

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI BUENOS AIRES –  
ARGENTINA**

**DIREITO CONSTITUCIONAL III**

**RUBENS BEÇAK**

**THAIS JANAINA WENCZENOVICZ**

**BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Direito Constitucional III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bernardo Leandro Carvalho Costa; Rubens Beçak; Thais Janaina Wenczenovicz. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-763-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA**

## **DIREITO CONSTITUCIONAL III**

---

### **Apresentação**

Envolvendo DIREITO CONSTITUCIONAL, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

O livro é composto pelos seguintes artigos:

#### **O COMBATE A DESINFORMACAO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA AO PROCESSO DEMOCRATICO ELEITORAL**

Rubens Beçak , Marcelo Toffano , Fabrício Facury Fidalgo

O trabalho de Rubens Beçak, Marcelo Toffano e Fabrício Facury Fidalgo, trouxe elementos da importante discussão que se faz nos processos eleitorais com relação ao tratamento da informação, sobretudo explorando a questão da desinformação em seu contexto atual.

Neste artigo Rubens Beçak e Maiara Carlos Melara analisam as necessárias alterações na legislação de acesso à informação pública no Brasil para se adequar ao contexto atual de avanço das novas tecnologias, sobretudo com vistas à proteção no cenário eleitoral.

#### **A NATUREZA JURÍDICA DOS QUATRO PRIMEIROS ATOS INSTITUCIONAIS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL (1964-1968)**

Rodrigo Alessandro Sartoti

O trabalho de Rodrigo Alessandro Sartoti busca demonstrar como o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou, em 602 acórdãos, os atos institucionais da ditadura militar, demonstrando se realmente os atos foram analisados no contexto jurídico.

#### **A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONAIS POR MEIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

João Luiz Martins Teixeira Soares

João Luiz Martins Teixeira Soares busca demonstrar a relevância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no contexto do processo constitucional brasileiro, destacando, sobretudo, o caráter subsidiário da ADPF nesse sistema. O trabalho menciona uma série de casos, evidenciando a relevância da participação popular na legitimidade do sistema constitucional.

#### APLICAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCESSO LEGISLATIVO COMO RESGATE DA REPRESENTATIVIDADE

Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior , Lucas De Souza Lehfeld

Neste trabalho Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior e Lucas De Souza Lehfeld analisam o tema destacado no título em um contexto de conflito de normas existentes no contexto do processo legislativo municipal, buscando destacar a aplicabilidade dos princípios constitucionais ao âmbito prático dos municípios.

#### A PROPRIEDADE E SEU TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: DIREITO PATRIMONIAL OU FUNDAMENTAL?

Francielle Eliz Ortolan , Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Francielle Eliz Ortolan e Luiz Henrique Urquhart Cademartori destacam as diferentes correntes de influência do instituto da propriedade no Direito Brasileiro, sobretudo as ramificações de cunho civilista e constitucionalista.

#### O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA NOMOTÉTICA PELA JUSTIÇA ELEITORAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO ÀS NORMAS GERAIS ABSTRATAS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E A CONFIGURAÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Larissa De Moura Guerra Almeida

A pesquisa de Larissa De Moura Guerra Almeida trabalha com o conceito de estado de exceção para analisar a competência legislativa da Justiça Eleitoral no Brasil, sobretudo em termos de produção normativa do Tribunal Superior Eleitoral (STE) e de interpretação das normas pelo referido tribunal.

## A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NA JURISDIÇÃO ELEITORAL

Cassio Prudente Vieira Leite

O trabalho de Cassio Prudente Vieira Leite contextualiza a relevância da jurisprudência da Justiça Eleitoral no tratamento de crises ao longo da história democrática brasileira, passando por diferentes períodos e temas.

## DIREITOS HUMANOS, O PARADOXO DA CIVILIZAÇÃO (?): BREVES REFLEXÕES ABOLICIONISTAS FRENTE ÀS (IN)JUSTIFICAÇÕES DAS PENAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra , Naiadi Bertoldo Marchi

A pesquisa de Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra e Naiadi Bertoldo Marchi analisa o sistema carcerário brasileiro, com ênfase em presídios femininos, por meio da perspectiva de teorias abolicionistas da pena, com vistas a elencar uma crítica ao atual sistema punitivista do Brasil.

## ENSINO E EXTENSÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTRUÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL: ESTUDO DESDE O REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA

Abraham Hand Vargas Mencer , Daury Cesar Fabríz

Neste artigo, Abraham Hand Vargas Mencer e Daury Cesar Fabríz destacam a relevância de projetos de extensão em processo legislativo pode contribuir na concretização de objetivos constitucionais da Educação, por meio da análise de um caso concreto, da Câmara Municipal de Vitória.

## INTERCONEXÃO ENTRE CULTURA E NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rosângela Angelin , Marigley Leite da Silva de Araujo

O trabalho de Rosângela Angelin e Marigley Leite da Silva de Araujo elenca as novas configurações familiares e sustenta a relevância da efetivação dos direitos fundamentais em conformidade com a alteração da cultura jurídica na sociedade.

## REFLEXÕES SOBRE O MODELO SOCIOPOLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A GESTÃO BOLSONARO DIANTE DOS DADOS DA PANDEMIA DA COVID-19

Myllhyans Marjosefa de Lima Braz

Nesta pesquisa, Myllhyans Marjosefa de Lima Braz analisa conceitos como “mistanasia”, que representa a morte evitável, no contexto da Pandemia do Covid-19 no Brasil, traçando linhas constitucionais para a devida proteção da vida.

## O HIPERPRESIDENCIALISMO PRESENTE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA

Poliane Carvalho Almeida

O trabalho de Poliane Carvalho Almeida faz uma análise do hiperpresidencialismo na América Latina, passando pelos diferentes períodos, desde o colonial, para destacar como as características desse fenômeno repetiram-se nesses momentos históricos.

## REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A CRISE DA DEMOCRACIA

Aline Hoffmann, Alessandra Vanessa Teixeira e Matheus Pasqualin Zanon propõem um debate sobre as relações entre Política e Direito para a análise da crise democrática no contexto de governos autoritários, destacando, sobretudo, fenômenos como o negacionismo científico no âmbito do debate democrático.

## A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITES LEGIFERANTES: UM ENFOQUE EM SEU PAPEL COMO SCHRANKEN-SHRANKEN

Lorenzo Borges de Pietro

Neste trabalho Lorenzo Borges de Pietro trabalha o termo dignidade humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para demonstrar como a utilização deste termo pode ser direcionada para

O presente livro, portanto, é de grande contribuição para a consolidação das pesquisas em DIREITO CONSTITUCIONAL junto ao Conpedi.

As pesquisas, todas em nível de pós-graduação, contam com as contribuições dos debates dos doutores Thais Janaina Wenczenovicz, Rubens Beçak e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

Envolvendo DIREITO CONSTITUCIONAL, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

O livro é composto pelos seguintes artigos:

#### O COMBATE A DESINFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA AO PROCESSO DEMOCRÁTICO ELEITORAL

Rubens Beçak , Marcelo Toffano , Fabrício Facury Fidalgo

Neste artigo Rubens Beçak e Maiara Carlos Melara analisam as necessárias alterações na legislação de acesso à informação pública no Brasil para se adequar ao contexto atual de avanço das novas tecnologias, sobretudo com vistas à proteção no cenário eleitoral.

#### A NATUREZA JURÍDICA DOS QUATRO PRIMEIROS ATOS INSTITUCIONAIS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL (1964-1968)

Rodrigo Alessandro Sartoti

O trabalho de Rodrigo Alessandro Sartoti busca demonstrar como o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou, em 602 acórdãos, os atos institucionais da ditadura militar, demonstrando se realmente os atos foram analisados no contexto jurídico.

#### A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONAIS POR MEIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

João Luiz Martins Teixeira Soares

João Luiz Martins Teixeira Soares busca demonstrar a relevância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no contexto do processo constitucional brasileiro,

destacando, sobretudo, o caráter subsidiário da ADPF nesse sistema. O trabalho menciona uma série de casos, evidenciando a relevância da participação popular na legitimidade do sistema constitucional.

#### APLICAÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO PROCESSO LEGISLATIVO COMO RESGATE DA REPRESENTATIVIDADE

Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior , Lucas De Souza Lehfeld

Neste trabalho Vitor Hugo da Trindade Silva , Clóvis Ferreira Júnior e Lucas De Souza Lehfeld analisam o tema destacado no título em um contexto de conflito de normas existentes no contexto do processo legislativo municipal, buscando destacar a aplicabilidade dos princípios constitucionais ao âmbito prático dos municípios.

#### A PROPRIEDADE E SEU TRATAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: DIREITO PATRIMONIAL OU FUNDAMENTAL?

Francielle Eliz Ortolan , Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Francielle Eliz Ortolan e Luiz Henrique Urquhart Cademartori destacam as diferentes correntes de influência do instituto da propriedade no Direito Brasileiro, sobretudo as ramificações de cunho civilista e constitucionalista.

#### O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA NOMOTÉTICA PELA JUSTIÇA ELEITORAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO ÀS NORMAS GERAIS ABSTRATAS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E A CONFIGURAÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Larissa De Moura Guerra Almeida

A pesquisa de Larissa De Moura Guerra Almeida trabalha com o conceito de estado de exceção para analisar a competência legislativa da Justiça Eleitoral no Brasil, sobretudo em termos de produção normativa do Tribunal Superior Eleitoral (STE) e de interpretação das normas pelo referido tribunal.

#### A JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NA JURISDIÇÃO ELEITORAL

Cassio Prudente Vieira Leite



O trabalho de Cassio Prudente Vieira Leite contextualiza a relevância da jurisprudência da Justiça Eleitoral no tratamento de crises ao longo da história democrática brasileira, passando por diferentes períodos e temas.

#### DIREITOS HUMANOS, O PARADOXO DA CIVILIZAÇÃO (?): BREVES REFLEXÕES ABOLICIONISTAS FRENTE ÀS (IN)JUSTIFICAÇÕES DAS PENAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra , Naiadi Bertoldo Marchi

A pesquisa de Gil Scherer , Cristiane Feldmann Dutra e Naiadi Bertoldo Marchi analisa o sistema carcerário brasileiro, com ênfase em presídios femininos, por meio da perspectiva de teorias abolicionistas da pena, com vistas a elencar uma crítica ao atual sistema punitivista do Brasil.

#### ENSINO E EXTENSÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTRUÇÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL: ESTUDO DESDE O REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA

Abraham Hand Vargas Mencer , Daury Cesar Fabríz

Neste artigo, Abraham Hand Vargas Mencer e Daury Cesar Fabríz destacam a relevância de projetos de extensão em processo legislativo pode contribuir na concretização de objetivos constitucionais da Educação, por meio da análise de um caso concreto, da Câmara Municipal de Vitória.

#### INTERCONEXÃO ENTRE CULTURA E NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rosângela Angelin , Marigley Leite da Silva de Araujo

O trabalho de Rosângela Angelin e Marigley Leite da Silva de Araujo elenca as novas configurações familiares e sustenta a relevância da efetivação dos direitos fundamentais em conformidade com a alteração da cultura jurídica na sociedade.

#### REFLEXÕES SOBRE O MODELO SOCIOPOLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A GESTÃO BOLSONARO DIANTE DOS DADOS DA PANDEMIA DA COVID-19

Myllhyans Marjosefa de Lima Braz

Nesta pesquisa, Myllhyans Marjosefa de Lima Braz analisa conceitos como “mistanasia”, que representa a morte evitável, no contexto da Pandemia do Covid-19 no Brasil, traçando linhas constitucionais para a devida proteção da vida.

## O HIPERPRESIDENCIALISMO PRESENTE NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA

Poliane Carvalho Almeida

O trabalho de Poliane Carvalho Almeida faz uma análise do hiperpresidencialismo na América Latina, passando pelos diferentes períodos, desde o colonial, para destacar como as características desse fenômeno repetiram-se nesses momentos históricos.

## REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A CRISE DA DEMOCRACIA

Aline Hoffmann, Alessandra Vanessa Teixeira e Matheus Pasqualin Zanon propõem um debate sobre as relações entre Política e Direito para a análise da crise democrática no contexto de governos autoritários, destacando, sobretudo, fenômenos como o negacionismo científico no âmbito do debate democrático.

## A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITES LEGIFERANTES: UM ENFOQUE EM SEU PAPEL COMO SCHRANKEN-SHRANKEN

Lorenzo Borges de Pietro

Neste trabalho Lorenzo Borges de Pietro trabalha o termo dignidade humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para demonstrar como a utilização deste termo pode ser direcionada para diferentes sentidos, culminando em decisões antagônicas.

## A ADI 5938 E A PROTEÇÃO AO DIREITO DE DUPLA TITULARIDADE DO NASCITURO E DA GESTANTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

As autoras Adriana Goulart de Sena Orsini e Paula Gondim de Sena Orsini em sua pesquisa analisam, de forma circunstanciada, a decisão da ADI 5938 pelo Supremo Tribunal Federal,

demonstrando a importância do referido julgado, seja para o Direito Constitucional, seja para o Direito do Trabalho, com destaque especial para o voto do Ministro Alexandre de Moraes e a doutrina da Proteção ao Direito de Dupla Titularidade do Nascituro e da Gestante.

O presente livro, portanto, é de grande contribuição para a consolidação das pesquisas em DIREITO CONSTITUCIONAL junto ao Conpedi.

As pesquisas, todas em nível de pós-graduação, contam com as contribuições dos debates dos doutores Thais Janaina Wenczenovicz, Rubens Beçak e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

# PARADOXALIDADES DO DESENVOLVIMENTO TEÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA REFERÊNCIA COMUM AO SISTEMA JURÍDICO E POLÍTICO

## PARADOXALITY OF THE THEORETICAL DEVELOPMENT OF RIGHTS HUMAN RIGHTS AND THEIR COMMON REFERENCE TO THE SYSTEM OF LAW AND POLITICAL POLITICS

Ana Clara Montenegro Fonseca <sup>1</sup>  
Amilson Albuquerque Limeira Filho

### Resumo

Os direitos humanos são construções artificiais que, mormente com o iluminismo no século XVIII, dão, simultaneamente, explicação para a fundamentação do direito e da política. Possuem a função de constituir uma base para tais sistemas, que, a seu turno, não tem base alguma, a não ser suas violações. Uma observação da linguagem, da semântica, da estrutura dos ditos direitos humanos possibilita observar suas paradoxalidades e, destacadamente, a descrever a maneira pela qual tais paradoxos desenvolvem-se criativamente. A tese é que a novidade é antiga: substitui-se velhos direitos naturais pelos humanos, pelos constitucionais fundamentais e busca-se internacionalizá-los. Nesse sentido, este trabalho, de caráter eminentemente teórico, busca expor a crítica à teoria do direitos humanos à luz de autores como Michel Villey, Costa Douzinas, Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi. A finalidade é demonstrar a ocultação de paradoxos dessa construção teórica dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, sua referência comum aos sistemas jurídicos e políticos.

**Palavras-chave:** Paradoxalidades, Direitos humanos, Sistema jurídico, Sistema político, Linguagem

### Abstract/Resumen/Résumé

Human rights are artificial constructions that, especially with the Enlightenment in the 18th century, simultaneously explain the foundations of law and politics. They have the function of constituting a basis for such systems, which, in turn, have no basis, except their violations. An observation of the language, the semantics, the structure of the so-called human rights makes it possible to observe their paradoxes and, notably, to describe the way in which such paradoxes develop creatively. The thesis is that the novelty is old: old natural rights are replaced by human ones, by fundamental constitutional ones and an attempt is made to internationalize them. In this sense, this work, of an eminently theoretical nature, seeks to expose the criticism of the theory of human rights in the light of authors such as Michel Villey, Costa Douzinas, Niklas Luhmann and Raffaele de Giorgi. The purpose is to demonstrate the concealment of paradoxes in this theoretical construction of human rights and, at the same time, its common reference to legal and political systems.

