

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS II**

CECILIA CABALLERO LOIS

MARGARETH ANNE LEISTER

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Margareth Anne Leister, Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-167-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

A proteção e efetivação dos direitos humanos para além das fronteiras nacionais é o elo que liga os diversos trabalhos aqui reunidos. Com efeito, a constatação de que, diante da necessidade de assegurar a proteção dos indivíduos ou grupos sub-representados, a soberania estatal é dogma superado ou, pelo menos, fortemente questionado, cada um destes trabalhos vai oferecendo a sua colaboração para a construção de um novo paradigma jurídico/político. O leitor poderá encontrar uma gama de contribuições que abordam desde questões técnicas a respeito do funcionamento do sistema interamericano de direitos humanos, passando pela análise das suas principais decisões, até trabalhos que discutem casos específicos.

O artigo denominado O tribunal penal internacional na repressão do crime de genocídio, a autora Inês Lopes de Abreu Mendes de Toledo analisa algumas decisões do Tribunal Penal Internacional (doravante TPI), em especial aquelas que tem como destinatários países não signatários do Tratado de Roma. A autora, partindo do pressuposto da crescente universalização dos direitos humanos, sustenta que, mesmo estes Estados deveriam ser responsabilizados diante de crimes passíveis de sanções internacionais.

Elisaide Trevisam e Margareth Anne Leister em seu artigo, denominado O interculturalismo como via para uma convivência humanitária, partem de um pressuposto inexorável, qual seja, que a pluralidade de culturas das sociedades contemporâneas é fato primordial na sua composição e somente a partir deste é devem ser pensadas as formas de integração. Com base neste pressuposto, o trabalho das autoras discute de que forma podem ser pensados dos processos de integração com base na experiência do interculturalismo. Isto implica, com bem irão explicar as autoras em ultrapassar as bases do multiculturalismo e encontrar formas que ultrapassem o mero respeito e tolerância para atingir o reconhecimento e das diversidades como fundamento da convivência humanitária.

Na mesma linha de pensar formas de convivências democráticas e que respeitem a alteridade temos o artigo de Camila Mabel Kuhn e Letícia Albuquerque, O processo de internacionalização dos direitos humanos: uma leitura crítica. A partir de uma contraposição entre Teoria Crítica e a Teoria Tradicional, o artigo tem por finalidade analisar o que a primeira tem a dizer sobre os Direitos Humanos, assim como analisar seu processo de internacionalização. Para as autoras, a Teoria Crítica dos Direitos Humanos rá possibilitar um novo olhar para o estudo e previsão deste tema, uma vez que busca não só a análise das

previsões internacionais destes direitos, mas a sua efetivação no contexto fático, tal qual como é e ainda, como deveria ser. Por fim, o artigo expressa a sua preocupação para que os direitos humanos sigam avançando, de forma efetiva, enquanto um direito que segue em transformação contínua, tal qual seu objeto de proteção.

Em A questão de gênero como vulnerabilidade da mulher: da convenção de Belém do Pará à Lei Maria da Penha, os autores Bárbara Helena Simões , Cicero Krupp da Luz discutem como os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos tem cumprindo um papel fundamental na proteção e guarda destes direitos. O artigo mostra como após responsabilização pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil publicou a Lei 11.340 a Lei Maria da Penha, destinada para a proteção das mulheres. Assim, o trabalho que o leitor irá encontrar, destina-se a refletir sobre a relação entre a violência de gênero e a atuação do direito internacional na promoção e proteção dos direitos das mulheres.

Ainda dentro dos importantes e crescentes debates sobre gênero, no presente volume o leitor irá encontrar o belo artigo A relevância da imigração frente aos papéis impostos ao gênero: cidadania, direitos humanos e diversidade cultural de Taiane da Cruz Rolim e Leonardo Canez Leite. Com efeito, os autores tem por objetivo demonstrar que os fenômenos migratórios devem ser pensados também a partir de uma perspectiva de gênero. Em seu trabalho, os mesmos demonstram a importância do reconhecimento de papéis impostos aos mulheres e homens no decorrer do desenvolvimento da sociedade, estabelecendo a centralidade da categoria gênero como constituinte da identidade coletiva dos sujeitos migrantes e, especialmente, como forma de preservar a multiculturalidade e diferença na formação da cultura pública.

Ana Paula Teixeira Delgado, em seu cuidadoso texto denominado Perspectivas jurídicas da imigração haitiana no Brasil: em busca de novos aportes, aborda o paradoxal e incerto caráter jurídico da proteção concedida aos haitianos que migraram para o Brasil após o terremoto de 2010. A partir da constatação de que este fluxo migratório representa um fenômeno capaz de redimensionar a forma de olhar e tratar o Outro, a autora demonstra como é inconstante e limitada a relação que o Brasil estabelece com estes migrantes, apontando para o fato de que não lhes foi concedida nem sequer a condição de refugiados, levando os mesmos a permanecer em território nacional em condição incerta e indeterminada. Por fim, a partir do caso haitiano a autora propõem a necessidade de revisão e releitura dos instrumentos internacionais e da normativa interna para casos similares.

Ainda sobre este tema que ganha importância cada vez maior no Brasil, Raynara Souza Macedo e Maristela Xavier Dos Santos em seu trabalho denominado Refugiados no Brasil:

realidades, trabalho e perspectivas, elencadas questões atinentes à proteção do trabalho no cenário mundial, chamando atenção para a condição da precariedade do trabalho no cenário mundial, chamando atenção o aparecimento do homo faber (Agambem) no desenvolvimento das atividades humanas em decorrência da desvalorização da produção levada a termo pelo homem. Esta situação, como bem relata o artigo, se agrava em relação aos migrantes que exercem, em maioria, trabalhos análogos ao escravo. O trabalho aponta então para a necessidade de Com o fito de embasar a proteção do direito ao trabalho para os refugiados, o trabalho aponta para a necessidade de delinear os instrumentos normativos em âmbito internacional e interno, aptos a salvaguardar os direitos dos trabalhadores, especialmente dos refugiados.

Em Perseguição às minorias religiosas no cenário internacional e a eficácia dos instrumentos jurisdicionais de defesa dos direitos humanos de Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio e Karina Pinto Brasileiro partem do pressuposto que reconhecer a liberdade religiosa significa garantir que as pessoas possam agir livremente na sociedade, assim como compreender que existe uma obrigação, por parte do Estado, de conferir aos cidadãos as condições necessárias para que possam exercitar efetivamente tal direito. Por isto mesmo, quando um Estado atua no sentido de efetuar ou até mesmo não coibir uma determinada perseguição religiosa estamos diante de um fato que pode e deve ser combatido pela atuação de organismos internacionais.

O trabalho Regimes jurídicos e os povos da floresta: Um breve balanço da aplicação de regimes jurídicos internacionais na proteção de comunidades indígenas tem como objetivo identificar os regimes jurídicos internacionais aplicáveis às populações indígenas. O texto procura explicitar que existem normas internacionais destinadas para a proteção e reparação de lesões sofridas pelos povos originários e, ainda, que essas normas estão associadas, não só a regimes jurídicos distintos, como também impactam no estabelecimento de uma correlação entre direito e desenvolvimento.

A compatibilidade da legislação interna com a convenção internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência no acesso aos cargos públicos preocupa-se em debater a compatibilidade da legislação interna com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em especial a questão da reserva de vagas em concursos públicos. Inicialmente, busca definir quais sujeitos podem ser considerados como pessoas com deficiência, apontando este conceito como abrangente, uma vez que agrega o ambiente econômico e social no qual se insere o destinatário da proteção, ao se referir às interações com diversas barreiras. Tomando por base a legislação interna (Decreto 3.298/1999), o artigo defende que esta não atende de forma plena aos valores da Convenção sendo, então,

legítimo a intervenção do Poder Judiciário para verificar se certo candidato pode se beneficiar das vagas reservadas, quando sua deficiência não estiver nas definições de deficiência da legislação interna.

A FERTILIZAÇÃO CRUZADA E O REDIMENSIONAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS ENQUANTO FONTE FORMAL DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS analisa o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como mero meio auxiliar de interpretação do Direito Internacional, e o diálogo entre fontes, dada a expansão da jurisdição internacional.

