

TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: RETÓRICA, JUSPOSITIVISMO E EFETIVIDADE DA FORMA JURÍDICA¹

CRITICAL HUMAN RIGHTS THEORY: RHETORIC, JUSPOSITIVISM AND THE LEGAL FORM EFFECTIVENESS

Bianca Regina Ramos Magalhães²
Enoque Feitosa Sobreira Filho³
Lorena de Melo Freitas⁴

RESUMO

Este artigo examina a teoria dos direitos humanos sob uma perspectiva crítica, a partir de uma premissa ontológica e com esteio no pensamento filosófico de Norberto Bobbio e na literatura jurídica. Explora-se conceitos essenciais ao deslinde do objetivo, tais como o uso da linguagem e a finalidade da retórica; o universalismo e a abstração perante a utilidade pública; e a desigualdade como característica intrínseca aos indivíduos. O propósito é investigar o problema do distanciamento entre o discurso de direitos humanos e os direitos humanos propriamente ditos, isto é, enquanto efetividade; e se o juspositivismo é a hipótese necessária e suficiente à reparação dessa segregação. Para tanto, utiliza-se uma abordagem qualitativa, a partir de um procedimento bibliográfico, com objetivo descritivo para a produção de uma pesquisa básica pura. Ao final, vê-se que tanto o discurso quanto o positivismo jurídico detêm papéis relevantes na concretização de garantias humanitárias, em que pese serem insuficientes.

Palavras-chave: Efetividade. Juspositivismo. Retórica. Teoria crítica dos direitos humanos.

¹O presente artigo é um desenvolvimento das anotações e pesquisas feitas pela primeira autora, no âmbito da disciplina Teorias dos Direitos Humanos, ministrada no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, pelo segundo e pela terceira autora - os professores Enoque Feitosa Sobreira Filho e Lorena de Melo Freitas. As alterações e os aditamentos feitos pelos memos foram incorporados neste texto, resultando na presente forma final amplamente modificada pelas contribuições dos aludidos docentes.

²Graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. Especialização *lato sensu* em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE). Mestrado (em andamento) em Ciências Jurídicas, com área de concentração em Direitos Humanos, na linha de transjuridicidade, epistemologia e abordagens pluri/inter/transdisciplinares dos direitos humanos, da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Advogada. *e-mail*: biancarrm@gmail.com.

³Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutorado em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Estágio pós-doutoral em Teoria e Filosofia do Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Associado III na UFPB, lecionando na Graduação em Ciências Jurídicas e nas Pós-Graduações (Mestrado e Doutorado) em Ciências Jurídicas e em Filosofia. *e-mail*: enoque.feitosa@academico.ufpb.br.

⁴Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Associada II na Universidade Federal da Paraíba (UFPB), lecionando na Graduação e nas Pós-Graduações (Mestrado e Doutorado), todos em Ciências Jurídicas. Professora na Pós-Graduação em Direito da UFPE. *e-mail*: lorena.freitas@academico.ufpb.br.

ABSTRACT

This article examines the human rights theory from a critical perspective, from an ontological premise and supported by Norberto Bobbio's philosophical thought and legal literature. Essential concepts to unravel the objective are explored, such as the use of language and the purpose of rhetoric; the universalism and the abstraction by the public utility; and inequality as an intrinsic characteristic of individuals. The purpose is to investigate the problem of the distance between the discourse of human rights and human rights per se, that is, as effectiveness; and whether juspositivism is the necessary and sufficient hypothesis to repair this segregation. Therefore, a qualitative approach is used, based on a bibliographic procedure, with a descriptive objective for the production of a pure basic research. In the end, it is seen that both discourse and legal positivism play relevant roles in the realization of humanitarian guarantees, despite of being insufficient.

Keywords: Critical human rights theory. Effectiveness. Juspositivism. Rhetoric.

1. INTRODUÇÃO

Não negamos que o homem é um todo em si mesmo. Todavia, reconhecemos que, para além do individualismo e do egoísmo, o indivíduo também é um ser coletivo, organizado socialmente. Somos, simultaneamente: pessoas, famílias, sociedades, países, uniões de nações e humanidade.

Em um emaranhado de gentes, costumes, tradições e pensamentos, é fácil concluir que, naturalmente, erguem-se bons e maus tempos, boas e más concepções de justiça. Assim, ao longo da história, identificamos numerosas anotações a respeito de lutas em prol de um nomeado bem, ora visto de uma perspectiva individual, ora perseguido sob uma ótica global, como a propagação de uma “hospitalidade universal” (KANT, 2008, p. 20).

Nesse cenário, a problemática reside na dificuldade de se encontrar um ponto de vista comum, se é que, de fato, isso é plausível. Se somos todos dissemelhantes, é possível inferir que, ainda que elegêssemos um caminho de essencialidade e estabilidade a todos, haveria, em dado momento, no meio desse todo, uma ou várias insatisfações, o que relativiza, pois, as aceções de apenas uma dada cultura como predicado humano, sendo essa relativização o calcanhar de aquiles do universalismo.

Em que pese o esforço dos sociólogos e antropólogos, é possível que a real compreensão da formação social não seja de imediato discernível pelo motivo de que a regulação dos conflitos sociais é um processo em permanente mutação e não por ser supostamente incognoscível, mas centralmente por ser dinâmico. “A vida em seu movimento é cinema. O momento é tão só fotografia” (FEITOSA, 2022).