---

<sup>1</sup> Doutora e professora de direito da UFPB

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Paradoxes, Human rights, Law system, Political system, Language

## INTRODUÇÃO

O espaço de disputa acerca da noção de direitos humanos apresenta-se bastante variável. Muitas são as opiniões a respeito dos mesmos. Defini-los categoricamente é tarefa que impõe certas dificuldades. Há disputas universalistas, de um lado, e relativistas culturais de outro, há amplitude no seu conteúdo, que promove, ao mesmo passo, certa vagueza, afinal, se tudo recai na esfera de proteção dos direitos humanos, esvazia-se seu espectro de tutela.

Não menos tortuoso é traçar a trajetória histórico-teórica de construção das suas concepções e desvendar os seus fundamentos, justamente em razão desse caráter polêmico e cambiante que sua conceituação carrega, sobretudo, em uma perspectiva filosófico-jurídica. Inobstante a esses fatores, o presente trabalho busca analisar o desenvolvimento teórico e a fundamentação dos direitos humanos, a fim de desvelar eventuais paradoxos que tais aspectos possam ocultar. Trata-se de uma pesquisa eminentemente teórica, baseada em alguns autores centrais, a saber: Michel Villey, Costa Douzinas, Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. Parte-se de uma crítica a essa trajetória histórica-teórica e finda-se com uma visão dos direitos humanos à luz da teoria dos sistemas.

A finalidade precípua do estudo é expor as principais críticas ao projeto iluminista liberal de formação e fundação da teoria dos direitos humanos. Com isso, promover uma reflexão sobre a paradoxalidade de sentido e desenvolvimento teórico dos mesmos na modernidade. E, nesse passo, expor sua vinculação aos sistemas jurídico e político, logo, direito humanos enquanto explicação destes.

### **1 PERSPECTIVAS CRÍTICAS À TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS: DA POLÊMICA CONCEITUAÇÃO À TENSÃO ENTRE UNIVERSALISTAS E RELATIVISTAS**

Empreender uma crítica à teoria dos direitos humanos é, sem delongas, refletir sobre sua nomenclatura, classificação e semântica. Assim, primeiramente, indaga-se: se o direito, como criação humana e disciplinador de condutas humanas, não passaria por uma espécie de truísmo. Em outras palavras, *a priori*, poder-se-ia questionar se falar “direitos humanos” não seria figura pleonástica e óbvia: se todo direito não seria humano ou será que haveria direito não humano? (FREITAS, 2012).

De toda forma, é lugar comum entender que os direitos humanos são aquele conjunto de ideias fundamentais, os quais devem ser garantidos a todos os seres humanos para assegurar a dignidade. Há uma eliminação das diferenças no plano político, tornando o

homem um ser genérico, abstrato, membro de uma soberania, igualmente, antecipando nossa visão, imaginária. Os referidos direitos, sejam naturais ou históricos, inclusive, em vista das muitas definições existentes, sofreriam certa perda de sentido em seu conceito: o termo estaria tão carregado de positividade e aceitação, ou seja, de uma espécie de “emotividade favorável”(ATIENZA, 2008), que todas as ideologias políticas convergem, tomando-os como conteúdo fundamental da ideia de justiça.

Todavia, usar a expressão para justificar “tudo em prol de todos” poderia transformá-la em conteúdo vazio. Desse modo, os direitos humanos estão com tanta carga positiva que são aceitos por todos, porém a força de significar “tudo para todo mundo” acaba por levá-los a não significar nada (Nesse sentido, ATIENZA, 2008).

No que tange à classificação, com Karel Vasak, criou-se, nos anos 70, o conceito de gerações de direitos humanos. Divisão esta que acarreta diversos debates atinentes à validade e à funcionalidade da teoria. No entanto, mesmo falhando mais do que acertando, parece que tais gerações, em primeiro ponto, auxiliam didaticamente o aprendizado dos direitos humanos e tem um valor simbólico. Introduzem a ideia de historicidade dos mesmos, o que, de certo modo, refuta a ideia de direito natural. Trata-se de demonstrar que não há nada que tenha validade advinda da natureza. Tais valores ganham validade pelo decurso do tempo, com a construção do direito, adquiridos em luta e relação social.

Por outro lado, o uso do termo geração é problemático, porque induz a ideia de substituição de um direito pelo outro no tempo, o que é algo controverso. Os direitos de liberdade não desaparecem com os sociais e assim sucessivamente. O processo que ocorre é o de acumulação. De modo similar, os direitos nem sempre são garantidos legislativamente de maneira linear, cronológica. Percebe-se que o reconhecimento de direitos humanos não necessariamente respeita a ordem posta pelas gerações. O Brasil é o maior exemplo disso, pois se pensarmos nos direitos sociais, eles foram reconhecidos durante a ditadura de Getúlio Vargas, momento em que não havia garantia dos direitos de liberdade. Assim, nota-se que o reconhecimento de um direito antes do outro não coloca o primeiro como mais importante que os seguintes.

Apesar disso, a problemática maior da teoria das gerações de direitos parece ser a tese de que os direitos de liberdade são negativos, enquanto que os sociais seriam positivos. Todos os direitos humanos, uma vez reconhecidos, precisam de uma série de atitudes positivas públicas e privadas para serem concretizados. O direito de propriedade, por exemplo, que é a proibição de violações da propriedade individual, a princípio, denota uma responsabilidade negativa do Estado no sentido de não intervir na propriedade do cidadão. Contudo, para

efetivamente garantir o direito de propriedade é necessário que o Estado invista no aparato policial para proteger a propriedade (com segurança pública), estabelecer uma legislação que cuide dessa previsão, definir como se dá a reparação do dano etc. Logo, não basta o Estado ficar inerte é preciso dispêndio de dinheiro e energia para garantir a propriedade.

Afora essas primeiras críticas, ainda, colocam-se como questões: (1) se os direitos humanos tem fundamento anterior e superior ao próprio direito, enquanto fenômeno empiricamente verificável; (2) se poderiam beneficiar uns em detrimento de outros, ou seja, se seriam mera ideologia; ou (3) se seriam ideias a serem conseguidos ou mera ilusão (FREITAS, 2012).

Em aproximação a tais interrogantes, a referida autora sugere que se deve partir de uma visão crítica ao posicionamento jusnaturalista e a questão do relativismo cultural *versus* universalismo. Não bastando justificar os direitos humanos com base no relativismo ou debater as concepções universais dos mesmos. Cumpre, portanto, empreender um viés pragmático (concretude) desses direitos, já que não se pode encará-los tão só com olhos individualistas e liberais ou meramente sob aspectos formais.

Se procedêssemos de tal modo, os direitos humanos seriam meras ilusões jurídicas. Isso parece evitar que sirvam de justificação para assegurar e ou manter as estruturas perversas em detrimento ou exclusão de todo um corpo social, subsumindo a rubrica politicamente correta de ‘excluídos’ sem se questionar de quê e de quem.

Conforme, Douzinas (2009), de atitude cética em relação ao programa de direitos humanos – quando limitado a meras garantias formais, sem compromisso com sua concreção, subsistindo a crença na concepção material dos direito humanos – vislumbra-se, também conforme Freitas (2012), como método para assentar as disputas metafísicas sem fim, o pragmatismo. Nessa direção, o relativismo e o universalismo são talqualmente insuficientes para explicar os direitos humanos. Outrossim, não havendo outro modelo apto para tanto, é necessário um balanço crítico do viés jusnaturalista. Dito de outro modo, refletir sobre a ideia de haver um fundamento anterior e superior a vida social como forma de explicar os direitos humanos, estando o fundamento de sua validade na suposta inerência a natureza humana.

Assim, deve-se pensar que o programa de direitos humanos torna-se limitado porque tem sua base individualista e liberal, carecendo de efetividade. Por isso, transfigura-se em ideologia de justificação dos ricos para explicar intervenções contra países e pessoas fora dessa margem econômica. Em razão disso, acredita-se que tais direitos não seriam ideais a se conquistar, mas ilusão jurídica.