Em Uma introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: reflexões sobre sua história, estrutura e o recente posicionamento do estado brasileiro, o leitor irá encontrar uma excelente reconstrução histórica de formação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Explorando os diversos momentos da trajetória histórica do órgão, o artigo aponta para as significativas transformações sofridas frente aos diferentes cenários políticos vivenciados no continente americano. Ressalta, por exemplo, o papel que o SIDH desempenhou durante as décadas de 1970 e início de 1980, de crítica e combate às graves violações de direitos humanos perpetradas pelas ditaduras militares instauradas na América Latina. O trabalho também ressalta importantes críticas que o SIDH sofreu por conta de uma forte crise institucional, quando vários países passaram a critica-lo abertamente afirmando que o órgão era tendencioso e alinhado à política norte-americana. O trabalho também explicita os órgãos que o compõem e suas competências; as principais ações; o seu funcionamento; e, ainda, traz importantes reflexões sobre o seu papel político e institucional. Por fim, explicita questões importantes sobre a relação do SIDH e o Estado brasileiro. Trata-se, portanto, de leitura imprescindível para a compreensão global do sistema.

A obrigatoriedade das medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: mecanismo de garantia dos direitos humanos no contexto interamericano investiga o seu surgimento institucional das referidas medidas e os caminhos para a sua posterior obrigatoriedade. Trata, acima de tudo, de verificar se estas se constituem em mecanismo mais eficaz para a proteção da vida e da integridade física dos cidadãos do continente americano. Partindo do pressuposto, por impedir o abuso de imediato em situações flagrantes de desrespeito aos Direitos Humanos, o que reforça a necessidade dos Estados cumprirem suas recomendações de boa-fé em razão de sua importância moral, além de ser obrigação jurídica internacional. Partindo do pressuposto que somente o conhecimento dos instrumentos básicos do sistema pode garantir seu funcionamento, o artigo aponta a centralidade do estudo das medidas cautelares. Assim, neste trabalho, estas são apresentadas inicialmente sob uma perspectiva teórica, logo após, debate-se a sua evolução e por fim, a sua aplicação ao longo

das décadas. O artigo ratifica a importância do mecanismo das medidas de urgência no contexto do Sistema Interamericano, com a ressalva de que as medidas cautelares que surgiram a partir de uma prática reiterada da Comissão Interamericana, jamais de um projeto político idealizado e chancelado pelos Estados nacionais, acabaram tendo por vezes sua validade questionada. Contudo, o trabalho caminha para demonstrar a validade jurídica das medidas cautelares e recomenda o abandono imediato do seu aspecto político, assumindo a sua normativa, que é o verdadeiro objetivo e natureza do mecanismo de urgência.

Em Responsabilidade Internacional de Estados por violações de direitos sociais trabalhistas: uma análise de casos do Sistema Interamericano de Direitos humanos, Monique Fernandes Santos Matos aborda a atuação dos dois órgãos principais do SIDH: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Com IDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em suas tarefas relativas à responsabilização internacional de Estados violadores de direitos humanos dos trabalhadores, uma vez que considera os direitos sociais trabalhistas também devem ser objeto de proteção do SIDH. O artigo inicia lembrando que, no campo dos direitos humanos, a responsabilização internacional dos Estados é essencial para reafirmar a juridicidade deste conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana. Firmando este pressuposto, a autora analisa alguns casos sobre o tema da responsabilidade internacional de Estados violadores de direitos humanos trabalhistas apresentados perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo de verificar se a jurisprudência da Corte IDH é condizente com o avanço da legislação sobre direitos sociais no contexto regional americano, e de avaliar seu estágio atual de evolução. Com base nestes dados, a autora constata a existência de uma primazia considerável na judiciabilidade e efetividade dos direitos civis e políticos, em comparação com os direitos sociais, econômicos e culturais. Em seu trabalho demonstra o quão são os julgamentos envolvendo os direitos sociais, apesar de altamente frequentes no contexto regional americano.

A CRIAÇÃO DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU E DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL, E A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NOS DOIS PRIMEIROS CICLOS DE AVALIAÇÃO (2008-2012) foi a contribuição de Thiago Cardoso Nalesso, avaliando os Relatórios apresentado pelo Estado brasileiro.

A pobreza como óbice à liberdade de expressão: diagnósticos e soluções do sistema interamericano de direitos humanos, de Danielle Anne Pamplona e Anna Luisa Walter de Santana Daniele, relaciona a pobreza à falta de liberdade de expressão nas Américas, uma vez que e exclui essas pessoas dos processos comunicativos e, conseqüentemente do processo

democrático. As autoras iniciam ressaltando o fato de que o direito à liberdade de pensamento e de expressão tem sido objeto de preocupação e estudo constante no âmbito do Sistema Interamericano em razão da sua importância para a proteção da autonomia individual e a promoção da democracia. Logo após, o trabalho das professoras preocupa-se em conceituar o que seria pobreza, definindo-a, essencialmente, como um critério de renda e como capacidade do indivíduo em adquirir produtos e serviços. Pela utilização de tais critérios, de acordo com o artigo, é possível afirmar que parte da população do território americano se encontra fora do processo comunicativo, suas necessidades não são conhecidas, assim como seus desejos e o modelo de sociedade em que querem viver. Ao limitar a sua capacidade de expressão, a pobreza impõem uma restrição ilegítima ao exercício do direito a liberdade de pensamento e expressão merece pronta preocupação dos juristas e dos Estados, uma vez que ela viola diversos humanos e reproduz a exclusão democrática.

No trabalho apresentado por Ana Angélica Moreira Ribeiro Lima e Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho, intitulado PARADOXOS DO DIREITO E DOS DIREITOS HUMANOS E SUA FUNCIONALIDADE NOS SISTEMAS DE DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL, aborda-se o aspecto funcional dos sistemas direito internacional-direito interno.

Amanda Cataldo de Sousa Tílio dos Santos analisa a nomeação dos perpetradores das graves violações de Direitos Humanos pela Comissão da Verdade, como caminho para a responsabilização jurisdicional dos agentes estatais.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A PROTEÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS VERSUS A VIOLAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL trata da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas-corpus 126.292, e da possibilidade de submissão à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Alexandre Machel Simões discorre sobre a opção político-constitucional de internalização de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro e suas consequências. Na mesma seara, Jan aí na Franco de Andrade, que aborda as questões procedimentais.

O caso Jean Charles de Menezes é revisitado por Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff, abordando as possibilidades de combate ao terrorismo pela via legislativa, inclusive mediante restrição de direitos individuais em prol da coletividade.

Daniel Brocanelli Garabini apresentou trabalho intitulado **PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E SUA APLICAÇÃO AOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS NO ÂMBITO**

DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, sob a ótica do princípio democrático e da universalidade dos Direitos Humanos.

Boa leitura!

Cecília Caballero Lois

Margareth Anne Leister

Vladimir Oliveira

**PARADOXOS DO DIREITO E DOS DIREITOS HUMANOS E SUA
FUNCIONALIDADE NOS SISTEMAS DE DIREITO INTERNO E
INTERNACIONAL**

**PARADOXES OF LAW AND HUMAN RIGHTS AND ITS FUNCTIONALITY IN
INTERNAL AND INTERNATIONAL LAW SYSTEMS**

**Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho ¹
Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima ²**

Resumo

Este estudo aplicado, qualitativo, exploratório e descritivo utiliza levantamento bibliográfico e documental e análise de conteúdo para abordar o aspecto funcional dos sistemas de direito interno e internacional, analisando paradoxos do direito e dos direitos humanos enquanto solução contingencial para a manutenção de sua operacionalidade sistêmica. Questionando sua negação devido às incertezas contrárias à tradicional epistemologia jurídica, conclui pela compreensão desses paradoxos no âmbito temporal da seletividade social que traduz um futuro repleto de possibilidades na forma de um horizonte de não saber, em que sua linguagem pode servir ou não à efetividade dos sistemas contemporâneos.

