

O DISCURSO RETÓRICO DOS "DIREITOS HUMANOS"*

RAÚL ZAMORANO FARÍAS**

RESUMO: Este trabalho problematiza a relação entre direitos fundamentais, como um conjunto de garantias, deveres e normas, previstas e imputáveis, que dão fundamento a uma particular forma de convivência – reconhecidos nas Constituições – e a inflação discursiva da retórica sobre os “direitos humanos” na estrutura atual da sociedade moderna.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Democracia, Constituição, Demagogia.

ABSTRACT: This work handles the relation between fundamental rights, as a set of warranties, duties and norms, foretold and imputable, which ground a particular form of coexistence – acknowledged in the Constitutions – and the discursive inflation of the “human rights” rhetoric in the present structure of modern society.

KEYWORDS: Human Rights, Fundamental Rights, Democracy, Constitution, Demagogy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos humanos ou direitos fundamentais? That is the question. 3. To be or not to be. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

*Iniquius enim nihil est quam siquis secundum
legem vivere debet, quam non intelligit.*

Conring¹

O direito positivo é, a um só tempo, pressuposto e consequência da sociedade moderna. Não obstante, assim como no século XVII o direito natural foi normalizado como direito subjetivo, na atualidade o direito positivo quer ser “hipotizado” como direito natural, pretensão que se apóia e apela a um confuso fundamento em torno do retorno de certos valores naturais (divinos!).

Não esqueçamos, como sustentou Hans Kelsen, que qualquer noção de direito natural é incompatível com um Estado de direito moderno e com a democracia; sobretudo se assume que na sociedade moderna o cidadão, enquanto sujeito de direito,

* Trabalho apresentado no I Congreso Internacional sobre Paz, Democracia y Desarrollo, 11, 12, 13 de outubro de 2006. Universidad Autónoma del Estado de México, parte do Projeto de Investigación Chave UAEM 2369 (2006-2007). Tradução de Leticia Ludwig Möller e Josué Emílio Möller.

** Profesor-Investigador CEBTS; Universidad Nacional Autónoma de México; Professor e membro no Collegio dei Docenti (Dipartimento di Studi Giuridici-UNILE).

¹ *Não existe nada que seja mais injusto do que dever viver segundo leis que não se compreende* (1639).

transforma-se na referência empírica para o condicionamento de procedimentos e de atribuições, assim como para a ativação de programas condicionais a fim de proteger a cidadania, efetivar o direito e, conseqüentemente, a própria democracia.

Recordemos também que sob a forma de garantias constitucionais o Estado de direito simbolizava a auto-imunização da política, assim como o Estado social simboliza a auto-imunização frente às lógicas do mercado. Estas aquisições evolutivas são uma das características do sistema político na sociedade moderna, o qual tem por função tomar decisões vinculantes.² Decisões coletivamente vinculantes cuja variabilidade deriva da capacidade do sistema de politizar temas da comunicação social no âmbito político e gerar consenso (irritação – decisão), estabilizando a frágil e lábil sensibilidade da opinião pública. Certamente, neste processo, todo o poder político vem submetido – operativamente – ao sistema do direito, o qual possibilita a universalização efetiva das decisões políticas (operacionalização), de modo que qualquer experiência social pode ser codificada como experiência jurídica, com a condição que também todo direito deve submeter-se ao próprio direito.

Portanto, as Constituições sedimentam e cristalizam a experiência social, estabelecendo uma clara diferença entre política e direito; porém, e também, gerando um acoplamento e prestações estruturais entre ambos os sistemas (na medida em que é o sistema do direito a ter a função de operacionalizar e efetivar as decisões políticas). Logicamente, a condição de uma tal diferença implica que cada um desses sistemas funcionais é autônomo e fechado operativamente, e somente através de sua abertura cognitiva verifica-se uma possível e recíproca irritabilidade (ressonância).

O direito reage, então, à complexidade social, e em particular àquela do sistema político, reproduzindo sua diferença, isto é, mantendo os limites de sua operação. Por certo, com isto, não se pretende sustentar que as estruturas e funções da atuação política devam ser *agora* substituídas pelo direito, senão sobretudo destacar o fato de que apenas no contexto de uma sociedade diferenciada funcional e operativamente pode-se observar as características típicas da estrutura dos sistemas jurídico e político modernos.

Como se indicou, na modernidade da sociedade moderna, os sistemas sociais (a política, a arte, a religião, a ciência, o direito, etc.) operam sobre a base de claras distinções funcionais (*códigos*, na semântica luhmanniana) e, ainda que resulte evidente a enorme relação entre esses subsistemas (prestações), operativamente eles não podem atuar como lógicas intercambiáveis sob pena de corromper seus próprios códigos funcionais.³

Conseqüentemente, o Estado Constitucional, legalmente instituído, não pode depender da vontade de um grupo, do partido, da igreja, dos militares, dos empresários ou de poderes fácticos, mas apenas das normas legais especificamente estipuladas

² Auto-imunização cuja marca orienta a Constituição de Weimar (1919), a qual dá origem legal e operativa ao Estado de bem-estar europeu. Outro exercício legal a respeito que se pode observar é a Constituição mexicana de 1917, ainda que esta fique apenas na retórica do “espírito da lei”.

³ Precisamente, é na periferia da sociedade moderna que o risco de *colonização* é mais alto. Sobre isto, veja-se LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli Editore, 1996, Capt. I-IV; também em: DE GIORGI, Raffaele; CORSI, Giancarlo. *Redescrivere la Questione Meridionale*. Lecce: Pensa Multimedia Editore, 1998.

(direito positivo) que previnem contra a colonização do aparato administrativo por parte de forças políticas ou sociais particulares.

