

A HISTORIOGRAFIA E O PAPEL CRÍTICO DAS HUMANIDADES PARA A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

HISTORIOGRAPHY AND THE CRITICAL ROLE OF HUMANITIES TO THE CONSOLIDATION OF HUMAN RIGHTS

Rafael Parisi Abdouch¹

DATA DE RECEBIMENTO: 15/10/2018

DATA DE APROVAÇÃO: 08/01/2019

RESUMO: Este artigo visa a trazer algumas breves reflexões sobre a necessidade de uma justificação de natureza teórico-filosófica para os direitos humanos e o papel que as humanidades e, especialmente, uma história crítica tem a desempenhar nesse processo. Por outro lado, alerta para os perigos de abordagens históricas irrefletidas sobre o assunto.

ABSTRACT: This essay aims at bringing about some brief reflections on the need for a theoretical and philosophical justification for the human rights and the role that Humanities and, especially, a critical in this process. On the other hand, it alerts to the dangers of unreflected historical approaches to the issue.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; historiografia; método; filosofia; humanidades.

KEYWORDS: Human rights; historiography; method; philosophy; Humanities.

INTRODUÇÃO

Tenho dedicado os últimos meses dos meus estudos à historiografia. Como jurista, sempre me incomodou a falta de método que muitos autores de tratados e manuais jurídicos no Brasil têm com a história, embora quase nunca deixem de fazer introduções históricas aos temas, institutos e conceitos. Não raras vezes deparei, ao ler alguma das consagradas obras dogmáticas, uma introdução a um determinado tema que, a pretexto de fazer um "voo histórico", pinçava - sabe-se lá com que critério - alguns ordenamentos jurídicos antigos desconexos entre si (em geral, o direito romano antigo, o direito babilônico e o *ius commune* medieval). A premissa, creio eu, é a de uma história linear e evolutiva - seríamos o resultado mais

¹ Mestre em Direito pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: rafael.abdouch@usp.br.

"adequado" de uma grande evolução de pensamentos, já que, de outra forma, não vejo por que motivo estariam lá delineadas tais "cronologias"².

Como penso, por outro lado, que o tema dos direitos humanos tem sido pouco desenvolvido do ponto de vista de sua justificação moral e erroneamente delineado do ponto de vista de sua justificação histórica no Brasil, procuro, neste artigo, trazer algumas reflexões, à luz desses meus estudos historiográficos, sobre a ânsia pelo encontro de uma origem histórica dos direitos humanos e tecer alguns comentários sobre o papel primordial que têm - ou deveria ter - o pensamento crítico das humanidades – em especial o histórico e o filosófico- para a elaboração dos direitos humanos.

Não raro vemos conceitos de direitos humanos, seja nos livros dogmáticos, seja - mais gravemente, a meu ver - nos pareceres, sentenças e acórdãos sendo preenchidos ao bel-prazer dos seus autores³. Às vezes, tenho a impressão de que se concebe que termos como "dignidade humana" e "direito fundamental" possam ser preenchidos com quase qualquer conteúdo. Não se tem debruçado suficientemente sobre esses conceitos e, embora eu não pretenda resolver esse problema neste artigo, tenho a intenção de tecer algumas considerações a fim de apontá-lo e deixar alguma reflexão sobre a necessidade de uma construção histórico-filosófica fundamentada⁴ – crítica e refletida - sobre esses temas, em especial no Brasil, bem como advertir para o perigo de construções supostamente históricas dos termos que, na verdade, nada ajudam na sua compreensão. Esta será a humilde proposta destas minhas considerações.

Para isso, pretendo dividir este ensaio da seguinte forma: em primeiro lugar, quero demonstrar o papel que a história pode desempenhar na justificação e

² Esse pensamento de uma história evolutiva teve especial importância no final do século XIX, em que a biologia (ou história natural) e a sociologia adquiriram grande prestígio, tornando-se mesmo paradigmas de ciência. No campo do direito, essa concepção do direito como fenômeno orgânico, evolutivo, subordinado à sociologia de molde empirista, teve grande repercussão entre juristas brasileiros, como Silvio Romero (Lopes, 2014).