Isso ocorre porque a diversidade social remete, quase que necessariamente, a uma multiplicidade de escolhas e personificações. Cada indivíduo, grupo, família, sociedade, união

de nações ou continente carrega consigo seus próprios júbilos e dores, que mesmo que compartilhados universalmente, não necessariamente o são assim experimentados, vivenciados; é aí que reside o debate acerca das posições de privilégio.

Sem embargo, uma ideia, qualquer que seja, ainda que pequena e local, e com destinatários determinados, detém potencial para expandir-se, notadamente se revestida de boa intenção. Nesse sentido, uma paixão pelo “progresso” e um empenho em atingir o bom, o belo e o justo parecem mover os indivíduos em toda a parte e isso só pode se viabilizar na interação social, *i.e.*, como discurso.

É que a boa palavra, a fala pelo bem tem um poder de conquista, de arregimentar pessoas a realizar projetos. O discurso humano – voltado à proteção das pessoas, ao alívio do fardo do próximo – une nações, ofuscando as dissimilaridades e as diversas formas de experimentação. É como se tivéssemos, no meio de um caldeirão de oposições, um ponto em comum: o fato de sermos humanos e temermos o estado de insegurança natural que nos emoldura.

Quando olhamos para o outro, vemo-nos nele. Assim, “a morte de qualquer homem me diminui, porque sou parte do gênero humano.” (DONNE, 2012, np). Essa concepção nos move para um reconhecimento e uma ação em prol do bem. Por essas e tantas outras razões, os discursos de direitos humanos no plano internacional atingiram a projeção que possuem atualmente.

Diante disso, como o Direito examina o espaço existente entre o discurso jurídico e a perfectibilização das garantias – a vivência prática? Tal investigação é necessária tendo em vista que, apesar de tanto se falar no empenho por uma humanidade plena e feliz, falta-nos o alcance de uma consciência holística, das diversas formas de ser, dever ser e coexistir.

Ocorre que, é o Direito uma – senão a – ferramenta determinante na estruturação de cada corpo social, bem como, muitas vezes, o elemento que concederá ou publicizará as respostas, tanto as dadas como as perseguidas.

Nesse sentido, a nossa pretensão é investigar qual é a diferença entre um discurso de direitos humanos e os direitos humanos propriamente ditos. Nesse passo, o fio condutor é a

ideia de que a retórica, apesar de ser revestida de importância, manifestada pela função de convencimento, não guarda, por si só, um compromisso com o concreto.

Para o presente estudo, elegemos o juspositivismo como hipótese de solução ao problema delimitado. Isso porque a positivação é, normalmente, uma etapa minimamente necessária ao ‘alcance’ de direitos. Mas a nossa finalidade destina-se, muito mais, a perceber se essa não é só uma etapa necessária, mas, também, como dito, suficiente à concretização dos direitos humanos e suas indissociáveis garantias.

Assim, estruturalmente, propomos perquirir, na primeira parte, o significado da retórica e do discurso e sua relação com a acepção de justiça, sobre afirmar o bom, o belo e o justo. Na segunda parte, queremos explorar, ainda, algumas das principais críticas a respeito dos discursos de direitos humanos, não necessariamente sob o viés ideológico, mas no que concerne a sua formação e condição de existência.

Finalmente, na terceira parte, tencionamos investigar acerca do juspositivismo, seus principais elementos, notadamente a sua acepção no plano teórico e metodológico, dentro da aferição entre tese e realidade, para responder, ao fim, as indagações ora elaboradas.

2. RETÓRICA E JUSTIÇA

A priori, quando pensamos sobre a natureza da linguagem, sobressai-nos a ideia de verbalização ou de exposição de sentimentos e pensamentos através de gestos, desenhos, expressões faciais e corporais, etc. Sem embargo, as adjacências que envolvem a temática ultrapassam os signos linguísticos, pois a linguagem também pode ser compreendida como uma ação, qual seja o ato de fala (AUSTIN, 1990, p. 12).

Algumas palavras nada descrevem, nem declaram, nem relatam, pois são em si mesmas – uma vez enunciadas – um feito, um acontecimento no qual dizer é fazer (AUSTIN, 1990, pp. 24-25); outros vocábulos são ambivalentes, plurissignificativos, o que torna necessário recorrer a elementos clarificantes, inclusive à observação das circunstâncias de proferimento, a fim de identificar uma adequação entre os termos e a ação (AUSTIN, 1990, pp. 72-76).

É possível discernir três níveis no ato de fala, a saber: a locução (dizer algo, expressar); a ilocução (é o “não dito” e é implícito no discurso); e, a perlocução (produzir um efeito a partir do que é dito) (AUSTIN, 1990, pp. 85, 89 e 90). Por essa razão, examinar o

significado de um discurso é um exercício singular, mormente quando tratamos das declarações de direitos humanos e suas peculiaridades.

Nesse sentido, é comum evocar a filosofia para perceber o saber jurídico. Entretanto, há dissimilaridades entre a *filosofia do Direito dos filósofos* e a *filosofia do Direito dos juristas*, pois aquela transporta as doutrinas filosóficas para o estudo forense, enquanto que essa última se debruça sobre a prática judiciária. Nada obstante, pretendemos relativizar essa distinção, uma vez que algumas concepções jurídicas decorrem infalivelmente de especulações (TROPER, 2008, pp.17-20).