Não obstante, tampouco se trata de transferir o antigo ideário de ordem segmentada ou estratificada da *res publica* ao moderno sistema decisional político-administrativo, pois isto constituiria não somente um erro de reflexão a-histórica como, e sobretudo, comportaria perigosas conseqüências, uma vez que a especialização do sistema político na resolução dos problemas supõe, por um lado, a clara especificação funcional e, por outro, uma conseqüente perda de funções em relação a uma ordem social mais antiga e menos diferenciada (falamos da lógica racional-legal, característica do *ethos* moderno).

É sabido que sem autonomia funcional, a representação política e o direito perdem toda capacidade de garantir procedimentos que mantenham abertas e acrescentem as possibilidades de escolha, variação e construção de alternativas sociais (vínculos com o futuro). Ao contrário, as formas de auto-entendimento acentuam o baixo nível operativo na construção e institucionalização das expectativas sociais, especialmente pela erosão dos acordos legais constitucionais. Portanto, uma excessiva integração tem por único resultado a não-diferenciação funcional e operativa dos sistemas sociais, isto é, a impossibilidade de um processamento de sentido diverso, o qual dissipa a pluralidade de linguagens.⁴

Na moderna ordem social diferenciada, característica da sociedade moderna, as expectativas normativas funcionam como o pressuposto básico, como as regras de partida que, precisamente, supõem e requerem esta ordem social, do contrário se pode seguir apelando à metafísica dos valores, aos “direitos humanos”, à impotência do dever-ser, ao bem comum e à justiça, porém, sem estruturas normativas disponíveis e operativamente funcionais, tal apelação, ainda por cima, termina sendo retórica, “oportuna”, quando não demagógica.

Portanto, civilizar as expectativas através do direito, e do Estado democrático de direito, constitui muito mais que o reconhecimento de simples *garantias individuais*. Sobretudo, este é o marco que possibilita a moderna coordenação social ao garantir mecanismos de generalização da auto-representação pessoal, de formação de expectativas orientadas à satisfação das necessidades sócio-econômicas e à possibilidade de tomar decisões vinculantes (*aprendizado, confiança*), as quais precisamente obstaculizam ou dificultam a corrupção dos subsistemas (principalmente o sistema político e o sistema do direito).⁵

⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito, democrazia e globalizzazione*. Lecce: Pensa Editore, 2000, Capt. I-II *passim*.

⁵ É indubitável que na periferia da sociedade moderna os temas da comunicação sobre o direito e os mecanismos de generalização de expectativas não encontram eco, porque aqui o que prevalece geralmente são as corporações e não os indivíduos. Corporações “clientelares” plenas de ritualismos e de sua própria ‘legislação’ que ‘possibilita’ que o direito do Estado se cumpra para/por uns (a imensa maioria) e se viole somente para/por outros (essa seleta minoria corporativa). Inclusive, em alguns casos, aos primeiros se aborrece com exigências para que se enquadrem em todas as regulações que o burocrata corporativo tem à sua disposição, enquanto que à seleta minoria que considera que a lei é um mero instrumento indicativo, não se incomoda com *minúcias normativas* que podem entorpecer seus “afazeres”.

2. DIREITOS HUMANOS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS? THAT IS THE QUESTION

Estamos conscientes que el ideal es que ‘las instituciones funcionen’, pero esto es impracticable en un país en el que no existe igualdad de deberes. Ello pasa porque las elites, aprovechándose de la asimetría en el manejo de la información, sacan ventajas crecientes a costa de la debilidad de quienes administran nuestros caricaturescos países.

Martín Fierro

Resulta claro que o funcionamento do sistema do direito, e sua relação com o “problema dos direitos humanos” (e da política), é um âmbito por excelência no qual se põe à prova a epistemologia da modernidade e seus correspondentes discursos éticos e jurídicos, sobretudo se se assume que a função primordial do sistema do direito é promover e concretizar a generalização congruente das expectativas normativas e impor limites aos sistemas da política e da economia, mantendo sua estrutura e autonomia. Ou seja, potencializar tanto a “*cidadanização*” da cidadania, como a *constitucionalização* da constituição.⁶ Daí que, na atualidade, o problema de fundo que se deve cotejar e discutir, precisamente, é o caráter e a forma de universalidade de tais direitos e garantias no Estado moderno e no sistema democrático de direito.

Contudo, na realidade, abordando a questão particularmente relevante dos graus de diferenciação funcional e operativa da sociedade (e de seus sistemas sociais), observamos que na prática existe sobretudo uma alarmante e politicamente correta *retórica inflacionária* sobre os – assim chamados – *direitos humanos*, mas nunca uma preocupação suficiente pelo tema dos direitos e garantias cidadãos fundamentais, seja o que for que se entenda com esta palavra.⁷ Daí resulta de grande interesse perguntar-se, então: por que, hoje em dia, coloca-se tanta ênfase discursiva no complexo semântico dos direitos humanos? Por acaso existe um direito que não seja humano?

Especialmente, parece que hoje em dia, e frente à ineficácia e ao fracasso na operatividade das garantias, ou de plano ante o enfraquecimento dos direitos fundamentais (sobretudo nas sociedades periféricas), de modo geral o discurso de – e sobre – os “direitos humanos” orientou-se ao passado, apelando a um suposto fundamento de verdade e moralidade exterior ao sistema social (uma metafísica, poderíamos dizer, que, reativando o suposto *estado de natureza* do bom selvagem rousseauiano, apela a uma natureza divina e transcendente); uma espécie de retorno à “igualdade” cujo fundamento seria dado pelos “direitos naturais” (quais?).⁸

⁶ Isto significa, fundamentalmente, que o direito tem por função operacionalizar (efetivar), tutelar e imputar as decisões tomadas no âmbito político dos Estados, isto é, em um território onde possua vigência e onde seja legítimo tal contrato.