Dessa maneira, o foco de fundamentação dos direitos humanos não deve ser garantias meramente formais, nem dita inerência dos direitos, como pretendem os jusnaturalistas. Mas, devem se basear nos seguintes aspectos: como a ideologia dominante dos direitos identifica-se com a tradição liberal clássica, o individualismo do *laissez-faire*, até concepções mais alargadas dos direitos humanos, como *welfare state* podem ser tidas como estatizantes ou intervencionistas (bolchevizantes). Assim, promove-se idealizações dos direitos humanos como meras bandeiras, substitutivo de lutas antes empregadas (FREITAS, 2012).

Em termos outros, o objetivo dos direitos humanos é de resistir à dominação e à opressão pública e privada. Eles perdem este objetivo quando se transformam em ideologia política ou em idolatria do capitalismo neoliberal ou na versão contemporânea da missão civilizatória. Nesse sentido, acreditamos existir certo encontro no pensamento de Freitas, Costa Douzinas e Marx, os quais, mesmo de forma diversa, tratam sobre pragmatismo, enquanto filosofia da práxis, tendo por objetivo não apenas a construção de uma teoria, mas aplicação dessa teoria, no intuito de entender, visualizar na prática os problemas sociais. Além disso, Michel Villey também trata do discurso falacioso dos direitos humanos e das contradições históricas de seu conceito. Nessa trilha, alerta:

Ó medicamento admirável! – capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo produziu! Manipulados por Hobbes, os direitos do homem são uma arma contra a anarquia, para a instauração do absolutismo; por Locke, um remédio para o absolutismo, para a instauração do liberalismo; quando se revelaram os malefícios do liberalismo, foram a justificação dos regimes totalitários e dos hospitais psiquiátricos. E, se fossem levados a sério, trazer-nos-iam de volta a anarquia... (VILLEY, 2007, p.162).

De se ver que o autor denuncia o caráter ideológico-político de manuseio dos direitos humanos em detrimento de alguns e não para gozo de todos, ou seja, “ferramenta de mil usos”, mas para o “bem de uns”. Logo, explicita sua missão impossível de proteção a todos os homens. Assim, uma análise histórica e filosófica dos direitos humanos permite vislumbrar o que há por cima ou por fora de seu conteúdo jurídico, denunciando o caráter retórico e ideológico da expressão.

No terreno da política e do direito, que o discurso sobre os direitos humanos se atribuiu a tarefa de ocultar. O direito é relação entre homens, multilateral. Tenha ou não consciência disso, quando você usa a palavra "direito", trata-se de uma relação. Como é que se poderia inferir uma relação, que abrange vários termos, de um termo único: o Homem? O aparecimento dos direitos humanos atesta a decomposição do conceito do direito. Seu advento foi o correlato do eclipse ou da perversão (VILLEY, 2007, p.163)

Por isso, nota-se que os direitos humanos não nascem para funcionar aos interesses de todos. Se assim fosse, se eles fossem levados a sério e a cabo, eles mesmos conduziriam a sociedade à anarquia. Douzinas (2009), com outros termos, aduz que a humanidade protegida

pelas declarações não tem como alcançar um caráter global (Burke), porque idealiza um homem que não existe: muito abstrato para ser possível ou muito concreto para ser universal. Outrossim, não se negam os ganhos normativos e concretos jurídicos que os direitos humanos podem proporcionar na luta individualizada na realidade. Porém, cabe-nos, aqui, inquirir as suas faces: o lado da análise política e social e o da parcialidade da dogmática jurídica, que não deixa de ter bons reflexos em alguns casos, dentro do sistema maior de exclusão.

Pode-se dizer que partir da teoria dos direitos humanos, há uma segregação entre direitos do homem e direitos do cidadão: Os *droits de l'homme*, os direitos humanos, distinguem-se, como tais, dos *droits du citoyen*, dos direitos civis. Qual o *homme* que aqui se distingue do *citoyen*? Simplesmente, o membro da sociedade burguesa. Por que se chama membro da sociedade burguesa de “homem”, homem por antonomásia, e dá-se a seus direitos o nome de direitos humanos? Como explicar o fato? Pelas relações entre o Estado político e a sociedade burguesa, pela essência da emancipação política. Registremos, antes de mais nada, o fato de que os chamados direitos humanos, os *droits de l'homme*, ao contrário dos *droits du citoyen*, nada mais são do que direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade (MARX, 2005, p.34).

Desse modo, distante de considerar o homem como um ser genérico, estes direitos, pelo contrário, fazem da própria vida genérica, da sociedade, um marco exterior aos indivíduos, uma limitação de sua independência primitiva. Vislumbra-se uma perturbadora ilação de Marx a respeito do supracitado: a Revolução Francesa apesar de romper muitas barreiras que separavam os homens, proclamou uma liberdade egoísta. Assim, a grande crítica feita ao universalismo da Declaração de 1789 refere-se ao homem em abstrato, mas que encontrou a perfeita personificação no sujeito burguês. Desvela-se o homem imaginário da tradição iluminista, na qual triunfou tal agenda dos direitos humanos. Nas palavras de Arendt (2012, p. 396) a questão dos direitos humanos deveria considerar um contexto político de emancipação nacional: apenas uma soberania nacional teria capacidade de assegurar a fruição do rol desses direitos, não para um ser abstrato; o destinatário é o titular de nacionalidade que garanta esses direitos, por intermédio de arranjos institucionais, dotados de poder de coerção.

Por outra ponta, o relativismo cultural repousa na imprescindibilidade de inserção do direito no contexto cultural, levando em conta a dinamicidade e complexidade de dada sociedade. Tal setor vislumbra a cultura como responsável por abarcar as fontes do direito e da moral. Sendo assim, a linguagem sobre os direitos humanos é produzida particularmente em cada cultura, de acordo com os costumes e contexto histórico que cada uma apresenta.

Próximo a tal entendimento, Villey (2007) considera o direito como a relação entre pessoas. O Direito reúne as pessoas para o “bem viver”. Ele é mais que a decisão de uma autoridade legítima formalmente competente, sendo a procura intelectual de soluções para a convivência das pessoas na realidade da vida cotidiana. Portanto, resultado de uma reflexão em movimento permanente através do tempo.

Piovesan (2012, p.215) afirma que “cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que será relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade”. Nessa trilha, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral. Apesar dos embates universalistas e relativistas, algo certo se impõe e sem necessidade de grandes intelectões: sabe-se que a revolução burguesa constituiu-se como movimento contra o absolutismo, contra o antigo regime feudalista, para garantir a burguesia, como classe economicamente em ascensão, poder político e direitos, valendo-se para tanto do programa de direitos humanos.

Nessa linguagem sua função foi legitimar, sob o capitalismo liberal, excessivas desigualdades, que se perpetuam em numerosas regiões do globo, e, diversamente acentuado conforme os países e as épocas, a sujeição ao poder. O excesso promove seu reverso. “Ao positivismo jurídico foi necessário um antídoto. Os modernos opuseram-lhe a figura dos direitos humanos, da filosofia da Escola do Direito Natural, cujo desaparecimento teóricos do século XIX erradamente anunciaram” (Villey, 2007, p.3)

Passou-se da doutrina do direito natural para a doutrina do direito positivo, do jusnaturalismo místico à racionalidade do direito (humano) moderno. Nota-se, a partir dessa passagem, a dialética histórica dos direitos humanos, a qual funcionou como ruptura de um regime de dominação e instauração de outro semelhante regime de dominação.

Nota-se que a crítica de Michel Villey (2007) refere-se à ideia da filosofia nominalista e individualista, emergentes na Idade Média tardia com influência de elementos do cristianismo e do humanismo. Dessa forma, afirma o autor que o direito deve ser visto em uma perspectiva relacional e não somente individual. Demonstra que a tradição greco-romana (mesmo sem o uso do termo direitos humanos ou direitos subjetivos) valia-se de uma dimensão subjetiva do direito. Personalista no sentido de haver certas exigências básicas da pessoa, para realização de sua dignidade. Logo, surgem garantias fundamentais e é no âmbito da vida social que se concretizam, sendo delimitados, não absolutos, não individualistas.