Assim, em analogia ao proposto por Henri Bergson (1999, p. 178), ao discorrer sobre o cone da memória e o fato de que a reminiscência passada serve de base à representação atual, entendemos ser relevante perscrutar algumas noções primevas do pensamento ocidental a respeito das falas.

Platão escreveu diversos diálogos socráticos, os quais eram permeados de discussão e argumentação, a fim de ensinar e revelar a verdade. Para o propósito deste trabalho, elegemos o colóquio entre Sócrates e Górgias (junto a outros personagens) e determinados trechos da obra *A República*, sobre a retórica e a definição de justiça.

No *Górgias*, questionado por Sócrates a respeito de qual é a potência da sua arte – do grego *tékhnē* –, Górgias afirma ser a retórica (Platão, *Górgias*, 449a), cujo objeto é o discurso garantido de persuasão (Pl., *Gorg.*, 453a), a ser exercido nos espaços de deliberação coletiva sobre o justo e o injusto (Pl., *Gorg.*, 454b). Nesse sentido, ela se ocupa da crença – *pistis*, que pode ser verdadeira ou falsa – e não da ciência – *epistéme* –, de modo que o propósito é convencer o sujeito de que determinado ato é (in)justo (Pl., *Gorg.*, 454e-455a).

Dessa feita, vê-se que a oratória não pratica essencialmente a verdade, mas o convencimento, por intermédio do uso direcionado da linguagem. Não há, portanto, compromisso entre aquilo que se fala e o que existe no plano real, ainda que defronte de tribunais ou assembleias deliberativas.

Em seguida, o sofista afirma que todo aquele que emprega a retórica deve fazê-lo com retidão, de maneira que a habilidade em si não é ruim, mas sim o seu exercício inadvertido, o mau uso. Logo, é necessário que o orador aprenda, de fato, a respeito do que é belo, bom e justo – e não apenas convença o seu espectador de que o sabe. Todavia, se um aprendiz não preserva consigo esse valor, não há responsabilidade para o mestre (Pl., *Gorg.*, 457a-c).

De outro norte, Sócrates afirma que, para ele, a retórica não é uma arte, mas uma prática – *empeiria* –, reproduzida por indivíduos dotados da habilidade de lidar com o outro, e cujo propósito é gerar satisfação, adulação (Pl., *Gorg.*, 462b-c). Nessa senda, para elucidar seu raciocínio, o locutor recorre à distinção entre corpo e alma, sendo que tanto um como outro possuem cuidados preventivo e repressivo (Pl., *Gorg.*, 464a-b).

O cuidado preventivo do corpo é a ginástica, enquanto que o repressivo é a medicina (Pl., *Gorg.*, 464b). Além disso, há o simulacro, ou seja, aquilo que confere aparência, mas não atenta de fato para o bem, e é desprovido de razão. Dessa forma, a cosmética e a indumentária são simulacros do corpo, pois são aptos a atribuir o aspecto de saúde, ainda que essa não exista; enquanto que a culinária é o simulacro da medicina (Pl., *Gorg.*, 465b-c).

Por sua vez, o cuidado da alma é a política, sendo a tutela preventiva representada pela legislação, enquanto que a repressiva é a administração da justiça. Para Sócrates, a sofística e a retórica são, respectivamente, simulacro daquelas, uma vez que obscurecem a percepção sobre o bom e o verdadeiro, contentando-se com o agradável (Pl., *Gorg.*, 464b-d).

Assim, o que caracteriza a arte genuína é a aposição de procedimentos que resultem em bens tangíveis. Consequentemente, a retórica não é uma técnica, mas meramente uma prática, porque o orador desconhece o justo e o injusto – ou seja, o valor justiça está ausente – e há apenas uma manipulação dessas noções (Pl., *Gorg.*, 464d).

Noutro passo, Sócrates aduz que é pior praticar uma injustiça do que dela ser vítima (Pl., *Gorg.*, 469b). Polo, discípulo de Górgias, entretanto, proclama o inverso, pois aquele que comete injustiça é, de todo modo, um detentor de poder, o que é suficiente para o estado de felicidade, especialmente se ele não for punido; enquanto que o injustiçado é um desafortunado (Pl., *Gorg.*, 470d-471d).

Aqui, o debate desdobra-se em torno do enigma do contentamento humano, pelo que a retórica pode dissimular a noção de justo e injusto, sucedendo, para Sócrates, na falsa percepção de que a vida do injusto é superior (Pl., *Gorg.*, 472d-e).

Cálicles sobrevém afirmando que a perspectiva de justo e injusto varia conforme o referencial, a saber se diante da lei – *nomos* – ou da natureza – *physis* (Pl., *Gorg.*, 483a). Nesse sentido, aquilo que é injusto perante a legislação, pode ser justo face às prescrições naturais, as quais não protegem os mais fracos (Pl., *Gorg.*, 483d).

Em *A República*, Polemarco, filho de Céfalo, apresenta uma definição simplificada de justiça, a qual está associada ao ato de fazer bem aos amigos e mal aos inimigos, o que não

é admitido por Sócrates, que afirma ser incoerente elevar a justiça ao sentido de virtude e, ao mesmo tempo, de elemento permissivo do mal (Platão, *A República*, 335d).

