

O PARADOXO DOS DIREITOS HUMANOS E TRÊS FORMAS DE SEU DESDOBRAMENTO

NIKLAS LUHMANN *

Tradução do original em alemão:

Ricardo Henrique Arruda de Paula, mestrando em Direito Público U.F.C.; mestrando em Filosofia U.E.C.E., Consultor Jurídico da Câmara Municipal de Fortaleza.

Paulo Antônio de Menezes Albuquerque, professor da U.F.C., Procurador da U.F.C.

I.

O problema da fundamentação dos direitos humanos é uma herança que a decadência do antigo Direito Natural europeu nos deixou. Havia no Direito natural um sentido ativo de Natureza, o qual continha componentes tanto cognitivos quanto normativos. Assim, também a Natureza foi concebida como passível de corrupção, visto que ela evidentemente nem sempre atinge seu objetivo imanente de perfeição. O mesmo valia para suas capacidades cognitiva e normativa, de modo especial como

* Niklas Luhmann (1927-1998), um dos maiores sociólogos de nosso tempo, foi, durante muitos anos, Professor da Universidade de Bielefeld, na Alemanha. Doutorou-se na Universidade de Münster, depois de alguns anos de pesquisa na Universidade de Harvard, onde foi aluno de Talcott Parsons, tendo reelaborado a teoria deste em novas bases. Possuidor de uma enorme capacidade de trabalho (a qual se baseou notoriamente na organização de um imenso fichário) suas publicações são praticamente impossíveis de ser listadas completamente, tendo o autor abordado temas das áreas de Teoria da Sociedade, Teoria das Organizações, Política e Sociologia do Conhecimento. Mas foi sobretudo em sua atuação como sociólogo do Direito que Luhmann trouxe contribuição inestimável para a compreensão da sociedade moderna. O presente artigo tem como título original “*Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*”, tendo sido publicado na série *Soziologische Aufklärung 6*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1995, S. 229-236.

elas se manifestam (e justamente na forma da corruptibilidade) na natureza racional do homem. As técnicas de conceituação que tentaram corresponder a esta semântica foram técnicas de eliminação de paradoxos. Isto vale nitidamente para a problemática do tempo, enquanto questão tratada à semelhança do modelo de leitura da física, no esquema ontológico de ser ou não ser.¹ Do mesmo modo vale também para a abstração conduzida ideologicamente de tipos e espécies que, embora pretenda incluir em cada “genus” indivíduos *diferentes*, insiste todavia que um determinado “genus” não seria diferente em relação a outros e nem diferentes seriam iguais.²

O exposto acima destina-se a garantir previamente ao leitor que nos encontramos em boa, ou, ao menos, em tradicional companhia, quando partimos da tese que cada fundamentação dos Direitos Humanos (e fundamentação no duplo sentido da produção de validade e de apresentação de razões justificadoras) exige um gerenciamento de paradoxos. Quando a “ciência normal” se desenvolve, não há necessidade de se pensar no assunto. Confia-se em uma forma histórica estabelecida que não vê a paradoxalidade. Trata-se de distinções que as substituem e, ao mesmo tempo, encobrem. Só em situações de crise, numa troca de razões de fundamentação ou na busca por formas basicamente diferentes de estabilidade, manifesta-se o paradoxo, a fim de conduzir a troca de paradigmas, ensinando também que não se pode agir, nessa questão, simplesmente de forma voluntarista.

Partimos da tese de que se pode observar uma determinada “catástrofe” (N.T.: mudança evolutiva abrupta) na Europa do século XVI, e que os “direitos humanos” são o resultado da de construção do Direito Natural (em que, para auto-engano dos protagonistas, o termo Direito Natural é mantido, mas adaptado como um tipo de direito racional). As razões para esta pressão mutacionista, que se fazem sentir tanto nas estruturas normativas como na necessidades de sistematização do direito comum, são geralmente apontadas no desenvolvimento da economia monetária.³ Mas há outros processos de diferenciação de mesma magnitude que, igualmente ou

