificado em torno de pelo menos três núcleos comuns: as teorias clássicas do agir normativo; as teorias baseadas em valores; e a teoria crítica do discurso. Em todos esses três núcleos, é cada vez mais recorrente a revisão de noções como a de dignidade da pessoa e a discussão sobre as implicações para a relação entre os direitos humanos e a forma sociopolítica de organização de estados e comunidades em geral, o que envolve discutir a correlação entre os direitos humanos e as teorias da justiça e da sociedade.

No primeiro caso, mesmo teóricos do discurso como Habermas voltaram a reinserir a ideia de dignidade como conteúdo substantivo da ideia de direitos humanos (HABERMAS, 2010). Embora a teoria crítica do discurso procure se distanciar das teorias baseadas em valores, ambas têm em comum o fato de se preocuparem com identificar os direitos humanos com as condições fundamentais para uma vida de bem-estar e de convivência legítima e pacífica. Nesses termos, um problema é discernir qual afirmação de direito é cabível diante da variedade e da extensão dos direitos humanos. Embora a ideia de dignidade possa unir as duas escolas, para a teoria crítica de Habermas o caminho da fundamentação por meio das teorias substantivas dos valores deve ser evitado, devendo prevalecer sobre a imprecisão dessas teorias a forma jurídica dos direitos individuais e políticos.

Para o teórico do agir normativo John Griffin a principal tarefa para os estudiosos dos direitos é lidar com a indeterminação do termo provocada pela secularização e pelo abandono dos conteúdos teológicos que consagraram o uso da expressão “direito natural” desde o fim da idade média até o iluminismo (GRIFFIN, 2009). Para Griffin, o próprio significado histórico de “dignidade” humana, p. ex., não foi conhecido em nenhum outro período, nem mesmo foi pensado por filósofos como Mill ou Kant. Mas o fato de a legislação internacional ter assumido a responsabilidade por levar adiante o projeto

moderno dos direitos humanos, e o fato de ter partido de ideias tão avançadas quanto a ideia de “dignidade humana” não significa que não temos que enfrentar conflitos constantes entre o que é ou não é propriamente um direito humano (feriados pagos, participação democrática, p. ex.), a ponto de sermos obrigados a reconhecer a incompletude que hoje é inerente ao conceito. Griffin afirma que são necessários dois pontos de apoio para compreender os direitos humanos: envolvem a proteção dos direitos de personalidade e dizem respeito a práticas sociais que podem se adequar à aplicação efetiva desses direitos (GRIFFIN, 2009, p. 33-44).

Para críticos do fundacionalismo como John Tasioulas os filósofos fundacionalistas, como Griffin, insistem em criticar os direitos humanos por causa do receio de uma incontrolável proliferação de direitos; contra esse tipo de irracionalismo, costumam apelar para a linguagem do minimalismo (apelo a *minimal standards*) (2012, p. 15). Por outro lado, embora não seja sua intenção, a argumentação de Griffin reforça o peso teórico das teorias relativistas sobre direitos humanos. Richard Rorty e Alasdair McIntyre são exemplos de pensadores bastante diferentes entre si para quem os direitos humanos não passam de contingências cuja natureza pode e deve ser relativizada. McIntyre foi mais longe ao se associar à crítica de Bentham ao naturalismo, afirmando em *After Virtue* que acreditar nos direitos humanos era “acreditar em bruxas e unicórnios” (McINTYRE, 2007, p. 69). Para Rorty, embora a fundamentação dos direitos humanos fosse, de certo modo, inútil, não deveríamos correr o risco de nos deixar levar por uma visão relativista demais, ao ponto de transformar a argumentação num “presente para tiranos” (RORTY, 1993).

A força do relativismo moral, jurídico ou cultural é contestada por pensadores como Alan Gewirth, para quem a ideia básica de direitos humanos é proteger a capacidade de agir normativo que define a humanidade (GEWIRTH, 1982; 1996). Gewirth representa o núcleo de pensadores das teorias do agir normativo que encontraram em Jürgen Habermas um modelo para a defesa da universalidade dos direitos humanos e seu papel na legitimação de sociedades democráticas (HABERMAS, 1992). Pensadores kantianos, Gewirth (1978), Pilon (1979), Habermas (2012)<sup>7</sup> e Jeremy Waldron (2013) defendem versões muito semelhantes de um fundacionalismo moral-jurídico (juridical account) para

---

<sup>7</sup> Argumento que Habermas é “fundacionalista” à medida que tomo por fundacionalismo o ato de encerrar em um princípio, um processo ou em um valor universal o fundamento para os direitos humanos. De certa forma, poderia falar em *fundacionalismo funcionalista* de Habermas se tivesse em conta a preocupação de demonstrar que sua teoria procedimental do direito não admite o relativismo – o que não entendo necessário fazer, por evidente.

os direitos humanos, procurando escapar das incertezas do relativismo cultural, do perspectivismo, do irracionalismo, e se esforçando para justificar o normativismo – o que repercute em autores mais recentes como Rainer Forst (2014).

