

# TRADICIONALISMO E (RE)INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: ENTRE O FORMALISMO E A RUPTURA EMANCIPADORA DO UNIVERSALISMO ABSTRATO

*TRADITIONALISM AND (RE)INVENTION OF HUMAN RIGHTS: BETWEEN THE FORMALISM AND THE EMANCIPATING RUPTURE OF ABSTRACT UNIVERSALISM*

Evaristo Tomasoni Neto\*

**Resumo:** O presente artigo busca verificar a possibilidade de se (re)inventar os direitos humanos a partir da teoria pluralista, afastando-se de padrões universais e abstratos. Para isso, visa questionar a correlação entre o tradicionalismo e a noção de direitos humanos no contexto social moderno, construindo a partir do pluralismo jurídico teorizado por Antonio Carlos Wolkmer – que se revela como modelo contra-hegemônico do monismo jurídico – uma epistemologia crítica, com fito a dar suporte a (re)invenção dos direitos humanos proposta por Joaquin Herrera Flores. Negando o universalismo abstrato e o formalismo na formatação dos direitos, descortina-se uma real ruptura com o pensamento tradicional e forma-se um pensamento voltado a racionalidade de luta e aos contextos que se inserem determinados processos para consecução de direitos. Por meio do método hipotético dedutivo, o artigo apresenta o pluralismo jurídico e sua crítica à centralização do direito, bem como a redefinição de direitos humanos a partir de uma teoria crítica, apontando as linhas de convergência entre as duas teorizações apresentadas. Pretende-se, após toda discussão, verificar se é possível se buscar um modelo que consiga fugir do tradicionalismo teórico e caracterize esses direitos como a consolidação de espaços de luta, e por conseguinte, consiga dar real efetividade aos direitos humanos enquanto exercício da dignidade humana.

**Palavras-chave:** Teoria crítica. Direitos humanos. Pluralismo jurídico. Dignidade da pessoa humana.

**Abstract:** *This article seeks to question the correlation between traditionalism and the notion of human rights in the modern social context, building on the legal pluralism theorized by Antonio Carlos Wolkmer - which reveals itself as a counter hegemonic model of legal monism - a critical epistemology, with the aim to support the (re) invention of human rights proposed by Joaquin Herrera Flores. Denying abstract universalism and formalism in the formatting of rights, showing a real rupture with traditional thinking*

\*Graduando em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná. Estagiário na Defensoria Pública do Estado do Paraná. E-mail: neto.tms@gmail.com.

Orientador: João Paulo Derbli Marcowicz. Graduado em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná.

*and forming a thought focused on the rationality of struggle and contexts which certain processes for achieving rights are inserted. Using the hypothetical deductive method, the article presents legal pluralism and its critique of the centralization of law, as well as the redefinition of human rights based on a critical theory, pointing out the lines of convergence between the two presented theories. The work seeks to arrive at a model that manages to escape from theoretical traditionalism and characterizes these rights as the consolidation of spaces for fight, and therefore, manages to give real effectiveness to human rights as an exercise of human dignity.*

**Keywords:** *Critical theory. Human rights. Legal pluralism. Human dignity.*

## 1. INTRODUÇÃO

O direito é fruto das diversas evoluções sociais, políticas, culturais e econômicas que se estabelecem em determinados contextos históricos e visa a regulação das relações intersubjetivas que se desdobram em cada sociedade. Inúmeros autores tentam dar explicações para as diversas relações travadas diariamente e a produção do direito se consolida ao passo que essas evoluções são cotidianamente resolvidas dentro do aparato social.

Tais embates demandam soluções adequadas e é nessa realidade que surge o Estado como regulador desses entraves, e conseqüentemente é quem oferece o resultado das demandas pretendidas pelos agentes, determinando um protagonismo do ente público na resolução de conflitos e na produção do direito.

Com isso, percebe-se que a presença estatal em cada período da humanidade tem importante papel na conjectura de um processo de dominação e no modo com que é aplicado e interpretado o direito, bem como possibilita uma análise das relações entre Estado e sujeitos e as formas de criação jurídica que se estabeleciam (e se estabelecem) entre esses atores.

Entretanto, vê-se que tais exercícios resultam em padrões excessivamente formalistas e que pretendem ser caracterizados como universais e aplicáveis de maneira similar nos diversos contextos sociais ao redor do mundo, ainda que cada seio social possua características e peculiaridades próprias.