⁷ *Fundamentais*: enquanto direitos cristalizados e reconhecidos no pacto constitucional, sejam de primeira, segunda, terceira ou quarta geração, porém também enquanto uma expectativa cognitiva que se cristaliza em norma via processo evolutivo da sociedade. Assumindo que o fundamento dos direitos *-fundamentais* – está determinado historicamente pelo contrato que estabelece a comunidade e, em nenhum caso, como retórica apelação a míticos direitos naturais ou ao céu.

⁸ Como assinala Castoriadis, o indivíduo pré-social, ao contrário do que pensava Aristóteles, não é um Deus nem uma besta, senão uma pura e simples invenção da imaginação dos filósofos. CASTORIADIS, Cornelius.

No entanto, a única coisa que parece estar clara neste discurso, ainda que não venha declarada, é que ao se evidenciar esta lógica se pretende repetir o modelo de imposição de pautas econômicas, tecnológicas, culturais e até religiosas e morais ao conjunto da sociedade, porém desta vez sob a expressão transcendental de “democracia e dos famosos direitos humanos”. Certamente, toda esta charada vem acompanhada também de terrificantes discursos sobre a insegurança e o risco produzido pela introdução de temporalidade na construção da ordem social moderna (globalização, soberania, crise do Estado-nação, diversidade, etc., etc.).⁹ Contudo, é óbvio que esta forma de conceber e abordar o problema oculta, dramática e ineficazmente, a observação e problematização das muitas formas que assume o problema dos direitos e do Estado democrático de direito na modernidade da sociedade moderna (seja em seu centro ou em suas periferias).

Cumprido reconhecer, por exemplo, que hoje um dos pontos centrais de referência sobre o discurso em torno dos valores e dos direitos fundamentais (cuja base são os direitos individuais, criados para defender a individualidade frente ao Estado) teria que se articular em torno do problema da exclusão/inclusão social, assumindo formas específicas tanto através de leis programáticas para avançar no processo de constitucionalizar a Constituição, como através de programas operativos condicionais para tutelar a cidadania (efetividade da lei), e não “apenas” como retórica dos “direitos humanos” ou de uma suposta mas nunca esclarecida “dignidade humana”.¹⁰ Inclusive, considerando aquelas ocasiões nas quais nos encontramos frente a reivindicações que não possam ser rapidamente traduzidas em planificações generalizáveis e reproduzíveis (direitos de quarta geração: Bobbio),¹¹ ou naqueles casos nos quais devemos enfrentar a inevitável inconsistência atual da semântica política (liberdade, igualdade, soberania), que se não elimina a tragédia da realidade que quisera descrever, ao menos logra intervir sobre ela ao tornar plausível quanto menos alguma descrição reflexiva.¹²

Todavia, sobretudo ao observar as dificuldades reais de instrução dos processos e do intento em efetivar as diretrizes jurídicas de imputação internacional, é patente a resistência da maior parte dos governos – sem distinção de ideologias – a ratificar os tratados que dão origem à implementação de leis programáticas do direito (inter)nacional (garantias fundamentais, tribunais internacionais, tutela da cidadania no âmbito doméstico), e outros tantos casos como a manipulação política e mediática esgrimida para “defender” supostamente a democracia e a liberdade (tortura-se e faz-se guerras “preventivas” para defender-se os direitos humanos, obscurecendo-os; viola-se a liberdade, a democracia e os “direitos humanos” para defender-se os direitos humanos).

Le monde morcelé, Paris: Ed. du Seuil, 1990. Veja-se também: BAUMAN, Zygmunt. *En busca de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

⁹ Comunicação pessoal com Raffaele De Giorgi, Lecce, 2002. Veja-se, ademais: DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

¹⁰ Sobre isto, veja-se CORSI, Giancarlo. “Valores y derechos fundamentales en perspectiva histórica”. In: *Revista Metapolítica*. Nº 20. v. 5. México, 2001.

¹¹ Por exemplo, o reconhecimento jurídico e a normativa sobre o matrimônio entre casais homossexuais na Espanha (2005).

¹² CORSI, Giancarlo. *Op. cit.*

É claro e resulta evidente, ademais, que encontrar um sentido recorrente – reconhecido – pelos diferentes povos e nações que permita realizar novas possibilidades de tutela dos chamados direitos humanos é, quanto menos, ilusório, sobretudo se pensamos neste simples porém determinante gesto: todo direito pode ser protegido somente e enquanto atribuível a um cidadão pertencente à comunidade que o estabelece (a isso chamamos soberania). O problema, então, é que, mais além ou mais aquém dos discursos e das boas intenções, não existe uma cidadania que possa ser tutelada mundialmente, e muito menos um legislador que a possa imputar no contexto universal (a respeito, pense-se minimamente na situação que afeta os imigrantes a nível mundial).

Por que então esta neurótica necessidade de “estabelecer” direitos humanos, e tão pouco interesse em operacionalizar as garantias constitucionais que tutelam a cidadania?¹³

Antes, se o contratualismo moderno tem sua origem em uma concepção holista e em uma sólida e antiga justificação orgânica da sociedade (a sociedade é um todo e o todo está acima das partes), este nasce precisamente do fato de que a perspectiva de partida de qualquer projeto social de libertação é o indivíduo singular com suas paixões, interesses e necessidades e, nesse contexto, não se pode sonegar o fato de que tanto a liberdade quanto o poder derivam sempre do reconhecimento e estabelecimento prático de “certos” direitos fundamentais, inalienáveis e invioláveis no interior da comunidade que estabelece o pacto (constituente). Reconhecimento que por certo vai mais além da simples esfera das relações econômicas interpessoais, ou ‘do direito a morrer de fome’.¹⁴