³ Até porque é a perspectiva da chamada dogmática jurídica (ou doutrina, ou ainda, "ciência do direito") que "aplicada sobre distintos objetos normativos, como as normas constitucionais, civis, penais, administrativas, trabalhistas, internacionais, as decisões judiciais [...] é a principal fonte de socialização dos futuros juristas na linguagem do direito e a principal fonte bibliográfica de consulta de diferentes operadores práticos do direito – advogados, juízes, legisladores, administradores – para sustentar ou justificar as suas decisões" (Courtis, 2006, p. 105, tradução livre minha do original espanhol).

⁴ Por isso, penso que o direito não tem como ser uma disciplina isolada, a trabalhar sozinha, a esgotar-se em si mesma. Há expressões trazidas pelas normas jurídicas que não encontram sua definição no corpo positivo do direito, de forma que quando há um problema que faça necessária interpretação dessa norma. Nesses casos, será preciso recorrer a outros campos. Entre estes, e especialmente para os direitos humanos, realça-se a importância da filosofia moral. Esclareço que por interpretação entendo o processo segundo o qual a aplicação da regra não se dá de forma clara, distinguindo-se da compreensão (Cuter, 2009; Lopes, 2016).

consolidação teórica dos direitos humanos e os perigos de utilizá-la como argumento legitimador acrítico; em segundo lugar, tratarei da natureza institucional dos direitos e da necessidade de utilizar-se um método teórico-filosófico para a construção dos seus conceitos; em terceiro lugar, mostrarei, através do problema da relativização dos direitos humanos, a importância que tem o método teórico-filosófico e, nele, uma história crítica - para a justificação e a própria efetivação dos direitos humanos; seguirão as minhas considerações finais.

1 AS CONSTRUÇÕES HISTÓRICAS DOS DIREITOS HUMANOS E O PAPEL QUE A HISTÓRIA PODE DESEMPENHAR

O primeiro tema que pretendo abordar é o da imprecisão das construções históricas sobre os direitos humanos⁵. Tenho notado dois problemas: o primeiro é que após a Segunda Guerra Mundial, com a chamada "internacionalização dos direitos humanos", houve - e tem persistido em haver - uma tentativa, por diferentes instituições, de reivindicar a "invenção" dos direitos humanos ou por tentar apontar, no passado, uma construção que teria dado base ao desenvolvimento dos direitos humanos (Bielefeldt, 2005); o segundo problema é conexo: trata-se dos manuais e tratados de direitos humanos, que traçam, não raras vezes, uma narrativa supostamente histórica - e evolucionista - em que não encontro método. Deixo claro que não tenho nada contra os capítulos de introdução histórica aos direitos humanos - ou mesmo de qualquer instituto jurídico. Defendo, porém, que é preciso fazê-lo com rigor, com clareza e que, talvez, da forma como se tem feito esses capítulos, sejam desnecessários para a dogmática (Oliveira, 2003).

Penso que o objetivo da dogmática e o da história já não se sustentam mutuamente a partir da perspectiva de uma história crítica que defendo (Cf. Bretone, 1996; Hespanha, 2012; Lopes, 2004). A dogmática visa a estabelecer dogmas, verdades⁶, tendo, com isso, um caráter sempre prático (Atienza, 1993); a história, por seu turno, tem a tarefa de, ao visitar o passado, colocar em dúvida esses dogmas, num constante processo de reinterpretação aperfeiçoamento (Hespanha,

⁵ Neste artigo, tratarei as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimas.

⁶ A palavra grega δόγμα (*dóγμα*) quer, por isso, dizer, “aquilo que parece a alguém, opinião ou crença, [...] especialmente quanto a doutrinas filosóficas; [...] decisão, julgamento”.

(<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0057%3Aentry%3D%2327819&redirect=true>)

2012). A história serve, assim, como saber complementar à dogmática, ainda que com ela não se confunda, porque, ao pôr em dúvida permanentemente os dogmas jurídicos, aperfeiçoa-os.

O direito tem se acostumado com o saber dogmático e isto pelo seu próprio caráter institucional (Courtis, 2006). Não se encontram contratos, família ou dignidade como fatos brutos, moleculares. A dogmática, nesse cenário institucional de que se compõe o direito, visa a criar as certezas necessárias para o próprio desenvolvimento do campo⁷; a história, por seu turno, visa, antes a "problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo" (Hespanha 2012, p. 13). A história, portanto, no caso dos direitos humanos, tem a função de fazer desenvolver um papel crítico às práticas, aos institutos e às certezas passadas quase que por uma legitimação tradicional – inspiro-me na terminologia de Weber (1981) - de geração a geração.