Assim, o presente trabalho busca verificar se é possível, a partir da teoria pluralista proposta por Antonio Carlos Wolkmer, (re)inventar os direitos humanos de modo a afastar-se destes padrões universais, formais e abstratos. Para isso, utilizando-se do método hipotético dedutivo e revisões bibliográficas, alia-se a teorização de Wolkmer às concepções propostas por Joaquin Herrera Flores em sua teoria crítica, visando essa ruptura emancipadora do tradicionalismo que predomina hodiernamente.

Em um primeiro momento, o trabalho busca caracterizar a centralização das fontes do direito, onde o Estado monopoliza essa criação em um modelo monista, que se traduz hodiernamente como instrumento de satisfação de determinadas classes.

Na segunda parte, apresenta-se a teorização de Herrera Flores como forma de superação do universalismo abstrato, propondo por meio de elementos críticos uma (re)invenção na maneira de se pensar os direitos humanos. Compreende-se também a ausência de neutralidade da teoria tradicional, apontando um ponto de partida para a construção de uma teoria crítica, de caráter emancipador e comprometida com os indivíduos e coletividades marginalizadas.

Por fim, a terceira parte do trabalho busca correlacionar as duas teorias, elencando seus principais pontos de convergências e suas interdependências, implicando em um modelo de (re)pensar a partir de uma visão mais ampla e crítica do direito, visando o contexto de luta de determinados povos e suas peculiaridades. Tem-se nessa relação a intenção de desmistificação da teoria tradicional enquanto pretensamente adequada para as tratativas dos direitos na contemporaneidade, instigando uma autocrítica e abrindo horizontes para um novo pensar descolado dos padrões universais e formais suscitados.

## 2. O PLURALISMO JURÍDICO E A CENTRALIZAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO

A partir do século XVII, iniciou-se um processo de solidificação de uma cultura dominante na sociedade ocidental - notadamente na seara concernente às disposições normativas - denominado monismo jurídico, fruto das evoluções sociais e científicas, bem como das adaptações estruturais sofridas à época, que culminou em um modelo que reflete até hoje na aplicação e interpretação do direito ao redor do mundo inteiro.

Com o implemento do Estado liberal/burguês, tem-se o afastamento da ideia da titularidade do poder nas mãos do soberano – tal como no absolutismo – para a concepção de que o detentor desse poder deve ser o povo, que manifesta a vontade popular direta e indiretamente nas disposições legais.

Após as revoluções liberais do século XVIII reforçou-se mais ainda esse pensamento, trazendo à tona a noção de que o desejo da população estaria garantido pelo primado da lei em relação ao arbítrio do seu governante (HESPANHA, 2010, p. 139). Construiu-se, portanto, uma conceituação de soberania inserida dentro de uma teoria do direito que identifica um Estado soberano como aquele que produz uma ordem jurídica autônoma e unificada, seguindo seu próprio processo de criação normativa.

É dentro desse cenário em que as grandes codificações, tal como o Código Napoleônico, foram promulgadas, sofrendo uma influência muito forte da escola exegetica, que defendia a lei positivada como fonte única das decisões jurídicas, sendo estas o resultado entre a concatenação lógica entre uma premissa maior abstrata, a lei e o fato concreto (DINIZ, 2003, p. 50). Tais ideias e fundamentos formam a cultura monista do direito, ou seja, com base na suposta vontade popular, o Estado é caracterizado como único legitimado a ditar as leis e disposições dentro do ordenamento jurídico, tendo por consequência lógica a ideia de que qualquer manifestação normativa ou legal que não seja praticada pelo ente estatal não ocupa *status* de lei, e portanto, não teria qualquer vinculação ou obrigatoriedade.

Nessa tentativa de escapar dos arbítrios do poder soberano, o ideal burguês transfigura o papel da lei como mero regulador das práticas sociais para construir essas disposições normativas como limitador do poder do governante, ao passo em que se traduz como expressão da vontade popular, devendo sua aplicação se pautar em um exercício silogístico por parte do intérprete.

Essa nova cultura jurídica, inserida no projeto da modernidade, tem um objetivo claro: satisfazer os anseios da classe burguesa. Como leciona Dalaneze, “utiliza-se desses novos conhecimentos e tecnologias para incrementar ainda mais a produção, circulação de mercadorias e acumulação de riqueza” (DALANEZE, 2010, p. 67). A partir dessa inserção de um novo pensar, a razão científica toma o controle da história, colonizando as formas de saberes, instituindo uma cultura eurocêntrica em suas práticas, que retira as pulsões naturais advindas das manifestações sociais (LIXA, 2010, p. 125).

