

# Entre os direitos humanos e os direitos fundamentais: as possíveis convergências entre a teoria crítica de Joaquín Herrera Flores e a teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli

*Luiz Henrique Urquhart Cademartori\**  
*Leilane Serratine Grubba\*\**

## Resumo

O trabalho tem como objeto a reflexão sobre o fundamento dos direitos humanos e sua indissociável relação com os direitos fundamentais no âmbito do contemporâneo Estado de direito. Para tanto, procura estabelecer possíveis convergências teóricas entre as lições de Joaquín Herrera Flores e Luigi Ferrajoli. A análise dos direitos fundamentais, a partir da teoria garantista e dos direitos humanos, com base da teoria crítica da reinvenção, é tanto um desafio teórico quanto prático do século XXI. Isso, em virtude da necessidade da investigação de seus fundamentos teóricos e possibilidades de implementação na dialética da práxis da vida em sociedade, para que as conquistas históricas de direitos não sejam reduzidas à mera retórica hegemônica-conservadora de uma ordem global fundada na desigualdade e exploração. Percebe-se, então, que o constitucionalismo e os direitos não importam em conquistas, mas em programas normativos a serem buscados diariamente,

tal como a democracia e a paz. Nesse sentido, situa-se a importância do estudo dos direitos, estejam estes em normativas nacionais ou internacionais, bem como mostra-se relevante situá-los em sua transitoriedade e constante construção, em suma, em sua historicidade, para serem efetivamente garantidos.

*Palavras-chave:* Direitos fundamentais. Direitos humanos. Garantismo. Teoria crítica.

\* Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina, pós-Doutor em Filosofia do Direito, Universidad de Granada - ES, professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em direito da Universidade Federal de Santa Catarina, bem como de diversos cursos de especialização em direito administrativo no país e autor de várias obras jurídicas sobre o tema.

\*\* Mestranda em Direito, Ufsc/CPGD; <http://lattes.cnpq.br/2294306082879574>. E-mail: [lsgrubba@hotmail.com](mailto:lsgrubba@hotmail.com)

↳ Data da submissão: 4-8-2012 Data do aceite: 4-9-2012

## Introdução

No contexto da Guerra Fria, de meados do século passado, e concomitantemente com a implementação de políticas públicas interventoras no mercado, por parte dos países do bloco ocidental, o reconhecimento dos direitos humanos (notadamente, os sociais) pela Organização das Nações Unidas, em 1948, na *Declaração universal dos direitos humanos*, demonstrou a intenção internacional a favor da consecução de direitos básicos a todo ser humano, independentemente de sua nacionalidade. Vale dizer, constatou-se a necessidade de se estabelecer um mínimo a ser garantido ética e juridicamente a todos, sob um apelo de universalidade de valores de inspiração iluminista. Por outra parte, na seara do mundo jurídico, o movimento teórico desencadeado por juristas, tais como Kelsen e Schmitt, notadamente sobre quem deveria ser o intérprete da Constituição, em uma famosa polêmica (Cf. CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 7-13), desde a década de 1930, gerou toda uma corrente constitucionalista centrada no problema da normatização e auferimento de densidade regulativa aos direitos fundamentais. Tal empreitada compreendeu não somente os originários direitos de liberdade, mas igualmente direitos sociais, políticos, eco-

nômicos e cívicos. Contudo, não obstante sua importância, grande parte das problematizações teóricas sobre tais direitos, ao afirmar genericamente sua universalidade e necessária implementação, reduzem sua riqueza de conteúdos e complexidade temática, ao deixar de se analisar o caráter ideológico, político, social, econômico e cultural que decorre da sua dimensão normativa de direitos constitucionalmente positivados.

Paradoxalmente, na medida em que se multiplicou, paulatinamente, a regulação dos direitos fundamentais, aumentaram significativamente suas próprias violações e tentativas governamentais de supressão, visando à eliminação de uma variada gama de conquistas sociais, econômicas e culturais, oriundas desses mesmos direitos. Nesse sentido, qualquer análise teórica que desvincule as ficções normativas da práxis social, vale dizer, da realidade concretamente vivenciada, além de se configurar em diletantismo teórico, contribui, mesmo que indiretamente, para legitimar a violação dos direitos fundamentais e sua não garantia.

No marco pós-anos 1970, a nova forma ocidental de perceber o mundo, pautada pelo modelo capitalista neoliberal, possibilitou o enfraquecimento político estatal ante o fluxo monetário de instituições de atuação especulativa em nível global. Com isso, os di-

reitos até então adquiridos passaram a ser entendidos como custos sociais a serem reduzidos em detrimento de uma liberdade de circulação do capital privado de grandes corporações transnacionais. Em outras palavras, engendrou-se uma racionalidade que, ao separar a economia das demais instituições sociais, terminou por subordiná-las a uma ideologia puramente mercantilista. Dessa forma, reduziu-se drasticamente o processo coletivo de busca por melhores condições de vida social, pela centralidade do indivíduo, atomizado, que intenta angariar, desenfreadamente, dividendos financeiros e especulativos, sob uma lógica de competição desmedida, para si próprio, num ambiente de pretensa escassez de recursos. Isso em contraposição à urgência de demandas coletivas de bem-estar e vida digna.

Nesse prisma e considerando-se, após a última grande crise financeira global de 2008 e 2009, estar parcialmente desacreditado o discurso neoliberal que pautou a década de 1980, a problematização dos direitos humanos e sua versão normativa constitucional de direitos fundamentais deve ser retomada, em toda a sua complexidade. Isso tudo implica uma devida percepção da sua multiplicidade de objetos, destinatários e âmbito de abrangência, como eixo da sociedade contemporânea, sendo um dos prin-

cipais desafios jurídicos e políticos do século XXI. Caso não seja assim, corre-se o risco de reduzir o discurso dos direitos fundamentais à mera retórica de entrave à governabilidade, que foi hegemônica no contexto neoliberal, de uma ordem global fundada na desigualdade e exploração.

O mundo contemporâneo desenha uma realidade na qual quatro quintos das pessoas (sobre)vivem à beira da miséria e 30% da população sobrevive com menos de um dólar por dia. É um mundo no qual, segundo o relatório PNUD de 1996, um bilhão de pessoas não têm acesso à água potável e são analfabetas. “Um mundo onde as mortes devido à fome e às doenças evitáveis chegam por ano a cifras iguais às mortes ocorridas nas Torres Gêmeas multiplicadas por seis mil.” Nesse quadro, os debates teóricos que ocorrem nos países ricos do Norte, ao invés de se concentrar nas cifras da miséria e degradação humana, cuidam de fechar as fronteiras contra o Sul faminto, alertando-se contra os perigos culturais do diferente e do multiculturalismo. A imigração passa a ser vista, então, como um fenômeno de necessidade de mão de obra não qualificada em determinadas épocas, ocultando-se o fato de que esse fenômeno é uma das consequências da ideologia neoliberal capitalista (HERRERA FLORES, 2002, p. 10-11).