A dogmática, ao fazer uma incursão histórica, não deve esquecer-se das contingências, isto é, de que o direito e, assim também, os direitos têm sempre um caráter contingente à sociedade de que se está a tratar e a seu tempo⁸. É preciso que se tenha consciência de que as divisões da história em tempos (*aetates*) é artificial nesses termos, e um exemplo dessa artificialidade é que ainda hoje, em que estaríamos vivendo na Idade Contemporânea, há sociedades que passam por características que estudamos como típicas de uma era longínqua de acordo com as grandes generalizações históricas: ao lado de civilizações que desenvolvem *microchips* para computadores, há outras que não dispõem de escrita.

O dogmático que trata de tema tão delicado quanto o dos direitos humanos, necessita de um cuidado ainda maior para que a história não sirva de modelo autoritário e legitimador, bem ao contrário do objetivo crítico que defendo que ela deva exercer. A visitação que ele faz à história pode dar a entender que os direitos humanos sejam uma mera continuação dos desenvolvimentos de conceitos com denominações semelhantes no passado ou que somos a expressão máxima do mais ou menos longo desenvolvimento de determinados conceitos (Hespanha 2012, p.

⁷ Trago a noção de campo tal como elaborada por Bourdieu (1986).

⁸ Isto não quer dizer que haja um relativismo moral e jurídico total. Ao contrário, penso que há objetividade no direito, como em qualquer outro “jogo de linguagem” (Cf. Wittgenstein, 2014). O caráter contingente de direitos, da forma de concebê-los e exercê-los, porém, não mina a objetividade do direito, transformando-o em mero “achismo”, fenômeno psicológico ou fenômeno constatável a partir de métodos empíricos.

19). Isto é problemático porque não há, de fato, uma "tradição jurídica ininterrupta" (Bretone, 1996; Lopes, 2004).

Acredito que alguns esclarecimentos trazidos da historiografia podem auxiliar o dogmático do direito a fazer uma incursão histórica refletida e crítica e, desse modo a usar a história para que exerça o papel crítico que defendo que ela tenha. Farei, para isso dois apontamentos: inicialmente, indicarei quais acontecimentos do mundo importam para a história, diferenciando-a das ciências empíricas; a seguir, farei algumas observações sobre como fazer uma história dos conceitos rigorosa, chamando a atenção para o perigo de se supor que vocábulos ou expressões idênticos ou muito semelhantes utilizados ao longo do tempo preservem o seu significado intacto.

Em primeiro lugar, importa saber que nem todos os acontecimentos do mundo importam para a história. Para a história, importa especialmente a ação humana consciente, de modo que, de alguma forma, toda história é história de pensamento (Collingwood, 2004). Diferentemente das ciências naturais, ela não busca a explicação causal dos acontecimentos - meras ocorrências - trata-se aqui de se fazer um esforço de reviver de alguma forma o pensamento dos homens do passado no presente, um trabalho de pensamento ativo, crítico. Faz-se história daquilo que se pode representar no espírito do historiador e aí está uma grande diferença da história e das ciências empíricas: "um processo natural é um processo de eventos, um processo histórico é um processo de pensamentos" (Collingwood, 2004, p. 308): ao historiador, cabe, "re-presentar", isto é, fazer presente, na medida do possível e atento ao contexto e ao tempo que estuda, os pensamentos dos "atores históricos" (Collingwood, 2004). Assim, não é toda ação humana que pode ter uma história: os meros acontecimentos biológicos ou os movimentos inconscientes não são capazes de fazer nascer propriamente uma história neste sentido: uma catalogação dos espirros, espasmos e calafrios que se têm percebido ao longo do tempo não fazem, assim, história.