Com o enfraquecimento das estruturas estatais, aliado à decadência das práticas jurídicas tradicionais, evidencia-se a falta de efetividade de um modelo ultrapassado que não consegue responder à pluralidade de questões e conflitos na sociedade moderna. Juntando a isso, o crescimento dos bolsões de miséria e das desigualdades sociais, bem como a relação colonizadora entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, nos indica a real necessidade em se encontrar alternativas ao modelo monista, com novos mecanismos que consigam se adaptar a novas realidades e práticas cotidianas.

Nesse cenário estrutura-se o pluralismo jurídico, traduzido como modelo contra-hegemônico, mobilizando uma relação concreta e direta entre os novos sujeitos sociais e o poder institucional, onde radicaliza-se um processo comunitário participativo, com mecanismo plurais e democráticos de afirmação do direito, onde a alteridade é ponto central de desenvolvimento (WOLKMER, 2001). Esse modelo, nas palavras de Wolkmer, é entendido do seguinte modo:

Sendo assim, há de se designar o pluralismo jurídico como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidos por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais (WOLKMER, 2003, p. 82).

Vê-se, portanto, que as bases do pluralismo se assentam na quebra do monopólio estatal como fonte do direito, de modo a descentralizar a criação jurídica para além das práticas burocráticas e monopolizadas pelas mãos dos detentores do capital, notadamente no seu viés político, levando em conta as práticas cotidianas sociais e seus desdobramentos.

Nesta linha de intelecção, Wolkmer ensina que a partir dos novos movimentos sociais, buscando-se uma nova lógica para compreender o fenômeno jurídico, os “sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana objetivando a realização de necessidades humanas

fundamentais” (WOLKMER, 2001, p. 12) conseguem afastar a burocracia, a formalidade e centralização estatal inerente ao se produzir o direito.

Com isto, novos horizontes se abrem, visando um olhar para os ‘esquecidos’ e ‘marginalizados’, sujeitos estes que formam uma coletividade em busca da dignidade humana deixada de lado pela evolução social e avanços do capital, se revelando como uma forma emancipadora de se entender o fenômeno da juridicidade e suas práticas tradicionalistas.

O autor traz em suas obras cinco pontos de efetividade para a construção de um modelo denominado pluralismo comunitário-participativo, listados conforme os ensinamentos de David Sánchez Rubio como “o reconhecimento de novos sujeitos de juridicidade”, “a identificação de um sistema de necessidades”, a “reorganização política do espaço público”, a “identificação de uma ética concreta de alteridade”; e a “racionalidade enquanto necessidade e emancipação” (RUBIO, 2010, p 50).

Na mesma linha, deve-se levar em conta primordialmente a coletividade para se chegar em uma prática com um ideal de alteridade que reconheça a existência de sujeitos que são afastados das práticas pelo monismo, como leciona LIXA:

[...] os novos sujeitos coletivos de direito – atuantes e autodeterminados – que emergem no cenário político brasileiro na década de 1970 carregam uma pluralidade de identidades e necessidades fundamentais – desde as materiais e sociais à culturais – negadas pela lógica monista que apenas podem ser contempladas numa perspectiva política democrática, descentralizada e participativa. Uma prática que admite a pluralidade parte do pressuposto pedagógico e ético da alteridade, reconhecimento da existência de sujeitos negados que possa romper com práticas jurídicas formalistas tecnicistas justificadas por pressupostos idealistas e metafísicos, absolutamente desvinculados dos reais interesses e necessidades humanas (LIXA, 2010, p. 134).

Dentro de uma multiculturalidade de interações das formas de vida, novas estratégias se revelam, desdobrando uma nova participação:

empregar processos comunitários significa adotar estratégias de ação vinculadas à participação consciente e ativa de novos sujeitos sociais. É ver em cada identidade humana (individual e coletiva) um ser capaz de agir de forma solidária e emancipadora, abrindo mão do imobilismo passivo liberal e do beneficiamento individualista comprometido (WOLKMER, 2000, p. 97).

Logo, a partir dessa ideia, situa-se o sujeito a partir do conceito histórico-cultural em que ele se encontra e também às lutas e resistências. Tal entendimento consolida a verificação dos novos sujeitos coletivos enquanto protagonistas da produção e consecução do direito.

