

# **Teorias Críticas e Crítica do Direito**

**VOLUME I**

**Editor**

João Luiz da Silva Almeida

**Conselho Editorial**

Abel Fernandes Gomes	Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Adriano Pilatti	Gisele Cittadino	Manoel Messias Peixinho
Alexandre Bernardino Costa	Gustavo Noronha de Ávila	Marcelo Pinto Chaves
Ana Alice De Carli	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Marcelo Ribeiro Uchôa
Anderson Soares Madeira	Jean Carlos Dias	Márcio Ricardo Staffen
André Abreu Costa	Jean Carlos Fernandes	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Beatriz Souza Costa	Jeferson Antônio Fernandes Bacelar	Marcus Mauricius Holanda
Bleine Queiroz Caúla	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Maria Celeste Simões Marques
Bruno Soeiro Vieira	João Marcelo de Lima Assafim	Murilo Siqueira Comério
Daniela Copetti Cravo	João Theotônio Mendes de Almeida Jr.	Océlio de Jesus Carneiro de Moraes
Daniele Maghelly Menezes Moreira	José Emílio Medauar	Ricardo Lodi Ribeiro
Diego Araujo Campos	José Ricardo Ferreira Cunha	Roberto C. Vale Ferreira
Enzo Bello	José Rubens Morato Leite	Salah Hassan Khaled Jr.
Firly Nascimento Filho	Josiane Rose Petry Veronese	Sérgio André Rocha
Flávio Ahmed	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Simone Alvarez Lima
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Lúcio Antônio Chamon Junior	Valter Moura do Carmos
Frederico Price Grechi	Luigi Bonizzato	Vicente Paulo Barreto
Geraldo L. M. Prado	Luis Carlos Alcoforado	Victor Sales Pinheiro
		Vinícius Borges Fortes

**Conselheiros beneméritos**Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)  
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)**Filiais**

**Sede: Rio de Janeiro**  
Rua Octávio de Faria, nº 81 – Sala 301  
CEP: 22795-415  
Recreio dos Bandeirantes  
Rio de Janeiro – RJ  
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

**Maceió**  
(Divulgação)  
Cristiano Alfama Mabilia  
[cristiano@lumenjuris.com.br](mailto:cristiano@lumenjuris.com.br)  
Maceió – AL  
Tel. (82) 9-9661-0421

**São Paulo**  
(Distribuidor)  
Rua Sousa Lima, 75  
CEP: 01153-020  
Barra Funda – São Paulo – SP  
Telefax (11) 5908-0240

José Ricardo Cunha  
(organizador)

# Teorias Críticas e Crítica do Direito

## VOLUME I

Cecília MacDowell Santos  
César Mortari Barreira  
Fábio Fernandes Malta Stockler  
Flávia Carlet  
Guilherme Leite Gonçalves  
João Paulo Bachur  
José Ricardo Cunha  
Nancy Fraser  
Pedro Pompeo Pistelli Ferreira  
Rhaysa Ruas  
Ricardo Prestes Pazello  
Rodolfo Jacarandá  
Vinícius Casalino

EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2020

Copyright © 2020 by José Ricardo Cunha

Categoria: Filosofia do Direito

PRODUÇÃO EDITORIAL  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.  
não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer  
meio ou processo, inclusive quanto às características  
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais  
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,  
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e  
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

---

T314t

Teorias críticas e crítica ao direito : volume I / organizador : José Ricardo  
Cunha. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2020.  
408 p. ; 23 cm. – (Série Teorias Críticas e Crítica ao Direito ; 1)

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-5510-436-3

1. Direito - Filosofia. 2. Direito – História e crítica. 3. Direito e socialismo.  
I. Cunha, José Ricardo. II. Título.

CDD 340.1

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

## **Apresentação do Livro Teorias Críticas e Crítica do Direito**

Saudações leitora e leitor!

De um modo ou outro, a crítica sempre integrou a especulação filosófica. Contudo, na modernidade ela se tornou parte de uma forma específica de pensamento reflexivo e antidogmático. Autores clássicos tão distintos como Kant e Marx invocaram essa maneira de pensar como base de seus estudos. Já no século XX uma série de análises conhecida como Teoria Crítica foi apresentada como uma avaliação reflexiva capaz de revelar e desafiar estruturas de poder. Para isso, se diferencia daqueles sistemas de conhecimento que possuem alta pretensão de generalização e costumam desenraizar os problemas sociais de suas formas concretas de manifestação histórica. Hoje já não é adequado imaginar que a expressão “teoria crítica” manifeste apenas uma escola de pensamento. Existem diferentes teorias críticas, mas todas guardam em comum tanto o desejo de desafiar os poderes estabelecidos quanto o entendimento de que o ser humano é o produtor de suas próprias formas de vida e, portanto, os problemas e as contradições sociais são fruto das relações concretas estabelecidas entre pessoas, grupos e classes.