1. Veja-se Aristóteles, Física IV, 10. Também Hegel, Enciclopédia das Ciências Físicas, § 258.

2. Platão, Sofistas 253 D.

3. Comparar Gregorio Peces-Barba Martinez, Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales, Madrid 1982. Sobre a tendência de sistematização no direito comum ver investigações levadas a efeito por Hans Erich Troje, Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus, in: Helmut Coing (Hrsg.), Handbuch des Quellen und der Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II, 1, München 1971, S. 615-795, 714 ss. Tais declarações são em princípio nada mais do que lendas, ficando por investigar especificadamente em cada instituto jurídico a medida de sua validade.

mesmo de forma mais direta envolvem o conceito de Natureza – como se deu no caso da diferenciação ditada pelo desenvolvimento da ciência experimental matemática, entre Ciência e (Belas) Artes.⁴ Também seria o caso de citar-se o desenvolvimento do Estado territorial moderno e do uso crescente do Direito como instrumento de unificação e reforma. Não podemos nessa discussão discernir qualquer causa motora. Aqui deve bastar a constatação de que a mudança estrutural social, por maior que seja a suposição de que envolva “progresso”, não representa nenhuma pedra de toque para a fundamentação da Teoria do Direito. (Só em nosso século chegaram os Juristas à idéia de fundamentar suas decisões por em suas conseqüências, isto é, ter de fundamentá-las a partir do futuro – justamente pela falta de confiança existente no futuro). O que se pode, efetivamente, observar confirma também essa incapacidade de fundamentação teórico-social do Direito. O Direito tem que ajudar-se a si mesmo, tem de tentar domesticar o seu próprio paradoxo.

A depender de que distinções se faz, o problema se apresenta de forma diferente. Considerando-se a distinção de justiça e injustiça como distinção jurídica interna, o paradoxo se refere a se essa distinção mesma é utilizada de forma justa ou injusta. O problema vem sendo derivado desde o século XVIII da distinção entre legislação e jurisprudência.⁵ O legislador pode se demitir do problema com a referência de que somente o juiz pode decidir sobre casos. O juiz encontra ao contrário seu álibi em que isto tem que ocorrer por regras que foram fixadas de forma genérica pelo legislador.

No dogma dos direitos humanos configura-se um paradoxo bem diferente: aqui trata-se da distinção de indivíduo e direito, que ganha simultaneamente com o desenvolvimento social moderno impacto estrutural e semântico.⁶ O problema é determinado pelo fato de que as referências de identidade ligadas à origem e distinção hierárquica foram suprimidas sem que passassem por substituição. Ao invés disto desenvolve-se a figura do direito subjetivo - que só vale, porém, como direito objetivo.

4. Veja-se sobre o assunto Gerhart Schröter, *Logos und List: Zur Entwicklung der Ästhetik in der frühen Neuzeit*, Königstein/Ts. 1985.

5. Comparar nesta questão Niklas Luhmann, *The Third Question: The Creative use of Paradoxes in Law and Legal History*, in: *Journal of Law and Society* 15 (1988), pp. 153-165. Sobre as peculiaridades do desenvolvimento do século 18 veja-se Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford 1986; David Lieberman, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth Century Britain*, Cambridge Engl. 1989.

6. Mais detalhes em Niklas Luhmann, *Individuum, Individualität, Individualismus*, in: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd.3, Frankfurt 1989, S.149-258.

Se o indivíduo recorrer a *seu* direito como direito *próprio*, falhará tanto quanto o personagem Michael Kohlhaas.⁷ Quando o Direito, por sua vez, leva em consideração o indivíduo, já não é mais então que como entidade parte da sociedade, mediante reduções psiquicamente não-validadas, como se dá com o conceito de pessoa.

Isto não significa, visto formalmente, ainda nenhum paradoxo, representando uma de muitas variedades possíveis. Torna-se, porém, um paradoxo quando não se pode fazer valer a variedade como última resposta, questionando-se então acerca da unidade da diferença, nomeadamente, sobre a forma jurídica da unidade da diferença entre indivíduo e sociedade. O conceito de Direitos Humanos (em oposição a direitos civis) sugere que se tenha achado uma solução para esse paradoxo, e que daí para diante ele possa ser esquecido novamente. Mas em que consiste essa solução?