Logicamente, o que antes foi dito pressupõe uma clara conceitualização da função do direito e do constitucionalismo (do Estado) na política de consolidação da democracia, para que os direitos fundamentais não apenas protejam o indivíduo do Estado, mas que também possibilitem estruturar o ambiente da burocracia, de modo a consolidar o Estado como um subsistema da sociedade e tornar complexivamente plausível uma atividade de comunicação mais eficaz e influente e em cuja implementação a institucionalidade cognitivo-normativa constitua o vínculo mais importante do tecido democrático. Dito de outro modo, a institucionalidade referida à estrutura dos direitos, às operações (efetividade) do sistema jurídico e aos aparatos e estruturas que garantem a reprodução sócio-cultural da sociedade.¹⁵

¹³ Sem nos determos, todavia, no problema empírico de como estas garantias são cada vez mais retalhadas ou pisoteadas. A respeito, recordemos que o governo dos Estados Unidos da América negou-se rotunda e sistematicamente a firmar os tratados internacionais do Tribunal de Roma, não obstante seu presidente George Bush invada, torture e mate para “defender os direitos humanos”!!!, para não mencionar as vergonhosas conseqüências da *Patriot Law*.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. *Op. cit.*, p 61. Reconhecimento dos direitos subjetivos, característica do Estado democrático de direito = Estado dos cidadãos.

¹⁵ No livro *A era dos direitos*, Bobbio retoma o pensamento do *jus cosmopolitanum* (direito cosmopolita) de Kant, uma vez que com a constituição dos tribunais por crimes de guerra, os direitos humanos são reconhecidos pela primeira vez na história no sentido de *jus causae*: como direito para a abertura de um processo, para a proteção de um indivíduo, porém de modo totalmente independente do Estado ao qual pertença. Assim, pois, pela primeira vez, estes direitos são considerados direitos de vigência universal, pelo que, inclusive, prevalecem ante ao Estado. Por certo, esta é somente uma possível tendência de evolução das relações jurídicas internacionais, contudo seja qual for o caso, estas são efetivas apenas se estão regulamentadas e reconhecidas como tais pelos Estados da comunidade mundial.

Isto nos obriga a ter presente, então, que o Estado constitucional – ou toda forma social orgânica –, caracteriza-se pelo fato de gerar regras e normas para um determinado conjunto social. De modo que o moderno Estado constitucional gera direito para organizar, orientar e resolver a conflitualidade no funcionamento do sistema social. Contudo, ademais, deve-se também considerar que nem todo Estado é Estado de direito, assim como tampouco Estado de direito significa mecanicamente Estado democrático de direito (quicá se esta observação fosse considerada seriamente não seria mais frutífera a observação sobre o problema da efetividade/não-efetividade do direito ou, ao menos, mais realista).¹⁶

Ainda que seja freqüente a confusão entre Estado de direito (como qualquer forma superior ao estado de natureza hobbesiano) e Estado democrático de direito, nem teórica nem empiricamente eles são o mesmo.¹⁷ Porque, por um lado, Estado democrático de direito significa – precisamente – a submissão do Estado ao seu próprio direito (império das leis e garantias fundamentais, separação e balanceamento de poder, criados através de procedimentos legítimos, de acordo com a particularidade da organização sócio-institucional, proteção fática dos direitos e liberdades); e, por outro, porque na concepção intrínseca do Estado de direito, praticamente o que existe são “interpretações” da lei, porém jamais o império da lei, na medida em que esta vem em geral aplicada/manipulada como vontade de um grupo dominante, mas não como possibilidade aberta ao debate e à construção de coordenações e alternativas vinculantes para o futuro (deixando a porta aberta para a especulação discursiva e a retórica sobre a “ingovernabilidade”, o “fundamentalismo” ou os “direitos humanos”).

Ademais, no Estado democrático de direito a cidadania existe enquanto possui uma colocação e um reconhecimento universal empírico da *razão prática*, porém sempre como expectativa estruturada legalmente (direito operativo: efetividade e tutela). Dito de outro modo, no Estado democrático de direito a tutela dos bens e garantias civis básicas – *direitos fundamentais* (cuja função equivale ao Sistema Nervoso Central na sociedade) – pressupõe que todos estão submetidos à lei (não se pode dispor arbitrariamente da lei) e que existem também estruturas sociais disponíveis para a operacionalização de tais garantias e direitos (programas condicionais, leis programáticas, redes de *accountability*).¹⁸

Todavia também, e conseqüentemente, supõe que para a estruturação normativa de qualquer outro direito é requerida a implementação desta plataforma básica de direitos, enquanto aquisições evolutivas da sociedade (direitos civis, políticos e sociais reais).

¹⁶ Em termos gerais, o constitucionalismo pode ser entendido como a ação de converter em norma fundamental uma convicção social (uma expectativa cognitiva). Isto é, elevar ao nível de lei máxima os valores políticos e sociais compartilhados por um grupo social, e em torno dos quais há um consenso (*imperativo categórico*). As escolhas, a regularidade, a regulamentação, o processo e a forma geral que assumem tais aspectos cognitivos, enquanto instrumentos de juridificação, tornam possível e definem o caráter orgânico e a natureza sócio-jurídica dos sistemas políticos e dos Estados.

¹⁷ Estado de direito concebido como uma estrutura formal na qual não se questiona o momento constituinte e somente se privilegia a existência de normas como um bem em si mesmo (a lei pela lei). A respeito, não esqueçamos que a idéia do Estado de direito tem uma matriz abertamente prussiana: *Rechtsstaat*.

¹⁸ As garantias individuais são uma espécie de instituição que garante a civilização das expectativas e a *indisponibilidade da lei*. A instituição opera como uma semântica comunicativa; o direito admite, por exemplo, um só tipo de comunicação: legal/ilegal.