Em um plano mais geral, as teorias críticas se apresentam como teorias sociais, voltadas para a interpretação e compreensão do conjunto das relações e interações existente na sociedade. No entanto, também verificamos a aplicação das teorias críticas a fenômenos específicos, como o fenômeno jurídico. Nesse caso é possível verificar tanto a crítica do direito a partir de postulados das teorias críticas, quanto a constituição de teorias críticas específicas do direito. Nesse tipo de abordagem do fenômeno jurídico, são mais recorrentes as perspectivas interdisciplinares, sobretudo a partir do diálogo com a filosofia, a política, a economia e a história. Busca-se apontar problemas próprios do direito, tais como os limites do fundacionalismo jurídico e a insuficiência das teorias que buscam explicar o direito isolando-o das demais interações sociais. Também é recorrente no âmbito da crítica e das teorias críticas do direito apontar as relações entre a forma jurídica e o modo de produção capitalista, bem como as

consequências dramáticas dessas relações, especialmente no que diz respeito à reprodução sociojurídica de formas de dominação, opressão e exploração.

O livro que a leitora ou o leitor tem em mãos, apresenta parte desse esforço de reflexão crítica em torno do direito. Ele nasce no contexto de pesquisas desenvolvidas no âmbito da Linha de Teoria e Filosofia do Direito do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da UERJ. Desde sua criação, no ano de 2010, a Linha tem procurado realizar e fomentar uma abordagem crítico-filosófica do fenômeno jurídico enfatizando questões pertinentes a uma teoria crítica do direito e da norma jurídica. De forma mais clara, podemos fazer a seguinte apresentação:

A linha de Teoria e Filosofia do Direito, vinculada à Área de Concentração em Pensamento Jurídico e Relações Sociais do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, abrange a produção científica e as pesquisas de docentes e discentes que, a partir de múltiplas abordagens e eixos temáticos, converge no sentido de uma reflexão crítica do direito, que o entende como parte do tecido social. Tal reflexão é desenvolvida por investigações, baseadas em elaborações teóricas e análises empíricas, em perspectiva interdisciplinar com a filosofia, a sociologia, a historiografia e a ciência política. Dessa forma, reúne estudos sobre o lugar do direito na dinâmica dos conflitos sociais, com especial ênfase (a) na observação de sua interação com violências, assimetrias e desigualdades materiais e simbólicas; (b) no exame de suas conexões com as lutas populares e movimentos sociais; (c) na investigação de seu potencial transformador e emancipatório; (d) na avaliação dos limites e possibilidades da relação entre direito e justiça e, finalmente, (e) na busca de um marco epistemológico que permita tal compreensão crítica do direito.

O presente livro é o resultado de parte dessa agenda de pesquisa. Aqui, professores da Linha, pesquisadores de pós-doutorado; alguns doutores e doutoras formados na Linha, bem como alguns de seus doutorandos e doutorandas, apresentam parte de suas pesquisas. Mas como há um conjunto bem mais amplo de professoras e professores voltados para o conhecimento crítico do direito, nós tivemos a alegria de contar com a imprescindível participação de colegas, amigas e amigos, de outros Programas de Pós-Graduação e Faculdades de Direito. Por isso, quero registrar meu agradecimento pela oportunidade do compartilhamento das agendas de pesquisa e de uma salutar troca de ideias com: Nancy Fraser, professora da New School for Social Research; Cecília

MacDowell Santos, professora da Universidade de São Francisco; Flávia Carlet, pesquisadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Rodolfo Jacarandá, professor da Universidade Federal de Rondônia; Vinícius Casalino, professor da Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Ricardo Prestes Pazello, professor da Universidade Federal do Paraná; Pedro Pompeo Pistelli Ferreira, doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná; João Paulo Bachur, professor do Instituto Brasiliense de Direito Público. Essa integração e espírito colaborativo entre diferentes universidades e Programas de Pós-Graduação fortalece a produção acadêmica e científica brasileira.