Diferente de Habermas, mas, um pensador tão kantiano quanto ele, Rawls foi responsável por incentivar pesquisadores que defendem uma visão mais política (political account) da fundamentação dos direitos humanos (RAWLS, 2001). Rawls construiu uma noção de direitos humanos que concilia a ideia de lista de direitos mínimos (típica do direito natural) devidos a todos com a defesa da soberania e o respeito a diferenças culturais. Nesse último aspecto ele diverge profundamente de Habermas, influenciando pesquisadores que defendem o que podemos chamar de uma noção funcionalista dos direitos humanos (RAWLS, 2001, p. 105-106).

Para pensadores rawlsianos e funcionalistas como Charles Beitz (2009), Samuel Moyn (2010), Lomansky e Joseph Raz (1986; 2014) os direitos humanos devem ser compreendidos como uma espécie de padrão civilizatório – mais do que normas jurídicas – que deve impor restrições à soberania, forçando o aumento do compromisso dos estados com certos princípios e valores fundamentais necessários para definir uma sociedade justa. Para essa visão funcionalista, só há direitos humanos se houver resultados objetivos e obrigações determinadas vinculáveis aos valores nucleares defendidos pelas normas de direitos humanos (Raz), capazes de, dentre outros papéis, restringir as razões para fazer a guerra e limitar a autonomia interna de um regime, nos termos de Rawls (2001, p. 103)

A principal consequência negativa desse tipo de funcionalismo é, como no caso dos fundacionalistas mais severos, o minimalismo jurídico e político, correndo-se o risco de limitar, também, os direitos humanos à relação entre estados. Mas o fundacionalismo jurídico e moral não deixa de correr o mesmo risco – arriscando, também, ignorar a realidade.

#### **4 – O fundacionalismo em direitos humanos**

Versões distintas do fundacionalismo jurídico-moral propõem a possibilidade de uma fundamentação universal para os direitos humanos, geralmente arguindo a essencialidade dos direitos individuais e políticos diante da relevância apenas circunstancial dos direitos econômicos, sociais e culturais. Sustento que o fundacionalismo universalista baseado no individualismo subjetivista (ou

intersubjetivista) não tem condições de resolver, satisfatoriamente, os problemas de sobreposição normativa apontados em 2.

Fundacionalistas universalistas que defendem a tese da preeminência de direitos individuais e políticos são, comumente, adeptos das teorias do agir normativo e defendem opiniões muito semelhantes acerca de dois pontos essenciais que pretendo analisar para entender melhor essa posição: o problema da constituição do sujeito de direitos e a proposta de uma base lógica para a definição de direitos prioritários – Alan Gewirth e Jürgen Habermas são dois bons exemplos disso. Uma crítica bem construída a esses dois pontos pode ajudar a entender melhor os déficits de eficácia na aplicação das normas de direitos humanos em ambientes complexos, como a Amazônia brasileira.

Para o filósofo norte-americano Alan Gewirth os direitos econômicos e os direitos sociais não deveriam ser tratados como direitos humanos porque não passam no teste de universalidade e de importância (1978, p. 316-317). Em sua concepção, a distinção da importância dos direitos é decorrente da aplicação do que ele chamou de Princípio da Consistência Genérica.

O Princípio da Consistência Genérica (PCG), construído por Gewirth para derivar a moralidade de uma teoria da ação, propõe que todo agente moral deve reconhecer ou aceitar que ele próprio somente tem direito às necessárias condições de ação à medida que reconhece o mesmo direito a todas as outras pessoas, em igualdade de condições (1996, p. 18). Tais condições necessárias de ação são o objeto de toda e qualquer afirmação genérica de direitos, não podendo ser negada por ninguém que queira ver seus direitos reconhecidos, sob pena de contradição (1987, p. 135).

Gewirth considera que o PCG possa enfrentar um teste empírico de racionalidade – maximização das pretensões morais perante a universalidade dos integrantes da comunidade – de uma forma mais consistente do que os conceitos de “véu da ignorância” e de “posição original” de Rawls. Ora, dado que, em sua concepção, o mais necessário de todos os bens humanos é a defesa das condições para poder ser um agente moral, ninguém deixaria de defender essas condições para si; por consequência, para obter o que quer, esse agente deveria defender que o mesmo é devido para todos os outros agentes morais. Desse modo, por mais egoísta (prudencial) que fosse, todo agente livre terminaria por agir moralmente (universalização), com a finalidade de não arriscar as próprias condições para ser reconhecido como tal.

Assim, com o PCG seria possível fugir da indeterminação das teorias do direito baseadas em teorias das virtudes, e definir a liberdade e o bem-estar como conteúdo

necessário de tudo o que pudéssemos chamar de direitos humanos – sem incorrer em incongruências.

A aplicação do PCG à fundamentação dos direitos humanos tem duas consequências: reconhecer um conjunto de direitos mínimos, necessários e essenciais; e definir como uma violação tudo o que ultrapassa a definição dessas condições mínimas. Essa segunda consequência identifica os direitos econômicos e sociais como uma obrigação injusta imposta pelo Estado àquelas pessoas que não precisariam de ajuda para alcançar o bem-estar.