### 3. A (RE)INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA TEORIA CRÍTICA COMO SUPERAÇÃO DO UNIVERSALISMO

Joaquin Herrera Flores, em seus estudos, busca propor uma contestação ao tradicionalismo teórico, que baseado na concepção de um universalismo abstrato e pertinência inata dos direitos à pessoa humana simplesmente pelo fato de ter nascido como tal, nega todos os contextos econômicos, sociais, políticos, históricos e culturais dos direitos humanos, camuflando o seu caráter ideológico e reducionista, que os limita a normas jurídicas formalmente escritas, imobilizando, portanto, a luta para a sua consecução, como se esta fosse um processo histórico pronto e acabado (HERRERA FLORES, 2009).

Torna-se, portanto, imprescindível para a compreensão das teorizações aqui explanadas, a contextualização dos direitos humanos no marco de relações as quais os sujeitos estão inseridos, asseverando a noção da importância da coletividade para tais questionamentos.

Herrera Flores (2009b, p. 143) preconiza, por exemplo, acerca da aparente dicotomia entre direitos humanos e direitos fundamentais, entre a metáfora das gerações de direitos e a descrição das gerações de problemas/paradoxos entre direitos e deveres humanos. A visão tradicional rememorada até hoje se dá pelo fato de nos acostumarmos em tratar da matéria a partir de uma abordagem pensada e elaborada nos séculos XVII e XVIII, sem trazer à tona as implicações decorrentes dos períodos modernos nas relações intersubjetivas.

Partindo dessa noção, para se chegar em uma (re)invenção dos direitos humanos, Herrera Flores leciona que a luta pelos direitos humanos no mundo contemporâneo passa necessariamente por sua redefinição teórica. Desconstruir a noção de universalismo presente na teoria tradicional é essencial para a busca de um novo entendimento, visto tal generalização abstrata ter como pressuposto a uniformidade de valores, onde todos os indivíduos compartilhariam da mesma forma de ver o mundo e por meio dos meios processos de luta buscariam a dignidade em suas vidas (HERRERA FLORES, 2009).

Nesta linha, desde os sujeitos que integram uma comunidade indígena na Bolívia até os moradores de um bairro nobre de São Paulo, teriam as mesmas noções acerca de determinado direito e inclusive se autodeterminariam do mesmo modo para a efetivação deste direito, o que na realidade prática se mostra completamente incoerente.

Soma-se a isto a defesa do inatismo dos direitos à pessoa humana, simplesmente pelo fato de ser humano, que desfigura completamente o seu caráter emancipador, gerando uma “lista” pronta e acabada de garantias no momento do nascimento do indivíduo. Sobre o tema, Leilane Serratine Grubba preconiza:

[...] trata-se de um problema de contexto, que afirma que todos têm direitos essencialmente por terem nascido humano. Contudo, a realidade normativa nem sempre coincide com a realidade

empírica. Quando os direitos humanos não serem reconhecidos pelas práxis cotidiana em diferentes culturas, esse se torna tão somente, um nome no vazio, reificado, o qual institucionaliza uma mentira existencial (GRUBBA, 2015, p. 46).

É neste sentido que a (re)invenção caminha, diante da necessidade de se reconhecer as relações e práticas sociais, a historicidade, as instituições, o espaço, o desenvolvimento, os valores, as forças produtivas, bem como as demais características e circunstâncias que compõem o grupo ou comunidade na qual os direitos humanos estão inseridos, sempre situando-os dentro do seu contexto (HERRERA FLORES, 2009), afastando assim o universalismo abstrato, que tem como escopo a generalização dos direitos a partir de valores e práticas dominantes em determinado seio social.

Ainda, para o autor, faz-se necessária uma crítica sobre o modo como esses direitos são identificados dentro da coletividade, rechaçando o reconhecimento destes simplesmente com as normas jurídicas documentadas, e entendendo-os como consequência das lutas travadas para a obtenção dos bens necessários à vida, sendo, portanto, mais que “direito propriamente dito”, para se enquadrar como processos; ou seja, caracterizados como o resultado de lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida (HERRERA FLORES, 2009).

Portanto, não se pode interpretar o ideário dos direitos humanos a partir de uma noção de cunho formalista/positivista. Esses direitos são frutos das lutas de determinados grupos oprimidos para consecução da dignidade humana, por meio de métodos próprios de busca e realização, nos diferentes contextos em que estão inseridos.

Seria leviano afirmar que uma norma, que tem como base a “essência humana” apenas, teria o condão de legitimar e dar existência a toda noção de direitos humanos existentes, devendo-se, portanto, fazer uma análise das ações cotidianas e consequentemente as lutas que esses grupos travam em seu meio.