Em segundo lugar, deve-se ter em conta que nem todas as palavras e expressões linguísticas podem ser estudadas historicamente. Para que uma palavra expressão linguística seja passível de estudo histórico, elas devem ter-se tornado um *conceito*. Em princípio, portanto, as interjeições e conjunções não podem compor uma história com sentido, porque não são aptas a compor conceitos (Koselleck, 1992; Koselleck, 2002). Todo conceito, por sua vez, relaciona-se sempre ao seu

ambiente, ao seu contexto - seja ele histórico, seja de discurso. É precisamente esse contexto que o torna compreensível. Daí a importância de o historiador "representar" os atos e pensamentos (Collingwood, 2004), não perdendo de vista o contexto em que ele se deu, para que, então, forme uma narrativa crítica e significativa⁹: cada época tem as suas próprias perguntas (Hespanha, 2012). Não se deve, porém, ser ingênuo a ponto de se esquecer que esta representação é uma tarefa criativa do próprio intérprete-historiador, que não vai aos textos e documentos em geral como *tabula rasa*, mas a partir de sua própria experiência em um constante processo hermenêutico e criador (Gadamer, 1999; Heidegger, 2002)¹⁰.

Por baixo de termos parecidos ou idênticos na superfície, existem compreensões diversas e, por vezes, incompatíveis ao longo da história (Koselleck, 2002; Koselleck 1992). É precisamente isto que permitiu, na historiografia, o desenvolvimento da chamada "história dos conceitos". Tempos diferentes dão diferentes significados aos conceitos denominados pelos mesmos nomes. Assim, Koselleck (1999), um dos principais expoentes dessa historiografia, analisa, por exemplo, em sua obra as diferentes significações que foram adquirindo os conceitos "crítica" e "crise" na sociedade europeia. No nosso campo, mais recentemente, Lopes (2004) explorou a transformação do conceito de direito, no contexto europeu, ao longo do período da história compreendido entre os séculos XVI e XIX. Em suma, é preciso ter clareza para que se possa tentar recolher "evidências" dos direitos no passado e compreender o papel crítico que a história tem para exercer sobre esses direitos, sempre ajudando a pôr em xeque as certezas, por meio de um constante diálogo e aperfeiçoando-os dessa forma. Ir ao passado é essencial para que se possam compreender os direitos e institutos jurídicos, mas é preciso ir ao passado com método, evitando anacronismos, tendo o cuidado de não transformar a história de instrumento de crítica em instrumento de legitimação irrefletida. Penso que essas observações sejam importantes, inclusive para criar a necessária construção teórica sobre os direitos humanos, de que tratarei em seguida.

⁹ Pockock (2003), ao escrever sobre o trabalho do historiador, principalmente no contexto do pensamento político, lembra-nos de que a história acontece principalmente no discurso e que é preciso reconstruir o discurso passado a partir de uma análise sempre contextual.

¹⁰ Ricoeur (1981) trata do problema da interpretação dos textos históricos e faz uma oposição entre discurso e códigos de linguagem, além de demonstrar a especificidade dos textos escritos. Essa sua interpretação é muito elucidativa para uma teoria da história. Para um cotejo entre o método de Quentin Skinner – e dos collingwoodianos, com as observações de Ricoeur, com foco especial sobre o papel da intencionalidade do autor, ver Feres Júnior, 2005.

2 A NATUREZA INSTITUCIONAL DOS DIREITOS E A NECESSIDADE DE UMA CONSTRUÇÃO TEÓRICA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Direitos humanos não são constituídos por átomos, não são eventos da natureza¹¹⁻¹². Esta afirmação parece banal, mas é muito relevante. Em primeiro lugar, é relevante porque não sendo "entes moleculares" não são explicáveis em termos de mera causalidade ou por meio dos métodos das ciências naturais; em segundo lugar, porque não sendo verificáveis como fatos brutos, requerem uma elaboração racional, uma justificação, uma teoria que os sustente; e, em terceiro, e como decorrência, porque a construção dessa teoria exigirá, como é típico das justificações de natureza filosófico-conceitual, uma revisitação a autores que não pertencem ao nosso tempo e, portanto, terá de ser feita com método. Daí a especial importância das observações que teci na seção anterior.

Os direitos humanos, não sendo percebidos de forma imediata no mundo material, existem na linguagem, têm uma existência primordialmente *virtual*. Há, porém, um aspecto *empírico* de sua existência, que é dependente de os componentes de uma comunidade continuarem a agir como se existissem (Lopes, 2004)¹³. Os idiomas, por exemplo, também têm essa natureza. Assim como só é possível comunicar-me em língua portuguesa porque pessoas da minha comunidade compartilham comigo significados e referentes externalizados através de uma projeção de sons que similarmente reconhecemos e somos capazes de produzir, os direitos humanos também, para que sejam eficazes, dependem de uma noção compartilhada de seu significado: seu referente é, também, principalmente, virtual.