Roger Pilon, em “Ordering Rights Consistently – Or What We Do and Do Not Have Right To”, de 1979, defendeu a teoria do direito de Gewirth alertando para o fato de ser uma característica de seu tempo aquilo que um jornalista da CBS havia chamado de “explosão de direitos”, culminando na prevalência de uma “justiça econômica e direitos humanos”, algo que ele mesmo definiu como sendo uma “tendência para multiplicar direitos sem observar as obrigações correlatas que lhes são logicamente aplicáveis” (1979, p. 1171). O idioma da teoria dos bens ou das virtudes, argumenta Pilon, é inconsistente e não pode ser justificado universalmente. Sob certas condições, é possível se chegar à conclusão de que é necessário perdoar as dívidas de “devedores indigentes”, elidir as “obrigações contratuais dos insensatos” ou prover assistência aos “necessitados” (needy) por meio de redistribuição forçada de bens. Mas isso não deve ocorrer, afirma Pilon, por obrigação jurídica, e sim pela “graça” (grace) governamental, concedida na forma de uma “violação dos direitos” (das outras pessoas). Em nível teórico, a ajuda aos necessitados seria uma violação dos direitos, mas também uma violação do compromisso epistemológico da teoria, já que “benefícios gratuitos não geram obrigações para os beneficiados” (1979, p. 1195).

A linha de raciocínio de Gewirth e Pilon avançaria ainda por algum tempo, enquanto durasse a prosperidade frágil dos tempos Reagan-Tatcher. Mas as graves crises da Década Perdida (anos 1980) forçariam alterações já expressas nos textos de Jürgen Habermas de meados dos anos 1970. Embora o trabalho de Habermas sobre a teoria da ação comunicativa já estivesse avançado quando Gewirth publicou *Reason and Morality*, sua proposta sobre o direito e os direitos humanos só ganhou contornos mais nítidos com o lançamento de *Direito e Democracia* (DeD) no início dos anos 1990 (HABERMAS, 2012).

Habermas é um pensador bem diferente de Gewirth, mas também tem a pretensão de fundamentar os direitos humanos de modo universal, correlacionando uma consistente

definição de sujeito de direitos com a identificação de uma base lógica para a definição de direitos prioritários.

Em DeD Habermas propõe uma solução para a dicotomia entre autonomia pública e privada definindo a constituição do sujeito de direito de modo intersubjetivo, aplicando seu princípio do discurso ao direito. Em sua teoria, o direito a ter direitos decorre da interação entre participantes de uma comunidade de discussão que reconhece cada um de seus membros como sujeitos de direitos. A institucionalização jurídica posterior permite a defesa das condições do sistema, que, então, deve “conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente sua convivência” (HABERMAS, 2012, p. 158).

O processo que define o *status* das pessoas de direito é pré-determinado pelo princípio discursivo da universalização e foi denominado por Habermas de *gênese lógica do direito*. Na medida em que atuam para institucionalizar ou formalizar o código de reconhecimento dos participantes da comunidade de interação elas devem seguir o passo-a-passo proposto por esse procedimento. Em resumo, os 4 primeiros estágios dessa gênese em DeD são os direitos individuais e políticos básicos, e o último estágio (5), afirma Habermas, é o estágio dos direitos fundamentais a “condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)” (HABERMAS, 2012, p. 160). Por esse caminho, Habermas iguala os direitos humanos aos direitos fundamentais, e produz equivalência entre a legalidade e a legitimidade à medida que propõe a existência de um nexos interno entre soberania popular e direitos humanos.

A capacidade subjetiva para exercer direitos nasce, assim, da relação interacionista e se consolida a partir dela – e não é mais constituída *a priori*, ou concebida como um dado natural pela via de uma teoria da razão, como em Gewirth.

Lidando com as dificuldades de enfrentar a forte crítica cultural que colocou à prova seu projeto de uma democratização universalista das relações sociais fundamentada no direito – e, a rigor, nos direitos humanos – Habermas defende, no texto “Sobre a legitimação pelos direitos humanos”, publicado originalmente em 1998, uma visão cosmopolita da forma jurídica de sua teoria, em oposição ao crescimento das teorias baseadas em valores – no caso, especificamente contra o discurso dos valores orientais (2003).

Nesse trabalho, o objetivo é confrontar as acusações de que valores coletivos ou comunitários precedem a organização, promoção e defesa do direito individual – o que

afronta a ordem de sua gênese lógica dos direitos, exposta em DeD (HABERMAS, 2003, p. 68)). Habermas alega que sua concepção de direitos humanos não obstrui a identidade coletiva por excesso de individualismo porque, nessa concepção, o individualismo jurídico (a proteção ao âmbito privado das liberdades individuais) é consequência de uma necessária identidade coletiva que permita a interação social, sob a condição de que esse processo interativo obedeça às regras da igualdade de aceitação da liberdade de ação de todos. Com isso, ele não admite que os direitos humanos sejam pressupostos da interação social formativa da vontade pública. Eles seriam, antes, construções que os cidadãos deveriam formalizar legalmente (2003, p. 76).

Em “Sobre a legitimação” ele lembra as dificuldades e as polêmicas acerca da validação universal cosmopolita dos direitos humanos, seu conteúdo e sua hierarquia. Quando se refere à constituição de grupos marginalizados e oprimidos como sujeitos de direitos na modernidade (judeus, ciganos, mulheres e etc.) ele faz referência a "lutas sociais acirradas", mas imediatamente critica os excessos ideológicos da função exercida pelos direitos humanos (2003, p. 73).