Palavras-chave: Paradoxos, Direito, Direitos humanos, Funcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This applied, qualitative, exploratory and descriptive study uses bibliographic and documentary survey and content analysis to embrace the structural and functional aspects of internal and international law systems, analyzing paradoxes of law and human rights as contingential solution for the maintenance of its systemic operability. By questioning his denial due to uncertainties contrary to traditional legal epistemology, concludes by understanding these paradoxes in the temporal scope of the social selectivity that translates a future full of possibilities in the form of a horizon of not knowing in which their language can serve or not to the effectiveness of contemporary systems.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Paradoxes, Law, Human rights, Functionality

¹ Professor da UFPB. Doutorando em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/UFPB. Membro do Grupo de Pesquisa "Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade - LABIRINT", da UFPB.

² Advogada. Mestranda em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/UFPB. Membro dos Grupos de Pesquisa "Justiça e Política" e "Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade - LABIRINT", ambos da UFPB.

1 Introdução

Este trabalho busca analisar a funcionalidade dos paradoxos do direito e dos direitos humanos na condição de soluções contingenciais necessárias à manutenção da operacionalidade dos sistemas jurídicos de direito interno e internacional. Em primeiro lugar, parte-se da compreensão do Direito como ciência ou como mera técnica de pacificação social e do problema do anseio por justiça enquanto fundamento, abordando-se a questão estrutural e funcional e a solução adaptativa e contingencial materializada na distinção epistemológica entre Ciência do Direito e Teoria do Direito.

Na sequência, discute-se a dimensão temporal da seletividade social fundada em contingências e o papel dos paradoxos para a manutenção da operacionalidade do sistema jurídico, questionando-se sua negação devido às zonas de incerteza e contradições não desejadas por uma epistemologia jurídica pautada na descrição objetiva dos objetos.

São, então, identificados os seguintes paradoxos do Direito: “paradoxo inicial dos sistemas sociais”, “paradoxo da improbabilidade”, “paradoxo funcional do direito”, “paradoxo funcional da política”, “paradoxo da integração”, “paradoxo da autofundação do Direito enquanto sistema social”, “paradoxo constitutivo do sistema jurídico”, “paradoxo do racismo”, “paradoxo da exclusão”, “paradoxo da igualdade”, “paradoxo da globalização”, “paradoxo das redes governamentais”, “paradoxo da governança” e “paradoxo da função judicial e jurisdicional do Direito”.

Igualmente, são explicitados alguns paradoxos dos direitos humanos, quais sejam: “paradoxo da afirmação de expectativas normativas”, “paradoxo da segurança”, paradoxo da afirmação dos direitos humanos”, “paradoxo do discurso mítico e pós-histórico dos direitos humanos”, “paradoxo da positivação do direito natural”, “paradoxo da consolidação do humanismo”, “paradoxo da afirmação-negação dos direitos humanos” e “paradoxo da igualdade de direitos”.

Conclui-se pela necessidade de adaptar os sistemas jurídicos atuais às atuais exigências do mundo globalizado, cientes de que essa interação é capaz de produzir alterações substanciais em sua linguagem própria. Logo, faz-se necessário compreender os paradoxos no âmbito de dimensão temporal da seletividade social fundada em contingências, cientes de que a mesma semântica que serve ao ocultamento dos paradoxos do Direito e dos direitos humanos como condição de operacionalidade dos sistemas sociais pode impedir que potencialidades efetivas e imanescentes da própria sociedade sejam observadas.

Em outros termos, a proeminência de críticas e incertezas comuns à ideia de direitos humanos pode proporcionar alternativas ao atual processo civilizatório e seus mecanismos hegemônicos, exigindo, assim, um processo contínuo de construção e desconstrução da própria noção de humanidade. Trata-se de assegurar direitos elencados nos sistemas jurídicos internos e internacionais segundo a seletividade apoiada em contingências como fundamento último dos próprios paradoxos: a manutenção da efetividade sistêmica, mas com a fundamentação ética e jurídica de que prescindem os direitos humanos e a ideia de justiça nos dias atuais.

2 Desenvolvimento

2.1 Da funcionalidade dos paradoxos do Direito

Durante séculos, o Direito se distinguiu da moral por meio de seu: objeto, entendido sob os auspícios do debate entre ações externas e ações internas; fim, compreendendo a dualidade entre bem coletivo e bem individual; e tipo de sanção, alcançando aquelas externas e institucionalizadas em contraposição às internas e difusas. Com Kelsen, a distinção tomou por base a questão estrutural dos sistemas jurídicos, abarcando a discussão entre sistema estático e sistema dinâmico. Já quanto à sua função, o Direito passou a ser entendido como um subsistema do sistema social global de extrema relevância para o desenvolvimento da vida em sociedade.

Essa fragmentação do direito universal em direitos particulares interdependentes deu origem ao *ius positivum*, base do pensamento jurídico moderno. Com base nas proposições de Ernest Rudolf Bierling, Rudolph von Jhering, Philip Heck e Karl Bergbohm, Ferraz Jr. (2012, p. 33) comenta que:

De modo geral, o positivismo jurídico, sobretudo no sentido restrito de positivismo legal, apresenta uma concepção de sistema de características notáveis, em que pese a diversidade das suas formas. Em primeiro lugar, trata-se de um sistema fechado, do que decorre a exigência de acabamento, ou seja, a ausência de lacunas (...). Nessa totalidade que tende a fechar-se em si mesma, as lacunas aparentes devem sofrer uma correção, no ato interpretativo, não pela ‘criação’ de nova lei especial, mas pela redução de determinado caso à lei superior na hierarquia lógica (...). O sistema jurídico é, necessariamente, manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática faz mister explicitar (...). A ideia de sistema fechado, marcado pela ausência de lacunas, ganha com isso o caráter de ficção jurídica necessária, isto é, o sistema jurídico é considerado como totalidade sem lacunas apenas *per definitionem* (...). Por esta razão, uma parte da doutrina do século XX recusará a concepção positivista de sistema, não só enquanto estrutura formal fechada e acabada, mas também enquanto instrumento metódico do pensamento jurídico. Em relação à primeira questão, o direito se revela, enquanto realidade complexa, numa pluralidade de dimensões, que apontam para uma estrutura necessariamente aberta, de uma historicidade imanente. Em relação à segunda, observa-se que o simples transporte de

esquemas lógicos, como a dedução, a redução, a indução e a classificação, das ciências da natureza para o campo do direito, pode falsear as nuances do pensamento jurídico, constituindo grave prejuízo para sua metodologia.

Nessa linha, um sistema de normas seria vigente tão somente se fosse capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais. Em regra, é tênue a linha divisória entre os enunciados cognoscitivos concernentes ao direito vigente e a atividade político-jurídica exercida pelo aplicador da norma. Somente os fenômenos jurídicos no sentido estrito seriam determinantes da vigência das normas jurídicas, situação em que o conteúdo real de suas proposições abrange ações dos tribunais sob certas condições.

Verifica-se que o aspecto material que se manifesta no direito é a ideia de justiça, que não só outorga um ideal para apreciação do direito positivo, como também o constitui, conferindo-lhe força obrigatória ou validade como tal. A variedade formal, que encontrou sua expressão mais completa no modelo proposto por Kelsen (2009), dissocia-se terminantemente da censura ética que o direito natural exerce sobre o direito positivo, aceitando como direito, sem reservas, qualquer ordem vigente no mundo dos fatos.

Todo direito e toda administração de justiça, portanto, estão determinados, em aspectos formais, por um conflito dialético entre duas tendências opostas. Por um lado, a tendência à generalização e à decisão em conformidade com critérios objetivos própria da justiça formal e, por outro lado, a tendência à individualização e à decisão à luz das valorações e apreciações subjetivas da consciência jurídica comum à equidade concreta.

Nessa linha, apesar de as fórmulas correntes de justiça pretenderem servir de padrões orientativos ao aplicador do direito, seu conteúdo não pode ser extraído simplesmente do princípio de igualdade, tendo que derivar de outro elemento que figura nas fórmulas de justiça: os critérios materiais pressupostos. Apresentá-las como uma exigência de justiça fundada na equidade consiste em um hábil método que colima conferir a certos postulados práticos determinados pelo interesse a evidente aparência da ideia de igualdade.

