

DIREITOS HUMANOS ENQUANTO IDEÁRIO: DIFICULDADES ONTOLÓGICAS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

HUMAN RIGHTS AS AN IDEA: ONTOLOGICAL DIFFICULTIES IN THE ENFORCEMENT OF HUMAN RIGHTS

Gabriella Sousa da Silva Barbosa¹
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista²

Resumo

Os direitos humanos são geralmente compreendidos como um ideário, ou seja, uma matriz norteadora da atuação dos Estados e indivíduos a fim de que exista uma convivência pacífica e harmoniosa em sociedade. Ocorre que para sua implementação e efetivação impõem-se uma diversidade de desafios, muitas vezes relacionados a sua percepção ontológica. Diante disso, a presente pesquisa intenta responder ao seguinte problema: quais os desafios ontológicos dos direitos humanos para sua efetivação?. A pesquisa tem como objetivo geral discutir como a fundamentação ontológica dos direitos humanos pode impactar em sua efetivação. Para a realização da pesquisa utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com uso de pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo. Concluiu-se que o desafio contemporâneo dos direitos humanos está em sua efetivação, a qual é impactada por uma ontologia prescritiva, de normas enquanto ideário, ao passo que tais normas deveriam ser compreendidas enquanto descritivas e preferencialmente positivadas.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Ontologia. Efetivação.

Abstract

Human rights are generally understood as an ideology, that is, a guiding matrix for the actions of States and individuals so that there is peaceful and harmonious coexistence in society. It turns out that for its implementation and effectiveness a variety of challenges are imposed, often related to its ontological perception. In view of this, this research attempts to answer the following problem: what are the ontological challenges of human rights for their implementation? The research has the general objective of discussing how the ontological foundation of human rights can impact their implementation. To carry out the research, the hypothetical-deductive method was used, using qualitative bibliographical research. It was concluded that the contemporary challenge of human rights lies in their implementation, which is impacted by a prescriptive ontology, of norms as ideology, while such norms should be understood as descriptive and preferably positive.

Keywords: Human rights. Ontology. Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

Seguindo as lições de Hans Kelsen (1998, p. 250), pode-se compreender a interpretação científica como determinação cognoscitiva das normas jurídicas. Caberia, portanto, a uma interpretação jurídico-científica estabelecer possíveis significações da norma jurídica.

É, nesse sentido, que a análise do direito, em especial das normas de direitos humanos, perpassa pela necessária compreensão de sua ontologia. Inicialmente concebida na Metafísica de Aristóteles como o estudo do ser enquanto ser (SCHIESSI, 2007, p. 176), pode-se conceber a ontologia enquanto a compreensão do ser em sua essência.

Discutir, portanto, a ontologia do direito inclui a análise de sua essência, sendo de relevância a sua compreensão quando do estudo dos direitos humanos. O que se observa ao se interpretar as normas de direitos humanos é que, muitas vezes, as concebemos enquanto ideários, valores transcendentais que direcionam a atuação estatal e internacional, visando uma vida pacífica e harmoniosa em sociedade.

Diante disso, na busca de efetivação dos ditos direitos humanos é comum se deparar com uma diversidade de desafios, seja pelos limites impostos pela soberania estatal, pelos desafios da efetivação de suas valorizações universais a questões específicas de determinadas culturas, ou mesmo a sua implementação de modo distinto do pertencimento cidadão a um Estado.

¹ Graduada em Direito pela UNDB. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFMA. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. E-mail: gssbarbosa@gmail.com

² Graduado em Ciências Jurídicas pela UFPB. Mestrado em Direito Econômico pela UFPB. Doutorado em Teoria Dogmática do Direito pela UFPE. Professor Associado da UFPB. Orientador de Mestrado e Doutorado. E-mail: gustavobm.batista@gmail.com

É diante disso que a presente pesquisa intenta responder ao seguinte questionamento: quais os desafios ontológicos dos direitos humanos para a sua efetivação? Nessa perspectiva, objetivou-se discutir como a fundamentação ontológica dos direitos humanos pode impactar em sua efetivação.

A fim de alcançar o objetivo proposto, a presente pesquisa dividiu-se em 3 tópicos. No primeiro tópico, “Fundamentos dos direitos humanos” discutiu-se a construção histórica dos direitos humanos, os impactos do jusnaturalismo para sua concepção, bem como a relevância de sua positivação para a propagação desses direitos.

No segundo tópico, “Perspectiva ontológica dos Direitos Humanos”, passou-se por uma breve análise da ontologia, desde a Grécia Antiga, passando por Hegel e sua transformação em Marx, com especial destaque para as discussões de Lukács acerca da ontologia do ser social.

Nessa linha de raciocínio, passou-se a analisar a ontologia do direito, ou seja, discutir a essência do direito, para, por fim, iniciar-se uma análise acerca da ontologia dos direitos humanos, de modo a subsidiar o tópico seguinte.

No terceiro e último tópico, “Entre a prescrição e a descrição na efetivação dos direitos humanos”, após a análise de alguns desafios que se impõem na atuação prática com as normas de direitos humanos, passa-se a discutir como a ontologia desses direitos enquanto ideário impacta na sua implementação efetiva.

Para a realização da pesquisa, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com a realização de pesquisa bibliográfica e abordagem qualitativa.

2. FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS

A noção de que todos os seres humanos podem ser enquadrados a uma categoria única que os englobasse é relativamente nova na História da humanidade. Conforme aponta Fábio Konder Comparato (2010, p. 24), é a partir do Período Axial que a noção de igualdade entre os seres humanos e, portanto, de que estes, indistintamente, formariam um grupo uno, é consolidada.