Prossegue sua análise Herrera Flores (2002, p. 12) destacando que, muito mais do que um problema cultural, toda essa conjuntura se desvela como um problema político e econômico, sobretudo de desequilíbrio na distribuição de riqueza. Para tanto, basta constatar a persistência, no mundo atual, dos grandes desníveis de riqueza e vida digna que se constata por todos os países do globo, a despeito da nova nomenclatura política entre países desenvolvidos, em desenvolvimento e subdesenvolvidos, denotando uma evolução econômica por parte de alguns dos antigos países do “terceiro mundo” como sendo, agora, países em vias de desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

Por essas, dentre tantas razões, revela-se crucial uma profunda discussão dos direitos fundamentais na atualidade, ainda que, por óbvio, neste estudo não se pretenda esgotá-la, em virtude da impossibilidade de abarcar completamente um tema de dimensões múltiplas e complexas. Para tanto, o estudo centrou-se nas possíveis convergências entre a teoria crítica dos direitos humanos de Joaquín Herrera Flores e uma concisa exposição dos direitos fundamentais, derivada da teoria de Luigi Ferrajoli, em seu texto intitulado “Sobre los derechos fundamentales” (2007).

## A busca de um fundamento possível: do jusnaturalismo ao positivismo atual

Considerar o tema dos direitos humanos e dos direitos fundamentais como um grande desafio do século XXI implica uma análise crítica sobre a possibilidade de perscrutar seu fundamento e, sobretudo, seu âmbito de normatividade, ou seja, não somente seu caráter ontológico, mas também seu caráter deontológico. O que se pretende quando se fala em direitos humanos e direitos fundamentais? Como garantir sua efetiva implementação? A resposta a tais perguntas não pode comportar posicionamento, ainda que provisório, sem que se tenha conhecimento sobre as bases sob as quais foram construídas teoricamente as doutrinas dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Teoricamente, fundamentar é justificar racionalmente um argumento. O que se pretende, portanto, é a verificação da possibilidade de um fundamento de justificação racional dos direitos humanos e fundamentais. E nesse sentido, difere a análise quando a busca se refere aos direitos que se tem como um dado concreto; da busca dos direitos que se gostaria de ter, em nível deontológico.

A investigação do nível ontológico dos direitos, no próprio ordenamento jurídico positivo, reside na verificação da existência de uma norma válida que os reconheça como tais. Contudo, no caso dos direitos fundamentais e sua normatividade, nos termos de Bobbio (1992, p. 15), é necessária a busca de razões para a defesa da legitimidade de um determinado direito e o convencimento das demais pessoas, sobretudo as que detêm o poder direto e indireto de produção normativa de reconhecê-lo. Assim, para além de ser um problema de direito positivo, direitos humanos e sua versão positiva de direitos fundamentais se constituem em um problema de justificação racional.

Ao se pressupor que direitos humanos e fundamentais são fins que devem ser perseguidos e meios para alcançar uma vida digna, deve-se pensar em como foram e como serão fundamentados os futuros direitos a serem gerados, para que obtenham reconhecimento, legitimidade e eficácia.

A busca de um fundamento, por muito tempo, pautou-se na ilusão da possibilidade de um fundamento universal, absoluto, metafísico e irresistível, ao qual ninguém poderia negar a adesão.

Essa constatação decorre do fato de que, desde a Antiguidade Clássica e durante um longo período da era

medieval a meados da modernidade pós-renascentista, pensou-se que a normatividade era alheia à realidade do mundo, sem qualquer efeito prático. Portanto, a filosofia ligava-se ao transcendente; postulado que pode ser verificado já no idealismo platônico. O fundamento absoluto não poderia ser questionado, pois o direito “natural” não só era universal como também era imutável e desvinculado das possibilidades humanas. Embora o humano pudesse estipular normas regulatórias da vida societária, o direito natural era visto como justo, supremo e transcendente. E assim eram vistos os direitos que refletiam a “natureza” do “homem” na sua versão jusnaturalista, situados acima de qualquer possibilidade de crítica ou refutação.

Em que pese as reações das escolas realistas de direito, somente com a modernidade tardia o humano rompeu com a tradição idealista transcendente em diferentes searas do pensamento, tais como as de Nietzsche, Freud ou Marx, embora Kant tenha sido um dos precursores da mitigação do pensamento metafísico, ainda no século XVIII, ao revelar a fragilidade da natureza humana como apta a fundar de maneira absoluta direitos inatos. Assim, a busca de argumentos racionais “absolutos” tornou o fundamento infundado.

Contra a ilusão da busca de um fundamento absoluto, Bobbio (1992, p. 17-18) aponta algumas dificuldades conceituais. Dentre as quais a primeira deriva da vagueza da expressão direitos do homem, que finda por se revelar tautológica ao enunciar que direitos do homem são os direitos que pertencem aos homens; ou em seu conteúdo: são direitos do homens os que pertencem ou deveriam pertencem a todos os homens, por serem homens, do qual nenhum pode ou deve poder ser despojado. E nesse âmbito de conteúdo dos direitos do homem, quando se introduz elementos avaliativos, não raras vezes são interpretados de maneira divergente, conforme a ideologia assumida, e o consenso somente é assumido após concessões recíprocas, que resultam no aceite de uma fórmula genérica. Como resultado, além de não se resolver a contradição, leva-se a que ela apareça no momento da aplicação concreta do enunciado. Assim, nenhuma dessas definições permite elaborar uma categoria de direitos do homem com caráter nítido.

Além disso, Bobbio (1992, p. 18-19) sustenta os direitos humanos como uma classe variável em virtude de sua modificação ao longo da história. Com a mudança de interesses, condições sociais, econômicas, políticas e outras, o elenco dos direitos se modificou e vem se modificando. Direitos antes

declarados como de fundamento absoluto, hoje não mais são mencionados nesses termos nas novas declarações normativas. E direitos contemporâneos, como os sociais, na modernidade clássica sequer poderiam ser concebidos. Não se trata, portanto, de uma prova da ausência de fundamentação absoluta dos direitos humanos, que são historicamente relativos? Conclui, enfim, que, além de ser inexistente um fundamento absoluto, muitas vezes a sua busca serve de pretexto para a defesa de posições conservadoras, como foi o caso da secular oposição à introdução dos direitos sociais, no rol dos direitos fundamentais, em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade (1992, p. 22).

Ao indagar-se a respeito de quais direitos podem ser considerados fundamentais, Ferrajoli (2007, p. 73-74) pressupôs três respostas distintas. A primeira é oferecida pela teoria do direito, consistindo, em um plano teórico-jurídico, que consiste em considerar os direitos fundamentais como todos aqueles adstritos a todos os humanos, universalmente enquanto pessoas humanas ou enquanto cidadãos. São, portanto, indisponíveis e inalienáveis. Aponta também para o fato de que, quando se quer garantir um direito como fundamental, deve-se sustentar sua indisponibilidade e formulá-lo de maneira genérica, con-

ferindo-o a todos, igual e, portanto, universalmente.

A segunda resposta é encontrada no próprio direito positivo – internacional ou constitucional –, que estabelece os direitos que são universais e indisponíveis em nível normativo, seja nas Constituições, seja na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, ou nas demais convenções e pactos internacionais que versam sobre o tema (FERRAJOLI, 2007, p. 74).

Portanto, seguindo essa convicção normativista, o fundamento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, para além de qualquer transcendência ou transcendentalismo, reside na imanência dos direitos. Trata-se de uma concepção filosófica que se remete ao século XIX, de caráter pós-hegeliana, no qual se renuncia a uma dimensão vertical do pensamento jurídico em proveito da pura horizontalidade. A fundamentação é pensada somente em relação a fatos concretos, cujos pressupostos fundantes da ordem jurídica são buscados em uma sociedade de base material-científica – escolas histórica, exegese e sociológica do direito. São direitos os que estão positivados enquanto tais. Em virtude de poderem ser observados, não podem ser questionados. Simplesmente são postos por uma autoridade instituída e aí reside seu fundamento de legitimidade.