No cerne do realismo jus-filosófico, encontra-se o desejo de entender o direito de acordo com ideias, problemas e métodos elaborados pela filosofia empirista. Tendências como o empirismo lógico, a escola de Upsala, a escola de Cambridge e outras têm seu fundamento comum na rejeição da metafísica, no conhecimento especulativo baseado numa apreensão a priori pela razão e, do ponto de vista de tais pressupostos, é inadmissível uma validade específica, seja em termos de uma ideia material de justiça, seja como uma categoria formal.

Logo, a ideia de direito poderia, no máximo, corresponder a uma ideia reguladora de caráter jurídico-político, mas não um elemento constitutivo do conceito do direito. Kelsen

(2001), conclui que “o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade”. Isso implica reconhecer o Direito como um subsistema do sistema social global que se distingue em função da natureza da sociedade que lhe deu origem.

A seu turno, Luhmann (2002) entende a sociedade como um sistema aberto provido de autorregulações internas que tende à adaptação ao seu ambiente de entorno, em um processo autopoiético. Sua teoria pode ser compreendida como a unidade da diferença entre sistema e ambiente aplicada a cada operação no instante em que o próprio sistema tenta diferenciá-los, situação em que o observador é o não observável que prescinde de um observador de segunda ordem capaz de criar distinções em relação à observação de primeira ordem.

Para observar, a ciência precisaria constituir-se como sistema, de modo que toda a descoberta resultante da atividade de observação empreendida no âmbito de um sistema acaba sendo aplicada ao próprio sistema, o que redundaria em uma espécie de “paradoxo inicial dos sistemas sociais”. Assim, os paradoxos se tornam evidentes no momento em que o conhecimento tenta observar a si próprio e acaba por se deparar com o problema da unidade do distinguido, de modo que o sistema é forçado a propor uma resolução do paradoxo capaz de manter a sua operacionalidade.

Ocorre que os paradoxos são tradicionalmente entendidos como problemas, em virtude de uma epistemologia apoiada na descrição objetiva de objetos e na impossibilidade de reconhecimento de contradições ou zonas de incerteza, características fundamentais do Direito enquanto “ciência social”. Sob a ótica da Teoria dos Sistemas de Luhmann (1990), influenciada pela Teoria Geral dos Sistemas de Bertalanffy, o paradoxo não é uma contradição, mas a própria condição de operacionalidade do sistema. Segundo essa abordagem “construtivista e radical”, o paradoxo não é algo a ser evitado por ser constitutivo da própria realidade, devendo-se observá-lo e descrevê-lo de forma não paradoxal e de acordo com as contingências.

Assim, a comunicação seria paradoxal na medida em que sempre comunica algo incomunicável. Assim, o pensamento da complexidade nasce a partir dessa atitude do homem e gera o “paradoxo da improbabilidade”, em que a sociedade visualiza a si como improbabilidade produzida a partir dela e marcada por uma imprevisibilidade que surpreende a ela própria. Tal paradoxo ainda explicita que a teoria é escrita a partir de si, o que significaria dizer que ela parte do que já foi iniciado e nunca é concluída porque sempre fora concluída.

Em se tratando da análise do pensamento de von Förster, para quem a ciência torna-se experiência linguística da experiência linguística no âmbito de uma epistemologia da liberdade, De Giorgi (2006, p. 99) considera que “assim, a ciência se torna poesia, porque cognição é

comportamento, conhecimento é construção, invenção de si que inventa o mundo, invenção da máquina na qual a percepção percebe a si mesma”. Logo, a tentativa de negar cientificamente essas formas de segurança acabam por se fragmentar a ponto de não se saber onde está o mundo além daquilo que se constrói a partir de si, ou seja, os homens não veem que não veem.

Luhman (1985) também retrata o “paradoxo funcional do direito”, em que o aumento da consistência jurídica implica necessariamente na redução da adequação social do direito e vice-versa. Como forma de contingência, sua superação nunca seria plena, vez que isso implicaria no fim do direito enquanto sistema social autônomo.

Analogamente, subsistiria o “paradoxo funcional da política”, relacionado com o fato de que a legitimidade como forma de contingência motivadora da ação e da comunicação no sistema político também não poderia ser superada, mas apenas controlada e solucionada em situações específicas, além do “paradoxo da integração”, em que a maior integração social ou o acesso de um maior número de pessoas aos benefícios dos sistemas funcionais resultaria em uma menor integração sistêmica ou maior grau de liberdade em relação aos sistemas.

Sob os auspícios de uma teoria sociológica do Direito, preocupada essencialmente com a positivação do Direito e a renúncia de sua fundação na natureza, o Direito vale enquanto posto como tal. Renunciando a uma referência externa a si, o Direito assume um “paradoxo da autofundação do Direito enquanto sistema social”, que se traduz no fato de ser a ciência jurídica uma ciência social aplicada à própria sociedade, tautologia inescapável à sua estruturação como subsistema do sistema social. Há, ainda, no “paradoxo constitutivo do sistema jurídico”, a diferença entre direito e não direito, que esconde problemáticas questões de fundo, como a admissão da possibilidade de que o direito seja ilícito ou de que o ilícito seja direito.

Magalhães *in* Silva e Bene (2014) destaca a realização de três pesquisas destinadas a desvelar o “paradoxo da autofundação do Direito enquanto sistema social”. Trata-se, pois, da autofundação de um sistema social que não conhece fundações para além de si mesmo. Em um primeiro momento, descobriu-se como, ao decidir com base em princípios gerais do direito, a Corte Europeia de Justiça – CEJ acabaria por criar os princípios que dizia aplicar.

Posteriormente, a partir do debate travado entre Luhmann e Habermas (1993) na década de 90, verificou-se que a soberania popular consistiria em uma forma de tautologia em que, o povo, como soberano, corresponderia ao vértice do direito e da política exatamente porque, como povo, ele nada poderia decidir. Finalmente, os direitos humanos foram entendidos como um paradoxo que alicerçou a fundação do direito e da política na natureza humana para permitir e disciplinar, com o abandono da natureza, as diferenças entre os homens.

De Giorgi (2010) adiciona outros paradoxos aos sistemas sociais. É o caso do “paradoxo do racismo”, que penetraria toda forma de diferença e se manifestaria na universalidade dos valores; do “paradoxo da exclusão”, que se manifestaria na inclusão programada por aqueles a que serve; e do “paradoxo da igualdade”, que se materializaria na prática cotidiana da reconquista do direito ao privilégio.

No campo político-normativo, Slaughter (2004, p. 8) atenta para o que Renaud Dehousse e Robert Keohane chamaram de “paradoxo da globalização”, aduzindo que “*we need more government on a global and a regional scale, but we don't want the centralization of decision-making power and coercive authority so far from the people actually to be governed*”. Esse paradoxo se torna ainda mais complexo devido à preocupação com a *accountability* dos Estados quanto à incidência de normas que não emanam de um poder centralizado, mas de uma pluralidade de ordens jurídicas.

Também se destaca o “paradoxo das redes governamentais”, em que, assumida a forma horizontal, esse tipo de rede seria mais brando e menos coercitivo, uma vez que o poder permaneceria principalmente nas mãos dos Estados por meio de seus oficiais nacionais. Já na forma vertical, a formação de redes governamentais poderia conferir a organizações supranacionais real poder, como ocorre no campo das relações entre Cortes supranacionais e domésticas, ou entre agências regulatórias supranacionais e suas equivalentes estatais.

No caso de formações jurisdicionais de caráter transnacional, como é o caso da União Europeia – UE, mais desenvolvida e inovadora que seus equivalentes, seria necessário lidar com o “paradoxo da governança”, em que certa uniformidade se faria necessária, mas grande centralização seria politicamente inconcebível e provavelmente indesejável. A resposta seria a regulação por redes de oficiais nacionais, o que enseja dúvida quanto à interpretação dada pelos diferentes modelos de democracia existentes no continente aos processos de decisão emanados dessas redes de cooperação, que comporiam a infraestrutura desse sistema, ainda que não se trate de abrir mão da identidade e da soberania estatais.