Em estudo ao conceito de direito subjetivo, Villey (2007) opõe-se à linguagem dos direitos humanos. Afirma que as modernas declarações de direitos humanos são fórmulas desprovidas de sentido, que geram falsas expectativas, direitos utópicos. Trata-se de uma linguagem vaga e ilusória, que, por isso, não deve ser considerada como um progresso para a ciência jurídica.

Villey (2007, p.163) considera que a “linguagem dos direitos humanos resente de diversas aporias: irreais, ideais, dramaticamente falsos”; são indeterminados, carecem de limite ou de medida; e são contraditórios, porque cada direito do homem nega o direito de outros, e praticados separadamente originam injustiças. Assim, exemplifica que o direito à vida não se compadece com a liberdade de abortar; o direito ao silêncio é dificilmente compatível com o direito a manifestar-se publicamente e o direito à intimidade com o nosso direito à informação generalizada (*vide* também, VILLEY, 2007, p.13; 153-154).

Percebe-se que na visão villeyniana os direitos humanos são espirituais, sem nota de exterioridade. A linguagem dos direitos do homem é, pois, uma não linguagem do direito. Essa noção nasce em meio a razões extrajurídicas, disputa intraeclesial que impacta sobre a concepção de como organizar a sociedade civil e seus fins. Supõe considerar de maneira exclusiva e excludente os indivíduos de modo isolado, sem relação com os demais e com o contexto social.

Verifica-se que tudo isso com base em três fontes filosóficas convergentes: o nominalismo, o cristianismo e o humanismo. Pelo primeiro, como já se falou, só o indivíduo está dotado de existência real, sendo objeto autêntico do conhecimento, não existindo ordem jurídica sem procedência na vontade individual. O segundo representa toda a inspiração teológica, como principal fonte desta invenção dos direitos do homem. Pelo terceiro tem-se a ideia de que existe uma comunidade da humanidade inteira.

De acordo com Villey (2007, p.142), a ideia dos direitos humanos surge claramente no chamado estado de natureza hobbesiano.

*"right of nature which writers commonly call jus naturale" e que consiste em "the liberty each man hath to use of his own power, as he will himself, for the preservation of his own Nature:J that is to say of his own Life:Jand consequently of doing anything which in his judgement and Reason he shall conceive to be the aptest mean thereunto"*

Verifica-se nessa noção moderna vinculada ao poder ou liberdade, uma contraposição a Aristóteles. A demonstração de Hobbes revela, pois, suas origens filosóficas de exaltação cristã da liberdade de cada pessoa e, inclusive, o já mencionado nominalismo.

Assim, este estado de natureza coloca os indivíduos na anomia. Não por acaso, a razão permite afastamento desse estado de guerra e de insegurança, pelo contrato. Trata-se de “submeter-se a um acordo comum, sacrificando nossas liberdades à força de um poder soberano que instituirá a ordem e a paz - Deus mortal -, imagem sobre a terra do soberano onipotente do reino dos céus” (VILLEY, 2007, p.148). Desse modo, reintroduz-se no estado de natureza, por cima da razão de cada indivíduo, uma lei comum, que regulamenta todos no respeito mútuo de suas propriedades. Eis o homem transformado novamente em um ser naturalmente social.

O positivismo jurídico encapsula o direito, pois, fechando-o em leis e todo o sistema de direitos subjetivos depende delas. Todavia, em razão de o positivismo jurídico não oferecer ao indivíduo nenhum recurso frente ao Estado, Villey lembra que houve comunismo, fascismo, nacional-socialismo. Logo, não sobraria outra coisa que os direitos do homem para defendê-lo contra a arbitrariedade do próprio Estado, somente resta esse último vestígio (deformado) que se conserva do direito natural.

A partir disso, pode-se dizer que a noção de direitos humanos, ao ser contingente, por resultar o produto de um determinado momento histórico, assume as notas características da filosofia que a gestou, a saber: um individualismo de base que redundava em um olhar subjetivista do direito, o qual se opõe, de plano, à tradição aristotélico-romano-tomista. Portanto, inexistem direitos humanos sem vínculo de seus titulares com alguma forma política organizada e detentora de força que os garanta.

Villey deixa claro que reconhecer dimensão jurídica aos direitos humanos não implica subministrar uma solução precisa para as relações humanas, nem, menos ainda, negar que é necessário proceder a um estudo dos fins da natureza das coisas disputadas.

Sendo assim, as fórmulas norte-americanas (vida, liberdade e procura da felicidade) e francesas (igualdade perante a lei, liberdade, proteção à propriedade e soberania nacional) aparecem já inoperantes.

Concebem-se direitos, imaginaria e originalmente inalienáveis, porque formados para serem independentes de todos os governos, nisso, os direitos humanos perderiam o sentido prático, na exata medida em que seres humanos desprovidos de vínculos políticos próprios de cidadania não contariam com proteção dos mesmos. Logo, para aquele desprovido de qualquer forma de proteção estatal, a agenda dos direitos humanos é um “dado flutuante em um espaço inexistente” (Nesse sentido, ARENDT, 2012, p. 399; 403).

## **2 PARADOXALIDADES DOS DIREITOS HUMANOS: DESDE O PENSAMENTO DE COSTA DOUZINAS AO VIÉS LUHMANNIANO SOBRE OS SISTEMAS JURÍDICO E POLÍTICO EM FACE DOS DIREITO HUMANOS**

O desenvolvimento teórico dos direitos humanos, como se viu, reflete um complexo processo histórico-semântico. No curso desta travessia, as transformações da sociedade inventaram para ela mesma a exigência de buscar maneiras outras de descrevê-la.

As motivações para esta pressão mutacionista, tanto das estruturas normativas como nas necessidades de sistematização do direito comum, são geralmente apontadas no desenvolvimento da economia monetária. (Luhmann, 2000, 154). Disso, verificou-se que a problemática da fundação dos direitos humanos é um legado deixado pela decadência do antigo Direito Natural europeu. Pode-se dizer que os direitos são o resultado da construção do Direito Natural - em que, para autoengano dos protagonistas, o termo Direito Natural é mantido, mas adaptado como um tipo de direito racional.

Por isso, a relevância de se estudar tais paradoxos como forma de analisar as omissões da filosofia e apurar o olhar acerca de como o ausente na presença se faz notável (LUHMANN, 2000, 160).

Na dogmática dos direitos humanos sente-se um paradoxo um tanto peculiar: a diferenciação de indivíduo e direito, a qual sofre impacto estrutural e semântico. Dito de forma simples, suprimiram-se as referências de identidade atinentes à origem e distinção hierárquica, sem qualquer substituição. Simplesmente, ganha espaço o chamado direito subjetivo, o qual, por seu turno, apenas ganha valia, paradoxalmente, como como direito objetivo.

Assim, os direitos humanos apresentam-se como direitos nem superiores ao direito, nem mais humanos que o direito. São somente “condições institucionalizadas da civilização das possibilidades de atuar que contribuem em modo decisivo à estabilização da sociedade moderna” (DE GIORGI, s.d). Uma tecnologia de imunização da sociedade contra ela mesma, os direitos humanos imunizam o espaço em que se mantém a distinção entre política e direito. Isso porque apenas em razão dessa diferença torna-se legítima uma dupla expectativa, qual seja: a de transformar expectativas sociais em pretensões políticas e estas em expectativas juridicamente garantidas, e de realizar isto pela proclamação das mesmas expectativas como direito.

Em termos simples, os direitos humanos impedem a ocupação política da sociedade. Em decorrência, são primeiro declarados, unem-se aos direitos dos cidadãos e quanto mais se

amplia a incapacidade do Estado de adotar garantias das divergentes direções da atuação dos indivíduos e dos grupos, tanto mais eles se diferenciam dos simples direitos dos cidadãos e se universalizam. Posteriormente, eles são constitucionalizados, e são as Constituições, que vão condensar a unidade da diferença referida antes, ou seja, entre política e direito, assim, elas impedem que um interfira no outro.

