

### Direitos Humanos e Crítica Teórica

Recensão de Anabela Costa Leão

Universidade do Porto

#### *Direitos Humanos e Crítica Teórica*

Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa, Alfredo Culleton & Virgínia Colares.  
(Org.) (2015)  
Porto Alegre: Entrementes

Como se assume no Prefácio, esta obra tem por “fio condutor” um conjunto de questões anunciadas de forma mais ou menos explícita no primeiro dos textos que integra, o ensaio *Entre la pluralidade y la universalidade, desafios para los Derechos Humanos*, de Alfredo Culleton e Vicente de Paulo Barreto. Aí se discutem os desafios que a globalização coloca ao Direito e se problematizam múltiplos desafios à teoria democrática e constitucional. A história do século XX atesta a necessidade de um Direito assente em valores morais como salvaguarda da dignidade da pessoa humana, valores esses que correspondem a um direito suprapositivo que apela a uma dimensão moral e, assim, religa a ordem moral e a ordem positiva (p. 17), conferindo aos direitos humanos o estatuto de instrumento de legitimação das ordens jurídicas. Esta universalidade moral e jurídica dos direitos humanos é limitada pela invocação das soberanias estaduais (p. 189) mas, igualmente, pela globalização (melhor seria dizer, globalizações), que põe a nu a insuficiência das respostas clássicas centradas no Estado-Nação e no seu Direito perante a deslocação real do poder dos executivos para uma plêiade de agências reguladoras, a pluralização de níveis e tipos de poder que conduzem a relações desiguais, protagonizadas por empresas multinacionais, ou os desafios resultantes de correntes migratórias, de problemas ecológicos, da pobreza e das desigualdade sociais (p. 23). A efetivação dos direitos humanos exige uma redefinição da sua extensão e fundamentação, mas também das suas fontes e formas de garantia em sociedades globalizadas, multiculturais e em constante transformação (p. 25), tornando-se imperativo pensar um conjunto de valores básicos (não princípios) comuns a todas as sociedades humanas que possam servir de referência

à formulação e atualização dos direitos humanos como “referente moral e político” (p. 25), cujo processo de determinação e concretização efetiva deixam, contudo, em aberto.

A diversidade cultural patente no interior dos Estados, fomentada pelas migrações, ainda que a elas não se circunscreva – vejam-se as minorias históricas e os povos indígenas – representa um importante desafio para a pretensa homogeneidade cultural subjacente ao Estado-Nação, como bem ilustram Natalia Gonçalves e Fernanda Bragato no seu contributo *As políticas públicas de saúde para povos indígenas no Brasil: entre a exclusão histórica e a reivindicação de cidadania diferenciada*, exigindo à teoria democrática e constitucional a abertura à proteção das identidades culturais, à cidadania diferenciada e a um entendimento complexo da igualdade como questões de justiça, o que leva a repensar as funções dos direitos humanos como instrumentos de, diríamos nós, “inclusividade constitucional”.

A angústia pelas promessas não cumpridas dos direitos humanos, pela inexistência de consensos em torno de uma “era dos direitos” anunciada no pós II Guerra, ressurgiu no texto de Jean-François Delucy, *Profanar os direitos: as crianças no campo de batalha*. O autor evidencia o enlace entre o político e o jurídico, entre a dimensão de “luta política” e de “conquista social” do Direito e dos direitos e a sua consagração jurídica, sustentando que a realização efetiva dos direitos não se basta com a sua *consagração*, exigindo a *profanação* através da luta política que os mantém vivos e significa, para o autor, a superação do jurídico pelo político (p. 52-53).

Sobre este enlace, que é também tensão, entre o Direito e a política, escrevem Daniel Romaguera e João Paulo Teixeira em *Para além do soberano; uma crítica à herança moderna e legitimação do exercício de poder na atualidade*, mostrando como a pós-modernidade não afastou o político nem a soberania (p. 63), antes os lançou para lá das fronteiras do Estado-Nação, e evidencia a contradição entre “o discurso legitimador da soberania” e “o exercício do poder na atualidade” (p. 66), sendo que a soberania “tem o papel de conferir voz à lei” e, ao mesmo tempo, “é elemento legitimador do exercício soberano” (p. 68), o que se reflete, necessariamente, na conceção de Estado de Direito democrático.

