

Direitos Humanos, Ciências Sociais e Poder Judiciário¹

Ricardo Nery Falbo²

Resumo

A história dos séculos XX e XXI demonstra que o retorno do direito e do estado, associados ao reconhecimento e à proteção dos direitos humanos, traduz mudança qualitativa nos sistemas jurídicos e políticos. Os direitos não são nem o reflexo da reprodução de ciclos históricos passados nem tampouco a dedução dos direitos humanos da constituição. Eles são um tipo específico de discurso com função prático-social.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Ciências Sociais; Poder Judiciário; Ideologia; Discurso.

Abstract

The history of the XX and XXI centuries shows that the return of the law and the state, associated with the recognition and protection of human rights, represents a qualitative change in legal and political systems. The rights are neither a reflection of past historical reproduction cycles nor the deduction of the human rights of political constitutions. They are a specific type of discourse with practical and social function.

Keywords: Human Rights; Social Sciences; Judiciary; Ideology; Speech.

Sumário: 1- Introdução; 2- A Antropologia Filosófica *versus* a Sociologia tradicional; 3- Direito e Direitos Humanos: O Problema da Definição dos Conceitos; 4- Conclusão; 5- Referências Bibliográficas.

¹ Este trabalho foi originariamente apresentado no Seminário “A Proteção dos Direitos Humanos e o Sistema de Justiça”, sob o título “Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade: Visadas Teóricas e Empíricas”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) nos dias 25 e 26 de novembro de 2010. Foram a ele acrescentados apenas os autores citados e as referências bibliográficas.

² Professor adjunto de Sociologia Jurídica (graduação) e de Epistemologia das Ciências Sociais (pós-graduação) da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

1) Introdução

O tema deste trabalho sugere possibilidades de abordagens múltiplas e diversas. Ele pode ser inscrito no âmbito das formas de pensamento e de relação entre direito e política, estado e sociedade, que definem o desenvolvimento e a crise do mundo ocidental moderno com o fim da Segunda Guerra Mundial e com a consagração da doutrina do estado democrático de direito nas constituições dos estados de países desenvolvidos.

Ele diz respeito também a ideias e práticas referidas a sociedades de países emergentes ou de capitalismo periférico que se modernizam na mesma medida em que a crise atinge as instituições das democracias ocidentais modernas.

Quanto ao modo de produção que estrutura a vida na sociedade contemporânea, o desenvolvimento e a crise do ocidente permitem falar do “eterno retorno do capitalismo”³, agora sob a forma globalizada do capital financeiro, e geograficamente sob o comando de novas hegemonias, tais como o Japão e a China. Por outro lado, o desenvolvimento e a crise do ocidente - e dos assim chamados subprodutos ocidentais, para falar das sociedades de países de terceiro mundo ou emergentes -, permitem igualmente apontar “o retorno do estado e do direito” quanto aos modos de regulamentação das relações sociais e de resolução dos conflitos que as sociedades produzem, agora sob a fundamentação universal de direitos sociais e direitos humanos e com a participação do povo, de grupos sociais e de entes públicos, assim como o poder judiciário.

Isto significa que o desenvolvimento histórico das instituições do ocidente moderno revelou aquilo que a emergência histórica da modernidade ocidental havia ocultado – a própria história que revela historicamente o caráter plástico e variável do direito e do estado, da

³ Esta expressão diz respeito ao aparato histórico e analítico que Giovanni Arrighi elaborara em “O logo século XX” para explicar as mudanças contemporâneas no capitalismo mundial a partir da crise da hegemonia econômica americana dos anos 70. Para Arrighi, a história do capitalismo é a história de seu eterno retorno, história essa narrada segundo o método de Fernand Braudel, que opera com a ideia de ciclos históricos.

sociedade e da economia. A naturalização histórica como condição de instauração da modernidade ocultou também que o jurídico, o político e o econômico faziam parte do sistema histórico universal e que possuíam vocação universal (SANTOS, 2000: 164-185).