Habermas se identifica com Gewirth ao admitir que a constituição do sujeito de direitos depende de uma forma muito específica de reconhecimento da subjetividade, reconhecimento esse que é um passo essencial para afirmar a ordem prioritária dos direitos individuais e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais – embora insista que apenas coletivamente são obtidas as condições para a defesa dos direitos individuais e políticos, contrariando o essencialismo ou racionalismo naturalista da teoria de Gewirth.

## **5 – O fundacionalismo em direitos humanos e os ambientes complexos**

James Griffin e Alan Gewirth representam uma forte tradição fundacionalista para quem a existência dos direitos humanos depende da universalização das condições necessárias de possibilidade para que sejamos reconhecidos como agentes morais e, em decorrência disso, reconhecidos como titulares desses mesmos direitos humanos.

Habermas propõe que a fundamentação dos direitos humanos se dê também pela via de uma práxis constituinte universalizadora das condições participativas e integrativas que permitem o processo justo de criação de sujeitos de direitos e que implique, reflexivamente, a forma da democracia e a forma jurídica, pela aplicação do princípio do discurso à forma do direito (REPA, 2010).

Para esse grupo de pensadores, os direitos de liberdade e de participação formam o conjunto básico de direitos humanos devidos a todos os membros de uma comunidade que universaliza ao máximo as pretensões de validade de cada um desses direitos. Direitos econômicos, sociais e culturais fazem parte, para Gewirth, da discussão sobre a distribuição de bens em sociedades institucionalizadas; tanto quanto, para Habermas, eles constituem o estágio da discussão e deliberação acerca da distribuição dos benefícios sociais gerados coletivamente. Embora cheguem a propor termos gerais de recomposição e compensação de diferenças sociais muito grandes de forma a evitar injustiças que afetem o direito igual de participação (GEWIRTH, 1996), o fato é que eles não consideram que direitos econômicos, sociais e culturais integrem as condições necessárias para a própria definição epistemológica dos sujeitos de direitos.

E nesse ponto reside o problema que mais chama a atenção dos ativistas e aplicadores das normas de direitos humanos: o fundacionalismo universalista não consegue escapar do minimalismo epistemológico que trai a natureza jurídica das normas de direitos humanos. Por mais que argumentem a favor do reconhecimento de direitos básicos a necessitados e desprovidos de um modo geral, eles pensam nisso como uma proposta circunstancial, limitada ao mínimo necessário para a habilitação para o exercício dos direitos individuais e políticos básicos – de forma muito parecida com o que fazem os funcionalistas como Joseph Raz, para quem a própria intervenção humanitária pode ser justificada por esse caminho.

Vejo esse problema como um problema que afeta o nível teórico da reflexão porque (a) transforma a subjetividade formal em meio para atingir a subjetividade histórico-biográfica-cultural, o que somente seria possível alcançar eventualmente – e esse *eventualmente* é o mais grave; e (b) porque hierarquiza direitos que não decorrem necessariamente uns (os últimos) dos outros (dos primeiros).

A soma desses dois problemas é bastante visível na discussão dos casos que Habermas, Gewirth e Griffin, por exemplo, utilizam em seus textos. Griffin chega a acusar a DUDH de ser “dúbia” por incluir o acesso à justiça entre os direitos humanos (exemplificando com uma hipótese de litígio entre dois executivos bem pagos), concluindo que, diante da miríade de direitos que ela define, os direitos humanos de verdade seriam somente o “mínimo proximo necessário para o agir normativo” (GRIFFIN, 2008, P. 186-187).

Discutindo o multiculturalismo em “A inclusão do outro” (HABERMAS, 2002, p. 166), Habermas propõe a inclusão normativa com “sensibilidade para as diferenças”,

o que, segundo ele, justifica a “concessão de autonomia cultural” para grupos étnicos em sociedades multiculturais organizadas em estados democráticos de direito. Ele mesmo enfatiza, porém, que a “coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, confissões religiosas e formas de vida, não pode levar à fragmentação da sociedade” e reforça que a cultura política comum deve ser forte o bastante para permitir essa concessão, desde que a nação de cidadãos não se despedace. (HABERMAS, 2002, P. 166-167).

Ora, se a autonomia cultural, por exemplo, é uma concessão de quinto nível (como expresso em DeD), não é possível admitir que a cultura faça parte das condições necessárias de ação para a definição dos postulados básicos dos direitos individuais e políticos. Habermas se defende dessa crítica da abstração lembrando em “Sobre a legitimação” que a (sua) teoria não pode abranger a complexidade biográfica e sem limite de todas as pessoas naturais. A comunidade jurídica somente pode proteger a “integridade de seus próprios membros à medida que eles assumem a condição de portadores de direitos subjetivos”, afirma Habermas (princípio do discurso somado à forma jurídica) (HABERMAS, 2003, p. 68). Mas, com esse argumento, o mais correto seria afirmar então que Habermas jamais conseguiu compreender a natureza da ideia de direitos humanos expressa pelo conjunto de normas atualmente em vigor no sistema da ONU e em vários sistemas internacionais regionais mundo afora.