A lei escrita, nesse contexto, adquire um caráter essencial para que se pudessem estabelecer normas que se aplicariam igualmente aos seres humanos. Contudo, ao lado da norma escrita, coexistiam as leis não escritas, as quais designavam leis universais, primeiramente subsidiadas sob um pretexto religioso – leis ditadas pelas divindades e, portanto, superiores às normas escritas – (COMPARATO, 2010, p. 25).

É nesse sentido que a tragédia grega *Antígona* de Sófocles (2005) aponta essa dicotomia entre a lei escrita e a lei natural advinda dos deuses e, em virtude disso, com um caráter de maior respeitabilidade e prevalência quando em confronto com aquela.

Impedida de enterrar seu irmão falecido que estava sendo tratado como um traidor do reino e, por isso, recebendo a penalidade de impossibilidade de recebimento de uma cerimônia de sepultamento, com a conseqüente crença de que vagaria por cem anos no mundo dos mortos, *Antígona* questiona a norma posta pelo rei, seu tio, em contraposição à norma posta pelos deuses de que seu irmão teria o direito a ser sepultado.

Quem foi o arauto delas? Zeus? Foi *Dike*, circunvizinha das deidades íferas? Não ditam norma assim, nem penso haver em teu decreto força suficiente para negar preceitos divos, ágrafos, perenes, que não são de agora ou de ontem, pois sempivivem. Quem nos assegura sua origem? Não pretendo submeter-me ao tribunal divino por temor à petulância de um mortal. (SÓFOCLES, 2005, versos 450-459).

A partir dos sofistas e com o desenvolvimento da filosofia grega, gradativamente a noção de um direito natural ditado pelos deuses dá lugar a um direito cujo fundamento é a própria natureza, inicialmente regido por leis do universo que ditariam o justo. É a partir dos estoicos que a lei da natureza distancia-se da metafísica, aproximando-se da razão, posto que é por meio dela que o ser humano chegaria às leis da natureza (STEUDEL, 2007, p. 44-45).

Na Idade Média, a ideia de um direito natural está intimamente relacionada ao pensamento cristão, possibilitando a existência de uma tríade:

Para aqueles pensadores cristãos a trilogia se põe assim: em primeiro lugar está a lei eterna, expressão da razão divina que governa o universo; a lei natural, parte da lei eterna, é a lei da natureza humana, conhecida racionalmente pelo homem; a lei positiva ou lei humana é obra do legislador humano e deve ser conforme a lei natural e, portanto, a lei eterna. As duas primeiras são imutáveis e as últimas variáveis, segundo as exigências circunstanciais, desde que respeitados os primeiros princípios (por exemplo: o bem deve ser feito e o mal evitado, dar a cada um o que é seu, a ninguém lesar). (STEUDEL, 2007, p. 46)

Há que se destacar a relevância das contribuições de Tomás de Aquino em conciliar as noções de razão humana com a revelação divina, sendo, portanto, a lei divina uma manifestação da lei eterna por intermédio da razão humana (COMPARATO, 1997, p. 7).

A partir do século XVII, esse direito natural aristotélico-tomasiano com base no Direito Romano passa por uma modificação. Com o advento da Escola Clássica do Direito Natural de caráter protestante (composta por Grocio, Hobbes, Pufendorf e Thomasio) e por pensadores da Escola do Direito Racional (influenciada por Rousseau, Kant, Fichte, Wolff e Leibniz por exemplo), o direito natural passa a se desvincular da relação com Deus e a se aproximar da própria razão humana, servindo, portanto, de modelo orientador das legislações positivas (STACCHINI, 2006, p. 132).

Importante destacar-se nesse sentido a influência de Kant (2007) para o desenvolvimento do que se conceberia por dignidade da pessoa humana. Para o autor, só o ser racional poderia agir conforme leis ou princípios. Ou seja, pela vontade racional (razão prática) somente o ser humano vive em condições de autonomia, daí porque é o ser humano aquele que possui um fim em si mesmo, não podendo ser considerado uma coisa.

É a partir desse contexto que se desenvolve o programa iluminista de formalização dos direitos de todos os homens, especialmente por meio da positivação de declarações que elencavam os direitos inerentes a todo homem.

Por que os direitos devem ser apresentados numa declaração? Por que os países e os cidadãos sentem a necessidade dessa afirmação formal? As campanhas para abolir a tortura e o castigo cruel apontam para uma resposta: uma afirmação formal e pública confirma as mudanças que ocorreram nas atitudes subjacentes. Mas as declarações de direitos em 1776 e 1789 foram ainda mais longe. Mais do que assinalar transformações nas atitudes e expectativas gerais, elas ajudaram a tornar efetiva uma transferência de soberania, de Jorge III e o Parlamento britânico para uma nova república no caso americano e de uma monarquia que reivindicava uma autoridade suprema para uma nação e seus representantes no caso francês. Em 1776 e 1789, as declarações abriram panoramas políticos inteiramente novos. As campanhas contra a tortura e o castigo cruel seriam fundidas, a partir de então, com toda uma legião de outras causas de direitos humanos, cuja relevância só se tornou clara depois que as declarações foram feitas. (HUNT, 2009, p. 112-113)

Conforme leciona Lynn Hunt (2009, p. 114), observa-se no século XVIII a escolha pelas declarações de direitos em prevalência às petições – que implicavam em um pedido submetido ao monarca – ou as cartas – as quais, em regra, referiam-se a um documento antigo. Ademais, é com as declarações, no período iluminista, que se eleva a soberania popular a um patamar de destaque, declarando-se por escrito aqueles antes direitos tidos como inerentes à condição humana.