O pós-guerra é o tempo dos direitos humanos, o que não pode ser dissociado da crítica ao positivismo, acusado de não ter impedido a existência de um Direito hostil à dignidade humana em Estado totalitários mas juridicamente regulados. A crítica ao positivismo foi, designadamente, empreendida contra o juspositivismo de cariz normativista de Hans Kelsen e dá o mote a dois dos contributos da obra, ao texto de Paulo Costa e de Ricardo Martins, intitulado *Os princípios jurídicos em Hans Kelsen e a reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea: superação de um paradigma interpretativo do Direito* e ao texto de Saulo de Matos, que se ocupa da *Teoria Pura do Direito e Nazismo: uma análise a partir da crítica de Gustav Radbruch*.

A tese central do artigo de Saulo de Matos é, nas palavras do autor, a de que não é procedente a crítica de Gustav Radbruch à suposta vinculação histórica e prática entre a construção do Estado nazista na Alemanha e a Teoria Pura do Direito de matriz kelseniana (p. 102). Assim, não só “não há relação histórica entre a atitude e o pensamento dos juristas nos períodos anteriores e posteriores à tomada do poder pelo regime nazista” (p. 109), como a teoria pura do Direito poderia ter sido um instrumento ao serviço da crítica do Direito nacional-socialista, apesar de sustentar que a questão da validade

das normas é independente da justiça, precisamente porque a desvinculação entre validade e legitimidade poderia, no entender do autor (p. 107), contribuir para a crítica da concepção “moral” do Estado nazi e do método teleológico que serviu de base à interpretação. O positivismo de Kelsen é também acusado de não ser capaz de dar resposta aos novos problemas com que o Direito se debate e, designadamente, de se adequar à centralidade assumida pelos princípios jurídicos (pese embora a sua indeterminação). O texto de Paulo Costa e de Ricardo Martins, *Hermenêutica filosófica e o papel do aplicador do Direito*, debruça-se sobre a presença e relevância dos princípios na obra do jurista austríaco, para concluir que a sua teoria pura do Direito nunca rejeitou a sua presença no ordenamento nem a sua aplicação pelo juiz (p. 80). Porém, aprisionada no esquema “sujeito-objeto” (p. 83), insere-se num paradigma filosófico ultrapassado em relação ao qual a viragem hermenêutico-fenomenológica se oferece como alternativa. Esta exige a convergência do método teórico com “o modelo político e ético do Estado democrático de Direito defensor da dignidade da pessoa humana”, que é o espaço do neoconstitucionalismo, o que o positivismo de Kelsen não pode assegurar porque incapaz de impedir o decisionismo judicial.

O sucesso da referida viragem pós-positivista do pensamento jurídico-filosófico contemporâneo no Brasil merece reflexão crítica de Paulo Costa e Ricardo Taxi no texto *Hermenêutica filosófica e o papel do aplicador do Direito*. Os autores propõem-se discutir se e em que medida a hermenêutica filosófica permite iluminar a prática jurídica ao ponto de eliminar a discricionariedade presente no ato de interpretar, num contexto pós-positivista que contesta a separação entre Direito e moral e a distinção entre compreensão e interpretação (p. 88) e leva em conta as consequências morais da aplicação do Direito, com preocupação de descortinar o reflexo desta perspetiva (ou sua ausência) na formação dos juristas. Os autores notam que, no Brasil, a discussão se centra no problema da discricionariedade judicial e na solução supostamente trazida pelos princípios jurídicos, capazes de garantir uma iluminação moral do Direito. Cientes do risco da ditadura do judiciário propiciada por uma abertura ética acrítica e legitimadora de uma relativização da lei em prol da moral (p. 89), ressaltam que do que se trata é de fundamentar uma aplicação do Direito em princípios morais intersubjetivos, na esteira da teoria interpretativista de Dworkin, cujo potencial emancipatório se considera, todavia, não ter sido devidamente aproveitado pelos juristas brasileiros, ao reconduzirem os princípios a direito posto (p. 92) e confundirem discricionariedade judicial com arbitrariedade.