Dimana disso que a promulgação de determinada lei em um documento positivo dentro do ordenamento não pode ser entendida como marco final da consecução do direito. É necessário que ocorram intervenções diretas pelos destinatários das garantias positivadas em um constante processo de construção e reconstrução, onde se busque criar uma racionalidade de resistência que possa traduzir e consolidar as lutas por esses espaços de conquista da dignidade humana.

Deve-se ter em mente que não se pode rechaçar as conquistas normativas advindas dos avanços sociais e políticos, mas apenas desmistificar a identificação destas como a única expressão dos direitos humanos.

Contudo, esse cenário desenhado pelo formalismo desemboca na falsa neutralidade ideológica que a teoria tradicional diz ter.

O modo de se pensar os direitos humanos, dentro do modelo tradicional, tem

suas raízes nas Declarações de Direitos do século XVIII, resultados das revoluções ocorrida à época, e contém um forte ideário liberal e individual, que a partir de uma investigação da natureza por meio da razão, são proclamados valores universais de “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Tal formação, fundamentada no tecnicismo, resulta em uma epistemologia que tem como corolário o fetichismo pelas documentações normativas, bem como a criação de uma dogmática de aplicação rígida, onde os valores individuais de liberdade se sobressaem aos valores coletivos, fundamentada na ideia de que a razão de mercado e a propriedade privada são a base na instrumentalização desses direitos (HERRERA FLORES, 2005b).

O reflexo desse pensamento tradicionalista é constatado na própria maneira de se ensinar o direito, inclusive nos dias de hoje. A divisão doutrinária dos direitos humanos em gerações (ou dimensões, segundo alguns autores) demonstra esse aspecto hierarquizado e universalista, onde deixa-se de lado a vinculação e concomitância desses direitos uns aos outros, criando um escalonamento que impacta diretamente na maneira de se aplicar e interpretar o ordenamento jurídico.

Essa teoria geracional, tendo como origem o jurista Karel Vasak, segundo George Marmelstein (2008, p. 42)

[...] baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

A mentalidade liberal enraizada nestas categorias de direito é duramente criticada por Herrera Flores, que leciona:

Como la racionalidade liberal dominante supone, por um lado, desconocimiento y desorientación general en los de abajo: y, por outro, um esfuerzo político e ideológico por construir percepciones ideológicas adecuadas a los intereses del poder em los de arriba (HERRERA FLORES, 2005a, p. 12).

O pensador espanhol analisa, portanto, os direitos humanos, partindo da noção de que estes direitos são fenômenos presentes no cotidiano das diversas comunidades, onde por meio das lutas de determinados grupos, inseridos em um contexto local (e não universal), afasta-se a ideia da essencialidade humana como formatador, bem como rechaça-se a interpretação da documentação normativa como o fim da consecução do direito.

Em sentido semelhante Habermas, questionando o ideal dos direitos humanos pautados em critérios exclusivamente jurídicos, visto que tais direitos necessitariam de fundamentações para além do mero tecnicismo do direito

Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e a democracia. Contudo, não está suficientemente claro como esses dois princípios se comportam reciprocamente (HABERMAS, 1997, p. 127).

A partir disso, compreendendo também a ausência de neutralidade da teoria tradicional, tem-se o ponto de partida para a construção de uma teoria crítica, de caráter emancipador e comprometida com os coletivos marginalizados e com os indivíduos enquanto seres alocados em determinados contextos e possuidores de diferenças que os qualificam enquanto sujeitos de direito.

#### **4. UM PARALELO ENTRE O PLURALISMO JURÍDICO E A (RE)INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

A partir da identificação de três pontos de convergência entre as teorias, onde tais traços conversam e se complementam, forma-se um modelo epistemológico apto a alcançar a real efetivação dos direitos humanos, ou no mínimo dar maior efetividade às práticas convencionais aqui descritas.

O primeiro ponto seria o reconhecimento de sujeitos esquecidos pela teoria tradicional que, na construção de uma coletividade, lutam de maneira direta para que seja alcançada e efetivada a dignidade da pessoa humana. Wolkmer afirma inclusive que um dos pontos de construção do modelo pluralista se baseia no reconhecimento hermenêutico dos novos sujeitos coletivos.