A partir dessa narrativa, pode-se dizer que a Primeira Geração dos direitos humanos se iniciou na primeira metade do século XIX, correspondendo aos direitos e liberdades de caráter individual, como por exemplo, a liberdade de religião, de consciência, liberdade de circulação e de expressão e, também, o direito de propriedade e da inviolabilidade de domicílio. (MEZACASA; AMORIM; BAMBIRRA, 2020, p. 254)

Passa-se, gradativamente, à consolidação da escrituração desses direitos, antes tidos como naturais, de modo a dar-lhes maior confiabilidade contra eventuais arbítrios estatais, uma vez que passam a ser declarados normativamente, restando pouca discricionariedade aos seus aplicadores acerca da existência ou não dos direitos humanos em comparação quando eram baseados unicamente na razão humana.

A declaração dos direitos colocou diversos problemas, que são a um tempo políticos e conceptuais. Antes de tudo, a relação entre a declaração e a Constituição, entre a enunciação de grandes princípios de direito natural, evidentes à razão, e a concreta organização do poder por meio do direito positivo, que impõe aos órgãos do Estado ordens e proibições precisas: na verdade, ou estes direitos ficam como meros princípios abstratos (mas os direitos podem ser tutelados só no âmbito do ordenamento estatal para se tornarem direitos juridicamente exigíveis), ou são princípios ideológicos que servem para subverter o ordenamento constitucional. Sobre este tema chocaram nos fins do século XVIII, de um lado, o racionalismo jusnaturalista e, de outro, o utilitarismo e o historicismo, ambos hostis à temática dos direitos do homem. Era possível o conflito entre os abstratos direitos e os concretos direitos do cidadão e, portanto, um contraste sobre o valor das duas cartas. Assim, embora inicialmente, tanto na América quanto na França, a declaração estivesse contida em documento separado, a Constituição Federal dos Estados Unidos alterou esta tendência, na medida em que hoje os direitos dos cidadãos estão enumerados no texto constitucional. (BOBBIO, 2004, p. 354)

Seguindo essa tendência é que, gradativamente esses direitos vão sendo positivados, desembocando, no pós-segunda Guerra Mundial, no advento da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, considerada uma das principais bases para o atual paradigma de proteção desse grupo de direitos pertinentes a todos os seres humanos independentemente de suas nacionalidades, raças, gêneros ou classes sociais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento assinado em Paris, em 10 de dezembro de 1948 e que viria marcar a história dos direitos humanos no mundo, tinha então, como intuito precípuo, à época, exaltar a dignidade humana, para que fosse continuamente preservada, a fim de fornecer uma base sólida para a evolução dos conceitos de liberdade, a qual embora não tenha previsto, por absoluta impossibilidade de prever, quando de sua elaboração, os desafios da privacidade digital, as mutações genéticas, a inteligência artificial ou a mudança climática, o fato é que não são raras as vezes em que se recorre àquele documento para reivindicar, conclamar ou mesmo justificar certas posições jurídicas. (SIQUEIRA; ROSTELATO, 2019, p. 13)

Nos dizeres de Fábio Konder Comparato (2010, p. 44), tal declaração foi responsável pela condensação de todo o aparato teórico-filosófico da humanidade para a construção daquilo que hoje é concebido como dignidade da pessoa humana ao enunciar a existência do direito de ser, reconhecendo-o em qualquer lugar, enquanto pessoa humana.

3. PERSPECTIVA ONTOLÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS

A palavra ontologia deriva do grego, em que *ontos* significa ser e *logia*, palavra, significando um ramo da metafísica em que se estudam as coisas que existem no mundo ou mesmo parte da filosofia que trata da natureza do ser. (MORAIS, 2007, p. 2-3)

A palavra ontologia é composta de duas outras: onto e logia. Onto deriva-se de dois substantivos gregos, ta onta (os bens e as coisas realmente possuídas por alguém) e ta eonta (as coisas realmente existentes). Essas duas palavras, por sua vez, derivam-se do verbo ser, que, em grego, se diz einai. O particípio presente desse verbo se diz on (sendo, ente) e ontos (sendo, entes). Dessa maneira, as palavras onta e eonta (as coisas) e on (ente) levaram a um substantivo: to on, que significa o Ser. O Ser é o que é realmente e

se opõe ao que parece ser, à aparência. Assim, ontologia significa: estudo ou conhecimento do Ser, dos entes ou das coisas tais como são em si mesmas, real e verdadeiramente. (CHAUI, 2000, P. 266)

Falar em ontologia, portanto, pressupõe uma compreensão acerca da própria essência do ser ou daquilo que é. Nesse sentido, há que se compreender que desde a Antiguidade Grega até Hegel, não se compreende a essência enquanto sendo construída pela processualidade. A essência do ser é, portanto, a-histórica.