Também é possível identificar o “paradoxo da função judicial e jurisdicional do Direito”, que remete ao problema da autonomia do direito e à sua autoafirmação. Na opinião de Neves (1998, p. 2), “o próprio apelo e importância atribuídos à jurisdição em geral revelaria na jurisdição existente a falta de jurisdição para que se apela”. Em outros termos, o poder judicial, a função judicial e, sobretudo, a jurisdição tornaram-se problemas centrais do universo jurídico, que se apresentam de forma paradoxal: se por um lado alarga-se o domínio e a importância da intervenção institucionalizada das instâncias judiciais, por outro percebe-se uma inegável insatisfação em tom de crítica ao fato de que a jurisdição se tornou um objeto.

2.2 Da funcionalidade dos paradoxos dos direitos humanos

Especificamente, é possível afirmar que os sistemas de direitos humanos se encontram cada vez mais dependentes da funcionalidade do “paradoxo da afirmação de expectativas normativas”, dada a prática que os contraria recorrentemente. Para Neves (2005), tais direitos definem seu objeto primário e acesso universal ao Direito enquanto subsistema social na forma de expectativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade mundial. Todavia, as condições para seu surgimento relacionar-se-iam com a emergência de um dissenso estrutural, emanado da complexidade traduzida em uma pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia e heterogeneidade de expectativas, interesses e valores.

Em se tratando da força simbólica dos direitos humanos, certas formas de sua expressão (direitos humanos “frágeis”) ainda não teriam atravessado a fronteira do sistema jurídico no âmbito abrangente da sociedade mundial, por lhe faltar o mínimo de institucionalização jurídica, de positivação e de condições de implementação processual e procedimental. Já em relação a outras formas (direitos humanos “fortes”), essa fronteira teria sido ultrapassada e o desafio atual seria lutar por sua concretização e efetivação.

Luhmann (2002) explica que os direitos humanos constituem um programa de recuperação de atitudes valorativas dependente da solidariedade dos membros da sociedade em relação a seu programa axiológico, em um processo de “expectativa normativa da expectativa” que residiria fora do mundo das formas jurídicas e se oporia ao direito. Assim, uma característica marcante do discurso dos direitos humanos consiste na reinvenção e justificativa de seu próprio conceito, que cria distinções em termos de justiça e injustiça no espaço internacional próprio da modernidade, marcado por tratados e sistemas de proteção próprios.

Para De Giorgi (2006, p. 174), “da ideia da universalidade da razão decorria a ideia da expansão da ordem política e jurídica que se afirmava na realização das nações, compreendidas, conjuntamente, pelos sistemas político e jurídico dos Estados”. Segurança passa a ser a palavra de ordem, vez que o progresso da humanidade conduziria, inexoravelmente, a uma existência segura no seio de uma comunidade mundial, parte de um “projeto utópico da modernidade”.

Ocorre que o “paradoxo da segurança” se traduz na convivência entre esse ideal universalista e o delineamento de uma nova semântica da individualidade fechada. Sua face real manifesta-se em guerra de proporções épicas e nas subsequentes tentativas de firmamento de um estado de paz mundial e aparelhamento de estruturas de poder. Recorrendo ao Direito, as nações teriam encontrado a racional justificação do controle do consenso, tanto da

perspectiva interna quanto externa. Mas são justamente esses pressupostos racionais da coexistência na comunidade mundial que tornam impossível essa coexistência.

Tratando do triunfo dos direitos humanos no campo de sua genealogia, Douzinas (2011) retrata alguns paradoxos explícitos e implícitos. Em primeiro lugar, refere-se ao que se pode intitular “paradoxo da afirmação dos direitos humanos”. Quer-se dizer que, em que pese a conclusão quase unânime em torno da imprescindibilidade das organizações e declarações internacionais de conteúdo humanístico, estas são legitimadas indefinidamente por meio da descrença, do ceticismo e do desrespeito por parte dos Estados e da própria comunidade internacional, em um claro distanciamento entre a teoria e a prática.

A esse respeito, se o século XX seria a Era dos direitos humanos, seu triunfo é, no mínimo, um paradoxo, vez que nossa época teria testemunhado mais violações de seus princípios do que qualquer período anterior e ‘menos iluminado’. O Século XX seria o Século do massacre, do genocídio, da faxina étnica, do Holocausto. Em nenhuma outra época da história teria existido um hiato maior entre os pobres e os ricos no mundo ocidental, entre o Norte e o Sul globalmente.

Não é de espantar que as afirmações de preocupação de governos e organizações internacionais são frequentemente tratadas com escárnio e ceticismo por muitos. O hiato entre o triunfo da ideologia dos direitos humanos e sua aplicação prática seria a melhor expressão do cinismo pós-moderno, a combinação de iluminismo com resignação, apatia e uma forte sensação de impasse político e claustrofobia existencial, de uma falta de saída no seio da mais maleável sociedade.

Também é possível identificar o que seria o “paradoxo do discurso mítico e pós-histórico dos direitos humanos”. Servindo-se dos ensinamentos de Kant, Burke, Hegel, Marx, Heidegger, Satre e Lacan, dentre outros, entende-se ser impossível conceber uma teoria geral dos direitos humanos e afirma-se que tem sido predominante a noção iluminista de progresso por meio da razão, com o conseqüente abandono do mito e do preconceito, o que, em termos políticos, significaria a premência de um ideal libertário de sujeição do poder à razão da lei.

Se esses mitos são entendidos como parte de comunidades, tradições e histórias particulares, sua ação validaria, por meio de repetição e memória, um princípio genealógico de legitimação e a narrativa do pertencer a algo. A razão e os direitos humanos, por outro lado, são universais, supondo-se que transcendam diferenças geográficas e históricas. Se o mito obtém seu potencial legitimador a partir de histórias de origem, a legitimação da razão passa a ser encontrada na promessa de progresso exposta em filosofias da história, é decretada uma direção

para frente na história que inexoravelmente leva à emancipação humana. Se o mito olha para os inícios, a narrativa da razão e dos direitos humanos olha para os *teloi* e os fins.

Assim, o conflito entre mito e razão findaria quando os direitos humanos, sob os auspícios dessa razão, se tornassem o mito realizado das sociedades pós-modernas, se é que estas diferem substancialmente das sociedades modernas ou refletem mais uma armadilha linguística no campo da epistemologia jurídica. Enquanto isso não ocorre, o discurso mítico e pós-histórico dos direitos humanos perde seu caráter de rebeldia e divergência e passa a servir como expediente de legitimação dos Estados, se reafirmando por meio de sua não-concretização.

Por conseguinte, há que se atribuir à noção moderna de sistemas jurídicos o “paradoxo da positivação do direito natural”, aspecto fundamental à melhor compreensão dos direitos humanos. Entende-se que tais sistemas, enquanto subsistemas do sistema social, recorrentemente negam o direito natural positivando-o. Desse modo, a carga axiológica jusnaturalista passa a compor os expedientes normativos dos sistemas de Direito interno e internacional, em um processo contínuo de negação/afirmação de demandas emergentes.

Assim, a transformação do Direito Natural em direitos naturais no Século XVIII é aclamada como a primeira vitória da razão moderna sobre as bruxas medievais, e Locke e Bentham, os ingleses que contribuíram para o debate, são reconhecidos como os primeiros precursores dos direitos humanos. A história condensada do Direito Natural termina com a introdução da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que transformou o contrassenso naturalista em direitos positivos contundentes. O que eram ficções não escritas, inalteráveis, eternas e dadas por Deus deixa de ser desconcertante e passa a desfrutar da dignidade da lei, embora de um tipo brando.

Tratando da ideia de justiça baseada no direito natural, Ross (2000) explica que o direito natural insiste que em nossa consciência resida uma ideia simples e evidente, a ideia de justiça, princípio mais elevado do Direito em oposição à moral. A justiça seria a ideia específica do direito, refletida em maior ou menor grau de clareza ou distorção em todas as leis positivas enquanto medida de sua correção.