Finalmente, a terceira resposta é oferecida pela filosofia política e se refere a quais os direitos que devem ser garantidos como fundamentais. Trata-se de uma resposta igualmente de cunho normativo. Assim, fundamentalmente, consiste numa argumentação racional pautada por critérios metaéticos e metapolíticos, que residem em três critérios axiológicos decorrentes da experiência histórica do constitucionalismo nacional e internacional: o nexos entre direitos humanos e paz, presente no preâmbulo da Declaração Universal, de 1948; o nexos entre direitos e igualdade e o papel dos direitos fundamentais como leis do mais fraco (FERRAJOLI, 2007, p. 74-75).

No âmbito da teoria crítica proposta por Joaquín Herrera Flores (2009), a busca do fundamento dos direitos humanos e, por conseguinte, dos direitos fundamentais deve se orientar por uma primeira diferenciação, que ocorre entre o plano da realidade dos direitos – ontológico – e o plano de suas razões de existência e fins a serem alcançados. Isso em virtude de que, tradicional e hegemonicamente, os direitos confundem-se nos planos da realidade e da razão, em decorrência de sua suposta naturalidade (fundamento jusnaturalista), existência e universalidade. Assim, no plano da realidade, em que pese a importância dos direitos positivados por normati-

vas nacionais ou internacional, os direitos não se confundem com sua normatividade, não sendo por ela criados, senão por seus próprios formuladores humanos. Disso decorre o fato de que direitos não criam direitos, e somente podem ser transformados em direitos positivos com a finalidade de obtenção de uma maior possibilidade jurídica para a sua implementação ou efetividade. Nesse sentido, considera-se que as normas jurídicas são sempre exteriores e interiores: além de nunca reconhecer os direitos de forma apolítica e neutra, nunca os dotarão de garantias de modo neutro, nem à margem das relações de força.

Os direitos humanos e fundamentais, portanto, em seu fundamento racional pós-metafísico, decorrem dos processos de lutas pelo acesso igualitários aos bens materiais e imateriais a uma vida digna de ser vivida, independentemente de quais sejam. O fundamento último se resume à vida, em sua integridade e dignidade. Assim entendidos, os direitos são necessários, porém, apenas transitórios (no sentido de não serem absolutos) e nunca plenamente alcançados, mas legitimados em razão dos resultados provisórios das lutas sociais e políticas pela dignidade humana.

São, em suma, “[...] um produto cultural surgido em um contexto concreto e preciso de relações que co-

meça a expandir-se por todo o globo – desde o século XV até estes incertos inícios do século XXI – sob o nome de modernidade ocidental capitalista” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 3). E contra produtos culturais – situados historicamente e postos em uma posição e contexto específico – se pode reagir, seja política, social, econômica, seja juridicamente; em sentido oposto à impossibilidade de reação ante fenômenos *naturais* e *ahistóricos*, transcendentais à ação humana.

Nas últimas décadas, desde a Declaração de Direitos Humanos, de 1948, outras declarações internacionais, convênios e normativas vêm a proclamar direitos a serem considerados universalmente humanos. De igual maneira, as Constituições abordadas em caráter não só formal, mas, sobremaneira, substancial, no atual contexto dos Estados democráticos de direito, que subscreveram tais normativas internacionais, proclamam, em seus textos, direitos fundamentais em variadas dimensões, juntamente com garantias processuais e institucionais para sua consecução, como no caso do Brasil. Não se trata mais, portanto, de buscar um fundamento último, de caráter filosófico-transcendental. E, nesse ponto, estão de acordo tanto Herrera Flores quanto Ferrajoli: o grande desafio é político, jurídico e social, ou seja, buscar a im-

plementação e a garantia dos direitos já assegurados, sem prejuízo da possibilidade do surgimento dos novos direitos. É garantir que esses direitos não continuem a ser violados e anulados. É possibilitar pensar os direitos também em seu caráter deontológico, atentos aos perigos da sua transitoriedade em decorrência dos novos direitos a serem postulados pelos reclamos de uma sociedade, do século XXI, subordinada ao império do fenômeno da globalização.

## Entre os direitos humanos e os direitos fundamentais: contribuições de Luigi Ferrajoli

Partindo da concepção filosófico-política sobre quais direitos devem ser considerados e garantidos como fundamentais, Ferrajoli (2007) desenvolve uma resposta de cunho normativo fundada em critérios metaéticos e metapolíticos. Fundamentalmente, pautou-se em três critérios axiológicos, conforme já assinalado, sugeridos pela experiência histórica do constitucionalismo nacional e internacional, os quais serão, em seguida, melhor analisados.

O primeiro critério a ser mencionado é o nexos entre os direitos humanos e a paz, instituído no preâmbulo

da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que implica garantir, como direitos fundamentais de todos, os direitos vitais como condição necessária à paz. Primordialmente, refere-se ao direito à vida e integridade pessoal – psíquica ou física –, além dos direitos civis, políticos, direitos de liberdade e direitos sociais.

Internamente a um Estado, a paz é assegurada pela garantia de todos os direitos, cuja sistemática violação não justifica o dissenso, mas o conflito como exercício do direito de resistência, proclamados por muitas das constituições do século XVIII. De que direitos se fala? Além dos direitos à vida, integridade e liberdade, referentes aos paradigmas jusnaturalista, notadamente de influência hobbesiana e paleo-liberal, também os novos direitos sociais: saúde, educação, subsistência, previdência social, dentre outros, cuja satisfação nas sociedades contemporâneas dependem de uma atuação não meramente negativa, mas, acima de tudo, de implementação positiva por parte do poder público.

No âmbito internacional, a similaridade é latente. A paz entre os Estados depende de garantias institucionais não somente o desarme dos Estados, mas também o monopólio de força por uma Organização das Nações Unidas reformada democraticamente e com operatividade efetiva e a exis-

tência de um Tribunal Penal Internacional para coibir e punir as violações aos direitos humanos.

Assim, existe uma relação bi-nívoca entre a garantia dos direitos assegurados e a paz: a paz social e a paz entre os Estados será mais sólida na medida em que mais se garante a efetividade dos direitos humanos ao positivá-los constitucionalmente como direitos fundamentais. Nesse ponto, Ferrajoli (2007, p. 75) reconhece a violação ao preceito da garantia dos direitos e da paz no âmbito das fronteiras estatais e os limites impostos por leis contra a imigração. Com o alargamento do fenômeno da globalização, a antinomia entre direitos universais e cidadania, tomando por base as pressões migratórias, pode se converter num perigo constante para a paz e a credibilidade do direito internacional. Além disso, o mais grave problema moderno a ser enfrentado pela humanidade, com o qual se deve preocupar a filosofia e a política, são as promessas universalistas formuladas nas constituições estatais e declarações internacionais, antes que se convertam em maior fonte de exclusão aos oprimidos e excluídos do sistema hegemônico capitalista.

Abordar o tema dos direitos humanos-fundamentais (doravante assim designados ao tratar do conjunto

de direitos de âmbito internacional e constitucional) e da paz, tanto no plano interno aos Estados quanto no plano internacional, implica uma abordagem mais profunda, que se refere ao direito de autodeterminação dos povos, previsto pela carta da ONU em seu art. 55, par. 2º. Em que consiste e qual o alcance normativo desse princípio?