A essência a-histórica não pode possuir na história sua gênese; por isso, toda concepção histórica que se baseia nesta concepção deve pressupor, de alguma forma, uma dimensão transcendente que funda esta mesma essência. Tal determinação não-social da história humana faz com que esta seja portadora de um limite que ela não pode em hipótese alguma superar, e não é mero acaso que em todos os casos este limite seja exatamente a sociedade à qual pertence o pensador. (LESSA, 1989, p. 90-91)

É nesse caminhar que Lukács observa a relevância do pensamento marxiano para uma transformação paradigmática na compreensão da essência do ser. De modo revolucionário, invertendo a compreensão até então predominante de que haveria uma distinção dentro do ser entre o essencial e o fenomênico, afinal este último “(...) apenas pode existir tendo a essência o seu fundamento” (LESSA, 1989, p. 92), Marx considera essência e fenômeno enquanto categorias de mesmo estatuto ontológico.

Importante destacar, nesse ínterim, que, conforme ensinamentos de Enoque Feitosa (2017, p. 306), não há que se falar em metafísica no pensamento hegeliano. Segundo aponta o autor, em Hegel já se pode observar uma mediação entre universalidade e singularidade, havendo uma consideração quanto ao que é empírico, concreto.

E nisso não há metafísica alguma! Ao contrário, aqui existe muito de exame do concreto. Como assinala Hegel, “o conceito é o concreto e mais rico porque é o fundamento e a totalidade das anteriores determinações, isto é, das categorias do ser e das determinações reflexivas, por conseguinte, elas se revelam também nele” (HEGEL, 1976, p. 545). Não é à toa que Marx, leitor atento de Hegel, lembra que “o concreto é concreto porque é a síntese de múltiplas determinações” (MARX, 1978, p.116). (FEITOSA, 2017, p. 306)

Em Marx observa-se essa interação universal-singular no que tange à composição de processualidades. As determinações universais são aqueles que garantem a continuidade dos processos, impedindo a concretização de um caos, do mesmo modo, os processos de singularização permitem as mediações indispensáveis para que um processo possa passar de uma situação a outra. (LESSA, 1989, p. 93)

Há, portanto, uma relação intrínseca, no pensamento marxiano, entre essência e fenômeno, haja vista que a primeira está relacionada aos elementos de continuidade, ao passo que o último é composto pelos elementos de singularização. O fenômeno, portanto, só existirá em relacionamento com a essência, assim como a essência só poderá se desenvolver pela mediação fenomênica. (LESSA, 1989, p. 93)

Marx enfoca a pertinência das categorias mais simples (em nosso caso, as categorias ontológicas fundamentais do ser social), mas faz ressalvas importantes, que ficarão claras quando tratarmos da categoria do trabalho. Também demonstra o pensador que a inter-relação das categorias não é linear ou hierarquizada: trata-se de categorias que são interdependentes, determinando-se reflexivamente como formas do ser. (SARTORI, 2014, S.I.)

Seguindo essa compreensão, Lukács enfatiza que o processo social é resultado de uma relação entre cadeias causais, em que são colocadas em movimento por diversos atores sociais,

resultando na ultrapassagem das intenções individuais, posto que possuiriam um caráter causal. (TERTULIAN, 1996, p. 65)

A parte mais interessante da Ontologia do ser social é dedicada àquilo que poderíamos definir como uma fenomenologia da subjetividade. As distinções entre objetivação (*Vergegenständlichung*) e alienação (*Entiüsserung*), entre reificação "inocente" e reificação estranhante, entre multiplicação das qualidades ou atitudes e sua síntese na harmonia da personalidade moral, entre o gênero humano em-si e o gênero humano para-si pertencem a este capítulo. O estranhamento é definido como contradição entre o desenvolvimento das qualidades e o desenvolvimento da personalidade. Continuando as análises hegelianas do capítulo sobre a "consciência infeliz" da Fenomenologia do espírito, ou então a distinção entre espírito objetivo e espírito absoluto, Lukács pôde mostrar como é complexo e trabalhoso o caminho que leva à superação autêntica do estranhamento. A seu ver, enquanto as objetivações da espécie humana, em sua maior parte (as instituições políticas, jurídicas, religiosas, etc.), nasceram para assegurar o funcionamento do gênero humano em-si, pelo contrário, as grandes ações morais, a grande arte e a verdadeira filosofia encarnam, na história, as aspirações do gênero humano para-si. As melhores páginas da Ontologia do ser social são provavelmente aquelas nas quais Lukács analisa a tensão entre essas aspirações irreprimíveis a uma humanitas autêntica do homo humanus e o poderoso acúmulo de mecanismos econômicos, de instituições e de normas que asseguram a reprodução do status quo social. (TERTULIAN, 1996, p. 66)

É a partir das compreensões acima esboçadas que se passa a analisar a ontologia do direito, em especial a dos direitos humanos. Ainda conforme as lições de Enoque Feitosa (2017, p. 308), discutir a ontologia do direito perpassaria pela indagação acerca da essência do direito. A despeito da reconhecida afirmação de que o direito é um dever-ser, afirma o autor, há que se preocupar com o esclarecimento sobre qual dever-ser se estaria a discutir.

Afinal, poder-se-ia conceber o direito tanto enquanto um dever-ser descritivo de uma conduta típica, quanto no sentido de "(...) apontar horizontes políticos, ideológicos, utópicos etc., acerca de como a realidade 'deveria ser'". (FEITOSA, 2017, p. 308).