Em contrapartida, o sofista Trazímico interfere afirmando que a justiça é “a conveniência do mais forte” (Pl., *Rep.*, 338c). Ou seja, a autoridade local dispõe do poder para elaborar regras conforme o seu querer e, seja qual for o conteúdo, o fato de algo estar estabelecido como lei o torna legítimo. Justo, então, é aquilo que está posto, firmado pelo poder, em uma acepção legalista da justiça.

Por sua vez, Glauco infere que a justiça é fruto de um pacto, em uma percepção contratualista, dado que nenhum ser social é forte o suficiente para praticar injustiça sem ser retaliado, assim como ninguém é fraco o bastante para ser injustiçado e não revidar. Por conseguinte, forma-se um pacto de não agressão mútua (Pl., *Rep.*, 359a-b). Nesse contexto, a justiça não é um valor, um bem pretendido, mas tão somente assentido face à impossibilidade de agir diferentemente, ou seja, um recurso contratual.

Para ilustrar, Glauco conta a fábula de Gíges (Pl., *Rep.*, 359d-360b), um servo do rei que encontrou um anel guarnecido da habilidade de tornar quem o usa invisível, sempre que desejar. Ocorre que, em vez de manusear o poder para promover justiça, Gíges forja um plano de deposição e ascende como um rei tirano, despótico. A narrativa revela que a autêntica natureza humana é injusta.

A República segue com o escopo de avaliar o que é a justiça no ser humano. O raciocínio é tarefa árdua, pelo que, para facilitar o discernimento, Sócrates pretende pensar, preliminarmente, a formação de uma cidade justa – a *Kallipólis* (Pl., *Rep.*, 368e-369a).

Nessa senda, a partir de uma analogia com o fato de a cidade ser dotada de três classes, Sócrates infere que a alma do homem também é constituída por três elementos, quais sejam o racional – *logos* –, o impulsivo – *thymós* –, e, o volitivo – *epithymía* –, os quais devem estar em harmonia para que seja possível agir com justiça. Além disso, somente a razão é apta a conciliar tais componentes (Pl., *Rep.*, 440e-441a).

Essa representação rememora a percepção referida em *Górgias* de que a política é o cuidado da alma (Pl., *Gorg.*, 464b), visto que o fundamento da injustiça está no indivíduo, particularmente no elemento anímico. Desse modo, diferentemente das leis naturais, as relações humanas dispõem de um elemento racional, que deve ser o dominante. Ademais, a legislação e a administração da justiça são apostas como cuidados da alma (Pl., *Gorg.*, 464b)

porque impõem ordem, afastando o caos político, a fim de preservar a harmonia e coibir a veneração ao desejo particular.

Nisso, dedicar-se tão somente à bajulação, ao convencimento – propriamente, à retórica – para uma vida de satisfação, sem refletir sobre a alma humana, as virtudes e o bom, obsta o perfazimento de uma razão que transforme efetivamente o indivíduo e a convivência coletiva. “Que proveito colheremos nós (...)” (Pl., *Gorg.*, 455d)?

À época, o ponto vital do debate era o modo de formação – *paideia* – de sujeitos que conhecessem de fato a justiça, para então tornarem-se governantes, legisladores aptos a estabelecerem decisões públicas pertinentes. Nesse cenário, a justiça não é algo sensível, mas inteligível, definível (Pl., *Rep.*, 336c-d). Uma abordagem jurídica depende de uma cognição acertada da essência teórica, disso a importância da *filosofia do Direito dos filósofos*, aqui representada pelos escritos de Platão.

Nada obstante, o conhecimento sobre o (in)justo era interessante a poucos, de modo que a retórica despontou como uma alternativa de transmissão desse saber para os demais indivíduos (Pl., *Gorg.*, 460a). Por isso, ela deve ser assertiva e, uma vez que o discurso escrito é difundido, ressurgiu a acepção de *tékhnē*⁵.

Sem negar o mérito da retórica como modo de disseminação e persuasão de um conteúdo antecipadamente pensado e amadurecido, não podemos olvidar os riscos que repousam sobre a técnica. É que, como expressamos alhures, a fala tem três níveis, sendo que, ocasionalmente, o que enunciemos não atinge, satisfatoriamente, o resultado pretendido.

Além disso, se exercido unicamente como prática, rotina – *empeiria* –, o discurso dos direitos humanos resumir-se-ia ao *status* daquilo que gera mera satisfação, que serve para convencer, todavia, sem ter compromisso com a verdade, levando a conclusões que o tomem por ineficiente e ineficaz, pois enroupado de simulacro da justiça.

Sabemos que a controvérsia acerca da natureza do justo e do bom é imensa. O nosso intento não é alterar sobre o significado de justiça. Como dito no introito, almejamos investigar um caminho de transposição entre uma retórica dos direitos humanos e os direitos humanos propriamente ditos.

Com esteio na elucidação acima delineada, passamos a examinar algumas compreensões necessárias ao aprofundamento da questão do discurso dos direitos humanos.

⁵No mesmo sentido: LACERDA, 2021, *on-line*.

3. CRÍTICAS AO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS

É cediço que o conteúdo dos documentos revolucionários proferidos ao longo do século XVIII, sobretudo nos Estados Unidos da América (1776 e 1791) e na França (1789), foi transformado em uma acepção global do conceito de direitos humanos, tendo sido difundido, ao longo do tempo, por entre as nações (DOUZINAS, 2009, p. 99).