Essa concepção habermasiana de uma intersubjetividade liberal *intramuros* abriu as portas para críticas dentro da teoria crítica. Seyla Benhabib (2013), defensora da teoria crítica de Habermas – cuja posição acerca dos direitos humanos é mais próxima das teorias tradicionais do que dos funcionalistas políticos – afirma que desde os tempos da DUDH há uma grande discussão sobre a normatividade dos textos de direitos humanos e que atualmente seria o caso de analisar se esse conjunto agora normativo não deveria ser visto mais como uma Bill of Rights de uma eventual constituição global, do que, propriamente, norma jurídica (argumento que lembra a proposta funcionalista de Charles Beitz, 2009).

Com relação ao processo de formação dos sujeitos de direitos por meio da gênese lógica habermasiana, Benhabib não entende como se pode chegar a tal classificação de direitos pela mera introdução do princípio do discurso ligado à forma do direito, sem pressupor uma certa ideia de democracia e do tipo específico de cidadania a que se quer chegar – afora o problema de afastar a experiência histórica das lutas sociais da reflexão. Benhabib defende a proposta de Habermas de integrar autonomia privada e pública como

forma de contrapor o individualismo formal e abstrato das teorias clássicas do agir normativo (Gewirth), mas não entende como é possível esperar que todo sistema legal de direitos tenha por base a classificação dos direitos proposta por Habermas. Para ela, Habermas minimiza a importância da indeterminação histórica da experiência democrática tentando “harmonizar a concepção liberal de direitos individuais com uma compreensão republicana de cidadania” (BENHABIB, 2013, p. 50).

A análise de Benhabib nos leva de volta ao ponto inicial da presente discussão: a teoria do agir moral de Gewirth ou a teoria crítica de Habermas somente conseguem enfrentar o problema da fundamentação dos direitos humanos e da prioridade dos direitos em ambientes culturalmente complexos eliminando alguns níveis dessa complexidade e atribuindo prioridade aos direitos individuais de liberdade e a algumas noções básicas de bem-estar. De certo modo, a resposta poderia ser: ignorando a realidade que as normas de direitos humanos são construídas para atingir.

As teorias tradicionais do agir moral preservam certo valor epistemológico por estarem vinculadas às fontes originárias das primeiras normas de direitos humanos, especialmente do direito natural. No caso apontado em I, seria possível atribuir a titularidade de enorme conjunto de direitos a indígenas que disputam bens em arenas políticas nacionais, reconhecendo a esses mesmos indígenas a capacidade de agir normativo formal exigido pela teoria – algo que vem aumentando progressivamente no Brasil. As consequências desse reconhecimento inicial não estariam certas, contudo. Os melhores resultados para os indígenas dependeriam de vitórias decorrentes da capacidade de gerar empatia em suas lutas por direitos. De toda sorte, para as teorias do agir normativo, o vínculo com o território e a forma de relação com o meio ambiente não seriam critérios válidos para o reconhecimento da personalidade jurídica diante das necessárias condições universalizáveis de igualdade, por destoarem demais do que seria possível exigir do conjunto de habitantes do país – especialmente quando estão em conflito interesses econômicos que beneficiam quantidades muito grandes de habitantes não-indígenas.

Mas, para a teoria crítica de Habermas, além da exclusão do território e da relação com o meio ambiente como características fundamentais para a definição da personalidade jurídica, os indígenas dispostos à participação estariam submetidos ao princípio do discurso e às condições necessárias de integração produzidas pela forma do direito racional e positivo. Como, em muitos casos, é impossível harmonizar as pretensões de validade em afirmações de direitos tão diferentes entre si, dificilmente

comunidades inteiras da Amazônia seriam reconhecidas pela teoria crítica como sujeitos de direito. Caso não possam ser reconhecidas como sujeitos de direito, resta o caminho da tutela ou da concessão.

Benhabib me parece ter razão quando argumenta que o formalismo das teorias tradicionais do agir normativo podem ajudar a compreender com mais exatidão quais direitos são direitos humanos, embora apresentem dificuldades para fundamentar a aplicação concreta desses direitos. Para ela, em cenários onde os conflitos são muito complexos – culturais, econômicos sociais, como é o caso da Amazônia – a saída pode ser utilizar a ideia de autogoverno para que a própria comunidade defina seus direitos básicos, da forma que melhor lhe aprouver. Indo bem longe, poderíamos admitir que uma comunidade criasse e vivesse conforme regras dissonantes em face da constituição nacional. Por exemplo, definindo direitos para homens e mulheres a partir de papéis estáticos e bem delimitados, com punições e recompensas associadas à obediência a esses direitos. Quando Habermas debate sobre esse ponto ele tem em vista o horizonte de um plurinacionalismo moderado, onde podem coexistir várias línguas oficiais ou religiões mais ou menos semelhantes; seguramente, ele rejeitaria distinguir, nesse nível (sociedade de papéis), homens e mulheres. Essa rejeição, contudo, não elide o fato de que centenas de comunidades vivem assim no Brasil e que, por definição, sua existência natural e política só possui sentido desse modo.

A solução do autogoverno, proposta por Benhabib, teria, assim, que aceitar conviver com diferenças culturais muito grandes, até o ponto em que seria aceitável não interferir em uma comunidade que sacrifica crianças que nascem com deficiências físicas ou mentais ou que impõe a pena de castigos físicos para delitos cometidos dentro da comunidade. Em casos ainda mais extremos, seria o caso de aceitar a convivência e de aceitar pagar pelos custos da proteção de grupos ou coletividades com os quais se quer poderíamos ter contato.