**José Ricardo Cunha**

Organizador

# **Teoria do Direito, Sobreposição Normativa na Amazônia Brasileira e os Desafios para o Fundacionismo Universalista em Direitos Humanos**

**Rodolfo Jacarandá<sup>1</sup>**

## **Introdução**

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

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

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

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

Obedecendo às disposições do sistema internacional (ONU; OIT) e regional (OEA) de promoção e defesa dos direitos humanos, a ordem jurídica

---

<sup>1</sup> Professor Associado I do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Rondônia. Coordenador do Programa de Mestrado Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça – PPG/DHJUS. Email: rfjacaranda@uol.com.br

brasileira vem se esforçando por harmonizar as pretensões das normas de origem externa com a arquitetura constitucional interna. As pressões exercidas por esse conjunto normativo de direitos humanos resultaram num aumento das redes protetivas que estão, atualmente, sob forte teste histórico de eficácia.

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

Afora esse fato, é muito comum que nos estados da região amazônica diferentes grupos de direitos não apenas entrem em conflito entre si, mas sejam objeto de proteção a partir de institutos que se sobrepõem, de forma que nem sempre é possível “resolver o conflito” retirando, diminuindo ou negociando uma dimensão ou aspecto jurídico do problema, em favor de outro, não importa o cálculo de proporcionalidade ou ponderação que possamos efetuar.

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

Assim, proponho que o problema seja analisado por outro prisma: não o do conflito entre direitos, mas o da sobreposição entre direitos em razão do *status* de seus titulares e dos titulares das obrigações de promover e proteger esses direitos. A partir disso, meu objetivo no presente trabalho será o de analisar a capacidade de atuação das teorias tradicionais do agir moral e da teoria do discurso para ajudar a solucionar os conflitos decorrentes da sobreposição normativa em direitos humanos no contexto da região amazônica.

Utilizando como metodologia uma análise argumentativa com base na revisão dos referenciais apontados, iniciarei com uma (1) descrição daquilo que tomo por sobreposição normativa de direitos em um ambiente culturalmente complexo. A seguir, farei uma análise da necessidade de fundamentação filosófica dos direitos humanos (2), com a finalidade de demonstrar quais

são as condições exigidas pelas teorias do agir moral e pela teoria crítica do discurso para que os direitos humanos possam ser eficazes diante dos desafios aqui tratados (3). Por fim, pretendo avaliar as condições de aplicação dessas condições aos problemas de sobreposição normativa dos direitos humanos na Amazônia brasileira, investigando as chances de sucesso do universalismo fundacionista em ambientes complexos (4).

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

## **1. Sobreposição normativa e direitos humanos na Amazônia**

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

Evidentemente, nem sempre a realidade jurídico-formal se adequa à realidade antropológica e cultural e as disputas envolvendo grupos e povos que demandam direitos territoriais resultam em danos graves seus perdedores. Dentre as categorias jurídicas protegidas pelo direito brasileiro envolvendo temas muito sensíveis à região amazônica encontramos os Espaços Territoriais Especialmente Protegidos (ETEP)<sup>2</sup>; Áreas Protegidas (AP)<sup>3</sup>; as unidades

---

2 CF., art. 225.

3 Convenção da Diversidade Biológica e o Plano Nacional de Áreas Protegidas-Decreto 5758/06.

de Conservação<sup>4</sup>; as Terras Indígenas (TIs)<sup>5</sup>; as Terras Quilombolas<sup>6</sup> e os Outros Territórios Tradicionais<sup>7</sup>.

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

Conciliar essas categorias jurídicas numa realidade condizente não é fácil. Não é possível, por exemplo, pela legislação brasileira, que um quilombo ocupe uma unidade de conservação de proteção integral, porque essa última impede o uso direto dos recursos naturais, enquanto as outras o pressupõe (LOUREIRO, 2010; RICARDO, 2004).

Considerando outro cenário, em grandes porções de áreas indígenas existe a presença de grupos tradicionais vivendo do uso sustentável da terra – em alguns casos, há bastante tempo (PACHECO, 2009). Nesse caso, o direito econômico à renda e ao trabalho pode depender de ajustes muito delicados entre proteção não apenas da diversidade cultural de um povo indígena, mas ao modo de vida que o identifica como tal.