O resultado de tudo isso é que o Estado de direito, assim concebido, é um tipo específico de Estado, um modelo organizativo que foi surgindo e construindo-se nas condições históricas postas pelo processo evolutivo da sociedade moderna (*iluminismo ilustrado, diferenciação funcional*), enquanto resposta a expectativas, experiências e exigências específicas, demandas e reais necessidades de certeza e confiança social, como a garantias de caráter sócio-econômico, cultural e político (proteção do sujeito, reconhecimento de certas liberdades, como também o paradoxal apelo a uma genérica idéia de igualdade).¹⁹

Neste contexto, e em função do desenvolvimento da lógica interna própria da razão ilustrada (igualdade, fraternidade e liberdade), é que encontram sua fundamentação os chamados direitos humanos (vistos em um primeiro momento como direitos naturais), desde uma perspectiva onde se assume o pressuposto de sua validade (universal) e de sua posição racional: lógica, boa, verdadeira, única e, portanto, eterna!

Não obstante, historicamente a produção de direitos tem seguido um processo de diferenciação semelhante à diferenciação e especialização operativa da sociedade, gerando-se com ele um inevitável paradoxo nos sistemas policontextuais: a igualdade dos seres humanos produzida pelo reconhecimento de suas diferenças. Porém, de uma diferença como consequência da igualdade dos indivíduos perante a lei. De modo que este “igualar” – dos indivíduos – foi entendido, em geral, como supressão das diferenças, como mera “nivelção”, e onde corresponde ao Estado, ademais, assumir e encarregar-se de tal função niveladora.²⁰

Em uma perspectiva histórica, tampouco podemos esquecer que na lógica constitutiva, que prevalece na geração do direito, na mais antiga codificação dos usos e costumes, estipula-se que os direitos dos indivíduos somente podem ter validade enquanto membros de uma comunidade de diferentes; portanto, o modo de tornar efetivas as diferenças é mediante as irritações que os grupos e indivíduos vão produzindo em uma específica organização social, assim como dos resultados coletivos que tais reivindicações podem ali alcançar para a sua proteção. Sem dúvida, os primórdios do direito têm a ver, então, tanto com a necessidade de nivelar as diferenças e a necessidade de limitação e proteção coativa da comunidade, como com os escândalos e reivindicações de reconhecimento, em um contexto onde, não existindo direito, faz-se necessário estabelecer o direito. A respeito, Niklas Luhmann falou do “escândalo” como um gerador primário de normas.²¹

¹⁹ Tal como assinalam, entre outros, o jurista alemão Peter Häberle. Ver HÄBERLE, Peter. *Constitución como cultura*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.

²⁰ Processo que é relativamente válido e reconhecido em função de salvaguardar as históricas conquistas sociais da *ciudadania*.

²¹ O Código do Rei Hammurabi (1792-1750 a.C.) constitui a primeira realização histórica de codificação de direitos (282 artigos) que, se não distingue entre direito civil e penal, é um corpus que tem por objetivo regular os assuntos da vida cotidiana. Por exemplo, regular o comércio, o trabalho assalariado, os empréstimos, os aluguéis, as heranças, os divórcios, a propriedade, as penas por delitos de roubo, o assassinato. Seja como for, o Código representa o primeiro esforço em implementar alguns preceitos jurídicos tão fundamentais que nem o Rei tem a capacidade de modificar. Portanto, o Código representa e possibilita a certeza de determinadas expectativas/esperanças sociais (confiança social) e também um importante reconhecimento que incorpora neste processo seja o homem livre (primeiro estrato), seja o

No largo processo evolutivo deste ideário na modernidade, tanto no pensamento jurídico como na teoria política clássica, articulam-se dois distintos enfoques que se fortaleceram e se impuseram na hora de problematizar o problema dos direitos fundamentais: a) por um lado, a afirmação dos direitos individuais sem nenhuma contrapartida de obrigações comunitárias (enfoque liberal dogmático: direitos humanos) e b) por outro, a afirmação de direitos (e deveres) dos indivíduos enquanto pertencentes a algum tipo de comunidade que garante o exercício de tais direitos e deveres (enfoque comunitário: direitos fundamentais).

Assim, tanto o enfoque liberal como o enfoque comunitário postulam-se como diferentes formas de explicar a fundação e, portanto, também o fundamento da ordem política e jurídica. Genericamente, Liberalismo e Republicanismo são os nomes dados a estas duas tradições divergentes que, no contexto do surgimento das modernas constituições, aparentemente teriam sido conciliadas através do reconhecimento dos direitos humanos (*jusnaturalismo*) enquanto direitos fundamentais positivados nas Cartas Constitucionais. Um conjunto de direitos que já não derivam da qualidade humana ou divina do homem, mas constituem um produto social no desdobramento e luta pela “cidadanização” da cidadania. Ou seja, direitos de pertença, de decisão e de bem-estar em uma comunidade política soberana.

A semântica dos direitos humanos foi-se deslocando, então, desde uma visão naturalista (séculos XVII e XVIII) até uma visão política de direitos ligados ao *ius gentius*, de modo que a democracia moderna estará – nesta operação – confinada aos limites que a noção clássica de soberania impõe à efetividade dos direitos. E isso porque na tradição jurídico-política a soberania foi sempre concebida como um elemento central para tutelar os direitos; seja no contexto de uma “soberania absoluta” (na tradição liberal-individualista: Hobbes, o *monarca*), seja na tradição republicana-comunitarista (Rousseau, o *povo*).

Portanto, a concepção da vontade geral soberana (povo), assim como a presunção de que o monarca é, necessariamente, bom e temeroso a Deus, serão progressivamente substituídas pela noção de “direitos” como limitadores da soberania de um e outro (concebidas, desde suas primeiras formulações no século XVI, também como “direito”). Em Kant, por exemplo, esta tensão entre soberania e “direito” manifesta-se mediante o sacrifício da soberania popular em função da necessidade de uma constituição republicana: representação, proibição de resistência e do direito à desobediência aos direitos, são mecanismos que limitam a supremacia da soberania popular quando uma constituição faz-se necessária.