Costas Douzinas leciona que, do mesmo modo que as declarações acima mencionadas compõem o fundamento do discurso de direitos humanos, “as reflexões de Burke e Marx a respeito da Revolução Francesa constituem a base das críticas a esse discurso” (DOUZINAS, 2009, p. 159).

Da obra *Reflexões sobre a Revolução em França*, de Edmund Burke, é possível extrair algumas adversidades a serem enfrentadas quando se trata de uma teorização dos ideais humanitários, mormente em razão do universalismo. Para o autor, os direitos do homem, da maneira como foram estipulados, são metafísicos e, quando contrastados com as circunstâncias reais, afastam-se de uma cognição simples e linear, para sucederem em diversas refrações (BURKE, 1982, p. 90).

Por pretender alcançar uma extensa variedade de sujeitos e espaços, os direitos humanos revestem-se de abstração, a qual caminha de encontro à utilidade pública. Isso significa que o “racionalismo do discurso dos direitos deixa sua formulação tão abstrata e geral a ponto de torná-los irrealis e não factíveis.” (DOUZINAS, 2009, p. 164).

Tal noção incita a percepção de que discutir apenas a existência de direitos não é suficiente, pois é necessário desenvolver uma forma de proporcionar, efetivamente, as garantias enunciadas. Como exemplo, Burke (1982, p. 89) cita que não há benefícios em argumentar sobre um direito à alimentação sem aprovisioná-la.

O exercício de direitos assume relevância suprema. Por conseguinte, a dimensão legalista arca com um papel de pacificação coletiva, de modo que os direitos humanos passam a ser vistos como “uma espécie de mantra, cuja repetição alivia a dolorosa lembrança das infâmias passadas e a culpa por injustiças presentes.” (DOUZINAS, 2009, p. 165).

Nessa ótica, a abstração falha no cumprimento das necessidades concretas de dada sociedade, até mesmo porque é difícil conceber um discurso plenamente adequado face a uma pluralidade de indivíduos e arranjos sociais, não sendo possível afirmar a existência de um conceito de homem abstrato ou de humanidade comum (DOUZINAS, 2009, p. 166).

Karl Marx, em *Crítica do programa de Gotha*, sustenta que a desigualdade é intrínseca aos indivíduos. A partir do autor, podemos concluir que, se considerarmos os trabalhadores, teremos vários indivíduos que compartilham do mesmo denominador comum, qual seja, o fato de trabalharem; no entanto, as circunstâncias reais e diretas de cada trabalhador são diferentes, de modo que alguns deles, embora recebam a mesma quantia que os outros, podem tornar-se mais ricos. “A fim de evitar todas essas distorções, o direito teria de ser não igual, mas antes desigual.” (MARX, 2012, np). Todo direito é direito da desigualdade. A questão é: como tratá-las?

Desta feita, atribuir aos direitos humanos uma qualificação universal, sem que se identifique um real compartilhamento de garantias na vivência de todos os indivíduos, pode levar a crer que tais direitos não sejam “humanos o suficiente” (DOUZINAS, 2009, p. 175), havendo um afastamento entre o fenômeno e a realidade.

Para Douzinas (2009, p. 176), tanto Burke quanto Marx estavam, simultaneamente, certos e errados. Ele considera que é possível condescender com uma perspectiva universal dos direitos humanos, no que concerne à preservação de “uma postura e uma dignidade transcendentais diante de condições locais”.

Ademais, sob uma perspectiva crítica, Tobias Barreto afirmava não saber se o Direito “está em condições de dar pão aos seus cultores, o pão bem adquirido é filho do trabalho honesto, mas pelo menos uma cousa é certa: é que o direito, como nós o temos, como o aprendemos e o ensinamos, não confere honra a ninguém” (BARRETO, 1892, p. 324).

Nesse cenário, vemos que uma teoria crítica dos direitos humanos percebe o discurso humanitário como programa normativo ou prescritivo, e não norma cogente, como se o enfoque estivesse no que se profere e não no que se proporciona, terminando por não alcançar todos.

Importa ressaltar que, quanto à forma de conhecimento, o discurso pode ser prescritivo/normativo direto (via legislação) ou normativo indireto (através da argumentação nos julgamentos); bem como descritivo (entre os colóquios acadêmicos). O conteúdo parece possuir teor denunciativo, enquanto que a condição de validade e legitimação deriva do jusnaturalismo, alçando-os ao *status* supralegal (FREITAS, 2012, p. 238).

Se considerarmos que a natureza se caracteriza por um desenvolvimento imanente – livre da ação humana – e que a cultura, por seu lado, é uma antítese àquela, já que revestida da “mão aperfeiçoadora” (BARRETO, 1892, p. 352) do homem, em busca do bom e do belo,

resulta que “o direito figura também, por assim dizer, como uma das peças de *torcer e ageitar*, em proveito da sociedade, o homem da natureza”. (BARRETO, 1892, pp. 352-353).

Tendo em vista que o ordenamento jurídico pode ser visto como fruto da cultura de uma comunidade local, que tende a positivizar as conquistas e os avanços historicamente auferidos, a fim de realizar os seus valores e interesses, sobressai-nos uma hipótese: será o juspositivismo um movimento real suficiente à superação de um arquétipo retórico? É nele que encontramos a materialização dos direitos humanos?