No entanto, a história do estado e do direito não se confunde com a história do eterno retorno do estado e do direito. Esta perspectiva histórica centrada na idéia de ciclo não permitiria surpreender a singularidade histórica do direito e do estado, e das instituições do próprio estado, tal como o poder judiciário. A continuidade das relações econômicas, políticas, jurídicas e sociais conhece também a presença de rupturas que a própria continuidade produz, para não falar de rupturas que são exteriores a estes mesmos sistemas.

Neste sentido, a própria história dos séculos XX e XXI demonstra que o retorno do direito e do estado, associados ao reconhecimento e à proteção dos direitos humanos, traduz mudança qualitativa nos sistemas jurídicos e políticos. As mudanças havidas no direito constitucional e infraconstitucional, no poder judiciário e demais entes estatais e na organização e no funcionamento da sociedade civil de países tanto centrais como periféricos não são o reflexo da reprodução de ciclos históricos passados. É neste sentido que se fala do "novo" na caracterização contemporânea da forma específica das referidas estruturas e instituições, práticas e relações, idéias e concepções teóricas, como ruptura na linha da continuidade, como ressignificação histórico-social, e não como criação histórica original, segundo o mito da criação (LEEMING, 2009:07-08) ou as rupturas epistemológicas bachelardianas (BACHELARD, 1983:147).

O contexto histórico da modernidade utilizado para afirmar a universalização do capitalismo e do direito em termos de retorno é o mesmo contexto que permite, através da comparação, reconhecer que a elaboração de uma teoria geral do direito não tem constituído uma das preocupações da sociologia mais tradicional. Isto significa que a compreensão sociológica das sociedades contemporâneas não tem dependido de qualquer elaboração teórica sobre o direito. Sendo eles humanos ou não, os direitos não têm sido objeto de investigação empírica sociológica quanto à possibilidade de sua universalização teórica e social (TURNER, 1993:162-190).

O caráter cético da sociologia quanto à universalização do direito contribui para a definição da hipótese que este trabalho procura enfrentar: os direitos humanos são um tipo específico de discurso sobre o direito. Neste trabalho, discurso é definido como conhecimento que não é nem verdadeiro nem falso, mas que orienta as ações do homem real. Nesta hipótese, a definição de discurso é aproximada da seguinte definição de ideologia. “Ideologia é um sistema (...) de representações (...) dotado de existência e de papel históricos no seio de uma sociedade dada (...) [sendo nela] mais importante sua função prático-social do que sua função teórica (ou função de conhecimento)” (ALTHUSSER, 1965: 238-239).

Por outro lado, a perspectiva do discurso na análise dos direitos humanos legitima a preocupação teórica acerca dos sujeitos destes direitos, humanos ou não. A antropologia filosófica de Arnold Gehlen (Apud TURNER, 1993:162-190) define ontologicamente o homem como ser frágil. Sendo de ordem trans-cultural, a fragilidade ontológica do homem fundamentaria também de modo trans-cultural o seu próprio direito. Neste sentido, o homem e o seu direito, a despeito de qualquer clivagem sócio-cultural, poderiam ser definidos teórica e filosoficamente de modo universal. E desta forma o direito seria definido como instituição com a função de proteger o homem quanto à sua fragilidade.

No entanto, segundo conjunturas históricas e sociais específicas e de acordo com pesquisas sociológicas de natureza empírica, os direitos humanos não têm cumprido o seu papel institucional. E o mesmo podendo ser afirmado quanto à instituição que é o poder judiciário e quanto ao papel que lhe é reconhecido ou atribuído, social ou teoricamente, no sentido de proceder à efetivação dos direitos humanos.

Daí a necessidade da problematização do conceito “direitos humanos” como condição quer da produção de teorias contemporâneas universalistas do direito quer da avaliação do desempenho do poder judiciário na sua presumida função contemporânea de concretização dos direitos humanos. Afinal, não há produção da prática “teórica” nem da prática “prática” sem o conhecimento em relação ao qual toda prática está referida, conhecimento esse que encerram as definições conceituais. Eis os objetivos que animam este trabalho.