A partir da conceituação fornecida pelo art. 1º do pacto de 16 de dezembro de 1966, que versa que todos os povos têm o direito de livremente se determinar, Ferrajoli (2007, p. 76-78) salienta que todos os povos em virtude desse direito podem livremente estabelecer sua condição política e promover seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como, para alcançar seus fins, podem dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais, sem prejuízo das obrigações que derivam da cooperação econômica internacional baseada no princípio do benefício recíproco e direito internacional. Existem, portanto, duas dimensões: a primeira, quanto à autonomia interna de estatuir livremente o estatuto político: direito fundamental de cada povo decidir quanto ao seu ordenamento democrático através da soberania popular; a segunda, de autonomia externa: o direito de desenvolvimento e livre disponibilidade dos próprios recursos e riquezas.

Não se trata do direito a constituir um estado, mas, sim, da perspectiva oferecida pelo modelo federativo, de parcial mutação da soberania dos estados existentes, mediante as formas de organização federativas ou confederativas, como está ocorrendo na União Europeia. Essa interpretação do princípio de autodeterminação externa se deve ao fato de que na tutela e na satisfação do direito assim configurado se funda a democracia, bem como no desenvolvimento, a garantia da paz e tutela das diferenças. Ou seja, caso, agora num extremo hipotético, os estados se transformassem numa comunidade mundial de modelo federativo de Estado constitucional de direito, com igual garantia dos direitos humanos a todos, os conflitos étnicos perderiam sua razão de existir.

O segundo critério a ser mencionado de suma importância para a análise dos direitos das minorias é o nexó entre direitos humanos-fundamentais e igualdade. Em primeiro lugar, refere-se a uma igualdade com relação ao direito de liberdade para garantir o igual valor das diferenças pessoais, ou seja, todos são igualmente livres de exercerem suas diferenças, sejam de cunho nacional, de gênero, linguística, de religião, assim por diante. Nesse sentido, consideram-se todas as pessoas diferentes das demais, mas iguais enquanto pessoas humanas.

Em segundo lugar, refere-se à igualdade em relação aos direitos sociais, na qual se busca a garantia da redução das desigualdades econômicas e sociais.

Para além das reservas constitucionalistas sobre a relação entre constituição e diferenças culturais, que se manifesta numa objeção ao constitucionalismo mundial e europeu, Ferrajoli (2007, p. 79) percebe que o fato de não existir uma homogeneidade cultural mundial ou europeia não obsta o reconhecimento de um ordenamento supraestatal. Até porque, mesmo no interior de cada Estado, se tomado separadamente, inexistem vínculos pré-políticos e identidades coletivas homogêneas, como a língua, a cultura, entre outras, capazes de unir todos os cidadãos. As diferenças são manifestas e latentes mesmo em comunidades estatais. Caso se tomem como exemplos os países europeus, percebe-se que suas tradições foram forjadas no século XIX, bem como seus Estados nacionais e instituições jurídicas. Portanto, não se pode conceber como verdadeiro o argumento de que a “coesão”, os “vínculos pré-políticos” e as “identidades coletivas” da comunidade internacional conformam os pressupostos de fato de um projeto de democracia internacional. Pelo contrário, os pressupostos devem ser a “igualdade em direitos humanos”,

com a garantia das diferenças de identidade pessoal, além da “garantia dos direitos fundamentais como direitos iguais”, para conceber o pertencimento a uma identidade coletiva e findar com as recíprocas exclusões de diferenças étnicas, nacionais, religiosas e demais.

Além de tudo isso, contra o ceticismo constitucionalista, Ferrajoli (2007, p. 81) aponta que as constituições são pactos de convivência, mais necessários e justificados na medida da heterogeneidade conflitual de subjetividades – política, cultural, social – que se procura garantir. A democracia se funda no dissenso, nunca no consenso. Para tanto, não mais cabe tanta importância à onipotência da maioria, mas uma democracia substancial para garantia da paz e dos direitos humanos-fundamentais na sua dimensão eminentemente substancial.

Por fim, o terceiro critério abordado por Ferrajoli (2007, p. 82-87) é o papel dos direitos fundamentais como garantia dos direitos do mais fraco. Historicamente, todos os direitos humanos e fundamentais foram estabelecidos tanto em normativas internacionais quanto nas constituições, como o resultado de lutas e revoluções em prol de uma conquista contra a opressão e discriminação de uma situação de injustiça social que se tomava quase como natural, tendo

como foco de lutas a liberdade dos trabalhadores e das mulheres. São direitos conquistados como limitações de correlativos poderes e pela defesa dos mais “fracos”, dos oprimidos, contra a lei do mais forte, que regia em sua ausência. Tem-se, por conseguinte, uma coincidência entre fundamento axiológico e histórico dos direitos, com seu aspecto contingente no plano lógico e teórico.

Esse critério axiológico de identificação, segundo Ferrajoli (2007, p. 82), é o que permite esclarecer as aporias das teorias antropológicas do relativismo cultural e sociológico-comunitárias da cidadania, que negam a universalidades dos direitos humanos, por ser fruto cultural ocidental e hegemônico, impostos a todos os demais povos e culturas. A dita falácia de tipo lógico e metaético, que critica o universalismo em virtude do relativismo cultural, é considerada contraditória por se realizar em nome do mesmo universalismo que pretende contestar. Além disso, é viciada de um juízo extremista no seu universalismo, que considera qualquer cultura, ética ou ação social, como dotadas de igual valor, mesmo que seja uma cultura pautada pela discriminação e opressão.

Já a ordem de falácias de tipo metajurídico exercita a crítica ao universalismo dos direitos por não serem

universalmente compartilhados. Para responder a essa crítica, primeiramente Ferrajoli (2007, p. 83-84) entende por bem distinguir entre o universalismo do princípio da igualdade e o universalismo dos direitos, visto que o primeiro é uma doutrina ética e o segundo, convenção jurídica. Assim, a falácia consiste na confusão entre o universalismo dos direitos como convenção jurídica e o universalismo como doutrina moral. Enquanto as convenções jurídicas sobre direitos humanos-fundamentais são fruto da historicidade da vida social, em que pese serem correspondentes a uma doutrina moral, o universalismo dos direitos não implica aceitação do universalismo enquanto doutrina moral, nem impõe que sejam aceitos os valores morais que sustentam os direitos e o princípio da igualdade. Tanto não há uma imposição moral que o primeiro direito de liberdade conquistado foi de religião e/ou crença e/ou consciência, demonstrando o respeito às mais diversas culturas. E quanto ao âmbito interno dos Estados constitucionais de direito, baseados em constituições garantistas, uma vez que é impositiva a separação laica entre direito e moral, conseqüentemente, também não há determinação de adesão aos valores ético-políticos, os quais se incorporam juridicamente e de forma contingente.

Além do mais, no que se refere à confusão entre a convenção jurídica – normatividade do direito – e suas condições de efetividade – ponto de vista sociológico externo –, embora a adesão incida como condição pragmática para a efetividade dos direitos, deve-se perceber que direitos, em sua normatividade, pertencem ao mundo simbólico, à linguagem. Isso quer dizer que a efetividade das prescrições normativas dependem da formação de um senso comum – cívico. Além disso, a consagração jurídica dos direitos não requer como condição de legitimidade que os valores por eles expressados sejam compartilhados por todos ou pela maioria, havendo uma confusão entre o paradigma do Estado de direito e a democracia política, que considera uma norma legítima somente quando posta pela maioria. Até porque, os direitos fundamentais, estabelecidos pelas constituições como limites e vínculos à maioria, pertencem à esfera da não decidibilidade, restando subtraídos da possibilidade de decisão política. Portanto, asseguraram sua garantia por serem invioláveis, indisponíveis e inalienáveis.