Por fim, imigrantes, colonos, camponeses e trabalhadores rurais dependem de regras e condições adaptáveis à sua realidade para produzir e viver de seu trabalho em face do conjunto de leis e tratados que impõem ao país as obrigações de preservação ambiental (LEE, J. A.; LIBECAP, G. D.; MUELLER,

---

4 CF., art. 225, § 1º, inciso III; Lei 9.985/00.

5 CF., art. 231 e 232; art. 13 e ss. da Convenção 169/OIT.

6 CF., art. 68 do ADCT/88 e art. 215 e 216; art. 13 e ss. da Convenção 169/OIT.

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

B, 1999). Por falta dessas condições, é muito comum que demandas judiciais de natureza semelhante objetivem a punição por dano ambiental para grandes empresários e pequenos agricultores que apenas trabalham por subsistência (LE TOURNEAU, BURSZTYN, 2010). Por razões como essa, os conflitos fundiários na Amazônia são vistos, comumente, como uma síntese onde eclodem muitas dessas contradições – ou, como proponho, *sobreposições normativas*.

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

Como a intensidade de muitos dos conflitos sociais na Amazônia vem aumentando nos últimos anos (CPT, 2019), o apelo aos direitos humanos tem sido uma via comum para ativistas e juristas interessados nas possibilidades de resolver esses conflitos (CNDH, 2016). Mas a perspectiva da maioria desses analistas é vinculada a uma forma específica de enxergar os direitos humanos: aquela produzida pelas teorias clássicas do agir moral, cuja principal consequência é entender os direitos humanos como regras universais que protegem as liberdades subjetivas de ação dos indivíduos, em primeiro lugar (CAVALCANTE, 2016).

A teoria procedimental do discurso de Jürgen Habermas acrescentou ao universalismo das teorias do agir moral a intersubjetividade mediada pela forma jurídica como mecanismo para harmonizar as expectativas de direitos em sociedades democráticas e plurais. Para esses dois grupos (teóricos do agir moral e a teoria crítica do discurso), os direitos humanos são universais, são fundamentais para uma sociedade avançada e podem resolver as disputas sobre bens básicos essenciais para a organização da comunidade jurídica.

## **2. A fundamentação filosófica e as teorias tradicionais dos direitos humanos**

Nos últimos anos, a pesquisa sobre fundamentação filosófica dos direitos humanos cresceu bastante, espelhando o paradoxo entre um bem estabelecido

conjunto de legislações e padrões morais em plano internacional e a falta de uma coerente fundamentação filosófica que possa ajudar a resolver os principais conflitos decorrentes da necessidade de aplicar essas normas e padrões a casos concretos, complexos e em larga escala (FREEMAN, 1994; TASIOLAS, 2015; CORRADETTI, 2012).

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

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

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

direito humano (feriados pagos, participação democrática, p. ex.), a ponto de sermos obrigados a reconhecer a incompletude que hoje é inerente ao conceito. Griffin afirma que são necessários dois pontos de apoio para compreender os direitos humanos: envolvem a proteção dos direitos de personalidade e dizem respeito a práticas sociais que podem se adequar à aplicação efetiva desses direitos (GRIFFIN, 2009, p. 33-44).

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

A força do relativismo moral, jurídico ou cultural é contestada por pensadores como Alan Gewirth, para quem a ideia básica de direitos humanos é proteger a capacidade de agir normativo que define a humanidade (GEWIRTH, 1982; 1996). Gewirth representa o núcleo de pensadores das teorias do agir normativo que encontraram em Jürgen Habermas um modelo para a defesa da universalidade dos direitos humanos e seu papel na legitimação de sociedades democráticas (HABERMAS, 1992). Pensadores kantianos, Gewirth (1978), Pilon (1979), Habermas (2012)<sup>8</sup> e Jeremy Waldron (2013) defendem versões muito semelhantes de um fundacionismo moral-jurídico (*juridical account*) para os

---

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

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

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

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

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

### **3. O fundacionismo das teorias normativas em direitos humanos**

Versões distintas do fundacionismo jurídico-moral propõem a possibilidade de uma fundamentação universal para os direitos humanos, geralmente arguindo a essencialidade dos direitos individuais e políticos diante da re-

levância apenas circunstancial dos direitos econômicos, sociais e culturais. Sustento que o fundacionismo universalista baseado no individualismo subjetivista (ou intersubjetivista) não tem condições de resolver, satisfatoriamente, os problemas de sobreposição normativa apontados em 1.

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

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

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

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

naria por agir moralmente (universalização), com a finalidade de não arriscar as próprias condições para ser reconhecido como tal.