Tais questões enfatizam a necessidade de perscrutar a temática a partir de um “ceticismo metódico, o qual consiste em duvidar das obviedades e verdades ‘estabelecidas’ e sagradas quanto ao direito, notadamente àquelas ditas eternas e imutáveis.” (FEITOSA, 2013, p. 90).

Sem embargo, quando pronunciamos a realização de uma leitura crítica, não pretendemos julgar ideologias ou combater proposições. O uso da expressão “crítica”, na verdade, está vinculado ao “objetivo kantiano original” (DOUZINAS, 2009, p. 21), quer dizer, ao exame dos pressupostos filosóficos, das condições de formação e existência do jusnaturalismo e do juspositivismo, suas trajetórias e enunciações, ainda que sem o escopo de esgotá-las neste trabalho.

4. SOBRE O JUSPOSITIVISMO

Como premissa, optamos por uma abordagem descritiva – ontológica – e não prescritiva – axiológica (FREITAS; FEITOSA, 2017b, p. 162). Isso porque não pretendemos analisar o Direito como ele deveria ser, quais valores necessitaria abarcar, mas sim como ele é, quais são os seus motores, no atual estado da arte.

A partir disso, é cediço que tanto o jusnaturalismo como o juspositivismo são caracteres contrastivos de fundamentação do Direito. Desde os primeiros séculos, a essência das leis naturais era moral e/ou religiosa, sendo que o jusnaturalismo conduzia a legislação sob o viés de “transcendência e imutabilidade” (FREITAS; FEITOSA, 2017a, p. 370)

Trocando em miúdos, a compreensão do Direito natural, a depender das influências do período histórico, perpassou pela ideia de natureza (*physis*), como também pelo divino e pelo racionalismo iluminista, do qual originou um jusnaturalismo antropológico. De todo

modo, apresentava-se em oposição ao Direito positivo, porquanto esse era circunstancial, calcado de acordo com o tempo e o lugar (FREITAS, 2018, *on-line*).

Nesse sentido, a visão acerca da concepção dualista do Direito, notadamente no que concerne à preponderância do plano natural ou do positivo, também variou conforme a época. Em síntese, no período clássico, o Direito natural era uma designação geral enquanto que o positivo era uma especialidade, a qual deveria prevalecer face a eventual conflito; ao passo que, na Idade Média, há uma inversão dessas perspectivas (BOBBIO, 1995, pp. 25-26).

Norberto Bobbio (1995, pp. 22-23) elenca seis critérios de diferenciação entre as vertentes em comento, de modo que o Direito natural e o positivo caracterizam-se, respectivamente, pelas seguintes antíteses: a) universalidade ou particularidade; b) imutabilidade ou mutabilidade; c) quanto à fonte, é moral/religiosa/racional ou estatal; d) quanto à cognição, é percebido pela razão ou através da promulgação; e) acerca do objeto, disciplina os comportamentos bons e maus ou apenas aquilo que está qualificado na lei; e, f) no tocante à valoração, determina o que é bom ou o que é útil.

Sem embargo, a transição do jusnaturalismo para o positivismo jurídico está vinculada ao surgimento do Estado moderno, tendo em vista que o Direito deixou de ser compreendido como algo que existia, estritamente, dentro de cada aglomerado social, em respeito às suas diversificações, para ser entendido a partir de um pensamento monista, sendo o Estado o único capaz de dizê-lo. Desse modo, a aposição do termo “positivo” ao lado de “Direito” tornou-se tautologia (BOBBIO, 1995, pp. 26-27).

Isso não significa que houve um aniquilamento das leis naturais, até mesmo porque, em dado momento, recorria-se ao Direito natural para preencher lacunas deixadas pelo legislador (BOBBIO, 1995, pp. 42-44). De outro norte, o juspositivismo também alberga cânones amplos, de difícil corporificação, de maneira que o Direito natural teria sido formalmente assimilado pelo Direito positivo (FREITAS, 2018, *on-line*).

Nada obstante, passamos a expor, em linhas gerais, alguns aspectos essenciais à compreensão do positivismo jurídico, o qual percebe o Direito como um fato, distanciando-se de juízos de valor – ponderações entre bom e mau ou justo e injusto – e ocupando-se com um Direito real, e não ideal. Nessa lógica, a validade de uma norma está condicionada à sua composição formal, independentemente do conteúdo, de maneira que “pode, de fato, haver um direito válido que é injusto e um direito justo – por exemplo, o direito natural – que é inválido” (BOBBIO, 1995, p. 137).

Ademais, a coatividade é elemento substancial do Direito, cuja função encontra-se na disciplina do uso da força; quer dizer, o ordenamento jurídico estipula *quem, como, quando* e *o quanto* é possível exercitar a força dentro de uma sociedade civil. Em outras palavras, a coatividade não apenas define o Direito como é por ele definida (BOBBIO, 1995, pp. 157- 158).

Tobias Barreto (1892, p. 28) já falava a respeito da coação ser componente do Direito, ao dizer que “o direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social, - a vida pela *coacção*, até onde não é possível a vida pelo amor.” (grifamos).