Os direitos humanos-fundamentais, como leis do mais fraco, podem ser entendidos como uma conquista, mesmo que provisória, de alguma luta pelo reconhecimento de direitos negados aos oprimidos, em qualquer

cultura. Mesmo assim, o respeito às diferenças culturais e o direito às liberdades – religiosa, política, étnica, e demais – devem ser garantidos. Resulta daí, segundo Ferrajoli (2007, p. 87), que o constitucionalismo e o universalismo são as únicas garantias do multiculturalismo.

Não estão em conflito os três critérios de identificação axiológica – paz, igualdade e tutela do mais fraco – de quais são os direitos fundamentais mercedores de garantia. Pelo contrário, são convergentes e complementares. Um se funde no outro e tem nele razão de existir.

Nesse sentido, o fundamento dos direitos humanos-fundamentais, para além de se conduzir por determinada ontologia ou racionalidade abstrata, pauta-se principalmente pelas conquistas dos processos históricos de lutas e revoluções por direitos concretos, ou melhor, pela satisfação de necessidades humanas, sejam materiais ou imateriais. Trata-se de uma convergência contingente entre os planos lógico e teórico, fundados na vida real em sociedade, dos humanos concretos.

A história do Estado de direito, do constitucionalismo democrático, dos direitos humanos e direitos fundamentais é a história das lutas contra o absolutismo do poder, contra a liberdade indiscriminada, desmedida, a favor da dignidade humana e da

vida. Nesse processo histórico vai-se, progressivamente, lutando contra o absolutismo dos poderes econômicos e empresariais por meio de leis trabalhistas e garantia de direitos aos trabalhadores, diminuindo o poder patriarcal doméstico por meio de reformas do direito de família, igualdade de gênero e outros. Contudo, nenhuma dessas conquistas implica um ponto final. São apenas transições, conquistas temporárias para a garantia de direitos. Muitas outras lutas surgem diariamente, e continuarão surgindo. Por essa razão, tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais não podem ser vistos num sentido estático. Pelo contrário, estão numa perene conformação dinâmica.

Modernamente, para Ferrajoli (2007, p. 88-89), a luta por direitos humanos-fundamentais enfrentará dois desafios. Por um lado, o velho absolutismo da soberania externa dos Estados, que se manifesta em guerras, violações aos direitos e impunidade, gerando como consequência a ausência de garantia às cartas da ONU e demais normativas internacionais que versam sobre direitos humanos, ou seja, uma total ausência de efetividade. Por outro, o novo absolutismo dos grandes poderes econômicos e financeiros transnacionais, que se manifestam pós-anos 1970, com a crise do Estado do bem-estar social e das

garantias dos direitos sociais, que culminam num anarcocapitalismo globalizado, numa ideologia neoliberal que confunde direitos de liberdade com a liberdade desenfreada do capital. Isso levando a um aumento abismal das desigualdades, fome, mortes causadas por doenças, supostamente já erradicadas e evitáveis. Nesse sentido, para lidar com a crise dos Estados de direito, do constitucionalismo e da efetividade das garantias, deve-se pensar na perspectiva de um constitucionalismo mundial, que coordene a interdependência de todos, o respeito mútuo, bem como que vincule o direito e a política à resolução dos problemas de déficit de usufruto de direitos.

## Por um universalismo de contrastes e entrecruzamentos: Joaquín Herrera Flores e a reinvenção dos direitos humanos

A partir de uma teoria crítica, o espanhol Joaquín Herrera Flores (2009) propõe a (re)invenção dos direitos humanos. Embora tenha desenvolvido sua filosofia político-social tendo por base a concepção ocidental de direitos humanos e uma possível reinvenção teórica, seu pensamento permite tam-

bém compreender e situar os direitos fundamentais, os quais estão intrinsecamente vinculados aos direitos humanos. Isso tudo ao ponto de que, modernamente, no âmbito dos novos Estados constitucionais de direito, mesmo que os direitos humanos e direitos fundamentais detenham um significado semântico próprio, não mais podem ser concebidos de maneira isolada.

Calcado no pensamento libertário e emancipador de Paulo Freire, Herrera Flores compreende que o mundo não é estático, o mundo “não é”, mas se encontra em constante movimento e transformação, o mundo “está sendo”. Não se pode conceber nada, inclusive a própria noção de direitos humanos ou as violações a esses direitos, como imutável ou natural, fechando as portas à crítica e à possibilidade de modificação.

O mundo está sempre pronto para ser (re)inventado pelas pessoas concretas submetidas à dialética da vida cotidiana. (Re)inventar os direitos humanos, então, significa abrir a possibilidade de pensá-los como algo transitório, um constructo histórico que pode ser reconstruído, na busca de um mundo livre, sem opressão, sem discriminação, sem exclusão e que não imobilize o pensamento ou a ação. (Re)inventar como busca de um mundo instituinte de pessoas – em suas

diferenças, mas na identidade de sua humanidade – e de povos de diferentes culturas. Para tanto, é imprescindível que a própria teoria dos direitos humanos se modifique de acordo com o contexto histórico-social.

Tradicional e hegemonicamente, os direitos humanos confundem-se nos planos da realidade e da razão, confundem-se com as próprias normas internacionais que os conferem. Lógica simplista que culminaria no paradoxo dos direitos humanos como direito internacional do direito internacional. É necessário distinguir entre o sistema de garantias e o que deve ser garantido, sob pena de restar tão somente as normas na sua dimensão formal, desaparecendo seu próprio objeto. Assim, falar em direitos humanos não significa falar obrigatoriamente em normas internacionais. Mas direitos humanos também como direitos fundamentais: bens que necessitam todos os humanos para garantir institucionalmente, no plano estatal, uma vida digna, independentemente da luta pelos direitos ocorrer em esfera nacional ou internacional.

Em que pese a importância dos direitos positivados – constituições, pactos, convenções, declarações, dentre outros –, os direitos humanos com eles não se confundem, não sendo por eles criados, senão, o contrário, são seu fundamento humanista. Os di-

reitos humanos podem, todavia, ser transformados em garantias com o fim de assegurar juridicamente sua implementação e efetividade.

Mas, o que são os direitos humanos? São processos de luta – social, política, cultural, jurídica, econômica – pelo acesso igualitário e não hierarquizado *a priori* aos bens materiais e imateriais, a uma vida digna de ser vivida, sejam de expressão, convicção religiosa, educação, moradia, meio ambiente, cidadania, alimentação, dentre tantos outros. A teoria da reinvenção defende uma concepção integral de direitos, que supera a divisão entre direitos individuais, sociais, econômicos e culturais. Reivindica, então, três tipos de direitos: de integridade corporal, de satisfação das necessidades e de reconhecimento à diferença.