Assim, com o PCG seria possível fugir da indeterminação das teorias do direito baseadas em teorias das virtudes, e definir a liberdade e o bem-estar como conteúdo necessário de tudo o que pudéssemos chamar de direitos humanos – sem incorrer em incongruências.

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

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

A linha de raciocínio de Gewirth e Pilon avançaria ainda por algum tempo, enquanto durasse a prosperidade frágil dos tempos Reagan-Tatcher. Mas as graves crises da Década Perdida (anos 1980) forçariam alterações já expressas nos textos de Jürgen Habermas de meados dos anos 1970. Embora o trabalho de Habermas sobre a teoria da ação comunicativa já estivesse avan-

çado quando Gewirth publicou *Reason and Morality*, sua proposta sobre o direito e os direitos humanos só ganhou contornos mais nítidos com o lançamento de *Direito e Democracia* no início dos anos 1990 (HABERMAS, 2012).

Habermas é um pensador bem diferente de Gewirth, mas também tem a pretensão de fundamentar os direitos humanos de modo universal, correlacionando uma consistente definição de sujeito de direitos com a identificação de uma base lógica para a definição de direitos prioritários.

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

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

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

Lidando com as dificuldades de enfrentar a forte crítica cultural que colocou à prova seu projeto de uma democratização universalista das relações

sociais fundamentada no direito – e, a rigor, nos direitos humanos – Habermas defende, no texto *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*, publicado originalmente em 1998, uma visão cosmopolita da forma jurídica de sua teoria, em oposição ao crescimento das teorias baseadas em valores – no caso, especificamente contra o discurso dos valores orientais (2003).

Nesse trabalho, o objetivo é confrontar as acusações de que valores coletivos ou comunitários precedem a organização, promoção e defesa do direito individual – o que afronta a ordem de sua gênese lógica dos direitos, exposta em *Direito e democracia* (HABERMAS, 2003, p. 68). Habermas alega que sua concepção de direitos humanos não obstrui a identidade coletiva por excesso de individualismo porque, nessa concepção, o individualismo jurídico (a proteção ao âmbito privado das liberdades individuais) é consequência de uma necessária identidade coletiva que permita a interação social, sob a condição de que esse processo interativo obedeça às regras da igualdade de aceitação da liberdade de ação de todos. Com isso, ele não admite que os direitos humanos sejam pressupostos da interação social formativa da vontade pública. Eles seriam, antes, construções que os cidadãos deveriam formalizar legalmente (2003, p. 76).

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

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

## **5. O fundacionismo em direitos humanos e os ambientes complexos**

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

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

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

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

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

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

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

Ora, se a autonomia cultural, por exemplo, é uma concessão de quinto nível (como expresso em *Direito e democracia*), não é possível admitir que a cultura faça parte das condições necessárias de ação para a definição dos postulados básicos dos direitos individuais e políticos.

Habermas se defende dessa crítica da abstração lembrando em *Sobre a legitimação* que a (sua) teoria não pode abranger a complexidade biográfica e sem limite de todas as pessoas naturais. A comunidade jurídica somente pode proteger a “integridade de seus próprios membros à medida que eles assumem a condição de portadores de direitos subjetivos”, afirma Habermas (princípio do discurso somado à forma jurídica) (2003, p. 68). Mas, com esse argumento, o mais correto seria afirmar então que o ele jamais conseguiu compreender a natureza global da ideia de direitos humanos expressa pelo conjunto de normas atualmente em vigor no sistema da ONU e em vários sistemas internacionais regionais mundo afora.

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

Com relação ao processo de formação dos sujeitos de direitos por meio da gênese lógica habermasiana, Benhabib não entende como se pode chegar a tal classificação de direitos pela mera introdução do princípio do discurso ligado à forma do direito, sem pressupor uma certa ideia de democracia e do tipo específico de cidadania a que se quer chegar – afora o problema de afastar a experiência histórica das lutas sociais da reflexão. Benhabib defende a proposta de Habermas de integrar autonomia privada e pública como forma de contrapor o individualismo formal e abstrato das teorias clássicas do agir normativo (Gewirth), mas não entende como é possível esperar que todo sistema legal de direitos tenha por base a classificação dos direitos proposta por Habermas. Para ela, Habermas minimiza a importância da indeterminação histórica da experiência democrática tentando “harmonizar a concepção liberal de direitos individuais com uma compreensão republicana de cidadania” (2013, p. 50).