Nesse sentido, a prática jurídica, por uma parte, compartilha sua ontologia com outras ações coletivas intencionais mais simples, tais como cantar um dueto, bailar um tango, jogar xadrez ou jogar futebol, mas, por outra parte, tem certas características particulares que se relacionam – como expõe brilhantemente Shapiro – com seu caráter massivo e com o fato de que a prática jurídica implica o exercício da autoridade por parte de alguns de seus agentes sobre outros. (PULIDO, 2014, p. 21)

O direito, portanto, é também uma ação social e coletiva, guardando consigo o exercício do poder de ditar comportamentos e condutas. Nesse sentido, caberia uma análise acerca da matriz ontológica do direito:

Assim, uma adequada indagação de matriz ontológica acerca de qual a essência do direito nos reconduz à questão fundamental da filosofia: ou uma análise idealista, não-histórica, do direito e pela qual o direito seria a realização do "bom" (em geral e abstraído dos interesses em jogo), do "justo" (ignorando o fato de que a justiça não significa uma igualdade abstrata, formal e sim material) e do correto (sem indagar o caráter e de que correção se fala isso porque nas ciências historicamente condicionadas, a ideia de 'correção' não é rigidamente dogmática). Pode-se também optar por uma análise materialista-realista que aponte o direito como discurso que justifica o poder e a dominação ou que seria nada mais que "técnica de decisão e dominação" ou ainda que "o que decidem juízes e tribunais" (modo mais incisivo de afirmar que a norma legal é tão só "um dado de entrada") ou ainda que é tão só exercício da retórica com o fim de persuadir acerca da legislação e da decisão. Note que todas essas - e também aquelas oferecidas pelos diversos jusnaturalismos – são respostas ontológicas porque visam dar conta da característica essencial do direito. (FEITOSA, 2017, p. 309)

Trazendo-se novamente à baila Lukács (2018), observa-se a inserção do Direito em um dos chamados pores elementares – “(...) processos de produção intencionada de uma objetividade (...), processo de colocar no mundo uma nova forma de objetividade a partir da re-organização de cadeias causais previamente existentes” (ROMAO; SILVA, 2021, p. 28).

Compreendendo-se o “por elementar primário” enquanto aquele em que se transforma imediatamente a natureza em um objeto de uso social e o “por elementar secundário” aquele em que a cadeia causal que será ordenada é social, o Direito seria espécie desta última. (ROMAO; SILVA, 2021, p. 28).

Estas noções permitirão a Lukács conceituar o direito como um tipo de pôr teleológico secundário e, por isto mesmo, como um tipo de objetivação a qual é essencial o espelhamento adequado da realidade. Isto implica, em primeiro lugar, na aërmação de que o direito é uma objetivação humano-social: não se trata de um dado inscrito em uma ratio imanente à natureza, mas sim produto de uma objetivação do indivíduo humano, portanto, produção que é direcionada a um determinado ãm: a condução e o direcionamento dos homens para a realização de tarefas na práxis social que, em última instância (e somente em última), desaguarão na produção econômica de um valor de uso. Se o desejado é ser bem-sucedido neste processo de conduzir e dirigir, deve ele captar adequadamente os nexos causais essenciais ao direcionamento dos homens segundo seus desígnios. Em outras palavras, para ser eëcaz no processo de condução e produção do novo, deve o direito conhecer adequadamente as leis essenciais da realidade que deseja reordenar. Portanto, o espelhamento é essencial às finalidades do direito. (ROMAO; SILVA, 2021, p. 30)

É diante dessa compreensão que se passa a discutir a ontologia dos direitos humanos. Surgidos sob uma pretensão universalista, inicialmente pautados em uma justificativa jusnatural, seja pelo fundamento mitológico, seja pela razão natural humana, tais direitos se alicercam sob a intenção de serem direitos de todos os seres humanos, independentemente de prescrições positivas, mas para sua efetivação, ainda se usam tais prescrições, por meio de tratados ou convenções, buscando sua efetivação.

4. ENTRE A PRESCRIÇÃO E A DESCRIÇÃO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Um dos capítulos mais desafiadores quanto aos direitos humanos é a sua efetivação, seja pelas dificuldades em implementar seu respeito ao países soberanos violadores de tais direitos, seja quando se esbarra em um conflito entre o discurso universalista dos direitos humanos frente a diferenças culturais consideradas violações a esses direitos.

A título de exemplo, pode-se mencionar o atual conflito armado entre Rússia e Ucrânia. Tendo se iniciado em 2022, a invasão da Rússia ao território ucraniano remonta ao desenvolvimento das tensões entre os dois países desde a tentativa russa de anexação da Crimeia, em 2014 (FRANÇA, 2022, p. 168), com o respectivo acirramento diplomático pelo descumprimento dos acordos de Minsk assinados por ambos os países.

O conflito se iniciou oficialmente em 2022, após a manifestação de intenção pelo presidente ucraniano Volodymyr Zelensky em fazer a Ucrânia ingressar na OTAN – Organização do Atlântico Norte, o que levou o presidente Vladimir Putin a autorizar a invasão russa ao território ucraniano, sob o argumento de sua necessária desmilitarização (VIEIRA, 2022, p. 10).

A despeito da medida ser condenada pelo Conselho de Segurança da ONU, sendo passível, inclusive, de consideração enquanto crime de agressão, na prática observam-se as dificuldades de implementação de medidas internacionais que façam com que o governo russo encerre sua atuação na Ucrânia.