Logo, aliando as conceituações de Herrera Flores, pode se afirmar que para a formação de uma epistemologia emancipadora e pluralista que busque uma real efetividade alheia do modelo tradicional deve se colocar estes sujeitos como a base do modelo de pensamento, como se vê nas palavras do autor:

Quando um grupo determinado de pessoas ou um movimento social alternativo que encaminha a ação deles em uma direção diferente à imposta pela ordem hegemônica alcançam essa posição de força que lhes permite falar em sua própria linguagem,

estamos nos aproximando de algo muito importante para uma teoria crítica dos direitos humanos: o empoderamento do cidadão. De tudo isso, deduz-se a necessidade de complementar a adoção dessa “forma de falar” politicamente correta com um tipo de “ações políticas, sociais e culturais incorretas”, quer dizer, não susceptíveis de serem absorvidas pelos leviatãs do momento, seja o Estado, sejam as grandes corporações transnacionais (HERRERA FLORES, 2009, p. 43).

Interligar e analisar o sujeito (e o meio que está inserido) com o ideal de dignidade da pessoa humana se mostra como uma dimensão intersubjetiva da dignidade, que dá ênfase à situação básica do ser humano enquanto pertencente à coletividade, em contraponto ao modelo tradicional que “insiste em limitar o indivíduo como mero ser singular e individualizado” (PÉREZ LUÑO, 1995, p 318).

Neste passo, a inserção do sujeito em determinada comunidade é de suma importância para a compreensão do contexto de luta e efetivação de direitos, inclusive na real busca pela dignidade da pessoa humana contida na Constituição Federal (BRASIL, 1988):

[..] cada pessoa tem de ser compreendida em relação com as demais. Por isso, a Constituição completa a referência à dignidade com a referência à mesma dignidade social que possuem todos os cidadãos e todos os trabalhadores (arts. 13, nº 1, e 59, nº 1, alínea b), decorrente da inserção numa comunidade determinada (MIRANDA, 2000, p. 189).

No segundo ponto, evidenciam-se elementos que se identificam com as concepções modernas inseridas no pensamento monista, inserindo na discussão sobre este modelo a crítica ao legalismo e à racionalidade liberal do fenômeno jurídico. Disto, aparece o pluralismo como teoria contra-hegemônica, onde a pretensa racionalidade e o formalismo são deixados de lado para que entre em cena o reconhecimento de novos meios – para além dos formais – de produção jurídica e surja uma nova racionalidade que não seja pautada em critérios estritamente técnicos.

Nesta senda, a teoria de Herrera Flores se desdobra no sentido de enxergar os direitos humanos a partir dos processos de luta para sua efetivação, que cotidianamente se inserem em um contexto que tenta transparecer suas verdadeiras necessidades e visões sobre tais direitos, que são esquecidos e muitas vezes reprimidos pela visão tradicional.

Nesse tradicionalismo apoiado em uma fórmula supostamente neutra, os documentos formais passam a monopolizar o dizer dos direitos humanos, que deveriam ser constituídos não como um conjunto de disposições formais, mas como normas que a nível nacional e internacional, se asseguram como parte da tendência humana em construir e assegurar suas condições políticas, sociais, culturais e econômicas,

com o propósito na busca da dignidade, possibilitando a revelação da potência e capacidade de atuação subjetiva, que é o que nos caracteriza enquanto humanos (HERERRA FLORES, 2010).

Por fim, o terceiro ponto de convergência entre as teorias se identifica com o modo plural nas quais as práticas jurídicas e os valores devem ser assentados, repudiando o universalismo abstrato e tendo como ponto de visão o 'marginalizado' e o 'diferente'. Ao tratar dos pontos de efetividade, Wolkmer suscita a reorganização política do espaço público, bem como trata acerca da identificação de uma ética concreta de alteridade.

É na tomada de força da comunidade, onde exigências e interações em torno de uma política descentralizada fundadas em participação de base, controle comunitário, sistemas de conselhos e poder local, aparece uma nova forma de se fazer política que institua uma cidadania coletiva, uma cidadania que nasce com a participação de diversos setores da sociedade nas tomadas de decisões (WOLKMER, 2001).

Tal participação se daria a partir de uma ética concreta de alteridade que além de revelar as expressões dos valores e condições histórico-materiais dos povos periféricos, romperia com os formalismos técnicos e abstracionismos metafísicos advindos de uma lógica tradicionalista (WOLKMER, 2001).

Para além da subsunção a engenharias ontológicas e juízos apriorísticos universais, essa ética de alteridade aplicada a situações cotidianas e reais traduziria concepções valorativas advindas dos contextos de lutas, conflitos, necessidades e interesses individuais e coletivos, insurgidos em permanentes afirmações e combate. Logo, deixa-se de lado a contemplação por princípios racionais universalizantes para se priorizar práticas culturais de uma dada historicidade particular (WOLKMER, 2001).