É importante compreender que as pessoas não têm necessidade de “direitos”, mas de vida digna, isto é, de “bens”, sejam materiais ou imateriais; e precisam satisfazer essas necessidades imersas em sistemas de valores, que podem aumentar ou restringir o seu acesso. E por que entender os direitos humanos como os resultados provisórios dos processos de lutas? Todos necessitam ter os meios para lutar, porque todos necessitam de uma vida digna de ser vivida. Contudo, na vida concreta das pessoas que vivem

em sociedade, o “fazer” humano é dividido social, sexual, étnica e territorialmente, levando a que uns tenham mais facilidade em obtê-los e outro mais dificuldade, ao ponto, muitas vezes, de sua total impossibilidade. Finalmente, o estabelecimento do sistema de garantias – nacional e internacional – que se comprometa ao seu cumprimento e garantia das conquistas históricas por “direitos”.

Perceber os direitos humanos como o resultado de lutas implica sabê-los transitórios, contextuais e complexos. Herrera Flores (2009) aponta para o fato de que uma teoria realista e crítica dos direitos humanos pressupõe uma visão realista do mundo no qual se vive, pensar o que é, mas também o que deve ser. Significa ter um pensamento crítico de combate, com a conscientização das pessoas no sentido da importância do reforço das garantias formais reconhecidas juridicamente, mas também do “empoderamento” dos grupos desfavorecidos, para que possam lutar por dignidade. É uma teoria que tenda à abertura epistemológica, intercultural e política, portanto, o aprofundamento do conceito de democracia não pode ocorrer sem uma interconexão com o reconhecimento, o respeito, a reciprocidade, a responsabilidade e a redistribuição de riquezas.

O contexto moderno de globalização difere do contexto no qual os direitos humanos e direitos fundamentais passaram a ser garantidos: processo de descolonização e consolidação de um regime internacional ajustado à configuração mundial surgida após a Guerra Fria. Agora, a intenção é divergente, é defender-se da avalanche ideológica provocada pelo neoliberalismo “[...] agressivo e destruidor das conquistas sociais arduamente alcançadas pelas lutas de movimentos sociais, partidos políticos de esquerda e sindicatos durante mais de um século e meio” (HERRERA FLORES, 2009, p. 71). Nesse ponto, o grande paradoxo neoliberal – “armadilha da dívida” – leva à conclusão de que é nas regiões mais desfavorecidas que se engendra o capital que financia grande parte do desenvolvimento dos países já desenvolvidos. Os países em estágio de desenvolvimento, e os subdesenvolvidos, com o menor índice de desenvolvimento humano e satisfação das necessidades mais básicas e vitais, ao invés de implementarem o seu orçamento estatal, predominantemente, em políticas públicas, assumem o dever de quitar uma dívida pública, interna e externa, em maior ou menor grau cada uma delas, de acordo com o país, que apenas tende a crescer. Trata-se de um sistema decorrente da globalização que confundiu os direitos de li-

berdade com a liberdade sem freios do capital, de uma ordem baseada na rápida e desigual obtenção de benefícios econômicos que decorrem de intensos fluxos de capital financeiro.

No âmbito da teoria crítica, não há mais relevância em dividir os direitos em “gerações” ou “dimensões” ou, ainda, decidir quais são mais importantes, visto que a luta por dignidade possui caráter global e universal; não se podendo pressupor uma visão unilateral e evolutiva, que culmina no pensamento de que uma geração posterior já superou a anterior. O que se reivindica é uma luta pela concretização de todas as dimensões, com a demanda da interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos. Além do que, a proliferação dos textos normativos que regulam os direitos humanos e fundamentais convive com a sua própria violação, com o aprofundamento das desigualdades e injustiças. Se esquece que o desenvolvimento econômico só pode ocorrer ao lado da dignidade humana. Não há desenvolvimento sem o respeito aos direitos, assim como não há direitos sem políticas públicas para a implementação de melhorias sociais.

Definir os direitos humanos segundo uma concepção material e concreta de dignidade, impõe, de maneira prévia, o estabelecimento de estratégias teóricas, que objetivam colocar

em prática disposições críticas, em nível nacional e internacional, para impedir que os direitos sejam maniqueístamente utilizados para eternizar desigualdades e exploração. É necessária uma metodologia de ação emancipatória, que tem como condições: entender as posições desiguais, postas pelas reproduções das forças hegemônicas, em relação ao acesso aos bens necessários a uma vida digna; perceber que essas estratégias de reprodução cumprem as funções de perpetuação do sistema; bem como denunciar as manipulações simbólicas (HERRERA FLORES, 2009, p. 95-116).

Embora centrada em uma análise dialético-marxista, a teoria da reinvenção compreende uma concepção sistêmica de mundo, não concebendo as estruturas isoladamente, mas em suas intrínsecas redes de interconexão. Nesse sentido, empreender um compromisso com os direitos humanos é empreender um compromisso com o “eu”, com o “outro” e com a “natureza”, pois um não existe e nem pode existir sem os demais. Isto é, tanto a parte está presente no todo quanto o todo está presente na parte.

A primeira estratégia metodológica é entender que conhecer significa saber interpretar o mundo. Uma vez que a racionalidade jurídica e política de ideologia neoliberal contribuiu

para justificar simbolicamente o descumprimento das normativas de direitos humanos, dando supremacia a uma equivocada noção de direitos individuais de liberdade em detrimento de direitos sociais; o efetivo conhecimento dos textos torna-se imprescindível para uma interpretação crítica e contextual. Pois, mais do que um saber sistemático,

[...] devemos nos dirigir a um saber estratégico, que não somente fique nos efeitos ou nas consequências das atividades e discursos sociais, mas que se aprofunde nas causas deles e nos traga argumentos para atuar e gerar disposições críticas e antagonistas em face da estrutura ou da ordem social hegemônica (HERRERA FLORES, 2009, p. 101).

A segunda estratégia refere-se à função social do conhecimento dos direitos humanos, visto que todo o saber é produzido por alguém e visa atingir um determinado fim. Visa, então, negar o paradigma jusnaturalista de fundamentação dos direitos humanos e perceber o contexto histórico, social, ideológico e político da luta por direitos e garantias normativas. Em terceiro lugar, além de uma abordagem realista ou imanente, mas transcendental, pode-se também perceber o mundo e os direitos em seu plano ontológico, assim como propor e atuar em nome da normatividade, “o que deve ser”. Importa em delimitar o horizonte utópico: heterotópico.

É importante não confundir as categorias filosóficas da imanência, do transcendente e do transcendental. A partir de Gilles Deleuze, percebe-se que a tarefa filosófica de Herrera Flores é imanente. Isso quer dizer que o jusfilósofo espanhol busca criar uma concepção de direitos humanos que se relacione intrinsecamente com a realidade do mundo e com a vida prática dos seres humanos, ao contrário das teorias que remontam ao século XV-XVIII, como o contratualismo lockeano e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ou mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que percebem o humano como um ser abstrato, alheio ao mundo prático. Daí porque, tradicionalmente, essas teorias se situam na esfera transcendental. Por exemplo, quando a declaração universal dos direitos humanos preceitua que todos têm direitos por serem humanos, não só universalizou a concepção ocidental hegemônica do humano, como situou-o à margem dos contextos dos quais emerge. Para essa teoria, independentemente das divisões do fazer humano (Marx) e dos contextos político, econômico, cultural, social e similares, que impedem a maior parte da população mundial (com base nos dados do PNDU - Nações Unidas) de acesso aos bens materiais e imateriais para uma vida digna, todos têm os mesmos direitos hu-

manos. Impede-se, por meio de uma linguagem ôntica, a possibilidade de mudança do que foi instituído. Diante disso, *grosso modo*, é que devemos vislumbrar os direitos humanos não como uma categoria fechada, que remete ao pensamento do século XV e perdura até os dias de hoje, mas como a soma de produtos culturais oriundos dos contextos de relação nos quais o humano se situa concretamente, tanto em seu pensar quanto em seu agir. Somente assim poder-se-á, a partir das ações concretas no mundo, pensar os direitos humanos como a construção conjunta e não hierarquizada *a priori*, de formas de satisfazer as necessidades humanas e de se alcançar a dignidade. Pensar, transcendentemente, a partir do marco de relações nos quais nos situamos, horizontes utópicos para a construção conjunta de um mundo pautado pela igualdade, pela diferença e pela vida digna.