A realidade de guerra é contrária a todo um conjunto de sistemas de garantias surgido após 1948, quando a maioria dos países aderiram, através da Carta das Nações Unidas, a um pacto pela paz, constituindo um ato, conceituado, em definitivo, e em resumo, em uma documento denominado Carta das Nações Unidas que se firmou em 26 de junho de 1946, em São Francisco, Estados Unidos, ao final da Conferência da ONU, entrando em vigor dia 24 de outubro desse mesmo ano. O estatuto da Corte Internacional de Justiça é parte integrante da Carta. A Carta estipula como princípios a manutenção da paz e da segurança internacionais, com o objetivo de tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e eliminar ameaças à paz, e para suprir atos de agressão ou outras vulnerações, e em consonância com os ideais de da justiça e dos preceitos do direito internacional. (FRANÇA, 2022, p. 169)

A própria Carta da ONU elenca em seu capítulo VII as medidas a serem tomadas a fim de que se alcance a manutenção da paz frente à comunidade internacional. Dentre elas destacam-se os esforços pelo uso de meios pacíficos, como recomendações, perpassando pelas interrupções econômicas, dos meios de comunicação ou até mesmo de relações diplomáticas (artigo 41).

Observa-se, porém, que na prática a aplicação dessas sanções vê-se envolta em um contexto sócio-político-econômico de mais complexidade, a exemplo da dependência econômica dos países europeus em relação ao fornecimento energético russo (FRANÇA, 2022, p. 169), o que dificulta o uso de sanções a fim de que se faça um país soberano submeter-se às normativas internacionais.

Outro ponto de desafio dos direitos humanos está precisamente em sua matriz universalista, que remonta de sua fundamentação supra analisada, frente às especificidades culturais de determinados povos. É o conhecido embate entre o universalismo e os relativismos culturais.

Embora desde a Declaração e Programa de Ação de Viena, em 1993, tenha se afirmado a tese da universalidade dos direitos humanos, ainda hoje, diversas argumentações são construídas em favor do relativismo cultural dos direitos humanos. Tais objeções partem sempre do ponto de vista particular, da comunidade, da cultura local. Posteriormente, cada uma dessas idéias serão desconstruídas, reafirmando o universalismo dos direitos humanos como pilar fundamental para a construção de uma sociedade internacional justa e solidária, capaz de conjugar a proteção do ser humano no âmbito global com os valores de tolerância e respeito das particularidades. (PEIXOTO, 2007, p. 207-208)

Tal embate vê-se enquanto um problema frequente em situações em que, de acordo com os valores ocidentais e as declarações de direitos humanos, violam-se tais direitos sob o argumento de tutela de traços culturais.

Ainda a fim de se esboçar as dificuldades de implementação dos direitos humanos, não se pode olvidar das observações feitas por Hannah Arendt (2006, p. 310), a qual, ao discutir os problemas de efetivação dos direitos humanos a pessoas apátridas afirma que a cidadania é o direito a ter direitos.

Ou seja, a despeito de toda a construção internacional acerca dos direitos humanos, sua implementação ainda está estritamente relacionada a atuação dos Estados soberanos que adotarão medidas, políticas públicas ou mesmo atuações legislativas ou jurisdicionais a fim de que tais direitos se efetivem.

Só conseguimos perceber a existência de um direito a ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global. O problema é que essa calamidade surgiu não de alguma falta de civilização, atraso ou simples tirania, mas, pelo contrário, que é irreparável porque já não há qualquer lugar “incivilizado” na Terra, pois, queiramos ou não, já começamos realmente a viver num Mundo Único. Só com a humanidade completamente organizada, a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler à sua expulsão da humanidade. (ARENDRT, 1978, p. 381-382)

É diante de tais dificuldades que Luhmann (2000, p. 158), ao discutir o que chama de paradoxo dos direitos humanos, afirma que a necessidade de positivação de tais direitos, compreendidos como inerentes à condição humana, é uma resposta ao esvaziamento de sua noção enquanto ideário.

Ou seja, tais direitos surgem sob uma fundamentação de prescindirem de positivação, mas a fim de que se busque sua efetivação, de modo a proporcionar a concretização e a própria cobrança social para que sejam implementados, precisam estarem inscritos em algum documento – seja em declarações, convenções ou até mesmo nas constituições dos Estados nacionais.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Norberto Bobbio (2004, p. 15-16) afirma que:

Decerto, para empenhar-se na criação dessas condições, é preciso que se esteja convencido de que a realização dos direitos do homem é uma meta desejável; mas não basta essa convicção para que aquelas condições se efetivem. Muitas dessas condições (e passo assim ao terceiro tema) não dependem da boa vontade nem mesmo dos governantes, e dependem menos ainda das boas razões adotadas para demonstrar a bondade absoluta desses direitos: somente a transformação industrial num país, por exemplo, torna possível a proteção dos direitos ligados às relações de trabalho. Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (BOBBIO, 2004, p. 15-16)

Dando continuidade ao pensamento acima esboçado, o autor analisa três perspectivas possíveis em relação a tais direitos:

(...) os que defendem que tais direitos são naturais, no que respeita ao homem enquanto homem, defendem também que o Estado possa e deva reconhecê-los, admitindo assim um limite preexistente à sua soberania. Para os que não seguem o jusnaturalismo, trata-se de direitos subjetivos concedidos pelo Estado ao indivíduo, com base na autônoma soberania do Estado, que desta forma não se autolimita. Uma via intermediária foi seguida por aqueles que aceitam o contratualismo, os quais fundam estes direitos sobre o contrato, expresso pela Constituição, entre as diversas forças políticas e sociais. Variam as teorias mas varia também a eficácia da defesa destes direitos, que atinge seu ponto máximo nos fundamentos jusnaturalísticos por torná-los indisponíveis. (BOBBIO, 1998, p. 354)

É nesse sentido que importam as discussões acerca das diferenças entre um caráter prescritivo e um caráter descritivo dos direitos, a fim de que se analise onde se possa enquadrar os direitos humanos.