Assentado em conceitos e práticas que visem conquistar maior quantidade de espaços sociais de democracia, Herrera Flores baseia sua teoria onde indivíduos e grupos encontrem possibilidade de formação e tomada de consciência (HERRERA FLORES, 2009b). Nesta perspectiva, faz-se o paralelo entre o que o doutrinador denomina universalismo a *posteriori*, asseverando que

[...] os direitos não são algo prévio a construção de condições sociais, econômicas, políticas e culturais que propiciam o desenvolvimento das capacidades humanas e sua apropriação e desdobramentos nos contextos em que se situem. A relação entre os direitos humanos e esse conjunto de condições é estreita. Por isso, a partir da riqueza humana, rechaça-se qualquer universalismo "a priori" que imponha critérios como se fossem padrão-ouro da ideia da humanidade. O único universalismo que podemos defender desta posição é um universalismo a posteriori, um universalismo de chegada, que todas as culturas possam oferecer suas opções e as discutir em um plano não de mera simetria, mas de igualdade (HERRERA FLORES, 2009, p. 23).

Ainda, segundo o jurista André de Carvalho Ramos (2005) atesta-se a problemática ao confrontar o discurso e a prática dos direitos humanos e as conveniências e interesses de países capitalistas – e suas consequências enquanto colonizadores em determinados períodos:

[...] observarmos a história dos direitos humanos no período imediatamente a seguir à Segunda Grande Guerra, não é difícil concluir que as políticas de direitos humanos estiveram em geral a serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos. Um discurso genérico e sedutor sobre direitos humanos coexistiu com atrocidades indescritíveis, que foram avaliadas com revoltante duplicidade de critérios. Escrevendo em 1981 sobre a manipulação temática dos direitos humanos nos Estados Unidos pelos meios de comunicação social, Richard Falk identifica uma ‘política de indivisibilidade’ e uma ‘política de supervisibilidade’, Como exemplo da política de indivisibilidade menciona Falk a ocultação total pela mídia das notícias sobre o trágico genocídio do povo Maubere em Timor Leste (que ceifou mais de 300 mil vidas) (...). A verdade é que o mesmo pode dizer-se dos países da União Europeia, sendo o exemplo mais gritante justamente o silêncio mantido sobre o genocídio do povo Maubere, escondido dos europeus durante uma década, assim facilitando o contínuo e próspero comércio com a Indonésia (RAMOS, 2005, p. 186-187).

Ainda que discurso e prática acerca dos direitos humanos se interliguem de certo modo quando da aplicação e interpretação do direito, o que se vê in loco é uma real discrepância entre a situação cotidiana vivida pelas comunidades periféricas, por exemplo, e a consecução por direitos e a expressão da dignidade da pessoa humana.

Isto nos leva a criticar o modelo com que os aplicadores e intérpretes enxergam os direitos humanos a partir de uma visão universal e teoricamente aplicável para todas as situações que demandarem do auxílio jurisdicional, o que reforça as reflexões trazidas, e as consequentes críticas acerca desse tradicionalismo teórico e do universalismo abstrato pretendido.

Para Costas Douzinas (2009, p. 13), os direitos humanos estão perdendo seu fim, pois não mais se mostram como uma prática “contra dominação e opressão públicas e privadas para se transformar em instrumentos de política externa das grandes potências do momento, a ‘ética’ de uma missão ‘civilizatória’ contemporânea que espalha o capitalismo e a democracia”.

A partir das concepções multiculturais, que relacionem-se diretamente com as lutas cotidianas, é que se pode verificar as incompletudes existentes, e por conseguinte, afastar-se de um universalismo camuflado por caracteres imperialistas, e caminhe no sentido de se buscar o diálogo intercultural que confirme os diferentes princípios, valores e manifestações dos sujeitos em cada contexto, como ensina Boaventura de Sousa Santos:

A incompletude provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois se cada cultura fosse tão completa quando se julga, existiria apenas uma só cultura. A ideia de completude está na origem de um excesso de sentido de que parecem sofrer todas as culturas e é por isso que a incompletude é mais facilmente perceptível ao exterior, a partir da perspectiva de outra cultura. Aumentar a consciência de incompletude cultural é uma das tarefas prévias para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos (SANTOS, 2003, p. 442).

Vê-se, portanto, que os pontos de convergências apontados, implicam em um modelo de pensar a partir de uma visão mais ampla do direito, visando o contexto de luta de determinados povos, bem como dando espaço aos marginalizados, para que se percebam e reconheçam a ética concreta de alteridade inserta nesse modelo de pensamento.