Precisamente, o constitucionalismo moderno articula-se assumindo tais pressupostos e destacando dois elementos fundamentais: por um lado, o tratamento

escravo (segundo estrato) e os subalternos (terceiro estrato). Séculos mais tarde, com a codificação das obras jurídicas dos juristas romanos (sob a égide do imperador bizantino Justiniano I: 530-533 d.C.), concretiza-se e leva-se a cabo uma re-compilação jurídica tão ou mais importante para o mundo moderno, o *Digesta sive pandecta iuris* (*digesto*: do latim *digestum*, *digerere*, distribuir, ordenar), o qual possui o valor de ter permitido a conservação da doutrina jurídica clássica e sua conexão com o direito moderno através das constantes citações, referências e inspirações, como precedente e justificação para as opiniões na doutrina e na legislação moderna.

que as Constituições dão aos direitos fundamentais – notoriamente à liberdade – e, por outro, o mecanismo que estas estabelecem para uma contínua projeção do direito – e, portanto, desses mesmos direitos fundamentais com o futuro.

O resultado de tudo isso é que idéias tais como “nação”, “soberania”, “direitos”, “liberdade”, “igualdade” e “democracia” são idéias que na modernidade constituem-se no fundamento, tanto nas formas de projeção da política e do direito para o futuro, como no sentido de evitar uma regressão ao passado. Ou seja, ao Estado de natureza. Isto é, para o pensamento moderno o paradoxo da soberania não pode mais ser resolvido com base na tradicional diferença entre direito natural e direito positivo ou na imutabilidade de um direito natural e, portanto, com base na tradição (Bodin, Hobbes, Pufendorf, Rousseau), senão e exclusivamente na e pela efetividade soberana do Estado – democrático – de direito, com base no direito.²²

Neste sentido, e como salienta Luhmann, quando essa posição tornou-se insustentável desde uma perspectiva do direito natural foram inventadas as constituições. É assim que, na teoria política e na teoria jurídica, *a necessidade da constituição está justificada em relação ao problema da soberania* e de quem é o soberano.²³

Ao deslocar-se a soberania da “pessoa do soberano” para a Constituição, a soberania expande-se até novos limites que já não têm relação com a tradição de um direito natural ou das “leis fundamentais” do reino (terreno ou divino). Sobretudo, os limites à soberania são re-avaliados frente à concepção dos direitos individuais e da separação dos poderes. Assim, na tradição constitucionalista (que tem suas raízes no pensamento medieval), o problema da limitação daquilo que só poderia ser pensado como supremo ou absoluto vai encontrar uma formulação inovadora no conceito moderno de constituição. As constituições assumem o fato de que a limitação é condição da não-limitação, isto é, da soberania. De uma soberania popular, enquanto princípio democrático que é valorado como o fundamento da ordem jurídica estatal, a qual emerge no calor das revoluções europeias entre 1550 e 1789.²⁴

Em termos gerais, os direitos, institucionalizados na forma escrita e codificada até finais do século XVII, foram propostos como direitos subjetivos no sentido de

²² O desenvolvimento do sistema democrático busca articular uma instância política separada dos poderes religiosos e econômicos, para configurar um aparato administrativo centralizado e operativo onde se concentrem os meios de violência legítima (soberania) e a constitucionalização, ou sujeição, a um direito positivo (legalidade), o qual implica uma divisão de poderes equilibrados e a autonomia funcional. Isto é, a sujeição dos poderes estatais ao mandato do sufrágio universal (legitimidade), dando origem ao moderno Estado constitucional, cuja concepção democrática pressupõe um Estado de direito que garanta a ordem jurídica e que mantenha suas autoridades sujeitas ao escrutínio público. Sobre isto, veja-se ABBAGNANO, Nicolas. *Historia de la filosofía. v. II*. Barcelona: Ediciones Hora, 2000; SABINE, George. *Historia de la teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992; STRAUSS, L.; CROUSEY, J. *Historia de la filosofía política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996; TOUCHAR, Jean. *Historia de la ideas políticas*. México: REI Editores, 1994; SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993; VALLESPÍN, Fernando (comp.). *Teoría de la política. v. 2*. Madrid: Alianza Editorial, 2004.

²³ LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. Torino: Einaudi Editore, 1996, p. 102.

²⁴ Mas com uma condição: que o povo, enquanto soberano, não decida nada, e isto porque o “povo soberano” é ele mesmo uma promessa constitucional. Então, como soberano, o povo nada decide (com o deslocamento do direito natural ao direito positivo, o direito apenas depende, para sua auto-reprodução, do próprio direito).

que se pretendia encontrar no sujeito o seu fundamento e a possibilidade de que tais direitos fossem reivindicados e eventualmente impostos (ou, inclusive, invertidos). Porém, tal subjetividade – direito subjetivo – pode ser generalizada e institucionalizada somente ao preço de eliminar ao sujeito mesmo a possibilidade de escolha, na medida em que este não pode encarregar-se das inúmeras variantes que a realidade subjetiva e individual lhe apresenta. De tal modo que os direitos subjetivos funcionam desde sempre como uma expectativa possível de ser garantida através da institucionalização operativa (efetiva); contudo, apenas e mediante o direito positivo (legítimo).²⁵

Certamente este ideário, que emerge no calor das revoluções demo-burguesas, veio também demonstrar que em nome da igualdade pode-se praticar desigualdade, que em nome da inclusão gera-se exclusão, que em nome da liberdade produz-se também opressão..., e que – na atualidade – tudo isto se soma à crise do discurso da modernidade, da democracia, dos direitos, das garantias individuais e da esfera estatal que logicamente vem ligada à crise da política moderna, já que enquanto o Estado perdeu o monopólio da política, isto é, a idéia clássica onde o político era tudo aquilo que dizia respeito ao Estado, a política perdeu também seu papel como centro ativo e orgânico da sociedade.