Os indígenas isolados não são apenas uma hipótese na Amazônia brasileira. Concordo que debater o *status* dessas pessoas ultrapassa um pouco o limite do razoável esperado para uma discussão sobre universalização e direitos humanos. Mas, apenas para aprofundar o exercício teórico, vejamos: estaríamos lidando com seres sem personalidade juridificável? Ou devemos reconhecer seu *status* de pessoa jurídica pelo simples fato de serem pessoas naturais, como propõe a fórmula da ONU? Pela teoria crítica não poderíamos tratá-los com sujeitos de direito, porque eles não assumem a condição necessária, e artificial, de portadores de direitos subjetivos que passaram pelo teste do

princípio do discurso e da forma do direito. Pela teoria crítica, poderíamos protegê-los por nós mesmos, pela obrigação moral de não exterminar pessoas diferentes de nós. Mas a proteção que deveríamos a eles (e ao seu território, área de influência e etc.) seria então o cumprimento de uma obrigação moral que diz respeito à nossa existência política ou aquela devida a um bem ao qual atribuímos certo valor. De todo modo, essas pessoas seriam coisas (mesmo que de que muito valor), mas, jamais, sujeitos de direito.

Ocorre que não pensamos assim com relação aos nossos filhos muito pequenos e incapazes de assumir qualquer condição de *claimers* de direitos. Pensamos neles como potenciais agentes morais que devemos proteger, e o sentido dessa proteção é o de garantir as necessárias condições para que se tornem agentes normativos. Essas condições, nós as pré-estabelecemos, esperando que, após certa idade, eles concordem conosco. Enxergamos as nossas crianças como sujeitos de direito por causa da expectativa de aceitarem as condições impostas pelos adultos para serem reconhecidos como tal, e não porque possuem um valor pelo que são, em si mesmas. Esse é o preço a pagar para levar a sério uma teoria do agir normativo, crítica ou tradicional. Indígenas isolados não seriam, então, sujeitos, seriam bens naturais; crianças estariam sujeitas à proteção apenas à medida que atendam às expectativas de seus pais de se tornarem membros da comunidade em que vivem e assim por diante, em situações semelhantes.

## 6 – Conclusão

Em razão do que apresentei anteriormente, o caminho natural a seguir seria o de acusar Habermas de não ter compreendido a internacionalização dos direitos humanos; sua proposta de fundamentar os direitos humanos na forma de defesa das condições de desenvolvimento de uma intersubjetividade *intramuros* ofende a DUDH frontalmente. Também poderíamos afirmar que pensadores como Gewirth, Pilon e Griffin estão distantes de compreender os verdadeiros desafios da universalização dos direitos humanos.

Minha preocupação, contudo, expressa em 1 e 2, era a de confrontar a teoria crítica e a teoria do agir moral com a realidade da aplicação universal das normas de direitos humanos na realidade complexa da ordem jurídica brasileira, especialmente na região amazônica.

O Brasil é um país multicultural e adepto da proposta básica de integrar ao seu sistema normativo as normas internacionais de direitos humanos. Em nossa história

recente, assimilamos os principais tratados internacionais de direitos humanos e os transformamos em normas jurídicas válidas em todo o território nacional – com validade superior às normas ordinárias.

Não somos um exemplo de aplicação eficaz dessas normas e não é um absurdo afirmar que testemunhamos atualmente focos de crescente violência em áreas em disputa onde a influência desse conjunto normativo parece ser maior – como nos casos dos conflitos de terra e no sistema penitenciário.

Apesar de os conflitos entre direito interno e direitos humanos serem mais evidentes nos locais aonde a diversidade cultural é mais forte, gostaria de enfatizar que esses conflitos podem ser encontrados por toda parte no Brasil – nas lutas sociais contra a pobreza ou nas dificuldades de harmonizar as regras sobre o uso da força policial com a proteção dos direitos humanos, p. ex. Na Amazônia, por outro lado, encontramos a sobreposição não apenas de normas conflitantes, mas de elementos distintos da realidade que atuam mais fortemente como indicadores primordiais do *status* jurídico das pessoas e grupos envolvidos em conflitos. Esse *status* não é conferido pela circularidade proposital de uma gênese lógica no estilo habermasiano, nem pode ser diferido de uma teoria do agir normativo tradicional, aos moldes de Gewirth ou Griffin. Ele só pode ser bem compreendido a partir de uma concepção tradicional da teoria dos valores, desde que desnaturalizada; porque somente assim ela pode conter os elementos de autogoverno (ou autodeclaração) fundamentais para credenciar povos inteiros e seus indivíduos à participação política.

Concordo com Habermas com a necessidade de integrar autonomia privada e pública; mas penso que Benhabib tem uma visão mais realista sobre isso ao recuperar a ideia de introdução da vida na política – como em Arendt.

Ocorre que politizar a relação entre grupos étnicos ou culturalmente distintos não pode significar elidir por completo aquilo que o próprio Habermas chamou de “complexidade biográfica”. E não podemos fazer isso por vários motivos, mas principalmente porque não há nenhuma garantia de que, pela via do discurso, aceitando aderir às condições universalizantes de participação jurídico-democrática, essas pessoas possam alcançar a realização do que para elas seriam as condições básicas de existência “privada”. Ou seja, pela via da autonomia política a vida privada para elas seria uma condenação à reprodução de uma vida absolutamente sem sentido ético. Lembrando que, por esforço hipotético, deixo de lado aqui o aspecto antropológico, comum a muitos

desses povos, que não distingue existência individual de existência coletiva, tal como a concebemos.