Quando o pensamento jurídico moderno trabalha com a noção de que direitos humanos como valores universais, princípios, que seriam aplicáveis imediatamente, isso produz expectativas desprovidas de fundamento. Porque princípios e valores não podem ser aplicados, apenas descrevem determinações de sentido, após a decisão já ter sido tomada. Tem apenas a função de legitimar ou uma ou a outra das ditas direções possíveis: torna legítimo o conflito, porém não o evita ou o resolve.

Sendo assim, tratar dos direitos humanos é manejar paradoxos. Os estudiosos afirmam-nos como pré-positivados, em razão do caráter inalienável, indisponível, inviolável, intransmissível. São universais e imediatamente válidos. Mas, sua validade manifesta-se apenas com sua violação. Também, surge como problemática, primeiro, quem delimitaria a extensão da universalidade de um direito humano, ou seja, o espaço da igualdade ou da liberdade como direitos humanos. Segundo, em uma visão estrutural-constructivista, a questão de quem seria o observador para tanto.

Para os neoconstitucionalistas, os direitos humanos são indecisos. Verifica-se nessa afirmação o paradoxo constitutivo dos direitos humanos: *sobre* eles não se pode decidir, decide-se *com base* nos direitos humanos. Ao mesmo tempo, como dizia, Heinz Von Foerster só o que é indeciso se pode decidir. Assim, somente *sobre* um direito fundamental é possível decidir, ou seja, construir a determinação que lhe dá sentido. Porque todas as outras decisões já estão decididas. Porém, o sentido, por exemplo, da limitação da igualdade, a determinação da tutela, da vivibilidade da vida, assim como os limites da extensão do direito da dignidade, seu conteúdo, a valorização dos interesses, isso deve ser decidido e pode ser decidido justamente porque é indeciso (DE GIORGI, s.d).

Os direitos humanos são “a ideologia depois do fim, a derrota das ideologias. Eles unificam, pelo menos na superfície, (partes) da direita e da esquerda, o norte e o sul, a igreja e o Estado, o pastor e o rebelde” (DOUZINAS, 2009, p.2). Em sociedades modernas, despolitizam a política, configurando meios de publicização e legalização do desejo individual, niilista. O nação-estado passa a existir através da exclusão de outras pessoas e nações. Os indivíduos modernos alcançam a sua humanidade através da aquisição de direitos políticos de cidadania, os quais garantem a admissão deles à natureza humana universal ao

excluir outros deste *status*. Toda essa metafísica da igualdade deixa intactas as desigualdades reais.

Nessa direção, sistemas sociais e políticos tornam-se homogêneos ao transformarem suas prioridades ideológicas em valores universais. Os direitos essenciais, negativa e economicamente interpretados, promovem a penetração capitalista e neoliberal. Assim, assevera-se que há pouca distinção entre cristianismo e direitos humanos. Os direitos naturais símbolo da emancipação universal, mas armas poderosas da classe capitalista ascendente, isto é, instituições assegurando e naturalizando relações sociais e econômicas dominantes. Ideologias privadas e interesses egoístas normalizados quando encobertos pelo vocabulário dos direitos (DOUZINAS, 2011).

De se ver que os direitos humanos tanto ocultam quanto proclamam a estrutura dominante, ao mesmo tempo, que revelam a desigualdade e a opressão. As reivindicações por eles evidenciam a dominação e os conflitos inevitáveis da vida social e política. Porém, escondem as raízes profundas dessa exploração ao enquadrar a luta e a resistência em termos de paliativos legais e individuais que, propiciam poucos avanços e quase rearranjo do edifício social. Logo, o paradoxo é o princípio organizador dos direitos humanos (DOUZINAS, 2011).

A partir disso, nota-se a precariedade dos direitos humanos. Funcionam mais como técnicas ideológicas do poder público do que estratégias de luta e ação. Os direitos humanos são efeito do Iluminismo e foi ao final do século XVIII, que ganha força o conceito de homem, como valor absoluto e inalienável. A humanidade, o homem como existência da espécie, inscrevia-se no cenário histórico como a combinação peculiar da metafísica e cristã. Aqueles não pertencentes à nação foram excluídos da proteção do Estado. Para Douzinas, a ideia de cidadania da Declaração de 1789 foi responsável pelo nacionalismo e consequências, conflitos étnicos, genocídios, apátridas etc. (DOUZINAS, 2009, p. 196;116)

Assim, criticou tais abstrações metafísicas. De o homem dos direitos humanos ser aquele sem características concretas, mas o que desfrutava cidadão com poder aquisitivo. Assim, a humanidade não pode servir como um fundamento normativo, porque não possui significado fixo. Do contrário, sua função é de ser um não-conceito, inclinado a processo de redefinição contínua, escapando das determinações dos estratos dominantes (DOUZINAS, 2009, p. 115 e ss).

Portanto, reafirma-se o paradoxo: homem das Declarações é uma abstração, universal, mas irreal, vez que apenas dados cidadãos são tutelados por elas. O princípio metafísico do cristianismo, com fulcro na noção de igualdade e universalidade, agora, reproduzido pelos direitos humanos no ideal de justiça plena e de um mundo igualitário. Em contraposição,



circunstâncias reais de relações desiguais e diversas formas de opressão alastram-se. São, assim, elementos utópicos e prospectivos, alicerces de um sistema jurídico liberal.

Além disso, o fato de os direitos humanos sustentarem-se em Estados soberanos, o que resulta na maior contradição do regime internacional de sua proteção. Porque se, por um lado, os Estados têm a obrigação de implementá-los, por outro, as suas violações são sua falha para tanto. Desse modo, os direitos humanos perdem sua finalidade: ser uma prática de resistência, transformando-se em instrumentos de manutenção de uma ordem excludente.

Por isso, a denúncia insistente ao longo da obra de Douzinas (2009): o uso destes direitos serve para despoliticizar a política. Os ativistas, de regra, recusam o manto político, escondem-se por trás de um discurso antipolítico. O político é desmobilizado em defesa de uma concepção moral universal. As reivindicações denunciam as opressões, mas também escamoteiam as raízes profundas do conflito ao carregarem um discurso consensual, universal e abstrato.

Com tudo isso, poder-se-ia inquirir se Douzinas quer encontrar uma finalidade para direitos humanos ou se declara sua falência. Acredita-se que o autor traz o paradoxo que ele tanto denuncia no seu título, ou seja, dizer que os direitos humanos chegaram ao fim é um paradoxo em si mesmo. Por isso, “os direitos humanos têm apenas paradoxos a oferecer” (DOUZINAS, 2009, p. 17). Percebe-se que o século XX anuncia vitória dos direitos humanos, mas testemunha suas maiores violações, sendo este o palco desolador de afirmação de que os direitos humanos estariam mortos. Ademais, que quando governos, instituições internacionais etc apoderam dos direitos humanos, enunciam seu fim. Transformam-se em uma “espécie de mantra, cuja repetição alivia a dolorosa lembrança das infâmias passadas e a culpa por injustiças presentes. Quando isso acontece (...) os direitos humanos bloqueiam o futuro” (DOUZINAS, 2009, p. 165). Em sentido amplo, o paradoxo revela-se uma vez mais: normas são reconhecidas por meio de suas violações e os direitos humanos na medida em que são descumpridos (LUHMANN, 2000, p.158).

Pode-se inferir que o jusnaturalismo modificou-se de padrão externo objetivo em direito natural subjetivo, ou seja, em um poder possuído pelo indivíduo que o caracterizava como ser humano. Na modernidade sofreu uma nova mudança para direitos humanos. Outrossim, sua essência e sua finalidade continuaram os mesmos: serem a prática e o discurso contra a opressão e a dominação. Os direitos humanos são violados e garantidos localmente, por isso, do ponto de vista de um universal concretizável, a promessa do “não ainda” (como era a do direito natural, nesse sentido ver BLOCH, 2011)

Por derradeiro, ilustrativa a menção luhmanniana “Se o indivíduo recorrer a *seu* direito como direito *próprio*, falhará tanto quanto o personagem Michael Kohlhaas (LUHMANN, 2000, 155), ou seja, o grande herói trágico da comédia do direito esplendidamente relatada por Kleist: morreria de execução capital, feliz de haver realizado seu direito de ter direito (DE GIORGI, s.d).