A afirmação dos direitos humanos, por sua natureza virtual, depende da comunicação e inexistente sem tê-la como pressuposto. Tendo essa natureza, típica dos entes estudados pela filosofia, a sua teorização (e justificação) é indispensável para a sua própria eficácia - é preciso que eu e o outro reconheçamos a existência e compartilhemos do significado de um determinado direito para que ele possa ser

¹¹ Sobre esse tema, é iluminadora a distinção entre fatos brutos e institucionais e, no que tange às regras, entre regras regulativas e constitutivas desenvolvida por Searle (2000).

¹² Ocorre que é na linguagem dos direitos que se traduzem, em geral, as atribuições políticas e econômicas básicas das pessoas (Nussbaum, 1997).

¹³ Anscombe (1958) dá um exemplo interessante sobre este aspecto. De acordo com uma visão humeana, não se poderia derivar de "meu verdureiro me entregou um saco de batatas" (um ser, um fato bruto) que lhe devo tanto dinheiro (um dever-ser). No entanto, fazemos isto. Há uma prática compartilhada que nos autoriza a fazer essa derivação.

exercido –, trata-se de pressuposto para que se estabilizem os próprios parâmetros de sua compreensão. Na sociedade brasileira, esta justificação parece ainda mais necessária diante de uma ampla força de práticas e discursos que os enfraquecem. Para a defesa dos direitos fundamentais, além do aparato institucional que garanta às pessoas recorrer diante de eventual violação, há um aspecto filosófico de sua defesa (Lopes, 2000)¹⁴.

O método a ser utilizado para a construção teórica dos direitos humanos é, a meu ver, tipicamente, o método filosófico. É preciso que se deem justificações - ou explicações - sobre a origem desses direitos – origem lógico-racional e não meramente histórica -, por que se aplicam a todos indiscriminadamente e qual seu conteúdo possível. Essa busca não é, portanto, vã. É, ao contrário, necessária e tem efeitos práticos. É do confronto entre concepções diversas das definições e da elaboração dos conceitos em contraposição a outros que se vão definindo, na filosofia, os melhores conceitos, as melhores formulações (Gadamer, 1999)¹⁵. Uma visitação ao passado torna-se, portanto, essencial.

Diferentemente das ciências naturais, a formulação que se faz por meio de debates tipicamente filosóficos não apanha como paradigma a última formulação feita, porque não é somente empírica. Assim, se para estudar o movimento dos planetas ao redor do sol não preciso recorrer aos teóricos que pensaram de forma diferente (que o sol girava em torno da terra, por exemplo), para se estudar a dignidade humana não basta que eu entre na discussão a partir dos últimos que sobre ela escreveram. As verdades na ciência se sobrepõem - é como se o comprovado hoje em oposição ao que se pensou no passado, tivesse-o revogado. Na filosofia, a preponderante natureza virtual do seu objeto de estudo não me permite abandonar o que sobre ele se estudou ao longo do tempo¹⁶. É precisamente por isso que, na análise dos filósofos que pertenceram a tempos diferentes dos

¹⁴ Quanto à necessidade de justificação dos direitos fundamentais, especialmente no Brasil, Lopes (2000, pp. 77-78) observa que “[e]m nossas circunstâncias, continua sendo prioritário justificar os direitos humanos para além de torná-los efetivos. É que a força da opinião contrária tanto facilita a impunidade quanto legitima o atual *status quo* de não realização dos direitos da pessoa humana. A defesa dos direitos fundamentais da pessoa faz-se em duas esferas igualmente importantes. Uma, institucional, na qual se esclarecem os recursos que podem e devem ser colocados à disposição de qualquer um para sua defesa, e outra filosófica, justificadora destes direitos. Para alguns, a justificação já estaria completada pelas declarações de direitos mais recentes (a da ONU e as das constituições nacionais). Creio, no entanto, que esta justificação no Brasil ainda não se fez adequadamente, por motivos culturais e pelas nossas circunstâncias históricas”.

¹⁵ Neste sentido, Lopes (2000, p. 78) também entende que “[a] justificação dos direitos humanos é [...] tarefa permanente, como permanente é a sua reinterpretação”.

¹⁶ Este tema é bem desenvolvido, sob diferentes perspectivas, por Berti, 2002; Lopes, 2009; Lopes, 2004, Searle, 2000; e Winch, 2008.

nossos, deve-se ter em conta os cuidados na apreensão dos seus pensamentos, de forma que os apontamentos historiográficos que fiz acima são especialmente úteis nessa tarefa.