Nesses termos, os filósofos que tentaram uma exposição mais teórica da ideia de justiça enquanto norma suprema para a criação do direito positivo teriam redundado em formulações tautológicas ou despojadas de significado, introduzindo no princípio jusnaturalista postulados dogmáticos ocultos, de cunho político-jurídico. Dessa forma, o que carecia de significado teria adquirido um conteúdo aparente e este conteúdo, por sua vez, teria obtido uma evidência aparente.

Tal perspectiva pode ser associada ao discurso pós-histórico dos direitos humanos por meio de um “progressismo evolutivo” em que o presente se apresenta como solução necessária e superior ao passado. Nesses termos, o reconhecimento e sistematização de direitos humanos transmuda-se em uma espécie de “razão triunfante” que assinala o fim de um passado ignorante, contrariamente à constatação de que inúmeras violações de direitos humanos foram cometidas em períodos recentes da história, mais do que em qualquer outro.

De acordo com Douzinas (2009, p. 29):

Quando a natureza não é mais o padrão do que é correto, todos os desejos dos indivíduos podem ser transformados em direitos (...). Do ponto de vista jurídico, a concordância generalizada de que um desejo ou um interesse é constitutivo da “humanidade” basta para a criação de um novo direito. Desta forma, é e deveria entrar em colapso, os direitos são reduzidos aos fatos e acordos expressos na legislação ou, em uma veia mais crítica, às prioridades disciplinadoras do poder e da dominação.

Longe de o que é histórico ter que ser julgado pelos critérios da lei, a própria História teria passado a ser o “tribunal do mundo”, levando o Direito a ser pensado com base em sua historicidade. O historicismo é o companheiro indispensável do individualismo, e o fascínio com a História é o resultado paradoxal da obsessão pelo presente. Assim, inexisteriam ideias ou padrões fora do historicismo e nenhum princípio seria capaz de julgar quaisquer acontecimentos históricos, por mais aviltantes que fossem.

O próximo passo desse processo resultou no “paradoxo da consolidação do humanismo”. Entende-se que, entre os anos de 1970 e 1980, a teoria e filosofia sociais sobrepuseram-se ao antropocentrismo. Com base em Marx, Nietzsche e Freud, os pressupostos do humanismo liberal são contestados e a suposta “morte do homem” acaba por proporcionar uma nova aclamação do indivíduo como centro triunfante desse mundo “pós-moderno” e a enunciação da liberdade como valor supremo e organizador dos sistemas jurídico e político.

Uma importante consequência dessa nova combinação de Filosofia, História e prática jurídica foi que o conceito de natureza humana passa a formar o princípio do Direito e da política, tornando-se a nova origem ideacional e constitutiva do Direito. Mas os direitos das pessoas continua sendo concessão, e a sua natureza concreta a criação do sistema jurídico. Nesse sentido, os direitos humanos figuram tanto como criações quanto como criadores da modernidade, invenção política e jurídica da filosofia política e da jurisprudência modernas.

Logo, a afirmação do discurso dos direitos humanos implica a preterição de parte de seu próprio conteúdo, enquanto que sua negação reforça a necessidade de reafirmação perante os sistemas juspositivistas da atualidade. É o que Villey (2007) identifica como sendo o

“paradoxo da afirmação-negação dos direitos humanos”, objeto de intensa e recorrente atividade administrativa, legiferante e jurisprudencial com vistas à sua legitimação.

Secundariamente, surge o “paradoxo da igualdade de direitos”, já que os direitos reconhecidos às diversas pessoas serão desiguais. Assim, quanto mais a justiça aproxima-se de seu termo, a equidade perfeita, maior a probabilidade de que ela resulte na desigualdade dos direitos”, questão que redunde em saber o porquê e para quem se destinam os direitos humanos.

Sobre a impropriedade do conceito de igualdade para a construção da ideia de justiça, Ross (2000) comenta que sua exigência não deve ser tomada em sentido formal, mas que o fato decisivo é se a limitação ocorre de acordo com características distintivas bem fundadas, que sejam razoáveis ou justas. Com isso se quer dizer que a ideia de igualdade desvanece para ser substituída por uma referência ao que se considera justo segundo uma opinião subjetiva e emocional, desprovida de razão.

Referindo-se não ao julgamento de validade de todos os paradoxos apontados, mas à sua funcionalidade para a manutenção dos sistemas jurídicos, De Giorgi (2006, p. 179) explica o que se segue:

A evidência destes paradoxos impede que as estruturas, sobre as quais são construídos, operem sem pressupostos (...). A ordem do mundo não mais corresponde à ordem da razão e porque esta se revela incapaz de controlar a indeterminável complexidade, que se derrama sobre um mundo que fora imaginado como uma conexão de organizações iguais e livremente ordenadas segundo justiça e Direito, mas que, ao contrário, se apresenta como incompreensível horizonte de irreduzíveis determinações (...). Representam-se esquemas de ordem que prevejam organizações supranacionais, políticas internacionais, tribunais universais. Em seguida, celebram-se os direitos do homem que sempre acompanharam as aventuras e o paradoxo da razão.

Douzinas (2009, p. 28) conclui que “os direitos humanos só têm paradoxos a oferecer; a energia deles deriva de sua natureza aporética”. Trata-se de espécie de diálogo centrado nos problemas em si e não em suas soluções, o que, para Aristóteles, significava uma igualdade de conclusões contraditórias, cabendo ao intérprete, entendido como o observador que observa e deve ser observado, contribuir para sua elucidação e compreensão de seu papel fundante no campo dos sistemas de direito interno e internacional.

2.3 Da postura crítica em relação aos direitos humanos

A retórica persuasiva dos direitos humanos no mundo contemporâneo, especialmente no ocidente, tem provocado uma série de questões fundamentais sobre sua natureza, tais como

a inevitabilidade da discussão em torno de seu caráter religioso ou não religioso, o significado e eventual problemática de seu discurso, o universalismo, relativismo ou pluralismo de suas proposições, além de sua consideração como direitos absolutos e incomensuráveis.

Tratando dos direitos humanos por meio de quatro indagações, Perry (1998) entende que a emergência da ideia de direitos humanos no campo do direito internacional pode ser considerada relativamente recente, coincidindo com o fim da Segunda Guerra Mundial. Inicialmente, questiona se existe alguma versão secular inteligível sobre a pretensão de que todo ser humano seja considerado sagrado ou de que a ideia de direitos humanos seja inescapavelmente religiosa.

Uma resposta ao problema consistiria em tentar defender especificamente as reivindicações dos direitos humanos, independentemente da convicção de que todos estes fossem sagrados, mas por meio de uma estratégia de justificação que evitasse, portanto, a crença em uma mítica ideia de direitos humanos. Dentre as possíveis, encontram-se *the definitional strategy* e *the self-regarding strategy*. Conclui que inexistem versão secular inteligível, tampouco persuasiva, capaz de sustentar o caráter sagrado dos seres humanos, pelo que a única premissa inteligível seria a de matiz religiosa.

Ignatieff (2001, p. 94) lembra que o progressivo reconhecimento dos direitos humanos se pauta desde 1945 no conceito de *global deliberative equality*, explicando que “*we live in a plural world of cultures that have a right to equal consideration in the argument about what we can and cannot, should and should not, do to human beings*”. Essa ideia não deve ser entendida como utopia, mas como fundamento de um processo de deliberação a respeito de problemas comuns à proteção e promoção dos direitos humanos, o que envolveria titulares de direitos e representantes de instituições nacionais e internacionais das mais diversas.

Já Rorty (1993, p. 134) explica que “*this progress has brought us to a moment in human history in which is plausible for Rawls to say that the human rights phenomenon is ‘a fact of the world’*”. Ocorre que o próprio Rawls entende que o mundo mudou, fazendo com que o fenômeno dos direitos humanos tornasse a ideia de *human rights foundationalism* um projeto fútil, irrelevante e fora de moda, recomendando o simples abandono da discussão em torno da ideia de direitos humanos. Por conseguinte, um projeto mais adequado seria fazer com que a cultura de direitos humanos se tornasse mais autoconsciente e poderosa, em vez de se limitar a tentar demonstrar sua superioridade em relação a outras culturas.