## 2.1 Direitos humanos como fundamentação e simultaneamente diferenciação do sistema do direito e da política

A fórmula direitos humanos, como demonstrado, recolhe a complexidade de transformações ocorridas na modernidade, como reação à maneira moderna de diferenciação social. Em palavras simples construtivistas, tratam-se de novo fundamento para uma sociedade moderna em crise com os fundamentos. Nessa trilha, é possível afirmar que simbolizam a fundamentação do direito e política modernos ou são os pressupostos de sua fundação, por assim dizer, uma espécie de fundamento dos fundamentos.

Todavia, notou-se que até sua declaração e reconhecimento de forma positivada, anos de vivência histórica e semântica condensaram-se em novas teorias, cuja complexidade ocultava na novidade dos ditos direitos, o antigo paradoxo das fundamentações que desconhecem fundamentações, como se escreveu anteriormente. Observou-se que explicações de uma história dos direitos, em geral, não se ocupava de investigar os problemas sociais que supostamente se buscava resolver pelo recurso às teorias dos direitos humanos. Isso porque tais direitos, nessa perspectiva histórica/teórica, configuraram algo ontologicamente dado, por isso, inclusive, se fala em gerações de direitos humanos.

Viu-se na doutrina duas genealogias centrais, a tradição inglesa e americana, bem como a tradição francesa. Sem se preocupar com primazia e originalidade dessas tradições, vislumbrou-se que evolução de uma semântica dos direitos humanos, em ambos os foram tentativa de resolver problemas não localizados espacial ou temporalmente. Tratou-se de uma universalidade dos problemas, de uma só sociedade, a sociedade do mundo.

Apesar dessa universalidade dos direitos humanos, o debate anglo-saxão deduziu-se do *common law* e logo foram proclamados como direito não apenas dos ingleses, mas de todos. O que já mostra um paradoxo: tal universalidade e a historicidade dos direitos foram espaciais e historicamente fundadas. Depois, foram incluídos na Constituição, contra considerações de cunho sistemático, para dar-lhes a estabilidade e normalizá-los

juridicamente. Agora, outro paradoxo manifesta-se como necessidade de positivação do direito pré-positivo.

A França, por sua vez, também se apegou à noção de direitos humanos como direitos naturais. Mas, ato contínuo à Revolução tratou de igual modo de declará-los e, em seguida, constitucionalizá-los. Essa constitucionalização sucede, pois, sua fundamentação, ocultando outro paradoxo: porque antecipada como condição e resultado das revoluções. Eis a modificação do direito natural em normas legais aplicáveis. (DE GIORGI, 2014)

O frágil fundamento das tradições supracitadas foi o contrato social, como explicação do próprio fundamento do direito e da política, doravante, distante de uma dimensão religiosa. Portanto, a ideia de contrato social diferencia direito e política, mas ambos sistemas reciprocamente se amparam. Assim, realça-se a tríade liberdade-igualdade-propriedade, premissas naturais da juridicidade do contrato. A fórmula deste, porém, ao mesmo tempo em que é produto da moderna diferenciação de direito e política, revelava-se fragilizada, precisamente, em face dessa diferenciação (LUHMANN, 2000).

Acredita-se que o contrato como unidade jusnaturalista de direito e política opõe-se a própria noção de diferenciação social, a qual requer independência do direito e da política, bem como da instância moral. Outrossim, o improvável sentido de contrato social repousa no fato de que – imbuído de concepções, *a priori*, democráticas – a noção de igualdade apoia-se na desigualdade entre cidadãos e súditos, bem como a ideia de soberania apresentou-se, simultaneamente, como popular e absoluta, como bem se estudou através das lições de Douzinas. Outra notória implausibilidade do caráter jurídico do contrato social, revela-se na medida em que ele é um contrato jurídico anterior à diferença entre o jurídico e o não-jurídico. Desse modo, expõe a fragilidade da vontade política em se submeter a uma fundação e a uma limitação jurídica.

O caráter jurídico do contrato social é herança do direito natural, porém, esse já é mais tão “legítimo” comparado ao que advém da vontade política. Inventar-se, assim, pela visão contratualista, uma naturalidade dos deveres, mormente, o dever de obedecer. Se pensarmos por Locke, o contrato, com base na antropologia positiva, visualiza o homem como titular, por natureza, de direitos. Logo, a limitação do exercício do poder político provém dessa anterioridade do próprio direito natural. Por assim dizer, a natureza fez dos homens indivíduos livres e, especialmente, proprietários!

A paradoxalidade do contrato social – direito ter fundação jurídica em um direito precedente a qualquer forma de direito – deparou-se na noção de indivíduo com uma possibilidade de assimetria. Na medida em que o individualismo concebeu a humanidade dos

indivíduos como expressão de uma natureza humana que, enquanto tal, é uma natureza de direitos, “direitos humanos”, não apenas os indivíduos que fundam o contrato social, e, com isso, o direito, mas é também o direito (natural) quem funda os indivíduos (LUHMANN, 1996).

Dito de outro modo, verifica-se que indivíduos fundam o contrato e, a partir disso, o direito, que pressupõe a noção de direitos humanos (direitos naturais). Disso se percebe nova circularidade ou o paradoxo da diferença entre direito e indivíduo, inerente à ideia do contrato. Porque este pressupõe os indivíduos e seus direitos humanos e a condição humana dos indivíduos pressupõe o contrato. Dessa forma, os direitos constituem direitos salvos do estado de natureza no estado civil. Pode-se aduzir que o contrato forma-se tendo por base os direitos humanos e, posteriormente, funciona para a manutenção dos direitos humanos no estado civil. Assim, o contrato cria a diferença entre os direitos humanos, que lhe são anteriores, e os direitos constituídos, decorrentes dele, isso sob o paradoxo da unidade entre estado de natureza e estado civil.

Em razão disso, compreende-se que as modernas Constituições e as Declarações funcionam como nova fundação, para além da noção de contrato, para o direito e para a política. Nas Constituições, a soberania, na forma de popular, é domesticada, ao passo que os direitos, nas declarações, libertam-se da natureza, indo ao encontro da contingência. Desse modo, domestica-se a soberania popular pela positivação dos direitos.

Assim, como novidade resolutiva, projeta-se o direito e a política rumo ao futuro com base em noções modernizadas como direitos humanos, liberdade, igualdade e democracia. Expressões que sofrem um giro semântico exatamente com a fundamentação e positivação dos direitos humanos. Essas invenções direitos humanos e Constituição surgiram sem se autoexcluírem: os direitos humanos, antes pano de fundo do contrato social, transformaram-se em textos de direito positivo e obteve *status* constitucional.

Em rompimento com a tradição, o direito e a política não encontravam mais o fundamento de sua legitimidade. Por isso, como estratégia de estabilização da nova ordem, deu-se o deslocamento da sede da soberania pela Constituição representativa, sendo esta a inquietude fixa, a revolução detida, o estado absolutamente sujeitado (LUHMANN, 2002), aparecendo, por assim dizer, como “estabilidade dinâmica”.

O paradoxo da unidade da diferença entre direito e política desloca-se da antiga hierarquia entre direito divino, natural e positivo (de Estado de soberania absoluta) para a positividade do direito, fazendo surgir nova diferenciação: o direito positivo bifurca-se em direito intangível e direito disponível. Uma nova modalidade de diferenciação entre

heteroreferência e autorreferência nas operações internas do sistema político e jurídico. Assim, a Constituição nada mais significa que “o dispositivo voltado para diferenciar a autoreferencialidade da heteroreferencialidade nas operações internas do sistema”. (LUHMANN, 1996, p. 107)

Dito de maneira simples, a Constituição, sob a ótica do sistema jurídico, substitui a ideia de direito natural, ou seja, constitucionalizam-se, positivam-se os direitos naturais. Em uma visão do sistema político, ela se torna espaço no qual o direito absoluto do monarca, sua soberania, modifica-se pelo reconhecimento do direito dos cidadãos como limite ao exercício do poder.