O papel que a historiografia deve desempenhar nessa busca e justificação é, precisamente, o de tornar-nos capazes de apreender e de criticar esse tipo de objeto, num perpétuo processo de lapidação dos direitos. A falta do fornecimento dessas ferramentas metodológicas para o entendimento destes objetos, porém, parece nos ter levado a uma grande confusão em relação à compreensão, ao desenvolvimento e à boa crítica – e à própria justificação – dos direitos humanos e impossibilitado, a meu ver, no Brasil, um debate racional sobre os direitos e, como última consequência, a sua própria efetivação. Sobre este último ponto, passo a fazer uma pequena reflexão.

3 O PROBLEMA DA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DA JUSTIFICAÇÃO TEÓRICO-FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS

Fatos constituídos pela linguagem e não meramente brutos têm de ser teorizados, demonstrados e interpretados de forma permanente. Isto não quer dizer nem que suas construções teóricas sejam arbitrárias, nem que dependam exclusivamente de um reconhecimento emanado por uma autoridade¹⁷.

Embora as ciências naturais, em um primeiro momento, e as chamadas sociais, em um segundo momento, tenham adquirido grande prestígio¹⁸, é preciso reconhecer que, em que pese o método filosófico seja uma outra forma de exercer o intelecto, ele não deixa de ser um método rigoroso – não sendo, assim, desprovido de razão e tampouco desnecessário¹⁹. Tentei demonstrar, a propósito, que uma boa teoria importa para uma boa prática (Nussbaum, 2007) e que a efetividade dos

¹⁷ Não pretendo, neste artigo, traçar essa discussão sobre o caráter positivo, natural ou racional dos direitos humanos. Isso daria um outro artigo. Apenas faço a menção sobre a minha posição para que se esclareçam os pontos a ser tratados.

¹⁸ Quando trato de ciências sociais, tenho como foco especialmente as que se utilizam de métodos empíricos. Há autores que fazem explicações da sociedade sem se utilizar propriamente desses métodos, tais como Bauman e Habermas. Estes não se enquadram na definição de “ciências sociais” que proponho aqui. Quanto ao prestígio adquirido pelas ciências sociais, ver Lopes, 2014.

¹⁹ Sobre as diferentes formas de exercício da razão e seus métodos, cf. Berti, 2002.

direitos e sua aplicação coerente dependem de uma teorização que, tendo natureza filosófica e obedecendo os seus métodos, não é, por isso, irracional ou arbitrária²⁰. Pelo contrário, para que seja consistente, depende de demonstrar o bom exercício da razão e, assim, a coerência argumentativa. Isso leva a duas consequências: em primeiro lugar, a de que as humanidades - e abarco entre elas, apontando com especial relevo, a história (e a historiografia como seu método), a filosofia e as artes - têm um papel essencial na formação e efetivação de conceitos sobre direitos humanos; e, em segundo, que, não tendo a constituição teórica dos direitos humanos natureza empírica - e, nesse sentido, afastando-se de uma certa sociologia e antropologia -, estes não têm, necessariamente, uma premissa de que o pluralismo cultural erodiria a própria concepção de direitos humanos.

O pluralismo cultural, aliás, não me parece explicação suficiente para pôr em xeque a própria possibilidade dos direitos humanos. Se diferentes sociedades contam com diferentes práticas "legitimadas" por suas tradições, isso não nos pode transportar à conclusão de que não haja direitos universais - ou à racionalidade de que haja direitos que todos os homens, utilizando-se da razão natural, pudessem chegar. Isto porque o método de justificação dos direitos humanos é, primordialmente, pelo exercício da razão filosófica e do método dialético. Não podemos descartar a possibilidade de haver, em um debate sobre os direitos humanos, um argumento, que, posto à prova, continue "de pé", ou, em outras palavras, constitua uma "melhor resposta"²¹. A regra desse exercício é que os debatedores (hipotéticos ou não) se coloquem no lugar do "outro-qualquer um" ao tentar estabelecer os direitos que entendam razoáveis que tenha pelo simples fato de compartilhar a característica comum de ser humanos. Não quero dizer com isto que possamos saber de imediato qual seria tal resposta, nem que não possa haver divergências genuínas, mas quero chamar a atenção para que o método empírico das ciências sociais e da antropologia não servem neste campo, isto é, quero ressaltar a importância de reconhecer que há diferentes métodos a ser aplicados em relação aos diferentes saberes (Berti, 2002).