2) A Antropologia Filosófica *versus* a Sociologia Tradicional

No âmbito do debate teórico contemporâneo, referido a configurações histórico-sociais determinadas, o tema deste trabalho tem produzido, de forma específica, modos de pensar não apenas o papel dos direitos humanos na sociedade mas também a efetivação destes mesmos direitos pelo poder judiciário. Na primeira hipótese, os direitos humanos poderiam ser pensados como meio para a realização de um fim; na segunda, eles seriam considerados como fim a ser concretizado.

A visão instrumental ou finalística acerca dos direitos humanos - e também do poder judiciário - permite pensar ainda a hipótese teórica que instaura tipo específico de relação entre a sociedade e o judiciário. De forma radical, a sociedade seria reconhecida como destituída de seus poderes tradicionais, democráticos ou não, na efetivação dos direitos humanos, e o judiciário seria considerado como instância ou espaço público de um novo tipo de poder capaz de operar os instrumentos de efetivação dos direitos humanos (GARAPON, 1999:226-234).

Do ponto de vista teórico, esta hipótese cria condições favoráveis para se pensar a configuração tanto da sociedade como do estado - e do judiciário - no século XXI, configuração essa que poderia ser descrita através da relação segundo a qual à despolitização da sociedade corresponderia a politização do judiciário.

No entanto, a compreensão desta hipótese radical, e das conseqüências que dela decorrem - como a suposição da existência de um estado de natureza, por exemplo - depende de condição fundamental quanto à definição dos direitos humanos, que parecem desempenhar papel contraditório de articulador ou mediador entre a sociedade e o judiciário na construção de um novo contrato social.

Logo, a questão-chave consiste em saber o que são os direitos humanos. Assim, mais importante do que a enumeração é a reflexão e a definição do conceito "direitos humanos". Esta tarefa reúne dimensões tanto teóricas quanto práticas. Sob a forma histórica de conjunturas ideológicas imediatas, as práticas produzem intuições e representações acerca dos

direitos humanos. As práticas definem as visões que os agentes constroem e possuem dos direitos humanos em campos históricos e sociais específicos em que tais direitos são construídos e possuem sentidos e papéis próprios, como, por exemplo, o campo dos movimentos sociais de defesa de direitos humanos particulares ou as instâncias jurisdicionais de competência originária ou recursal na concretização destes mesmos direitos.

Considerando as rupturas clássicas produzidas pela modernidade, a dimensão teórica quanto ao conhecimento dos direitos humanos, enquanto realidade fenomênica, é compreendida na chave da dicotomia que distingue e separa conhecimento científico e reflexão filosófica, ciência e senso comum, e que retira formalmente os direitos humanos, considerados então como senso comum ou ideologia, do campo das investigações científicas (do Direito, da História, da Sociologia, da Política) para inscrevê-los no campo dos trabalhos filosóficos, nos quais eles são investigados quanto à preocupação com a fundamentação dos mesmos.

Assim, à preocupação de natureza filosófica com os fundamentos se opõe a preocupação científica com as definições abstratas. E de acordo com a estrutura da ciência na epistemologia materialista contemporânea, esta ruptura quanto às formas de conhecimento define o corte epistemológico que está na base da produção da ciência moderna (BACHELARD, 1983:16).

Tradicionalmente, a Sociologia tem sido crítica da ideia de direitos humanos. Do ponto de vista sociológico, "homem" e "humanidade" não constituem categorias universais. Partindo da concepção de construção social do corpo e da concepção relativista de cultura, o humano não é uma categoria aplicável de forma transcultural. Ele não existe como metaconceito. A linha que separa o humano do não-humano é social e historicamente variável.