Desse modo, a Constituição apresenta uma paradoxal função, pois limita e cria espaços de liberdade para os referidos sistemas. Isso se refletiu na distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Afirma-se que o direito, sobretudo os constitucionalmente estabelecidos são válidos projetam-se para o futuro, podendo ser efetivado no presente. Essa vinculação ao futuro pelo direito não implica uma determinação de sentido na esfera material. O fato de o direito continuar incerto quanto a sua efetivação, não se torna menos direito. O relevante é que decisões presentes fundamentem-se nas expectativas futuras que podem acontecer ou não.

Dessa forma, os direitos representam generalização ideal na dimensão social e material da comunicação, ou seja, apontem sempre para um futuro que, enquanto tal, jamais se realizou, resta perfeitamente compatível com essa ideia a concepção de que tais direitos são uma manifestação da natureza humana (DE GIORGI, s.d).

Como estratégia de autofundação do direito e da política, as Constituições cumpriram um importante papel na modernidade: aquele de integrar, ainda que de forma precária e artificial, as pretensões de fechamento do direito e da política, ou seja, a integração da diferença entre direito e política. Essa espécie de entrelaçamento dos sistemas apresenta-se em circularidade: por meio do poder, a política produz direito ao mesmo tempo em que o direito pode controlar a legitimidade jurídica das decisões políticas.

Em outros termos, o poder submete-se ao controle do direito que o poder mesmo produz. Esta ligação exclui supremacia de uma ou outra parte. Pressupõe uma grande variedade estrutural do direito e universalização dos temas da decisão política. Não há uma política suprema, não existe um direito supremo: ambos livres para dispor sobre suas próprias limitações. Essa relação recíproca não poderia significar uma não diferenciação. Isso quer dizer, apenas, que o sistema da política, por suas decisões, refere-se sempre a si mesmo, assim

como o direito, por suas operações, utiliza sempre e apenas o direito: esses são sistemas funcionalmente diferenciados (DE GIORGI, 1998).

As diferenças comunicativas entre direito e política parecem desaparecer sob o véu das Constituições, mas, na verdade, permanecem. “A Constituição constitui e, ao mesmo tempo, torna invisível o acoplamento estrutural de direito e política”. (LUHMANN, 1996, p. 101).

Este acoplamento estrutural, precisamente a Constituição, fundou uma organização que é, a um só tempo, jurídica e política, mas que não é, por isso, nem a totalidade da política e nem a integralidade do sistema jurídico: o Estado de Direito. Ele é uma organização pertinente a dois diferentes sistemas, operativamente fechados, com funções próprias e distintas, com programas diferentes e dependentes, cada qual, de seu próprio código da comunicação. A relação que as Constituições estabeleceram entre política e direito pressupõe, portanto, a diferenciação da circularidade que existe entre política que produz direito e legitimação jurídica da decisão política (LUHMANN, 1996, p.100-101).

Nesse sentido, também os direitos humanos, fundamentados nas Constituições, adquiriram diferentes significados para o direito e para a política. Para o sistema jurídico, dado que a Constituição é a lei suprema, os direitos se colocam como o fundamento da própria Constituição; para o sistema político, por sua vez, os direitos são, tanto quanto a Constituição, um instrumento político, “no duplo sentido de política instrumental – modificadora de situações – e de política simbólica – não modificadora de situações” (LUHMANN, 2002, p. 548).

Percebe-se, em suma, que, na Constituição, a positivação do direito e a democratização da política apoiam-se reciprocamente, dificultando a visualização de que o sistema jurídico e o sistema político são sistemas funcionalmente diferenciados. Porém, no contexto da diferenciação funcional, a questão do limite e, portanto, da fundação dos sistemas, deixou de encontrar respostas plausíveis em algo que se encontrasse fora do sistema (natureza, deus, razão, humanidade etc.).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A teoria dos direitos humanos esbarra no entrave entre as correntes do universalismo e do relativismo cultural sobre a discussão de seus fundamentos, cada qual questionando a motivação existencial e o sentido para o qual se destinam, principalmente. Todavia, tais correntes apenas encontram validade diante da análise de um caso concreto, que deverá ser avaliado com ponderação e razoabilidade.

Esse conteúdo dos direitos humanos que consiste justamente no reconhecimento universal de todos os indivíduos de modo igual, sem nenhuma diferença é como pretexto para os interesses totalmente profanos do poder e da economia. É fundamental insistir que com essa crítica não se está negando a importância da construção jurídica que se desenvolveu em torno dos direitos humanos. Sem dúvidas, sua necessidade é fundamental. Mas, servem como uma poderosa ferramenta para as batalhas ideológicas.

Na diferença entre direito e política, sob a referência comum aos direitos humanos, emerge novamente seu caráter paradoxal. Para tais os direitos sobrevivam às Constituições e à chamada crise da soberania, é preciso novos fundamentos: não jusnaturalista ou mesmo constitucional. Trata-se de internacionalização, de um cosmopolitismo exatamente com fulcro nos direitos humanos. Com isso, renascem velhas expectativas: que por meio desses direitos, a sociedade integre outros sistemas sociais, como a economia e da educação, que se permitam regular pelo primado desses direitos.

Simultaneamente, os direitos humanos pressupõem a diferenciação social e prometem a sua superação. Promessas irrealizáveis por conta das condições estruturais da sociedade moderna. Por isso, o apelo aos direitos somente em face de sua violação, revelando seu caráter simbólico. Aspecto este que pode ser positivo no sentido de idealidade, mas ser um mecanismo de ocultação do que a sociedade recusa-se a observar em si mesma. Por fim, cumpre ressaltar que em ambos os sentidos, em uma perspectiva estrutural-constitutivista, a ficção dos direitos humanos, se não é uma realidade, produz realidades. Assim, mesmo imbuídos de paradoxalidades, desenvolvem-se operativamente. Logo, menos relevante é a busca pelos seus fundamentos, resta observar o que se constrói em razão deles.

## **REFERÊNCIAS**

ARENDT, Hannah, *As Origens do Totalitarismo*, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 396.

ATIENZA, Manuel, *Marx y los derechos humanos* (2008). In: FREITAS, Lorena. (Orgs.). *Marxismo, Realismo e Direitos Humanos*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.

Bloch, Ernst. *Derecho naural y dignidade humana*. Dykinson. 2011.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo, Brazil: Editora Unisinos, 2009.

\_\_\_\_\_. *Os paradoxos dos direitos humanos*. Anuário do Núcleo interdisciplinar de estudos e pesquisas em direitos humanos/UFG. Vol.1.n1.2011.

DE GIORGI, Raffaele. Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. Argomentazione giuridica a partire dalla Costituzione (2014), texto preparado para o Seminário “Teoria da Decisão Judicial”, organizado pelo Conselho de Justiça Federal em Brasília.

\_\_\_\_\_. O futuro da justiciabilidade dos Direitos Humano. S.d

FREITAS, Lorena. (Orgs.). Marxismo, Realismo e Direitos Humanos. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.

HABERMAS, Fatti e norme, Contributi a una teoria dicorsiva del diritto e della democrazia. Milano: Guerini e Associati, 1996.

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

<[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18552/O\\_Paradoxo\\_dos\\_Direitos\\_Humanos.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18552/O_Paradoxo_dos_Direitos_Humanos.pdf)> Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo e LUTHER, Jorg. Il Futuro della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996.

\_\_\_\_\_. El Derecho de la Sociedad. Trad. Javier Torres Nafarrate. México, DF: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARX, Karl. A Questão Judaica. 5ª edição. São Paulo: Centauro, 2005.

VILLEY, Michel. O Direito e os direitos humanos, Martins fontes, São Paulo 2007.