Nesse caso, cabe a ressalva em torno da formação de um ponto de vista moral derivado de um possível etnocentrismo, intitulado *eurocentric human rights culture*, presente na maioria dos países da Europa Ocidental e da América do Norte, entendidos como os grandes fundadores

dos direitos humanos. Cabe dizer que o principal problema não se dirige aos processos comuns a essa forma de cultura, tampouco à premissa do caráter sagrado dos seres humanos e de seus direitos, mas à transgressão da ordem normativa subjacente e suas consequências no campo das relações entre o direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Apesar de tratar mais precisamente do que intitulou de *American rights talk*, as críticas de Glendon (1991) permeiam realidades das mais diversas, aplicando-se perfeitamente ao *international human rights talk* em que o discurso sobre direitos e deveres é um modo particular de se referir a escolhas que, de acordo com a compreensão comum de uma disposição de direito internacional e, muitas vezes, puramente moral, cada Estado não deve tomar em relação a nenhum ser humano ou deve tomar quanto a todo e qualquer ser humano que se encontre sob sua tutela efetiva. Identificam-se, assim, problemas ligados à compreensão do discurso dos direitos humanos no que se refere à não-diferenciação entre *moral rights talk* e *legal rights talk*.

Apesar disso, enquanto “direitos morais”, nenhum direito humano seria incondicional; já na condição de “direitos legais”, nenhum direito humano seria incondicional. Contrariamente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos considera determinados direitos humanos incondicionais ou inderrogáveis. Em termos práticos, ainda que nenhum direito humano, entendido como direito moral, seja considerado absoluto, alguns direitos humanos, como os provenientes do direito internacional, devem continuar sendo considerados absolutos.

Tratando do triunfo dos direitos humanos, Douzinas (2009) perpassa as perspectivas liberal e não liberal e os principais elementos formadores de seu conceito - o ser humano, o sujeito, a liberdade, o Direito - para concluir ser impossível existir uma teoria geral dos direitos humanos. Ocorre que, na “pós-modernidade”, o discurso de governos, ativistas e organizações internacionais quanto aos direitos humanos teria importado na perda de sua coerência e universalismo iniciais. Em consequência, seu tom de rebeldia e divergência fora suplantado por um mero discurso de legitimação do Estado.

Não por acaso, questionar os direitos humanos significa tomar partido do que é maléfico e desumano, ir de encontro a uma espécie de mito realizado desse novo modelo de sociedade, dado o processo que uniu historicamente, mas separou politicamente, o discurso clássico da natureza da prática dos direitos humanos. Isto exigiria a reavaliação de promessas, vez que a herança liberal os concebeu como histórica, estrutural e politicamente indistinguíveis, devendo-se resistir à sua equalização e conformismo.

Subjetivamente, os direitos humanos seriam essencialmente “ilimitados” por apoiarem-se no discurso humano, não na natureza ou na humanidade, constituindo-se em paradoxos de dissolução de todas as garantias de certeza. Em termos objetivos, apesar de os

direitos humanos “construírem” seres humanos, o reconhecimento da “humanidade” jamais poderia ser garantido a todos, razão pela qual tornar-se mais ou menos humano por meio da distribuição vigiada dos direitos seria o jeito moderno de criar o sujeito como animal social.

Entendendo as continuidades e rupturas entre o direito natural e os direitos humanos, Douzinas (2009) constata inescapável traição da utopia, evidenciando a humanidade como um projeto incompleto e incapaz de alcançar seu “estado de graça”, marcado por injustiças e infâmias. Entretanto, ao contrário das utopias clássicas, os direitos humanos representariam a reivindicação da lei à justiça, extraíndo sua força das experiências do passado e das injustiças do presente por meio de uma utopia política e ética.

Com relação a seu fim, na medida em que o pragmatismo proclama o fim da ideologia, da história ou da utopia, os direitos humanos estariam distanciando-se de seus propósitos dissidentes e revolucionários em meio a infundáveis diplomas legais e convenções sociais, proclamando-se o fim dos direitos humanos e o triunfo de uma sociedade monolítica pela perda de sua finalidade conceitual.

Em consonância com o tom crítico e cético da escola inglesa analítica da linguagem, Willey (2007) entende que o discurso dos direitos humanos pode ser considerado desprovido de significação em virtude de suas Declarações carecerem de um sentido prático. Enquanto produto da filosofia da Escola do Direito Natural, tal discurso veio a se materializar no seio das sociedades modernas por meio da institucionalização de seus preceitos, ou, em outras palavras, de sua positivação, tudo em busca de uma pretensa e idealizada noção de justiça.

Subsiste um ponto de vital importância para a compreensão desse fenômeno: os diferentes conceitos do Direito - do geral ao particular, do objetivo ao subjetivo - emanados de pensadores como Hobbes, Hume, Bentham, Wolff, Rousseau, Kant, Hegel, Durkheim, Weber, dentre outros, não seriam capazes de garantir o alardeado ideal de justiça. Sob essa perspectiva, os direitos do homem seriam produto não da teologia judaico-cristã, mas da filosofia moderna, uma obra de “não-juristas” própria do Século XVII fundada na suposição de uma razão universal materializada em um contrato social, sob os auspícios do dogma da soberania estatal.

Ainda que com todo esse aparato, tais direitos seriam irreais e a possibilidade de cumprimento de suas Declarações, ínfima, dada a inconsistência de suas formulações; tais preceitos não passariam de um ideal, projetos de ação política ou modelos de realização da liberdade individual e da igualdade que padeceriam do mal da indeterminação.

Seu maior vício seria o de não garantir, sem contradição, a mescla de ideias a respeito do homem e da noção de Direito, vez que o Direito consistiria na relação multilateral entre homens, sendo impossível inferir uma relação, que abranja vários termos, de um termo único:

Homem. Finalmente, cada um dos supostos direitos humanos revelaria a negação de outros, ao tempo em que, praticados separadamente, acabariam por gerar injustiça.

Rodriguez (1991) analisa a questão dos direitos humanos com base na obra de Marx e identifica dificuldades que residem em sua atitude crítica, na falta de uma teoria sobre tais direitos e em sua abordagem ambígua, mas não inconsistente. Marx teria defendido os direitos humanos comuns ao liberalismo por um curto espaço de tempo, passando adotar uma atitude hostil em relação a estes, considerando-os instrumentos de alienação. Posteriormente reconheceu sua importância em termos de conquistas do proletariado, mas reduzindo-os à categoria de meios, não de fins.

Tratando da relação entre direitos humanos e alienação do homem, o Marx “pré-juvenil” adota uma perspectiva radical-liberal e crê, como Hegel, em um Estado defensor das liberdades jurídica, moral e política; trata de temas como liberdade religiosa e de imprensa, matrimônio e divórcio, propriedade e direitos políticos, anteriormente à edição da “Crítica à Filosofia do Direito Público de Hegel”, de 1843. A partir desse instante, Marx (2010) externa sua perda de fé nas possibilidades do Estado, o que mais tarde ensejará suas teses mais duras quanto ao economicismo e ao extincionismo, focando os dilemas entre o Estado (cidadão abstrato) e a sociedade civil (homem burguês).

Em “A questão Judaica”, de 1843, o “jovem” Marx aponta como caminho à superação desses dilemas a emancipação humana - o comunismo -, onde não caberia falar em Estado político ou direitos humanos, criticando o teor das primeiras Declarações de direitos em obras como “A Sagrada Família”, de 1845. Já em suas obras de “maturidade”, como na “Crítica ao Programa de Gotha”, de 1875, Marx concentra-se não mais no problema da extinção do Estado no âmbito da sociedade comunista, mas sim em quais serão as modificações que esse mesmo estado sofrerá nesse novo modelo de organização social.

Todavia, a questão do judaísmo teria de ser discutida no contexto do Estado real, não apenas do Estado cristão. Como consequência, o homem deveria renunciar ao “privilégio da fé” para que pudesse usufruir dos chamados “direitos humanos universais” sob a forma de direitos do cidadão e de direitos do homem, já que o próprio privilégio da fé seria um direito humano universal. Os *droits de l’homme* seriam diferenciados dos *droits du citoyen* e o *homme* diferenciado do *citoyen* seria o membro da sociedade burguesa.