Sociologicamente, do ponto de vista marxista, especificamente quanto à tradição utilitarista, os direitos humanos são considerados como produto da sociedade ocidental moderna - individualista, egoísta e possessiva - e como fonte de legitimação das iniquidades da sociedade capitalista (MARX, s/d:37). A crítica à ideia de direitos universais - e, portanto, aos direitos humanos - pode também ser encontrada na sociologia do direito de Durkheim e de Weber. Para o sociólogo francês, eram o individualismo, o egoísmo e o fim das instituições e

das coletividades tradicionais que ameaçavam a solidariedade social nas sociedades modernas, sendo a separação entre as atividades econômicas e morais a causa principal da instabilidade nestas sociedades (DURKHEIM, 1977: 51-59). Para Weber, a autoridade racional-legal produzia legitimação social nas sociedades modernas. O cumprimento do direito dependia da percepção social do direito quanto à autoridade pública encarregada de sua elaboração (WEBER, 1982:128-141).

Se a crise - ou a superação - da modernidade é também a crise - ou a superação - do paradigma da ciência referido à oposição ciência-filosofia, ciência-senso comum, nem por isto os direitos humanos passaram a ser objeto de teorização universal no âmbito de pesquisas e em campos de investigação cujas fronteiras formais e tradicionais passaram por processo de redefinição e expansão.

De fato, como conceito sociológico, os direitos humanos têm sido considerados como importante substituto da idéia de cidadania. Afinal, o sistema político e social contemporâneo que se globaliza torna o conceito "cidadania", tradicionalmente associado à idéia de Estado-nação, menos realista e progressista.

Não obstante isto, o conceito "direitos humanos" tem sido sistematicamente criticado, e diversas são as razões. Por exemplo, de um lado, sob os auspícios das Nações Unidas, eles têm proporcionado às potências ocidentais intervir no Terceiro Mundo (DOUZINAS, 2000: 129-141), e, de outro lado, o conceito "direitos humanos" é igualmente criticado quanto à ausência de fundamentação ontológica como condição da universalização de sua concepção teórica (TURNER, 1993:162-190). Estes argumentos explicam ainda hoje a dificuldade de aceitação dos direitos humanos no âmbito de teorias sociológicas.

É no campo da antropologia filosófica que a idéia de direitos humanos tem sido defendida (TURNER,1993:162-190). Na tradição particular de trabalhos com fundamento na noção nietzchiana de que os seres humanos não são animais amplamente completos e que eles são trazidos prematuramente para o mundo, os seres humanos são ontologicamente definidos como seres frágeis - que adoecem, que envelhecem, que morrem - e socialmente dependentes das instituições da sociedade moderna, tais como o Estado e o Direito.

No entanto, ao reconhecer que a fragilidade que define a ontologia humana é histórica e culturalmente variável, segundo o desenvolvimento social, técnico, científico e tecnológico, essa tradição filosófica afirma também que as instituições sociais são histórica e socialmente precárias. Neste sentido, encarregadas de proteger os seres humanos de sua própria fragilidade, elas despontam agora não como solução, e sim como parte do problema. Afinal, a vida humana está cada vez mais ameaçada pela poluição, pelos desastres ambientais, pelas doenças crônicas, pela intervenção do estado e do direito. Em suma, a fragilidade ontológica do homem e a precariedade sociológica do mundo instauram um tipo de relação dinâmica e circular que define de forma paradoxal a sociedade moderna e suas instituições.

3) Direito e Direitos Humanos: O Problema da Definição dos Conceitos

Com o desenvolvimento da própria modernidade e com a crise do paradigma da ciência moderna, é reconhecido hoje o fenômeno da renovação do conhecimento teórico tradicional, isto para não falar da interdisciplinaridade. No entanto, este fenômeno se processa segundo a lógica das rupturas modernas e clássicas, e assim os direitos humanos são também estudados na chave da distinção entre o que é direito e o que não é direito.