Esse raciocínio sobre o sentido do *status* de participantes comunitários pode ser aplicado à condição de muitos povos indígenas e centenas de comunidades quilombolas, mas também é aplicável ao modo de vida tradicional de quem vive de forma sustentável com o uso dos recursos naturais. Grandes empreendimentos econômicos, como barragens de mineração e de usinas hidrelétricas, não apenas afetam, mas podem destruir o modo de vida dessas comunidades. Levar em conta, verdadeiramente, a opinião desses povos deveria ter a ver com bem mais do que poder realizar pequenas alterações nos projetos de intervenção – ou determinar que fossem indenizados. Mas, para que isso pudesse acontecer, seria preciso avançar, nas teorias do agir moral, e conceber modos de vida culturalmente diferentes como “necessary conditions of purposive action” (Gewirth).

A objeção óbvia seria afirmar que, por essa via, por causa da indeterminação, jamais obteríamos universalização em contexto algum (cada um quer uma coisa diferente). A saída para esse imbróglio seria reconhecer que tais “condições necessárias” deveriam ser reconhecidas não para todos, mas para alguns, o que nos leva de volta para as teorias dos valores.

O fato é que com base nas teorias dos valores as normas de direitos humanos têm conseguido avançar; e avançam de uma forma que não seria possível se fossem compreendidas da forma como Habermas, Gewirth, Pilon e Griffin propõem.

De toda sorte, é inegável reconhecer que a sobreposição normativa entre bens (materiais e imateriais), processos (competências administrativas ou legislativas) e pessoas (*status* jurídico de indivíduos e de grupos), ainda mais primordial do que os conflitos de direitos, dificulta a reflexão sobre os graves problemas enfrentados pelo aumento da violência e a falta de atenção ao sentido geral da defesa e promoção dos direitos humanos na Amazônia brasileira.

Essa conclusão, contudo, não pode nos levar a aceitar como redentor o conforto teórico das teorias do agir moral ou da teoria crítica do discurso, ao custo de abandonar a realidade. Afinal, não há nada mais próprio ao estudo e ao ativismo em direitos humanos do que o desconforto de continuar trabalhando para entender e conseguir defender a complexidade de nossa realidade, apesar dos custos teóricos sempre muito elevados, com enormes consequências práticas.

## REFERÊNCIAS

- BEITZ, Charles. **The Idea of Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2009.
- BENHABIB, Seyla. **Reason-Giving and Rights-Bearing. Constructing the Subject of Rights** [Constellations: Na International Journal of Critical and Democratic Theory, 20, no. 1 (Spring 2013): 38– 50.], 2013.
- CARDIM, Sílvia Elisabeth de C. S.; VIEIRA, Paulo de Tarso Loguércio; VIÉGAS, José Leopoldo Ribeiro. **Análise da Estrutura Fundiária Brasileira**. INCRA, Departamento de Análise Estatística, 1999.
- CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **Terra indígena: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico**. História vol.35, Franca, 2016.
- CNDH. **Relatório Missão Rondônia** – Grupo de Trabalho Defensores de Direitos Humanos ameaçados em Rondônia. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2016.
- CORRADETTI, Claudio [Editor]. **Philosophical Dimensions of Human Rights**. Some Contemporary Views. New York: Springer, 2012.
- CPT. **Conflitos no Campo – Brasil 2016**. CPT Nacional – Brasil, 2016.
- CUNHA, Eliaquim Timotéo da; MOSER, Lilian Maria. **Os projetos de colonização em Rondônia**. Revista Labirinto – Ano X, nº 14 – dezembro de 2010.
- FERREIRA, Gustavo Henrique Cepolini. **A colonização em Rondônia - lutas e perspectivas da agricultura camponesa**. Linguagem Acadêmica, Batatais, v. 1, n. 1, p. 135-156, jan./jun. 2011.
- FORST, Rainer. **Justification and Critique**. Malden: Polity Press, 2014.
- FREEMAN, Michael. **The Philosophical Foundations of Human Rights**. Human Rights Quarterly, Vol. 16, No. 3, pp. 491-514, 1994.
- GEWIRTH, A. **Reason and morality**. Chicago: Chicago University Press, 1978.
- GEWIRTH, A. **The community of rights**. Chicago: University of Chicago Press, 1996.
- GEWIRTH, Alan. **Essays on justification and applications**. The University of Chicago Press, 1982.
- GEWIRTH, Alan. **Moral Foundations of Civil Rights Law**. Journal of Law and Religion, Vol. 5, No. 1, pp. 125-147, 1987.