Igualmente, o juspositivismo tem a legislação como fonte preponderante, do que resulta uma rede complexa de relações entre a lei, os costumes e as decisões judiciais. A partir disso, debate-se acerca da estrutura hierárquica legal; dos costumes “*contra legem*”, “*secundum legem*” e “*praeter legem*”; dos juízos de equidade; e, das regras de conduta extraídas da natureza das coisas (BOBBIO, 1995, pp. 161-179).

De todo modo, a norma é vista como um comando, pelo que surge a discussão acerca das normas permissivas e atributivas, tal qual a qualificação dos imperativos em positivos ou negativos, autônomos ou heterônomos, pessoais ou impessoais, gerais ou individuais, abstratos ou concretos, e, até mesmo, hipotéticos (BOBBIO, 1995, pp. 181-195).

Além disso, os princípios e as regras jurídicas são examinados não apenas isoladamente, mas, também, conjuntamente. O positivismo jurídico preconiza a coerência e a completude do ordenamento jurídico, repelindo antinomias e estabelecendo que não existem lacunas legislativas, pois, seja de normas explícitas ou implícitas, é sempre possível ao magistrado extrair soluções aos conflitos (BOBBIO, 1995, pp. 197-210).

Dessarte, sob a ótica juspositivista, a atividade do jurista e a construção da ciência jurídica expressam-se através de um método reprodutivo – declarativo – daquilo que já está posto, que é preexistente; por isso, na interpretação não há uma atividade criativa, com vistas à produção de um novo objeto, um novo Direito (BOBBIO, 1995, p. 211).

De outro modo, é possível afirmar que alguns autores compreendem o juspositivismo não como uma teoria – a partir de uma função científica, de percepção objetiva –, mas como uma ideologia – um juízo de valor – naquilo que pode ser chamado positivismo ético, e que “consiste em afirmar o *dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal*.” (BOBBIO, 1995, p. 225). Obedecemos as leis não por serem boas, mas por serem leis.

Enfim, sem incorrer em generalizações sobre quaisquer perspectivas suso delineadas, temos que as características do juspositivismo podem ser distribuídas em três planos independentes, a saber como método, teoria e ideologia (BOBBIO, 1995, pp. 233-234). Já elucidamos a visão ideológica, de modo que, para o propósito deste trabalho, e a fim de preservarmos a reflexão ontológica, cingir-nos-emos às críticas acerca do método e da teoria.

Isso porque, quando se reconhece o positivismo jurídico como um *método*, desponta a problemática da conveniência. Em outros termos, torna-se necessário investigar a aptidão do meio para o alcance do fim pretendido. Enquanto que, se o discernirmos como uma *teoria*, deparamo-nos com o mister de avaliar se a realidade descrita pela teoria corresponde, verdadeiramente, aos fatos (BOBBIO, 1995, p. 235).

A partir disso e tendo em vista a problemática deste escólio, inquirimos: o ordenamento posto resolve o distanciamento entre o discurso e a efetividade dos direitos humanos? Quer dizer, a positivação dos direitos humanos perfaz a sua existência real?

Será que o *positivar*, assim tomado isoladamente, não se aproxima, muito mais, de uma manipulação das noções de justiça, semelhantemente ao que ocorre na retórica? Isto é, ao nos limitarmos à positivação, não sucedemos no risco de apenas produzir um discurso de convencimento, sem entregar, efetivamente, uma justa medida?

Nesse sentido, se compreendermos o juspositivismo como um *método*, isoladamente suficiente à obtenção de direitos humanos propriamente ditos, dificilmente concluiremos pela sua idoneidade. De igual modo, se o visualizamos como uma *teoria*, é improvável que encontremos uma adequação entre o que está escrito e o que se verifica na realidade.

O discurso dos direitos humanos pode soar retórico se o valor da justiça inexistir, assim dizendo, se houver apenas uma intenção – a aposição de um axioma – ausente a perfectibilização. Sem negar a importância do juspositivismo, e a partir das inquietações acima projetadas, consideramos que não convém se satisfazer com o que poderia ser apenas uma legislação simbólica (NEVES, 1994, p. 32), apartada da tangibilidade. Até mesmo porque, independentemente da discussão sobre o que seja justo, belo e bom, um compromisso com a verdade manifesta-se no resultado.

5. CONCLUSÃO

Primeiramente, vimos que a linguagem vai além do vernáculo, pois além de poder ser reconhecida em gestos, expressões faciais e tantas outras formas, ela também pode apresentar-se mediante um agir, qual seja o ato de fala, que, por sua vez, desdobra-se em três níveis: a locução, a ilocução e a perlocução. A compreensão de tais elementos revelou-se importante ao estudo dos direitos humanos na forma de discurso.

Ademais, recorreremos à filosofia do Direito dos filósofos, sobretudo em Platão, para assimilar a natureza da retórica, a qual é associada ao uso direcionado da linguagem para a argumentação e a noção de convencimento, muito mais do que a propagação da verdade e da justiça.

Desse modo, percebemos que o discurso não resulta em bens tangíveis, assim como a retórica pode dissimular a percepção acerca do justo e do injusto, enaltecendo, até mesmo, perspectivas falhas. Nisso, adentramos em algumas discussões filosóficas no tocante ao conteúdo da justiça.

A justiça pode ser associada diretamente ao que está posto, legislado. De outro norte, também pode ser sustentada como um valor, um bem pretendido. Tendo em vista que o nosso intento não era estabelecer uma definição de justiça, destacamos a relação existente entre esse conceito e o uso da retórica.