Do ponto de vista tradicional, o direito, a história, a sociologia e a política reconhecem para o direito um mesmo e único estatuto teórico. Como norma de conduta, como prescrição jurídica estatal, o direito é considerado como instrumento de controle social. E como controle social, o direito é definido como poder que supõe o consenso social que determina o comportamento do outro, colocado na impossibilidade de agir de modo diferente e definido como desviante na hipótese de assim agir (FALBO, 2011:06-07).

Quanto aos direitos humanos, embora as teorias científicas e filosóficas renovadas não lhes emprestem nem a mesma importância nem lhes concedam o mesmo valor teórico, é possível afirmar, ainda que de forma talvez arbitrária e generalizadora, que tais teorias pensam frequentemente os direitos humanos não como verdadeiros direitos, e sim como discurso sobre o direito ou como aspiração legítima acerca de direitos que devam ser reconhecidos e/ou

efetivados como tais em contextos históricos e sociais determinados (BOBBIO,1992:15-16).

Do ponto de vista de certa tradição histórica, que influenciou pensadores e pesquisadores de diversos campos do conhecimento contemporâneo, os direitos humanos são objeto de crítica enquanto discurso sobre o direito que encontra sua fundamentação em declarações políticas universais de direitos, com a consagração em textos constitucionais ou não, e que por isto se caracterizam pelo racionalismo e idealismo metafísico (BOBBIO, 1992:01-10). Sem distinguir a prática política que é particular e variável da especulação teórica que se pretende universal e invariável, os direitos humanos enquanto discurso conceberiam a política de forma abstrata.

Por outro lado, é possível afirmar que os direitos humanos fazem parte do debate teórico contemporâneo como expressão de representação social ou visão de mundo ou ideologia. Segundo certa tradição marxista, ideologia é arma na luta de classes. Segundo certa tradição não-marxista, ideologia é ação simbólica destinada a produzir efeito de mobilização ou tipo particular de sistema de crenças organizador da vida em sociedade (BOUDON, 1989:25-46).

O ponto de contato entre estas duas definições de ideologia - que permitem assim definir os direitos humanos como ideologia - é que a ideologia não é definida nem como conhecimento falso nem como deformação da realidade (MARX, 1984:22). A vantagem destas definições para o debate teórico atual acerca dos direitos humanos é que elas depuram o caráter polêmico que tradicionalmente opõe ideologia e ciência e filosofia e ciência. Assim, como ideologia, os direitos humanos são definidos em razão de sua "função prático-social" (ALTHUSSER, 1965: 238-239). E a esta função prática e social costuma ser associada à ideia de que os direitos são construções e reconstruções históricas dos diversos movimentos sociais, e não o resultado de um ordenamento jurídico ou o efeito de declarações de direitos, como pretende ainda hoje certa corrente doutrinária de estudiosos do direito, do direito constitucional e da constituição, e também certos setores do poder judiciário. Isto significa que a unidade que os direitos humanos conferem à constituição brasileira - fundamento também de decisões do poder judiciário - não implica afirmar a dedução dos direitos humanos da constituição.

Se, por um lado, o debate teórico contemporâneo reconhece a origem histórico-social, o papel sócio-político e a visão político-ideológica acerca dos direitos humanos, por outro lado, certos representantes deste debate afirmam também que o problema atual dos direitos humanos não é quanto à sua justificação ou fundamentação, nem mesmo quanto à sua definição, e sim quanto à sua efetivação ou proteção (BOBBIO, 1992: 24).

Neste sentido, para além das questões de natureza filosófica e científica, eles reinscrevem os direitos humanos no campo da política, das relações de poder, das instituições responsáveis por sua garantia. É neste sentido que o tema deste trabalho permite discutir teoricamente a efetivação dos direitos humanos pelo poder judiciário enquanto novo campo de luta política, segundo a hipótese da judicialização histórica das ideologias dos movimentos sociais nas lutas contra as diversas formas de autoritarismo e de opressão, contra o não cumprimento pelo capitalismo das promessas por direitos sociais e econômicos e pela efetivação destes mesmos direitos (VIOLA, 2008:19-31).