II .

Faz parte das opiniões aceitas na história das idéias filosófico-sociais e jurídicas que o surgimento do conceito de Direitos Humanos individuais mantenha estreita relação com a doutrina do contrato social original.⁸ Exige-se um pouco mais de coragem (e aqui as considerações teórico-evolutivas poderiam servir de supedâneo) para inverter-se simplesmente a relação de fundamentação: não são os indivíduos que fundamentam o contrato social, mas sim o contrato social que fundamenta os indivíduos. Ou mais exatamente: só com a doutrina do contrato social torna-se possível e também necessário questionar quem conclui esse contrato e graças a quais atributos naturais (razão, interesse, impulsos, direitos naturais) os contratantes vêm vantagens nele. Como muito freqüentemente ocorre, pode ser que aqui a solução previamente disponível - o contrato social - tenha contribuído para definir o problema. O problema passa a ser então o grande número de indivíduos existentes antes (fora) da sociedade. Mas esse problema gera para além do contrato social um segundo problema: que acontecerá aos indivíduos após terem concluído o contrato? A este problema do antes/depois responde a doutrina dos direitos humanos, diferenciando os direitos humanos dos direitos estabelecidos convencionalmente. E isto não pelo modelo de estado da natureza/estado civil, mas sim na forma paradoxal da unidade dessa diferença. Direitos humanos são

7. Sobre este problema - acerca do qual ainda se tinha consciência pelo menos até o Romantismo- veja-se Regina Ogorek, Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas, Kleist-Jahrbuch 1988/89, S.96-125.

8. Veja-se Peces-Barba (Nota 3), pp. 159 e ss.

os direitos que podem se passar do estado de natureza para o estado civil - justamente quando o contrato não pode ser denunciado.

Só esse aspecto traz um conceito não menos notável. Junte-se a isto o fato de que o contrato social, quando for conceituado como *pactum unionis* (e não como na idade média, como *pactum subiectionis*) contém um círculo vicioso de fundamentação. O contrato é vinculante graças somente a si próprio. Sem ele não haveria sequer a norma “*pacta sunt servanda*”. Também permanece sem solução o problema do “free rider”, ou seja, o problema da racionalidade do uso de chances que se torna possível quando os outros firmam um contrato desse tipo. O paradoxo que deveria ser eliminado, retorna portanto, em formas muito específicas. A questão passa a ser então: em que condições se pode ignorar dessa forma – e durante quanto tempo, depois que as relações sociais se tiverem modificado?

No mais tardar durante a segunda metade do século XVIII perdem os conceitos de contrato social em poder de convencimento. Em retrospectiva, essa construção de premissas normativas em notória circularidade aparece hoje como “ideologia” da burguesia ascendente.⁹ Mas o problema dos direitos humanos prossegue. Ele procura para si um novo paradoxo, não-confessável, e encontra a solução na textualização, e por fim na positivação desses direitos pré-positivos. Pensa-se, inicialmente, em puros textos declaratórios, que somente reconhecem que tais direitos existem, como nos Bills of Rights americanos ou na Déclaration Française.¹⁰ Logo se tornará, porém, usual incluir tais textos na Constituição, contra considerações de cunho sistemático, para dar-lhes a estabilidade do Direito Constitucional e normalizá-los juridicamente. Agora se manifesta nosso paradoxo como necessidade de positivação do direito pré-positivo. Por algum tempo, poder-se-á orientar na medida em que se refere ao que os textos querem indicar como sendo “Direito Natural” e tal menção à Natureza ressoa nos textos, a abriga e depois expurga, como se dá com formulações afirmativas de “ser”, como por exemplo no artigo 1. da Lei Fundamental alemã (N.T.: “A dignidade humana é intocável.”) . Também se pode dizer que as formulações textuais são só

9. Veja-se David Gauthier, *The Social Contract as Ideology*, in: *Philosophy and Public Affairs* 6 (1977), pp.164. De observar-se seria ainda que somente a designação como ideológico deixa alguns satisfeitos e priva de mais perguntas. No entanto seria de se questionar como a designação de uma suposta verdade pode ser verdadeira como ideologia - ou como ela poderia estar segura de não ser também uma ideologia.