Culturalmente, há uma confluência entre elementos ideológicos, apresentados como universais, e premissas culturais. Certo que a noção de direitos humanos surgiu na sociedade ocidental como resposta às reações sociais e filosóficas que pressupunham a consciência da expansão global do modo de relação baseada na acumulação capitalista. Contudo, se se tem, por um lado, uma visão universalista,

por outro, emerge uma visão relativista. É necessário pensar uma filosofia dos direitos humanos integradora a partir de uma visão complexa, munida de uma racionalidade de resistência, somada a uma prática intercultural.

Nesse ponto, há uma interconexão necessária entre os conflitos culturais, econômicos, políticos e sociais. Analisar as causas ou efeitos de um, pressupõe uma análise dos demais, pois os reflexos estão inter-relacionados. Não obstante isso, a polêmica sobre os direitos humanos divide-se em duas visões, uma abstrata e outra localista. A visão abstrata, de racionalidade jurídico-formal, calcada em práticas universalistas; a visão localista, de racionalidade material-cultural, com práticas particulares, isto é, relativismos culturais.

Diverge Herrera Flores (2009, p. 151-171) de ambas as visões: o jurídico não pode ser posto acima do cultural, nem o cultural acima do jurídico. Pois, nem o direito, garantidor da identidade comum – universal –, é neutro e se situa à margem das relações de força, nem a cultura – relativismo – garante a diferença. É necessário, então, construir uma cultura dos direitos que acolha a universalidade das garantias e o respeito às diferenças, a partir de uma visão que seja tão complexa quanto contextuali-

zada, de racionalidade de resistência, libertária e emancipadora, com práticas interculturais.

Nessa posição, nega-se os essencialismos, sejam universalistas ou particularistas. Não há uma negação do universalismo em si, mas do universalismo *a priori*. Isso quer dizer que a possibilidade de se chegar a uma síntese universal das diferentes concepções de direitos é possível, mas não pode descartar as lutas por reconhecimento de novos direitos. Trata-se de conceber um “universalismo *a posteriori*”, de chegada, de entrecruzamentos: o respeito e criação de condições sociais, econômicas, culturais e políticas que permitam a luta por dignidade, pelos bens materiais e imateriais a uma vida digna, que generalizem o valor da liberdade e que possibilite a construção de uma ordem social justa. Interculturalidade não significa tão somente o reconhecimento do outro, mas o reconhecimento do outro como outro, em sua diferença, bem como a possibilidade de “empoderá-lo” para a luta por dignidade (HERRERA FLORES, 2009, p. 164-170).

Os direitos humanos, vistos como processos de lutas, culturais, sociais, econômicas e políticas, permitem perceber a riqueza humana: entender que não há necessidade de hierarquizar os direitos, que gozam de igual importância, mas priorizar a satisfação, das

condições de vida digna ao mais fraco, o que implica a observância dos direitos fundamentais no seu conjunto.

## Considerações finais

De todo o exposto, pode-se dizer que entre Joaquín Herrera Flores e Luigi Ferrajoli, acima das diferenças, coexistem pontos de identidade em seus pensamentos. Acima da identidade, o respeito pelas diferenças. Respectivamente, um se apresenta como filósofo do direito que cria sua própria teoria, outro, um teórico do direito que expõe sua filosofia. Ambos preocupados com o presente e o futuro da humanidade. Um escreve primordialmente sobre direitos humanos, outro preocupa-se principalmente com os direitos fundamentais e a realização de sua garantia, conquanto pertencentes ao fenômeno dos direitos do humano, em nível global.

O reconhecimento dos direitos humanos, em âmbito internacional, e dos direitos fundamentais, em nível constitucional, demonstrou a intenção a favor da implementação de direitos – de liberdade, sociais, políticos, econômicos e cívicos – e do estabelecimento de um mínimo de dignidade a ser normatizado e garantido ética e juridicamente a todos, universalmente. Marcado pelo contexto de Estado do bem-estar social, as boas intenções

não tardaram a se modificar. Após as décadas de 1970, o capitalismo neoliberal possibilitou o controle político por parte do fluxo monetário de instituições globais e os direitos até então conquistados passaram a ser entendidos como custos sociais, ameaçados em detrimento de uma suposta liberdade do capital privado de grandes corporações.

Diante disso a importância da análise do tema dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é multifacetada, abrangendo diversos aspectos. Qual o fundamento dos direitos? O que são os direitos? Por que direitos? Que buscam garantir? Como ocorre sua normatização? Quais os demais elementos envolvidos, além dos jurídicos? Como garantir sua efetividade concreta? Qual o papel das políticas públicas? Qual o papel do Poder Judiciário? Esses são apenas alguns exemplos de toda a complexa manifestação de tais direitos.

Neste trabalho, a abordagem versou sobre a vinculação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, no âmbito da sociedade contemporânea, utilizando-se como matriz teórica, a investigação crítica de Joaquín Herrera Flores, de uma parte, e a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, de outra. Isso tudo visando uma resumida compreensão da dimensão normativa, da realidade social e do

caráter deontológicos dos direitos fundamentais.

A utilização da teoria garantista, de Ferrajoli (1995, 2004 e 2007), permite, dentre outras coisas, perceber a crise que afeta o princípio da legalidade no Estado constitucional, cujo resultado abarca não somente a inflação legislativa, mas também o próprio papel garantidor de direitos das instituições. Acima disso, redimensiona a luta pela garantia dos direitos normatizados, por meio de uma teoria cognoscitiva, na qual há uma vinculação e submissão de todos os poderes aos direitos fundamentais.

A matriz epistemológica do constitucionalismo contemporâneo, de onde parte a teoria de Ferrajoli, também se constitui em *praxis* desse novo modelo de Estado de direito, que vincula o constitucionalismo à noção de democracia. Contudo, como legado mais importante do século XX, o constitucionalismo não se perfaz numa conquista, mas num programa normativo a ser conquistado permanentemente. No mesmo sentido, os direitos humanos e os direitos fundamentais, vistos em sua transitoriedade, devem ser implementados e (re)construídos em todos os momentos. Enfim, garantidos para que efetivamente possam exercer suas disposições. Considerar o tema dos direitos humanos e dos direitos fundamentais como um grande

desafio do século XXI, conduz a uma análise crítica sobre a possibilidade de seu fundamento e, sobretudo, de sua normatividade.

Em consonância com essas digressões, podem-se apontar alguns traços comuns nas reflexões de Ferrajoli e Herrera Flores sobre o fenômeno dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Embora Herrera Flores tenha desenvolvido sua obra filosófica tendo por base a concepção ocidental de direitos humanos e uma possível reinvenção teórica, seu pensamento permite também compreender e situar os direitos fundamentais. De igual forma, ao formular uma teoria dos direitos fundamentais, Ferrajoli jamais deixou de levar em consideração os direitos humanos.