A questão da discricionariedade judicial é retomada por Manuela Pickerell em *A proporcionalidade como uma questão de integridade*, no qual, após afirmar que, independentemente da previsão constitucional, os princípios devem ser pensados como “significados que acontecem num horizonte de sentido dado pela história” (p. 155), a autora sustenta, com respaldo no *Direito como integridade* de Dworkin em diálogo com a concepção de Alexy, que aqueles não são cláusulas de abertura do sistema, antes operam o fechamento hermenêutico justificando a decisão do intérprete “no interior da prática interpretativa que define e constitui o Direito” (p. 157). O sistema de regras e princípios de Alexy deixa ao intérprete – *maxime*, ao juiz – uma discutível margem de apreciação na realização das operações de ponderação e na determinação da relação de “precedência condicionada” em caso de colisão de princípios, mostrando-se incapaz de permitir a superação do “positivismo e sua perniciosa discricionariedade” (p. 163), que tem de ser eliminada por conduzir à arbitrariedade.

A liberdade interpretativa do juiz e a sua discricionariedade, desta feita escrutinadas pelo prisma da Linguística aplicada ao Direito (p. 114), ressurgem no texto de Virgínia Colares intitulado *Hermenêutica endoprocessual: aproximações entre as teorias do processo e análise crítica do discurso jurídico*, que faz apelo a uma perspectiva transdisciplinar por intermédio da qual dialogam Direito e Linguística, Hermenêutica Endoprocessual e Análise Crítica do Discurso Jurídico. Virgínia Colares debruça-se sobre a linguagem usada numa decisão judicial referente a um pedido de retificação de Registo Civil, a decisão n.º 0013781-87.2011.8.19.0038, identificando “diversas estratégias típicas de construção simbólica materializadas na superfície textual” que remetem para diferentes modos de operação da ideologia, pistas que apontam no sentido de a pretensa objetividade do juiz poder estar enviesada (p. 134). Partindo da hipótese de que “o Estado, quando faz uso de leis abstratas e ideias para promover a democracia assegurada pelo direito processual constitucional, promove um ocultamento ideológico que forja a ideia de que a linguagem é neutra e produzida num vácuo social” (p. 114), conclui que não existe a “almejada objetividade na prolatação da decisão” prevalecendo ao invés “a subjetividade natural às linguagens ordinárias humanas” (p. 111). Não existe “discurso inocente”: “todo dizer está comprometido com a inevitável materialidade do mundo, nossos espaços e tempos sociais” (p. 134).

Numa linha de criminologia crítica, Carolina Medeiros e Marília Mello analisam, em *A revitalização da prisão: impactos da Lei Maria da Penha no encarceramento de agressores*, as repercussões do endurecimento do tratamento penal preconizado aos agressores de mulheres pela Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340), aprovada em 2006 e tida como um marco na luta contra a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Com base numa pesquisa empírica de carácter documental, as autores concluem que a referida Lei relegitima paradoxalmente um sistema punitivo em rutura, “falido e deslegitimado” (p. 143), reforçando o recurso à prisão mesmo em situações de “baixa lesividade” e mostrando-se incapaz de dirimir os problemas domésticos, pelo contrário reproduzindo “dor e violência” (p. 150).

Em suma, não obstante a diversidade dos contributos e perspectivas adotadas, é possível divisar algumas inquietações fundamentais transversais, às quais são dadas respostas nem sempre convergentes: o conceito de direitos humanos e a discussão do papel que lhes está reservado numa nova ordem mundial em construção e numa realidade jurídica cada vez mais multinível, o conceito de Direito e a finalidade – descritiva ou justificativa – da teoria jurídica, associada à questão da (re)ligação entre Direito e moral, operando pela via dos valores subjacentes aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana ou pela via (promissora, mas igualmente perturbadora) dos princípios, a possível objetividade e o *quantum* de liberdade do juiz na interpretação à luz de exigências de justiça e segurança jurídica e a legitimidade e legitimação do Direito, e relação entre este e o político. Questões que não sendo, em rigor, novas, reclamam, como a obra demonstra, uma perspectiva dialogante<sup>1</sup>, crítica e aberta a compreensões diversas num cenário que é de reconfiguração do Estado, do político e também, e necessariamente, do Direito.

## Notas

<sup>1</sup>A obra *Direitos Humanos e Crítica Teórica* reúne um conjunto de trabalhos realizados no contexto de redes de pesquisa e cooperação académica entre docentes e discentes de pós-graduação da Universidade Federal do Pará, da Universidade Católica de Pernambuco e da Universidade do Vale do Rio Sinos, com financiamento CAPES.