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

As teorias tradicionais do agir moral preservam certo valor epistemológico por estarem vinculadas às fontes originárias das primeiras normas de direitos humanos, especialmente do direito natural. No caso apontado em 2, seria possível atribuir a titularidade de enorme conjunto de direitos a indíge-

nas que disputam bens em arenas políticas nacionais, reconhecendo a esses mesmos indígenas a capacidade de agir normativo formal exigido pela teoria – algo que vem aumentando progressivamente no Brasil. As consequências desse reconhecimento inicial, contudo, não estariam garantidas desde o início. Os melhores resultados para os indígenas dependeriam de vitórias decorrentes da capacidade de gerar empatia em suas lutas por direitos – o que em um país como o Brasil, sobretudo atualmente, não deveria ser esperado.

De toda sorte, para as teorias do agir normativo, o vínculo com o território e a forma de relação com o meio ambiente não seriam critérios válidos para o reconhecimento da personalidade jurídica diante das necessárias condições universalizáveis de igualdade, por destoarem demais do que seria possível exigir diante do conjunto geral de habitantes do país – especialmente quando estão em conflito interesses econômicos que beneficiam quantidades muito grandes de habitantes não-indígenas.

Mas, para a teoria crítica de Habermas, além da exclusão do território e da relação com o meio ambiente como características fundamentais para a definição da personalidade jurídica, os indígenas dispostos à participação estariam submetidos ao princípio do discurso e às condições necessárias de integração produzidas pela forma do direito racional e positivo. Como, em muitos casos, é impossível harmonizar as pretensões de validade em afirmações de direitos tão diferentes entre si, dificilmente comunidades inteiras da Amazônia seriam reconhecidas pela teoria crítica como sujeitos de direito. Caso as comunidades como um todo não possam ser reconhecidas como sujeitos de direito, sob razões fortes o bastante para que sejam reconhecidas como agentes legítimos dos próprios fundamentos de proteção, resta o caminho da tutela ou da concessão.

Diante esse cenário, aliás, o dilema da participação, sub justificativas liberais, foi o mecanismo de exclusão por meio do qual antigas e bem estruturadas comunidades tradicionais e indígenas perderam seus territórios, quando convocadas a integrarem audiências públicas para discutir grandes obras intervencionistas. O filtro da formalidade tende a transformar a complexidade cultural e biográfica da comunidade em um número que possa ser apresentado à opinião pública. Como o número de afetados diretos nessas comunidades será sempre menor do que o número de participantes interessados no aproveitamento econômico das obras propostas, as audiências públicas serviram

muito bem ao propósito liberal de forçar a evicção e de realizar o projeto pseudodesenvolvimentista de ocupação e exploração do território e seus recursos naturais (CAVALCANTE, NUNES, SILVA, 2011). Para essas comunidades, participar do jogo político, na Amazônia, com o respeito à normas vigentes e mesmo sob a proteção de normas de direitos humanos como a Convenção 169 da OIT sempre significou assinar a própria sentença de extinção.

Benhabib parece ter razão quando argumenta que o formalismo das teorias tradicionais do agir normativo pode ajudar a compreender com mais exatidão quais direitos são direitos humanos, embora apresentem dificuldades para fundamentar a aplicação concreta desses direitos. Para ela, em cenários onde os conflitos são muito complexos – como é o caso da Amazônia – a saída pode ser utilizar a ideia de autogoverno para que a própria comunidade defina seus direitos básicos, da forma que melhor lhe aprouver. Indo bem longe, poderíamos admitir que uma comunidade criasse e vivesse conforme regras dissonantes em face da constituição nacional. Por exemplo, definindo direitos de participação distintos para homens e mulheres a partir de papéis estáticos e bem delimitados, com base em suas tradições internas. Quando Habermas debate sobre esse ponto ele tem em vista o horizonte de um plurinacionalismo moderado, onde podem coexistir várias línguas oficiais ou religiões mais ou menos semelhantes; contudo, seguramente ele rejeitaria distinguir, nesse nível (sociedade de papéis), homens e mulheres. Essa rejeição, contudo, não elide o fato de que centenas de comunidades vivem assim no Brasil e que, por definição, sua existência natural e política só possui sentido desse modo. De certa forma, foi um dilema parecido o que Rawls tentou enfrentar em *O direito dos povos*, quando admitiu a inclusão das sociedades hierárquicas decentes na lista daquelas que integrariam uma comunidade global sob a proteção dos direitos humanos.