O apego à fala humanitária e à propagação das ideias sem que haja um compromisso com a ilocução, ou seja, com o resultado, que se manifesta na materialização, resume os discursos de direitos humanos a simulacros, pois enquanto satisfazem e convencem, permanecem ineficientes e ineficazes.

Com esteio nos estudos de Douzinas, exploramos algumas críticas à teoria dos direitos humanos, notadamente em Burke e Marx; Burke criticava o universalismo dos documentos humanitários em razão do seu viés metafísico, dado que a abstração caminha em sentido oposto à utilidade, pois as circunstâncias reais ensejam uma diversidade de reflexões.

De seu norte, Marx sustentava a relação imanente entre indivíduos e desigualdade, de modo que uma abordagem jurídica adequada deveria constituir-se, também, pela dissemelhança, ao encontro da relatividade. Necessário, portanto, aproximar o fenômeno e realidade.

Fato é que o Direito é fruto da cultura de uma comunidade, a qual transforma seus preceitos e interesses em texto legal, a fim de preservá-los e exercê-los. Não negamos a relevância desse positivar, mas destacamos a necessidade de investigar a sua suficiência, face aos anseios pela concretização de garantias.

Analisamos, a partir disso, as condições de existência do positivismo jurídico, ou seja, algumas noções do seu desenvolvimento histórico e suas principais características, tais como a relatividade, a mutabilidade, o caráter estatal e a utilidade, inclusive em contraposição à transcendência e à imutabilidade do jusnaturalismo.

Dissemos que o juspositivismo pode ser entendido a partir de três planos, quais sejam como método, teoria e ideologia. Disso resultam críticas relevantes à aferição da nossa hipótese. Isso porque, se entendermos o positivismo jurídico como um método, devemos identificar se há aptidão no meio – o texto legal – para alcançar o objetivo tencionado – a materialização dos direitos humanos; a resposta é negativa.

É cediço que o arcabouço normativo, por mais desenvolvido que seja, não entrega *per se* o que prescreve. A norma é representativa de uma intenção e, mais, da pretensão de asseguramento de um direito; é um *meio* de fornecimento, mas não é a entrega, a *benesse* corporificada.

Ademais, se considerarmos o juspositivismo uma teoria, constataremos que aquilo que ele descreve remanesce muito distante do que se observa na realidade, pois, como mencionamos, não há na lei – por si só – a solução para tudo, tampouco há nela uma correspondência irretocável diante dos fatos.

Dessa maneira, possível concluir que o juspositivismo falha como hipótese suficiente à transposição de um discurso de direitos humanos à qualificação de direitos humanos propriamente ditos, pois esses são, necessariamente, algo a ser experimentado, e não apenas entrevisto.

Contudo, reconhecemos: o discurso de direitos humanos é uma semente; o juspositivismo, por sua vez, é o seu plantio. De fato, sem a semente, não há a ceifa; mas até a colheita há muito o que ser feito. Trabalhem, pois.

6. REFERÊNCIAS:

- AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer*. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. (publicação póstuma. Dirigida por Sívio Romero). Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892.
- BERGSON, Henri. *Matéria e memória*. Tradução de Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Tradução de Renato de Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- DONNE, John. *Meditações*. (extraídas das “Devoções para ocasiões emergentes”). Edição bilíngue. São Paulo: Landmark, 2012. Edição Kindle.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- FEITOSA, Enoque. *Bobbio e a crítica de Marx aos direitos humanos: o que e quais são os direitos humanos? In: Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz*. Organizador: Giuseppe Tosi, v. 1, João Pessoa: EDUFPB, 2013.
- _____. **Arte, cultura musical e a ‘estética da barbárie’**. 2022 (no prelo).
- FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. **As ilusões referenciais do juspositivismo e do jusnaturalismo a partir de uma leitura marxista-realista da “Antígona” de Sófocles**. In: *Teorias críticas e direitos humanos: contra o sofrimento e a injustiça social*. pp. 363-376. Curitiba: CRV, 2017
- _____; _____. Da **intransponibilidade entre descrição e prescrição**: um ensaio sobre pragmatismo e Direito. In: *Problemata: Revista Internacional de Filosofia*, vol. 8, pp. 160- 171, 2017b.
- FREITAS, Lorena. **Marxismo e Direito: A crítica de Marx à Escola Histórica de Direito**. In: *III Congresso Internacional Marx em Maio*. Lisboa: Grupo de Estudos Marxistas, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fm2pE4kOH_E>. Acesso em: 09 out. 2021.
- _____. **Uma análise pragmática dos direitos humanos**. In: *Marxismo, realismo e direitos humanos*. Lorena Freitas e Enoque Feitosa (Organizadores). João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua*: Um projecto filosófico. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Lusosofia (Universidade da Beira Interior), 2008.
- LACERDA, Bruno Amaro. **Platão**. In: *Teorias da Justiça: História e Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2021. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=fAhooiXUAjg>>. Acesso em: 27 out. 2021.

MARX, Karl. *Crítica do programa de Gotha*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012. Edição kindle.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. PLATÃO.

República. Lisboa: FCG, 1986.

_____. *Górgias*. São Paulo: DIFEL, [s.d.].

TROPER, Michel. *A filosofia do Direito*. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins, 2008.