A despeito da reação virulenta que certa ala da esquerda - política, teórica, acadêmica e intelectual- pode ter em relação a esta hipótese, é na formulação teórica de um marxista do quilate de Gramsci que se reconhece a atuação histórica tanto do Estado como da Sociedade na construção tanto da regulação quanto da emancipação, embora com funções distintas de ordenação ou transformação sociais (GRAMSCI,2002: 139).

Se o Estado exerce controle e ordenação através da coerção, estas mesmas funções são exercidas pela sociedade civil através do domínio ideológico e cultural. Daí se perguntar se a efetivação dos direitos humanos pelo judiciário permitiria pensar a emancipação da sociedade na sua luta contra o Estado. Mas este é um problema para um outro debate.

4) **Conclusão**

A sociologia clássica do direito não permite afirmar a emergência de uma sociologia dos direitos humanos referida à dimensão universal destes mesmos direitos. “Homem” e “direito” são fenômenos e conceitos construídos histórica e socialmente segundo configurações

histórico-sociais específicas. O peso da influência desta tradição explica ainda a ausência dos direitos humanos em trabalhos sociológicos contemporâneos, que têm revelado preferência pelo tema da cidadania. É no campo da antropologia filosófica que o conceito “direitos humanos” tem encontrado sua legitimação. Definido ontologicamente segundo sua fragilidade, o homem passa a constituir o destinatário de todos os direitos capazes de institucionalmente oferecer-lhe proteção segundo fragilidades específicas. Por outro lado, os direitos humanos podem ser ainda considerados como tipo específico de discurso ou ideologia, que, política e socialmente, com sua função prática, orienta a elaboração e a efetivação dos direitos, humanos ou não.

Neste trabalho, a contribuição da sociologia - tradicional ou contemporânea - para o estudo dos direitos humanos consiste menos no reconhecimento de que mesmo a fragilidade humana - capaz de ontologicamente definir o homem e o direito em termos universais - é variável e relativa ao nível de desenvolvimento histórico das sociedades do que no reconhecimento de que a compreensão do que são os direitos humanos depende da inscrição dos mesmos no mundo dos fatos históricos e sociais.

5) Referências Bibliográficas

ALTHUSSER, L. **Pour Marx**. Paris: Maspero, 1965.

ARRIGHI, Giovani. **O longo século XX**. São Paulo: UNESP, 1996.

BACHELARD, Gaston. **Epistemologia**. Textos Escolhidos. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOUDON, Raymond. “O que é a ideologia?”, In: **A Ideologia**. São Paulo: Ática, 1989.

DOUZINAS, Costas. **The End of Human Rights**. Oxford: Hart, 2000.

DURKHEIM, Emile. **A Divisão do Trabalho Social I**. Portugal: Presença. Brasil: Martins Fontes, 1977.

FALBO, Ricardo Nery. "Sociologia e Direito: Condições de Possibilidades do Projeto Interdisciplinar", In: **RED-Revista da Faculdade de Direito da Uerj**, Rio de Janeiro, v. 1, jun./dez., pp 01-18, 2011.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**; o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRAMSCI, Antonio. **Cartas do Cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v.5, 1999.

LEEMING, David Adams. "Creation Myth", In: **A Dictionary of Creation Myths**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MARX, Karl. **A Questão Judaica**. São Paulo: Moraes, s/d.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã (Feuerbach)**. São Paulo: Hucitec, 1984.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez, 2000.

TURNER, Bryan S. "Outline of a theory of human rights", In: **Citizenship and Social Theory**. London: Routledge, 1993.

VIOLA, Solon Eduardo Annes. **Direitos Humanos e Democracia no Brasil**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

WEBER, Max. "Os três tipos puros de dominação legítima", In: Cohen, Gabriel. **Weber. Sociologia**. São Paulo: Ática, 1982.