Nesse exercício dialético, a história tem um papel crítico a desempenhar, mas, frequentemente exerce um papel legitimador ou autoritário. É aqui que a

²⁰ Neste sentido, Lopes, 2016.

²¹ Ainda que este "aparato" dialético não tenha sido expresso de forma tão evidente por Ronald Dworkin para que se encontre a resposta certa, foi a partir de suas obras que desenvolvi esta ideia. A tese da resposta certa encontra-se em muitas obras do autor, das quais destaco Dworkin, 1985.

historiografia nos auxilia. Se a construção dos direitos humanos tem natureza teórico-filosófica, não se podem aceitar argumentos históricos de forma apressada. Dou alguns poucos exemplos. Há os que dirão que se tem exercido o direito D da forma F há muitos anos e, portanto, isto deve ser a coisa correta a se fazer. Há, ainda, os que dirão que não podemos retornar ou nos inspirar em alguma prática ou concepção do passado, porque estamos em uma fase mais evoluída do pensamento ou da história. Outros tentarão argumentar através de um conceito que conserva o vocábulo (digamos, “família”), mas já não o significado que tinha no passado. A história, em seu papel crítico e antidogmático, e a historiografia, que nos demonstra o caráter contingente de certas práticas e conceitos, auxilia-nos a não cometer erros comuns nesses cenários.

Por fim, acredito ser necessário descartar uma possível objeção. O método sugerido acima pode parecer ao leitor uma simplificação grosseira, já que, através dele, não se poderiam, por exemplo, chegar a direitos que hoje se reconhecem como direitos humanos essenciais, que não fossem os “mais básicos”, especialmente os de primeira geração. De fato, trata-se de uma simplificação, mas essa objeção não procede totalmente. Isto porque o que pretendo demonstrar aqui é que a sustentação de qualquer direito humano, independentemente de sua procedência, depende de uma justificação que encontra como método típico, ao meu ver, o método dialético da filosofia. Assim, mesmo um direito prestacional, para que seja entendido como direito humano (ou fundamental), deve ser justificável como tal e este exercício de refutações é perfeitamente aplicável para que (i) se perceba criticamente se se pode concebê-lo, de fato, como direito fundamental, (ii) qual a melhor justificativa que sustente seu caráter de direito fundamental e (iii) qual a extensão de tal direito, especialmente em face de outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste breve artigo procurei desenvolver duas ideias principais e conexas. Defendi que os direitos e, entre eles os direitos humanos, não tendo uma natureza real bruta, devem ser justificados e que esta justificação é de natureza teórico-filosófica, construída principalmente através de um processo dialético. Argumentei, ainda, que a história, crítica e metódica, tem um papel fundamental nesse processo,

colocando em dúvida os dogmas e abrindo espaço para uma reflexão criteriosa sobre o tema. Chamei a atenção para o papel inverso – e perverso – que a história pode exercer neste cenário e, por isso, alertei para a necessidade do estudo de uma historiografia crítica que expus, em linhas gerais, na primeira parte do artigo.

Acredito que diante do prestígio das ciências de base empírica – e o desprestígio das ciências humanas e seus métodos -, o debate sobre os direitos têm ficado empobrecidos, seja no ambiente acadêmico, seja nos tribunais. Tem-se tornado um mantra dizer que não há discussão possível nas humanidades, porque tudo se trata de desenvolvimento de opiniões relativas a cada pessoa. Por outro lado, vê-se, com frequência, nos direitos humanos e no direito em geral, o desenvolvimento de uma história que, sendo acrítica e desprovida de método, aparece como uma certa “perfumaria tradicional” dos manuais, que acaba, muitas vezes, por servir como legitimação cega de institutos jurídicos. Espero ter iluminado um pouco o problema na esperança que as frequentes incursões que se fazem à história passem a ser mais refletidas, metódicas, para que ela não cumpra esse papel que, parece-me, tem cumprido. O ambiente dialético proporcionado por uma história crítica é fundamental para que se possam trazer para debate conceitos e institutos que nos são passados irrefletidamente de geração a geração - como dogmas – e, entre eles, em particular, os direitos fundamentais.