Há que se falar, ainda, na dificuldade de efetivação desses direitos quando já positivados nos textos constitucionais, mas ainda pouco concretizados no mundo social.

No Brasil, destaca-se o acesso à saúde pública previsto na Carta Magna como direito social de todos e muito embora estejam positivados no ordenamento jurídico, a sua efetivação na prática está longe de ser implementada de forma eficaz, influenciada por diversos fatores, principalmente econômicos, políticos, operacionais, entre outros. Em virtude da não concretização dos direitos sociais, e quando o Estado não garante um direito fundamental, acaba por não permitir também a efetivação dos Direitos Humanos, acarretando um grande número de pessoas vivendo em condições precárias, sem vida digna e em condições de miserabilidade. (STURZA; SIPPERT, 2018, p. 53-54)

Trazendo à baila uma análise do pensamento de Hume, os professores Enoque Feitosa e Lorena Freitas (2017, p. 163) discutem a ilusão em se acreditar no direito enquanto pretensão prescritiva, haja vista que, segundo os autores, uma ciência jurídica descritiva não significa tratar os fatos sociais enquanto fatos brutos.

Daí tratar o direito no plano prescritivo sob a rubrica de o está descrevendo é incorrer na falácia naturalista que Hume critica. Por isso, pensar o status da forma jurídica descritivamente através de prédicas como ele deveria ser (isto é, de forma até pré-Kelseniana, na medida em que, para esse autor, o dever-ser tem sentido absolutamente diverso) não significa, para nem para os marxistas, nem para os positivistas e nem para quem tenha o mínimo de mentalidade científica, prestar-se reverência aos fatos sociais como fatos brutos. (FEITOSA; FREITAS, 2017, p. 163)

A fim de dar continuidade à presente análise, importa trazer as lições de Alf Ross (2004) quando se refere ao uso de certas expressões no mundo jurídico. Ao analisar a tribo Aisat-naf das ilhas Oasuli do Pacífico Sul, o autor reporta a descoberta de uma expressão com múltiplos significados.

O “Tû-tû” pode se referir a uma série de significações:

Essa tribo, de acordo com Meugnin, acredita que se um determinado tabu é violado – por exemplo, se um homem encontra-se com sua sogra, ou se mata um animal totêmico, ou se alguém ingere alimento preparado pelo chefe – surge o que é denominado “tû-tû”. Os membros da tribo dizem, ademais, que quem comete a infração se investe de “tû-tû”. É muito difícil explicar o que significa isso. Talvez o mais próximo de uma explicação seja dizer que “tû-tû” é concebido como uma espécie de força ou estigma perigoso que recai sobre o culpado e ameaça toda a comunidade com o desastre. (ROSS, 2004, p. 13-14)

Seguindo essa linha de raciocínio, o autor aponta que há expressões no direito que se identificariam com o uso da expressão “tû-tû”, ou seja, são tão amplas em significações que podem comportar uma série de situações ou de interpretações, mas conservam entre si significações parecidas, muitas vezes adquiridas de modo empírico.

Contudo, talvez tenha chegado o momento de deixar de lado toda dissimulação e admitir abertamente o que o leitor já deve ter descoberto, a saber, que essa alegoria refere-se a nós. Trata-se da discussão sobre o uso de expressões tais como “direito subjetivo” e “dever”, enfocadas de um novo ângulo. Porque nossas normas jurídicas estão, em grande medida, cunhadas numa terminologia de tipo “tû-tû”. (ROSS, 2004, p. 28-29)

A isso enquadra-se o ideário dos direitos humanos. Impregnados de significações, com fundamentações baseadas seja em noções jusnaturalistas, seja considerados como direitos positivos, os direitos humanos representam uma noção muitas vezes concebida de modo prescritivo sobre ideais a serem alcançados pela humanidade.

Mais do que prescrever um ideal, concordando-se com as lições de Bobbio (2004, p. 15-16), importa aos direitos humanos buscar a efetividade a qual, necessariamente, utiliza da positivação enquanto arma para a tutela de tais direitos.

5. CONCLUSÃO

Os direitos humanos são um grupo de direitos com fundamentação histórica diversa. Inicialmente pode-se conceber-los dentro de uma matriz jusnaturalista de fundamentação de certos direitos que seriam inerentes ao próprio homem e, em certa medida, não necessitando de positivação, haja vista serem direitos dados aos homens pelos deuses.

Exemplificativo dessa compreensão está o mito de Antígona, em que ao persistir em enterrar o irmão, que havia recebido uma pena de impedimento de realização dos rituais fúnebres, afirma que a norma posta pelo rei, Creonte, não estaria em patamar de superioridade em relação ao direito dado pelos deuses de que seu irmão poderia ser enterrado.

Ato contínuo, com o desenvolvimento da filosofia, essa fundamentação pautada na mitologia dá lugar, gradativamente, a uma fundamentação baseada na racionalidade humana. Existiriam, portanto, direitos inerentes ao ser humano, fundamentados em sua razão e que teriam sua justificativa de existência independentemente de uma positivação.

Tal qual se analisou ao longo do trabalho, de modo paradoxal, tais direitos, visando dar-lhes maior efetividade, passam a ser positivados especialmente a partir do século XVIII, sendo as declarações De Independência dos Estados Unidos de 1776 e De Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 expressões desse momento em que se passam a positivar tais direitos que surgem enquanto afirmações que independeriam de estarem escritas em algum lugar.