Tem-se, portanto, o escopo de se desmistificar o senso tradicionalista de análise dos direitos humanos a partir de um aspecto crítico que consiga evidenciar as lutas por direitos e as diversas expressões da dignidade da pessoa humana, fugindo do mero formalismo e fetiche pelas documentações que não expressam na prática a real situação dos povos e as lutas cotidianas elencadas em prol da dignidade da pessoa humana.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após os paralelos traçados entre as teorias de Herrera Flores e Wolkmer, percebe-se as similitudes na forma de pensar o fenômeno jurídico, bem como a tentativa de se repensar de maneira crítica o formalismo técnico e tradicionalismo teórico que o direito enquanto centralizado é aplicado e interpretado hodiernamente.

Com os estudos dos dois pensadores, foge-se dos padrões teóricos baseados na cientificidade mecânica, buscando critérios que se pautem na realidade concreta e cotidiana, bem como foca nos atores sociais que compõem cada coletividade, abandonando o legalismo positivista que marginaliza determinados sujeitos durante a histórica e afasta a concretude do ordenamento em diversas comunidades.

Ademais, propõe-se uma ruptura que caracteriza o direito enquanto dinâmico e vivo, visando um diálogo contínuo e preocupado com as exigências reais de uma práxis social, sempre levando em conta as diversas peculiaridades e dissonâncias de cada contexto analisado.

Com fito na busca da real efetividade dos direitos humanos, o caminho necessário se baseia na desconstrução das teorias tradicionais e no (re)inventar do pensamento, construindo formas de se pensar *“desde abajo”*, que se traduzam no desapego aos moldes *“iluminados”* de viés eurocêntrico e colonizador. Nesse contexto, as duas teorias apresentadas refletem a preocupação com essa ruptura, tornando-se uma poderosa arma na construção de uma sociedade mais igualitária e armada contra a tirania do capital.

A reinvenção dos direitos surge como uma alternativa contextualizada, que busca filosoficamente e politicamente as bases de compreensão da desigual distribuição hierárquica dos direitos humanos, sempre com um viés crítico, e tenta traçar a consecução desses direitos com a satisfação material de bens aptos a promover uma vida digna aos sujeitos de determinada coletividade.

Ainda, tenta desmistificar a caracterização dos direitos humanos pautada em uma hierarquia essencial e estática de valores concebidos previamente, que transpassa uma aparência de naturalidade e imutabilidade, para que possamos compreender estes direitos como a própria vida e luta cotidiana buscando a dignidade.

Nesta senda, ao compreender que os direitos humanos não possuem uma definição conclusiva ou delimitadora, e sim, que devem ser compreendidos enquanto processos que possibilitem uma abertura e diálogos, e levem em conta as diferenças de cada contexto, e se consolidem na luta de cada coletividade pela dignidade da pessoa humana, de modo impuro e híbrido, ou seja, no cotidiano social de cada seio social.

Com isso, no momento em que se revela o real significado das lutas pela consecução do direito enquanto pertencentes a cada comunidade, com suas identidades e peculiaridades não universais, é possível exercitar o (re)pensar crítico dos direitos humanos que se afaste das proposições tradicionalistas e formalistas pautadas na marginalização de sujeitos e satisfação básica de anseios dos detentores do capital.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALANEZE, Sérgio. *Contribuição do Pluralismo no debate das ideias jurídicas*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. 418 p.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do direito*. 15º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRUBBA, Leilane Serratine; AQUINO, Sérgio Fernandes de. Direitos humanos: o problema do contexto. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>.

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

HERRERA FLORES, Joaquín. *Las lagunas de la ideologia liberal: el caso de la constitución europea*. Revista braileira de Direito Constitucional: São Paulo: 2005a.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturais. Critica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005b.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Os direitos humanos no contexto da globalização: três*

*precisões conceituais*. Lugar Comum – Estudo de Mídia, Cultura e Democracia: Rio de Janeiro: 2009b.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Estadualismo, pluralismo e neorrepública*. *Perplexidade dos nossos dias*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Pluralismo jurídico: Insurgência e resignificação hermenêutica*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Altas, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RUBIO, David Sánchez. *Pluralismo jurídico e emancipação social*. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. IN: SOUSA SANTOS, Boaventura de. (org.). *Reconectar para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos, poder local e novos sujeitos sociais. In: RODRIGUES, H. W. (Org.). *O direito no terceiro milênio*. Canoas: Ulbra, 2000.