Ambos os autores consideram o mundo em constante transformação, sempre pronto para ser (re)inventado pelas pessoas concretas submetidas à dialética da vida cotidiana. E (re)inventar os direitos humanos, então, significa abrir a possibilidade de pensá-los como algo transitório ou não monolítico, como já se disse, um constructo histórico que pode ser reconstruído, na busca de um mundo livre, sem opressão, sem discriminação, sem exclusão e que não imobilize o pensamento ou a ação. (Re)inventar como busca de um mundo instituinte de pessoas – em suas diferenças, mas

na identidade de sua humanidade – e de povos de diferentes culturas. Para tanto, é imprescindível que a própria teoria dos direitos humanos se modifique de acordo com o contexto histórico e social. Mesmo que Ferrajoli e Herrera Flores não utilizem a mesma gramática, os mesmos conceitos operacionais, o anseio é o mesmo: a construção e constante reconstrução de um mundo humano, pautado pelos direitos e pela garantia dos direitos.

A despeito de Ferrajoli levar a efeito sua teoria centrada nos direitos fundamentais, vale dizer, aqueles positivados nas constituições, não nega o seu caráter de transitoriedade histórica, preocupando-se mais em como garantir a efetivação desses direitos. Por sua vez, Herrera Flores percebe os direitos humanos como processos de luta – social, política, cultural, jurídica, econômica – pelo acesso igualitário e não hierarquizado *a priori* aos bens materiais e imateriais a uma vida digna de ser vivida, sejam de expressão, convicção religiosa, educação, moradia, meio ambiente, cidadania, alimentação, dentre outros. Assim, em que pese a importância dos direitos positivados, os direitos humanos com eles não se confundem, mas são a matriz geradora de direitos fundamentais – dogmáticos e normativos – com o fim de garantir juridicamente sua implementação e efetividade.

Ao reivindicar três tipos de direitos: de integridade corporal, de satisfação das necessidades e de reconhecimento à diferença, Herrera Flores dialoga perfeitamente com as também três reivindicações de Ferrajoli: a relação entre direitos humanos e paz – garantia da vida e integridade corporal –, defesa da igualdade e diferença, direito do mais fraco (satisfação de necessidades dos oprimidos). Finalmente, assim como Ferrajoli, Herrera Flores salienta a necessidade do estabelecimento de um sistema de garantias, nacional e internacional, que se comprometa com o cumprimento e garantia das conquistas históricas, tornando-se direitos.

Embora afirme que o mais grave problema moderno a ser enfrentado pela humanidade, do qual deve se preocupar a filosofia e a política, são as promessas universalistas formuladas nas constituições nacionais e cartas internacionais, antes que se convertam em maior fonte de exclusão aos oprimidos e excluídos do sistema hegemônico capitalista; Ferrajoli percebe que o constitucionalismo e universalismo são a única garantia do multiculturalismo. Nesse sentido, o fundamento dos direitos humanos-fundamentais, para além de se pautar por determinada ontologia ou racionalidade abstrata, pauta-se principalmente pelas conquistas dos pro-

cessos históricos de lutas e revoluções por direitos concretos, ou melhor, pela satisfação de necessidades humanas, sejam materiais ou imateriais. Trata-se de uma convergência contingente entre os planos lógico e teórico, fundados na vida real em sociedade, dos humanos concretos. Mesmo assim, o respeito às diferenças culturais e o direito às liberdades – religiosa, política, étnica e demais – devem ser garantidos.

Por sua vez, Herrera Flores também nega os essencialismos, sejam universalistas ou particularistas. Como já se afirmou, não há uma negação do universalismo em si, mas do universalismo *a priori*. Isso quer dizer que a possibilidade de se chegar a uma síntese universal das diferentes concepções de direitos é possível, mas não pode descartar as lutas por reconhecimento de novos direitos.

Daí resulta que ambas as ideias, embora aparentemente divergentes, não são contrapostas. Muito pelo contrário, apresentam vários pontos de identificação.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais, vistos como processos de luta, cultural, social, econômica e política, permitem perceber a riqueza humana: para além do reconhecimento dos direitos normatizados e a necessidade de sua efetiva garantia, não há uma negação da luta emancipado-

ra, que é tanto política quanto social, pois todos necessitam ter o acesso aos meios para uma afirmação plural e diferenciadamente pela sua concepção de vida digna, na qual se inserem os bens materiais e imateriais de criatividade.

## Between human rights and fundamental rights: the possible convergences between the critical theory of Joaquín Herrera Flores and the guaranteeism theory of Luigi Ferrajoli

### Abstract

The object of this essay is the reflection about the foundation of the Human Rights and their inseparable relation with the Fundamental Rights, in the contemporary State of Right sphere. For both, it seeks to establish possible theoretical convergences between Joaquín Herrera Flores and Luigi Ferrajoli. The Fundamental Rights analysis, comes from the warranty theory; And the Human Rights analysis is based on the critical theory of reinvention, are both a theoretical, as much as a practical XXIst century challenge. This is due to the need of researching their theoretical foundation and possibilities of implementation in the praxis' dialectic in life in society, so that the historical achievements of Rights aren't reduced to mere hegemonic-conservative rhetoric of a global order founded on inequality and exploitation. Therefore, it is perceived

that the constitutionalism and the Rights don't encompass achievements, but normative programs to be seek on a daily basis, such as democracy and peace. Thus, it is situated the importance of studying the Rights, whether they're in national or international norms, as well as situate them in their transience and constant construction, in short, in their historicity, so that they're actually guaranteed.

*Keywords:* Critical theory. Fundamental rights. Human rights. Warranty theory.

### Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Título original: *L'età dei diritti*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Título original: *Il futuro della democrazia: una difesa delle regole dei giochi*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CADEMARTORI, Luiz Henrique; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

DOSTOIEVSKY. *Crime e castigo*. Título original: *Prestuplenie i nakazanie*. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Afonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Joan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Título original: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Títulos originales: II diritto come sistema di garanzie; Diritti fondamentali; La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza; Dai diritti del cittadino ai diritti della persona; La sovranità nel mondo moderno. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

\_\_\_\_\_. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004.

\_\_\_\_\_. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, M. (Org.). *Teoría del neconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

FOGEL, Gilvan. *Conhecer é criar: um ensaio a partir de F. Nietzsche*. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial, 2005.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Título original: *The concept of law*. 3. ed. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1966.

HEIDEGGER, Martin. *Que é isso – A filosofia?: Identidade e diferença*. Trad. de Ernildo Stein. Título original: *Was ist das-die philosophie?: identität und differenz*. Petrópolis: Vozes, 2006.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Sequência, Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 44, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Trad. de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jeferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. Título original: *Reine Rechtslehre*. 6. ed. São Paulo: Martin Fontes, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ufsc, 1983.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. Trad. de Paulo César de Souza. Título original: *Menschliches, allzumenschliches: ein buch für freie geister*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

\_\_\_\_\_. *Para além do bem e do mal ou prelúdio de uma filosofia do futuro*. Trad. de Alex Marins. Título original: *Jenseits von gut und böse: vorspiel einer philosophie der zukunft*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

PLATÃO. *A república*. Trad. de Enrico Corvisieri. Título original: *Flaatqnoz rioaoteia*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.