Ora, por que o membro da sociedade burguesa é chamado de “homem”, pura e simplesmente, e por que os seus direitos são chamados de “direitos humanos”? Esse fato se explica a partir da relação entre o Estado político e a sociedade burguesa, a partir da essência da emancipação política. É nesse sentido que a crítica se torna mais evidente, principalmente

em relação aos direitos posteriormente consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Consequência disso é que o homem, enquanto membro da sociedade burguesa, passa a ser compreendido como o pressuposto do Estado político que o reconhece como tal por meio dos direitos humanos. Compreendida a emancipação política como redução do homem ao conceito de cidadão, a emancipação humana só poderia ser plenamente realizada caso o homem recuperasse para si o conceito de cidadão abstrato, de ente genérico, além de não separar de si a força social na forma da força política.

Rodriguez (1991) conclui que a crítica de Marx decorre do desenvolvimento de um novo projeto de sociedade em que não haveria espaço para os direitos humanos devido ao seu caráter insuficiente e limitado. A alegada insuficiência de sua postura em relação aos direitos humanos deve-se ao fato de que só os defendeu por razões políticas, não éticas, não enxergando neles questões de princípio, mas apenas de oportunidade. Porém, se tais direitos não poderiam ser eliminados, deveriam desenvolver-se até superar o sistema burguês que os instituiu.

Com Perry (1998, p. 55), entende-se que os desafios à ideia de direitos humanos não incluem meramente seu discurso ou o vocabulário próprio, tampouco as reivindicações sobre o que deve ou não ser feito à humanidade. Em outros termos, *“except for the challenges to the premise that every human being is sacred, the serious challenges to the idea of human rights are not the language of human rights but to their content – their substance”*.

Cientes da existência e funcionalidade dos paradoxos existentes nos sistemas de direito, há que se refletir quanto à funcionalidade dos sistemas de direitos humanos enquanto subsistemas do sistema social contemporâneo, tendo em vista o objetivo de concretização de seus principais postulados normativos.

3 Conclusões

É sabido que o positivismo consiste em solução vencedora no contexto da modernidade, mas sua funcionalidade acaba sendo cada vez mais questionada em virtude da ineficácia de seus preceitos no campo da evolução social. Desta feita, novos institutos e técnicas são criados com o fito de sanar deficiências sistêmicas e fazer com que o Direito se adapte às novas demandas dessa mesma sociedade, sem que os paradoxos necessários à sua consecução sejam revelados e melhor compreendidos.

Assim, o Direito passa a ocupar-se de questões estruturais e funcionais dos sistemas de direito interno e internacional no âmbito de uma pretensa epistemologia jurídica, que

redunda em torno de si e não visualiza as possibilidades produzidas pela diversidade, o que afasta cada vez mais seu caráter científico.

Há que se entender que a dimensão temporal da seletividade social fundada em contingências, que tanto torna o mundo inobservável e justifica a constituição de ordens redutivas e passíveis de revisão, também se traduz em um futuro aberto e repleto de possibilidades, na forma de um horizonte de não saber. Não obstante, a semântica que serve ao ocultamento dos paradoxos como condição de operacionalidade do sistema social, pode impedir que potencialidade efetivas e imanentes da própria sociedade sejam observadas.

Quanto ao Direito, verificam-se: “paradoxo inicial dos sistemas sociais”, “paradoxo da improbabilidade”, “paradoxo funcional do direito”, “paradoxo funcional da política”, “paradoxo da integração”, “paradoxo da autofundação do Direito enquanto sistema social”, “paradoxo constitutivo do sistema jurídico”, “paradoxo do racismo”, “paradoxo da exclusão”, “paradoxo da igualdade”, “paradoxo da globalização”, “paradoxo das redes governamentais”, “paradoxo da governança” e “paradoxo da função judicial e jurisdicional do Direito”.

No caso das normas e decisões judiciais de teor humanístico que retroalimentam esses sistemas, o grau de abstração e generalidade que lhes é atribuído torna impossível alcançar de modo objetivo um fim em si mesmo, ainda que se considere sua funcionalidade para com o sistema social. *A contrario sensu*, essa linguagem continua sendo reproduzida em constituições e tratados internacionais, cabendo questionar até que ponto essa solução servirá à manutenção desses sistemas, especialmente quando prescindem da devida compatibilização, o que afeta sua lógica interna e, não raras vezes, contradiz a razão fundante do atual modelo juspositivista.

Por conseguinte, no tocante aos direitos humanos, o grande desafio não consiste na linguagem de suas reivindicações, mas na efetivação de seu conteúdo ou substância. Com relação aos direitos humanos, evidenciam-se: “paradoxo da afirmação de expectativas normativas”, “paradoxo da segurança”, “paradoxo da afirmação dos direitos humanos”, “paradoxo do discurso mítico e pós-histórico dos direitos humanos”, “paradoxo da positivação do direito natural”, “paradoxo da consolidação do humanismo”, “paradoxo da afirmação-negação dos direitos humanos” e “paradoxo da igualdade de direitos”.

Há que se acrescentar a necessidade de adaptação dos sistemas jurídicos atuais aos termos de uma pretensa transjuridicidade, tendo em vista a superação de barreiras geográficas e de dogmas como a soberania estatal e os limites da jurisdição dos organismos internacionais ou mesmo supranacionais. Especialmente no campo dos direitos humanos, os sistemas universal e regionais de proteção têm buscado manter maior diálogo e interação entre si e junto

aos sistemas jurídicos dos Estados que deles participam, o que certamente pode vir a contribuir para a efetividade dos objetivos propostos e realização dos ideais materializados em normas.

Finalmente, o viés crítico e a relativa descrença no papel dos direitos humanos – e respectivos sistemas de proteção – pode vir a contribuir com a ideia de uma alternativa ao atual processo civilizatório e seus mecanismos hegemônicos. Trata-se de desconstruir e reconstruir a própria noção de humanidade e incuti-la nos sistemas jurídicos internos e internacionais de acordo com a seletividade apoiada em contingências, buscando o fundamento último dos próprios paradoxos: a manutenção da efetividade sistêmica, mas com a fundamentação ética e jurídica de que prescindem os direitos humanos e a ideia de justiça nos dias atuais.

Referências

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Guilherme Leite Gonçalves (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Futuri Passati*. Il mondo visto da Campone. Alda Prizreni (org.). Lecce: Pensa Multimedia, 2010.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Paulo: Unisinos, 2009.

_____. Os paradoxos dos direitos humanos. *Pensar os direitos humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas*, vol. 1, n. 1, 2011, pp. 1-15.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GLENDON, Mary Ann. *Rights talk: the impoverishment of political discourse*. New York: The Free Press, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidade*. Madrid: Taurus Humanidades, 1993.

IGNATIEFF, Michael. *Human Rights as Politics and Idolatry*. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad (Das Recht der Gesellschaft)*. Tradução provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. Impreso, 2002.

_____. *Poder*. Brasília: UnB, 1985.

_____. The Paradox of system differentiation and the evolution of society. In: ALEXANDER, Jeffrey C.; COLOMY, Paul. *Differentiation theory and social change*. New York, Columbia University Press, 1990.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Raffaele De Giorgi e os paradoxos do direito. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del (coords.). *Justiça e direitos humanos: estudos do Centro di Studi Sul Rischio dell'Università del Salento, Itália*, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. Curitiba: Juruá, 2014.

- MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- NEVES, António Castanheira. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIV, pp. 1-44. Coimbra: 1998.
- NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, outubro/dezembro 2005, 35 p.
- PERRY, Michael J. *The idea of human rights: four inquiries*. New York: Oxford University Press, 1998.
- RODRIGUEZ, Manuel Atienza. *Marx y los derechos humanos*. Madrid: Mesquita, 1991.
- RORTY, Richard. *Truth and progress: philosophical papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2000.
- SLAUGHTER, Anne Marie. *A new world order*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2004.
- VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.