- GEWIRTH, Alan. **The Basis and Content of Human Rights**. Nomos. Vol. 23, HUMAN RIGHTS, Published by: American Society for Political and Legal Philosophy, pp. 119-147, 1981.
- GOODALE, Mark. **The Myth of Universality: The UNESCO “Philosophers’ Committee” and the Making of Human Rights**. Studies in Human Rights, 2015.
- GRABNER, Maria Luiza. **Marcos Jurídicos das Unidades de Conservação e dos Territórios Étnicos - perspectivas para conciliação** (2013). Disponível em: <https://etnico.wordpress.com/category/sobreposicoes-territoriais/> Acessado em 26 de maio de 2017.
- GRIFFIN, James. **On Human Rights**. New York: Oxford, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre a facticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **The Concept of Human Dignity and The Realistic Utopia of Human Rights**. Metaphilosophy. Vol. 41, No. 4, July, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Sobre a legitimação pelos direitos humanos**. In.: Direito e legitimidade. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy, 2003.
- IMAFLORA. **Nota técnica sobre a malha fundiária do Brasil**. <http://www.imaflora.org/atlasagropecuario/> Acessado em 26 de maio de 2017.
- LE TOURNEAU, François-Michel; BURSZTYN, Marcel. **Assentamentos rurais na Amazônia: contradições entre a política agrária e a política ambiental**. Revista Ambiente & Sociedade. Campinas v. XIII, n. 1, p. 111-130, jan.-jun., 2010.
- LEE, J. A.; LIBECAP, G. D.; MUELLER, B. **Conflict and land use: the development of property rights and land reform on the Brazilian Amazon frontier**. Michigan: University of Michigan Press, 1999.
- LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **Desenvolvimento, meio ambiente e direitos dos índios: da necessidade de um novo *ethos* jurídico**. Revista Direito GV. Rev. direito GV vol.6 no.2 São Paulo dez. 2010.
- MCINTYRE, Alasdair. **After Virtue**. Notre Dame, Indiana: Notre Dame UNiversity Press, 2007.
- MOYN, Samuel. **The Last Utopia: Human Rights in History**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- ONU. **Convenção de Viena e Programa de Ação**. ONU, 1993.

PACHECO, P. **Agrarian reform in the Brazilian Amazon: its implications for land distribution and deforestation.** World Development, Oxford, v. 37, n. 8, p. 337-1347, 2009.

PILON, Roger. **Ordering Rights Consistently – Or What We Do and Do Not Have Right To.** Georgia Law Review, V. 13. N. 4, pp. 1171-1196, 1979.

RAWLS, John. **O direito dos povos.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom.** Oxford: Oxford University Press, 1986.

RAZ, Joseph. **Human Rights without Foundations.** In.: A. Etinson (ed.), Human Rights: Moral or Political? (OUP, forthcoming), 2014.

REPA, Luiz. **A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema dos direitos fundamentais em Habermas.** Revista *doisPontos*, Curitiba, São Carlos, vol. 7, n. 2, p.141-156, outubro, 2010.

REZENDE, Roberto Sanches; POSTIGO, Augusto. **Reconhecimentos territoriais e desconhecimentos institucionais.** Revista *Ruris*. Vol. 7, pp. 119-142., número 2, setembro, 2003.

RICARDO, Fany [org.] **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da natureza: o desafio das sobreposições.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

RORTY, Richard. **Philosophy and Social Hope.** Penguin Books, 1999.

RORTY, Richard. **Human Rights, Rationality, and Sentimentality.** In.: S Shute and SL Hurley (eds), On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures. New York: Basic Books, 1993.

TASIOULAS, John. **Towards a Philosophy of Human Rights.** Inaugural Lecture as Quain Professor of Jurisprudence, delivered at University College London, January 19th, 2012.

TASIOULAS, John. **On the Foundations of Human Rights.** CRUFT, Rowan; LIAO, S. Matthew; RENZO, Massimo. *Philosophical Foundations of Human Rights*, pp. 45-71, 2015.

TEIXEIRA, Lucineide da Silva. **Dinâmicas Territoriais em Rondônia: Conflitos fundiários entorno do Projeto Integrado de Colonização Sidney Girão (1970 - 2004).** PCRGS, PORTO ALEGRE, 2015.

UNESCO. **Human rights – Comments and interpretations.** UNESCO/PHS/3(rev.). Paris, 25 de julho de 1948. <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001550/155042eb.pdf>; acessado em 25 de maio de 2017.

UNESCO. **Memorandum sur les droits de l'Homme.** UNESCO/Phil./1/1947. Paris, 27 le mars, 1947a. Disponível em:<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001240/124068Fb.pdf>; acessado em 25 de maio de 2017.

UNESCO. **Report of the Unesco Committee on the Philosophic Principles of the Rights of Man to the Commission on Human Rights of the United Nations.** Unesco/Phil./10/1947b. <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001243/124350Eb.pdf> ; acessado em 25 de maio de 2017.

VAZ FILHO, Florêncio Almeida. **Os conflitos ligados à sobreposição entre terras indígenas e a resex Tapajós-Arapiuns no Pará.** Revista Ruris. Vol. 7, pp 143-183, número 2, setembro, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Is Dignity the Foundation of Human Rights?** New York University School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working paper nº 12-73, 2013.

WALTERS, Gregory J. **MacIntyre or Gewirth? Virtue, Rights, and the Problem of Moral Indeterminacy.** In: Philosophical Theory and the Universal Declaration of Human Rights, 183-200. Edited William Sweet. Ottawa: University of Ottawa Press, 2003.

WHITE, Stephen K. **On the Normative Structure of Action: Gewirth and Habermas.** The Review of Politics, 281-301.