Nesse sentido, observou-se como a positivação acaba por refletir um paradoxo intrínseco a esses direitos, posto que se se compreendem apenas enquanto um ideário, assumem posição de “tû-tû”. Refletiriam um conjunto de proposições quase metafísicas de uma sociedade ideal com base meramente em raciocínios morais ou reflexões éticas.

Mais que ser prescritivo, os direitos humanos descrevem a historicidade de uma série de enunciações construídas historicamente e que recebem positivação em declarações, tratados internacionais, convenções ou mesmo nos textos constitucionais dos Estados nacionais.

Trata-se, portanto, de uma revisitação da própria ontologia dos direitos humanos, haja visto que estes, longe de serem analisados enquanto ideários inalcançáveis, míticos ou metas a longo prazo para o transcurso da humanidade, representam um conjunto de direitos que buscam efetivação, que possuem caráter histórico e cuja positivação auxilia no seu maior conhecimento pelos seus beneficiários, bem como na disputa nas arenas jurídica e política para sua implementação.

Nesse sentido, observa-se que a essência que se dá aos direitos humanos enquanto direitos quase que metafísicos, valores esvaziados de sentido prático e com ampla significação dificultam a efetivação desses direitos.

6. REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. 6 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **O sistema totalitário**. Tradução de Roberto Raposo. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2004.

_____. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

CHAUÍ, Marilena S. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. Fundamento dos Direitos Humanos. **Revista Contracampo Brazilian Journal of Communication**. 1997.

FREITAS, Lorena de Melo; FEITOSA, Enoque. Da intransponibilidade entre descrição e prescrição: um ensaio sobre pragmatismo e direito. **Problemata: R. Intern. Fil.**, v. 8, n. 3, 2017, p. 160-171.

FEITOSA, Enoque. Forma jurídica e concretização: para uma ontologia do jurídico. **Revista Jurídica**, v. 02, n. 47, Curitiba, 2017. p. 297-334

FRANÇA, Lucyleia Gonçalves. Transcendências e vulnerabilidades ao direito internacional desde a invasão da Rússia à Ucrânia. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais – FIURJ**, v. 3, n. 1, 2022, p. 167-172.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos – uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LESSA, Sérgio. Lukács e a ontologia: uma introdução. **Revista Outubro**, 1993, p. 83-100.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. **Themis**, Fortaleza, v.3, n.1, 2000, p. 153-161.

LUKÁCS, Georg. **Para uma ontologia do ser social**. 14 ed. Maceio: Coletivo Veredas, 2018.

MEZACASA, Douglas Santos; AMORIM, Dandara C. A. de; BAMBIRRA, Felipe Magalhães. **Revista Dulc in Altum – Cadernos de Direito**, v. 12, n. 27, mai-ago 2020, p. 249-267.

MORAIS, E.A.M. **Ontologias, conceitos, usos, tipos, metodologias, ferramentas e linguagens**. Instituto de Informática, Universidade Federal de Goiás, 2007.

PEIXOTO, Érica de Souza Pessanha. Universalismo e Relativismo Cultural. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano 8, n. 10, jun. 2007, p. 255-280.

PULIDO, Carlos Bernal. **Estudo introdutório – O conceito e a natureza do direito segundo Robert Alexy**. In: ALEXY, Robert. O conceito e a natureza do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROMÃO, Bruno Peigo; SILVA, Mauro Osorio. Lukács, Kelsen e o direito: o fenômeno jurídico entre o epistemologismo e a ontologia. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 9, n. 3, out. 2021, p. 17-38.

ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SARTORI, Vitor Bertoletti. **Lukács e a crítica ontológica ao direito**. São Paulo: Cortez Editora, 2014.

SCHIESSI, Marcelo. Ontologia: o termo e a ideia. **Encontros Biblio: revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação**, Florianópolis, n. 24, 2007, p. 172-181.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSTELATO, Telma Aparecida. O direito da personalidade à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Revista Dulc in Altum – Cadernos de Direito**, v. 11, n. 25, set-dez 2019, p. 5-26.

SOFÓCLES. **Antígona**. Clássicos Jackson. 2005.

STACCHINI, Angelo Patrício. **Giorgio del Vecchio e o Direito Natural**. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. Jusnaturalismo clássico e jusnaturalismo racionalista: aspectos destacados para acadêmicos do curso de direito. **Publ. UEPG Ci. Hum., Ci. Soc. Apl., Ling., Letras e Artes**, Ponta Grossa, ano 15, n. 1, jun. 2007, p. 43-52.

STURZA, Janaína Machado; SIPPERT, Evandro Luis. O acesso ao direito humano à saúde na era da globalização: a ineficácia do estado na prestação de direitos e a (des)necessária judicialização. **Revista Dulc in Altum – Cadernos de Direito**, v. 10, n. 22, set-dez 2018, p. 51-78.

TERTULIAN, Nicolas. Uma apresentação à Ontologia do ser social, de Lukács. **Crítica Marxista**, São Paulo, Brasiliense, v.1, n.3, 1996, p.54-69.

VIEIRA, Heyder Antônio Palheta. Conflito Rússia e Ucrânia: um estudo sob a ótica dos direitos humanos. **Recima21 - Revista Científica Multidisciplinar**, v. 3, n. 10, 2022, p. 1-16.