Neste contexto onde a questão relativa aos direitos humanos emerge com força como um recurso, diz-se, para conter o dismantelamento do Estado e proteger os indivíduos contra os abusos do autoritarismo e a limitação da inclusão social (ineficácia dos direitos, problemas de migração, conflitos de natureza étnica, crise de governabilidade, aumento das disparidades regionais, redução da cidadania pelos resquícios do ritual democrático, etc., etc.). É possível que tais questões sejam em parte realidade, porém também é certo que a própria noção de Estado e cidadania – em muitos casos e sobretudo em nossas terras – nunca foi materialmente realizada enquanto implementação operativa do “contrato” (regras) e da inclusão generalizada, sofrendo inclusive sérios retrocessos (cidadania eleitoral, democracia ritual).

Não obstante, frente a tal constatação, e para além de problematizar este problema crucial, retorna-se à apelação aos “direitos humanos” e remete-se, imediatamente, a um discurso universalizante “destes” direitos. De modo que, dos direitos fundamentais reconhecidos e que o Estado deveria proteger (que é, afinal de contas, o único que efetivamente pode tutelá-los), se passa a uma discussão sobre os direitos humanos no marco de uma suposta cidadania já não nacional, mas agora global; desenvolvendo-se argumentações jurídicas que não podem ser reconduzidas nem à noção de Estado, nem tampouco explicadas com base no universalismo *jusnaturalista* dos direitos humanos. No entanto, será que assim se resolvem os problemas relacionados à inclusão social?

²⁵ Como se indicou: direitos fundamentais são os que dão fundamento a uma forma particular de convivência (expectativa cognitiva) que, ao constitucionalizar-se, faz-se *norma* (expectativa normativa), gerando as condições fundamentais de legitimidade (poder) do direito público. Dito em outras palavras, o fundamento seria uma expectativa civilizada. Definidos como anteriores aos deveres, como afirmam – entre outros – Spinoza e Bobbio; na lógica evolutiva da sociedade moderna sempre prevalece o direito sobre o dever (característica do contratualismo moderno), enquanto que no contratualismo clássico prevalece o dever – divino – sobre o direito.

E ainda, qual seria a função dos direitos humanos, da democracia e da cidadania democrática em uma sociedade que se reconhece global, porém que opera em termos locais? Ou seja, como pensar um direito ou um Estado universal em uma sociedade que é tudo, menos homogênea?

Porque se se assume seriamente que o sistema jurídico é um sistema social e, neste sentido, qualquer produção de direito é produção da sociedade (via legislação, via tratados, decisões dos Tribunais, daquilo que dizem os juristas, os acadêmicos, os políticos e, mais recentemente, os opinólogos e *frades da modernidade* de todo tipo), então, ao afirmar o caráter global do sistema jurídico e dos “direitos humanos”, enfrentamos outro problema: o da legitimação, também global, deste direito. Pois em que medida pode ser *um* direito (democrático) fundador de uma política “globalmente” democrática, sobretudo se a história nos demonstra que no marco da soberania do Estado-nação, todavia, não resolvemos o problema da implementação dos direitos fundamentais (positivos), o qual em muitos casos foi famélico, exclusivo e excludente (somente para *uma imensa minoria*)... Ademais, quem seria o legislador mundial? Quem seria o “soberano” a tutelar tais direitos: o presidente, a fé no poder da razão, a razão do poder, os Estados Unidos da América, Deus?

Resulta claro, então, que se o direito (positivo) é uma contingência domesticada, sempre está aberto a novas contingências que podem ser integradas ao mesmo direito, porém nunca discursivamente, nem universalmente, mas apenas mediante implementações fáticas e concretas.

Caso contrário, orientar-se em função da retórica dos direitos humanos serve sobretudo para justificar a violação dos próprios direitos humanos. Porque, se qualquer um pode moralizar com os direitos humanos, apelando inclusive ao céu, “humanidade” e “direitos humanos” transformam-se em conceitos que possibilitam uma decisão de “exceção”. Decisão que, em geral, é sempre decisão política (para não dizer, da brutalidade material da força), mas nunca jurídica. Decisão que é antes de tudo uma imposição, a qual coage o próprio sistema do direito (exemplar, a respeito, a invasão do Iraque por parte dos Estados Unidos da América, ainda sem contar com uma resolução explícita da ONU), e tudo isto contrário ao direito, sobretudo contrário ao direito dos Estados.

A questão é, então: até que ponto se pode desfrutar desta mistificação da humanidade, no discurso dos direitos humanos? Porque, quando se fala em direitos humanos, é preciso tomar muito a sério a humanidade da humanidade. Isto é, daquilo que há de humano na humanidade. De modo que não se pode falar em “direitos inatos”, porque fora da sociedade não há direito; dado que o direito moderno não mais aceita referir-se à natureza, a fórmula parece ser pouco convincente. Nesta perspectiva, adquire então pleno sentido a observação de Carl Schmitt, para quem a expressão “direitos humanos” pressupunha admitir-se na sociedade a “desumanidade” de alguns homens. Mas sendo assim, que ao menos nos avisem...

O ponto é que na atualidade e mais além da especulação retórica *não é possível* empiricamente *pensar em um sistema natural que garanta o respeito aos direitos dos indivíduos, como se existissem direitos inatos da humanidade*. Porque, que garantias reais podem resultar de uma tal universalização dos direitos humanos no processo de

globalização (seja com referência à natureza ou com referência a um “suposto” Estado universal), se não existem as estruturas sociais disponíveis para sua efetivação e tutela (sobretudo quando nem os próprios Estados respeitam os direitos fundamentais)?²⁶

Ou seja, deslocando o direito positivo do nível estatal até o plano “universal”, é possível resolver realmente os problemas do sistema jurídico e os problemas da humanidade, em relação ao próprio direito?