A solução do autogoverno, proposta por Benhabib, teria, assim, que aceitar conviver com diferenças culturais muito grandes. Em casos ainda mais extremos, seria o caso de aceitar a convivência e de aceitar arcar com os custos da proteção de grupos ou coletividades com os quais sequer poderíamos ter contato – custos econômicos, culturais e políticos.

Indígenas isolados não são apenas uma hipótese na Amazônia brasileira. Concordo que debater o *status* dessas pessoas ultrapassa um pouco o limite do razoável esperado para uma discussão sobre universalização e direitos humanos. Mas, apenas para aprofundar o exercício teórico, vejamos: estaríamos li-

dando com seres sem personalidade juridificável? Ou devemos reconhecer seu *status* de pessoa jurídica pelo simples fato de serem pessoas naturais, como propõe a fórmula da ONU? Pela teoria crítica não poderíamos tratá-los com sujeitos de direito, porque eles não assumem a condição necessária, e artificial, de portadores de direitos subjetivos que passaram pelo teste do princípio do discurso e da forma do direito. Pela teoria crítica, poderíamos protegê-los por nós mesmos, pela obrigação moral de não exterminar pessoas diferentes de nós. Mas a proteção que deveríamos a eles (e ao seu território, área de influência etc.) seria então o cumprimento de uma obrigação moral que diz respeito à nossa existência política ou aquela devida a um bem ao qual atribuímos certo valor? De todo modo, essas pessoas seriam bens sob proteção (mesmo que de que muito valor), mas, jamais, sujeitos de direito.

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

## **Conclusão**

Em razão do que apresentei anteriormente, o caminho natural a seguir seria o de acusar Habermas de não ter compreendido a internacionalização dos direitos humanos; sua proposta de fundamentar os direitos humanos na forma de defesa das condições de desenvolvimento de uma intersubjetividade *intramuros* ofende a DUDH frontalmente. Também poderíamos afirmar que

pensadores como Gewirth, Pilon e Griffin estão distantes de compreender os verdadeiros desafios da universalização dos direitos humanos.

Minha preocupação, contudo, ao confrontar a teoria crítica e a teoria do agir moral com a realidade da aplicação universal das normas de direitos humanos na realidade complexa da ordem jurídica brasileira, especialmente na região amazônica, é a de mostrar as graves limitações dessas abordagens.

O Brasil é um país multicultural e adepto da proposta básica de integrar ao seu sistema normativo as normas internacionais de direitos humanos. Em nossa história recente, assimilamos os principais tratados internacionais de direitos humanos e os transformamos em normas jurídicas válidas em todo o território nacional – com validade superior às normas ordinárias.

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

Apesar de os conflitos entre direito interno e direitos humanos serem mais evidentes nos locais aonde a diversidade cultural é mais forte, gostaria de enfatizar que esses conflitos podem ser encontrados por toda parte no Brasil – nas lutas sociais contra a pobreza ou nas dificuldades de harmonizar as regras sobre o uso da força policial com a proteção dos direitos humanos, p. ex.

Na Amazônia, por outro lado, encontramos a sobreposição não apenas de normas conflitantes, mas de elementos distintos da realidade que atuam mais fortemente como indicadores primordiais do *status* jurídico das pessoas e grupos envolvidos em conflitos. Esse *status* não é conferido pela circularidade proposital de uma gênese lógica no estilo habermasiano, nem pode ser abrangido de uma teoria do agir normativo tradicional, aos moldes de Gewirth ou Griffin. Ele só pode ser bem compreendido a partir de uma concepção tradicional da teoria dos valores, desde que desnaturalizada; porque somente assim ela pode conter os elementos de autogoverno (ou autodeclaração) fundamentais para credenciar povos inteiros e seus indivíduos à participação política.

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

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

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

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

O fato é que com base nas teorias baseadas em valores as normas de direitos humanos têm conseguido avançar; e avançam de uma forma que não seria possível se fossem compreendidas da forma como Habermas, Gewirth, Pilon e Griffin propõem<sup>9</sup>.

---

9 Conferir: LIAO, S. M.; ETINSON, A. Political and Naturalistic Conceptions of Human Rights: A False Polemic? *Journal of Moral Philosophy* 9 (2012) 327–352. DOI 10.1163/17455243-00903008. 2012;

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

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

## Referências

BEITZ, Charles. **The Idea of Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2009.