Faço uma última provocação, de caráter mais geral. Acredito que há um papel fundamental que as humanidades têm a desempenhar nesse debate e que, temo, como disse, o prestígio das ciências sociais e técnicas estejam colocando em risco (Kronman, 2007; Nussbaum, 2010). O ensino das artes e humanidades nos fazem acostumar com o pensamento crítico necessário para a ação independente e para a resistência inteligente ao poder da tradição e autoridades cegas (Nussbaum, 2010; O'Brien, 2010). Este é, penso, o papel, que entre outras disciplinas, a história deve exercer, como elaborei mais detalhadamente nos itens anteriores. A arte e a literatura, por seu lado, ensinam a colocar-nos no lugar do outro, ajudam-nos a pensar sobre a possibilidade de estarmos no lugar do outro e, assim, a desenvolver um pensamento crítico sobre a sociedade e os direitos, especialmente os direitos humanos²². Esse desenvolvimento do pensamento crítico é que nos habilita a pensar democraticamente, como verdadeiros seres políticos.

²² Interessante notar que é justamente através de uma alegoria – que nos convida a colocarmo-nos no lugar do “outro”, de “qualquer um” que John Rawls (1971) nos põe a pensar sobre a constituição de uma sociedade justa.

BIBLIOGRAFIA

- ANSCOMBE, G. E. M. **On brute facts**. *Analysis*, v. 18, n. 3, jan. 1958.
- ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 1993.
- BERTI, Enrico. **As razões de Aristóteles**. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2002.
- BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Tradução: Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. La force du droit: éléments pour une sociologie du champ juridique. In: **Actes de la recherche en sciences sociales**, septembre, 1986.
- BRETONE, Mario. **Diritto e tempo nella tradizione europea**. Bari-Roma: Laterza, 1996.
- COLLINGWOOD, Robin George. A história como re-presentação da experiência passada. In: Gardiner, Patrick (org.). **Teorias da história**. Tradução: Vítor Matos e Sá. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- COURTIS, Christian. El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de La investigación dogmática. In: _____. **Observar La ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica**. Madrid: Trotta.
- CUTER, João Vergílio. Interpretação e objetividade. **Cadernos Direito GV**, seminário 29, v. 6, n. 3, maio de 2009.
- DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1985.
- FERES JÚNIOR, João. De Cambridge para o mundo, historicamente: revendo a contribuição de Quentin Skinner. In: **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução: Marcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2012.
- KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Tradução: Luciana Villas-Boas Castello-Branco. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1999.
- _____. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. In: **Estudos Históricos**, 1992.
- _____. **The practice of conceptual history**. Stanford, CA: Stanford University Press, 2002.
- KRONMAN, Anthony T. **Education's end: why our colleges and universities have given up on the meaning of life**. New Haven CT: Yale University Press, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Direito GV/34, 2004.

_____. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. *In*: Storck, Alfredo Carlos e Lisboa, Wladimir Barreto (org.). **Norma, moralidade e interpretação**: temas de filosofia política e do direito. Porto Alegre: Linus, 2009, pp. 43-80.

_____. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. *In*: **RBCS** - Revista Brasileira de Ciências Sociais, fevereiro, 2000.

_____. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 53, n. 212, pp. 203-226, out./dez. 2016.

_____. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: FGV / Saraiva, 2014.

NUSSBAUM, Martha C. Capabilities and human rights. *In*: **Fordham Law Review**, v. 66, 1997, pp. 273-300.

_____. Human rights and human capabilities. *In*: **Harvard Human Rights Journal**, v. 20, 2007, pp. 21-14.

_____. **Not for profit**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010.

O'BRIEN, Ruth. Foreword. *In*: Nussbaum, Martha C. **Not for profit**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010, pp. ix-xi.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. *In*: **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito** (UFPE), v. 13, 2003, pp. 299-330.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge (MA): the Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

RICOEUR, Paul. **Hermeneutics and the human sciences: essays on language, action and interpretation**. Tradução: John B. Thompson. Cambridge, MA: Cambridge University Press / Maison des Sciences de L'Homme, 1981.

SEARLE, John R. **Mente, linguagem e sociedade**: filosofia no mundo real. Tradução: F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1981.

WINCH, Peter. **The idea of a social science and its relation to philosophy**. London: Routledge, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2014.