Não. Porque se observamos especificamente o sistema do direito e da política, podemos ver que o problema que se esconde atrás da lógica (“politicamente correta”) e atrás da retórica sobre a questão dos “direitos humanos” é: quais são os problemas que à política e ao direito é consentido esconder, mascarar e tornar opacos ao introduzir o discurso dos direitos humanos?

Sobretudo, com este gesto alegórico, o que se pode verificar é um uso (i)moral dos direitos humanos, uma vez que ao não formar parte de um programa condicional, isto é, ao não ter nenhuma “força normativa e vinculante”, eles podem ser amplamente utilizados para imunizar o próprio sistema do direito com relação aos seus próprios problemas, atropelando e pisoteando a já frágil cidadania e os cidadãos em muitos países.

Certamente, como símbolo, reconhecemos que o ideário dos direitos humanos pode constituir uma tendência, um horizonte de expectativas para o futuro – uma estrela polar, para dizer kantianamente –, porém também e simultaneamente, por meio da retórica, com esta mitificação se pode seguir obscurecendo e manipulando os desafiantes problemas da sociedade atual.

Quiçá pela mesma razão, o discurso sobre os direitos humanos funciona muito bem na atualidade como substituto de desacreditados discursos político-sociais.

3. TO BE OR NOT TO BE

Observando e reconstruindo tal retórica, cumpre refletir sobre estes problemas, os quais, entre outros, têm a ver com as lógicas de inclusão e exclusão social e não tanto com a implosão discursiva dos direitos humanos.

Portanto, é necessário insistir na real operatividade (*efetividade*) das regras (direito) e do *Estado cidadão* (Bobbio). Posto que, a estas alturas, resulta evidente que constitucionalizar a constituição, efetivar o direito, a fim de construir e **definir** um Estado democrático de direito, representa o verdadeiro problema e desafio da sociedade moderna, sobretudo em suas periferias. Isto é, lograr que o *Estado cidadão* seja universal, vinculante e operativo para todos e nos mais mínimos detalhes como defende Bobbio.²⁷

Em suma, e para ser quase *politicamente correto*, não esqueçamos, como salienta Norberto Bobbio, que somente no Estado democrático de direito a tutela dos bens e garantias fundamentais constitui uma *conditio sine qua non* para a convivência democrática, pois somente quando todas e todos os indivíduos estiverem submetidos

²⁶ LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. *Op. cit.*

²⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. *Op. cit.*

à lei e existam, ademais, mecanismos operativos de controle (que impossibilitem dispor-se arbitrariamente da lei), estarão postas as condições para realizar uma evolução mais favorável e construir uma forma particular de convivência que potencialize e garanta a reprodução sócio-cultural e democrática da sociedade, mais além ou mais aquém dos, assim chamados, “direitos humanos”...²⁸

Lecce, Italia 2006, Tlalpan, México 2007

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicolas. *Historia de la filosofía*. Barcelona: Ediciones Hora, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*. Roma: Editore Laterza, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. *En busca de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Autobiografía* (org. Alberto Papuzzi). Roma: Editore Laterza, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa (manuscrito, Itália, 2000)*.
- CASTORIADIS, Cornelius. *Le monde morcelé*. Paris: Ed. du Seuil, 1990.
- CORSI, Giancarlo. “Valores y derechos fundamentales en perspectiva histórica”. In: *Revista Metapolítica*. n° 20. v. 5. México, 2001.
- CORSI, Giancarlo. “Inclusione. La società osserva l'individuo”. In: *Teoria Sociológica*. Bologna, 1993.
- CORSI, Giancarlo. *Sistemi che Apprendono. Studio sull'idea di riforma nel sistema dell'educazione*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.
- DE GIORGI, Raffaele; CORSI, Giancarlo. *Redescrivere la Questione Meridionale*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.
- DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. “Dai diritti dal cittadino ai diritti della persona”. In: ZOLO, Danilo (org.). *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*. Roma: Editore Laterza, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno*. Roma: Editore Laterza, 1997.
- HÄBERLE, Peter. *Constitución como cultura*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. “Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo”. In: *Debates*. 39, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. “O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização”. In: *Revista Novos Estudos*. 45. São Paulo: 1995.
- HELD, David. *Democracy and global order. From the modern state to cosmopolitan governance*. Stanford University Press, 1995.
- KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità*. Milano: Giuffrè, 1989.
- KELSEN, Hans. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Torino: Biblioteca Einaudi, 1952.

²⁸ Ainda que o Estado de direito venha valorado enquanto estrutura formal (existência de normas como um bem em si mesmo: a lei pela lei), nós falamos de Estado democrático de direito enquanto operativo e funcional para todos, sim-não, não, uma vez que a função mais importante do direito, através de suas estruturas operativas (poder judicial), é ganhar e conservar legitimidade mediante a solução de conflitos da gente comum, gerando confiança.

- KELSEN, Hans. *Sociologia della democrazia* (org. Agostino Carrino). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.
- LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. Torino: Einaudi Editore, 1996.
- LUHMANN, Niklas. *Osservazione sul moderno*. Roma: Armando Editore, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*. Bologna: Il Mulino, 1990.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1986.
- LUHMANN, Niklas e Raffaele De Giorgi. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli Editore, 1996.
- MARSHALL, Thomas H. *Class, citizenship and social development*, Doubleday and Company, edição de 1965.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- SABINE, George. *Historia de la teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- SCHMITT, Carl. *Le categorie del político*. Bologna: Il Mulino, 1972.
- SCHMITT, Carl. *Thélogie politique*. Paris: Éditions Gallimard, 1988.
- SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- STRAUSS, L.; CROPSEY, J. *Historia de la filosofía política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- TOUCHAR, Jean. *Historia de la ideas políticas*. México: REI Editores, 1994.
- VALLESPÍN, Fernando (comp.). *Teoría de la política*. v. 2. Madrid: Alianza Editorial, 2004.