BENHABIB, Seyla. **Reason-Giving and Rights-Bearing. Constructing the Subject of Rights** [Constellations: Na International Journal of Critical and Democratic Theory, 20, no. 1 (Spring 2013): 38– 50.], 2013.

CARDIM, Sílvia Elisabeth de C. S.; VIEIRA, Paulo de Tarso Loguércio; VIÉGAS, José Leopoldo Ribeiro. **Análise da Estrutura Fundiária Brasileira**. INCRA, Departamento de Análise Estatística, 1999.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. Terra indígena: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. História vol.35, Franca, 2016.

---

LIAO, S. M. Human Rights as Fundamental Conditions for a Good Life. IN: CRUFT, R.; LIAO, S. M.; RENZO, R.[edited] Philosophical Foundations of Human Rights. Oxford University Press, 2015.

CAVALCANTE, M.; NUNES, D.; SILVA, R. G.; LOBATO, L. C. **Políticas Territoriais e Mobilidade Populacional na Amazônia: contribuições sobre a área de influência das Hidrelétricas no Rio Madeira (Rondônia/Brasil)**. *Confins*, 11 | 2011.

CNDH. **Relatório Missão Rondônia** – Grupo de Trabalho Defensores de Direitos Humanos ameaçados em Rondônia. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2016.

CORRADETTI, Claudio [Editor]. **Philosophical Dimensions of Human Rights**. Some Contemporary Views. New York: Springer, 2012.

CPT. **Conflitos no Campo – Brasil 2018**. CPT Nacional – Brasil, 2019.

FORST, Rainer. **Justification and Critique**. Malden: Polity Press, 2014.

FREEMAN, Michael. **The Philosophical Foundations of Human Rights**. *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, No. 3, pp. 491-514, 1994.

GEWIRTH, A. **Reason and morality**. Chicago: Chicago University Press, 1978.

GEWIRTH, A. **The community of rights**. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

GEWIRTH, Alan. **Essays on justification and applications**. The University of Chicago Press, 1982.

GEWIRTH, Alan. **Moral Foundations of Civil Rights Law**. *Journal of Law and Religion*, Vol. 5, No. 1, pp. 125-147, 1987.

GEWIRTH, Alan. **The Basis and Content of Human Rights**. *Nomos*. Vol. 23, HUMAN RIGHTS, Published by: American Society for Political and Legal Philosophy, pp. 119-147, 1981.

GOODALE, Mark. *The Myth of Universality: The UNESCO “Philosophers’ Committee” and the Making of Human Rights*. Studies in Human Rights, 2015.

GRABNER, Maria Luiza. **Marcos Jurídicos das Unidades de Conservação e dos Territórios Étnicos - perspectivas para conciliação** (2013). Disponível em: <https://etnico.wordpress.com/category/sobreposicoes-territoriais/> Acessado em 26 de maio de 2017.

GRIFFIN, James. **On Human Rights**. New York: Oxford, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre a facticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *The Concept of Human Dignity and The Realistic Utopia of Human Rights*. *Metaphilosophy*. Vol. 41, No. 4, July, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a legitimação pelos direitos humanos**. In.: *Direito e legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy, 2003.

IMAFLOA. **Nota técnica sobre a malha fundiária do Brasil**. <http://www.imaflora.org/atlasagropecuario/> Acessado em 26 de maio de 2017.

LE TOURNEAU, François-Michel; BURSZTYN, Marcel. **Assentamentos rurais na Amazônia: contradições entre a política agrária e a política ambiental**. *Revista Ambiente & Sociedade*. Campinas v. XIII, n. 1, p. 111-130, jan.-jun., 2010.

LEE, J. A.; LIBECAP, G. D.; MUELLER, B. *Conflict, and land use: the development of property rights and land reform on the Brazilian Amazon frontier*. Michigan: University of Michigan Press, 1999.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **Desenvolvimento, meio ambiente e direitos dos índios: da necessidade de um novo *ethos* jurídico**. Revista Direito GV. Rev. direito GV vol.6 no.2 São Paulo dez. 2010.

MCINTYRE, Alasdair. **After Virtue**. Notre Dame, Indiana: Notre Dame UNiversity Press, 2007.

MOYN, Samuel. **The Last Utopia: Human Rights in History**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

ONU. Convenção de Viena e Programa de Ação. ONU, 1993.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

WHITE, Stephen K. **On the Normative Structure of Action: Gewirth and Habermas.** *The Review of Politics*, 281-301. Volume 44, Issue 2, April 1982, pp. 282-301. 1982.