10. Sobre os conflitos *imediatos* acerca de formulações e de reforma ver Marcel Gauchet, *Droits de l'homme*, in: François Furet/Mona Ozouf (Hg.), *Dictionnaire de la Révolution Française*, Paris 1988, pp. 685-695. Tão logo textos estejam produzidos, dá-se a necessidade de comentários e modificações.

auxílio de uso, só equipamentos acidentais de direitos já existentes. Mas pode-se ver que não faz diferença alguma se afirmações desse tipo são verdadeiras ou não. E acima de tudo essa necessidade de positivação torna o gerenciamento do paradoxo dependente da instituição do Estado Territorial. Isto deixa a base de validade dos direitos humanos obscura para a sociedade global – um problema crescentemente urgente nos dias de hoje, que ninguém poderá resolver simplesmente mediante a negação do direito da sociedade global. Também as convenções internacionais permanecem ligadas aos países individuais - e isto, mesmo quando se referem especificamente ao respeito aos direitos humanos. Como se pode ver no destino da America Convention Human Rights de 1988: elas são assinadas ou não; ratificadas ou não; submetidas ou não a uma jurisdição prévia e, naturalmente, tudo isso com a soberana ressalva da possibilidade de sua denúncia.¹¹

Será que esta forma de administração de paradoxo, de nomenclaturar os direitos humanos, ainda é apropriada aos tempos atuais? Não se querará certamente renunciar a isto mas, se não se perder de vista a referência paradoxal da figura, poderá talvez ser observada uma nova incorporação da imagem do paradoxo. Ele oculta-se agora de outra forma – correspondendo à impressão geral de que os produtos da civilização passam a ser reconhecidos dentro de seus próprios limites.

A forma mais atual de afirmação dos direitos humanos poderia ser assim, simultaneamente, a mais original (mais natural). Normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos na medida em que são descumpridos. Assim como freqüentemente as expectativas tornam-se conscientes por via de sua frustração, assim também as normas freqüentemente pela ofensa a elas. A situação de frustração conduz nos sistemas que processam informações à reconstrução de seu próprio passado, ao processamento recorrente, com resgate e apreensão do que no momento for relevante. Parece que a atualização dos direitos humanos, hoje, utiliza-se em nível mundial primariamente deste mecanismo.

Não faltam ocasiões. A extensão da medida de ofensas aos direitos humanos em quase todos os Estados é assustadora, assim como a drasticidade dos precedentes

11. No caso da Convenção Americana a reserva dos EUA é notável, já que, tanto quanto seja do meu conhecimento, até hoje não foi ratificada nem em todo o caso submetida à jurisdição da Corte Inter-Americana, embora em outras circunstâncias o país aproprie-se dos Direitos Humanos com especial denodo de polícia mundial. Acerca de resultados notavelmente semelhantes ver o Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1989. Agradeço a informação suplementar do Prof. Héctor Fix-Zamudio por ocasião de uma conversa na cidade do México em Agosto de 1990.

– a tortura e o assassinato de pessoas ou a convivência com tais práticas; a cada vez menor garantia de segurança pública, com grande tolerância do uso da força psíquica – apenas para citar casos claros e incontestáveis. Seria de “mau gosto”¹², diante de tais atrocidades, recorrer a textos ou investigar a ordem legal válida local, para saber o que é ou não permitido. O problema reside antes na comunicação de tais lesões e na vigilância pública considerando a dimensão massificada e reprodução corrente do fenômeno.

Como quer que esteja o estado da questão e qualquer que seja o modo em que venha a alterar-se, implícito está de qualquer modo um paradoxo. A validade da Norma mostra-se em seu descumprimento. Pode-se lamentar isto a partir do ponto de vista de uma cultura jurídica altamente desenvolvida, que determina nossas expectativas, e considerá-la como resposta insuficiente. Já se observou, porém, que a ordem jurídica do direito mundial parece-se antes com formas organizatórias de sociedades tribais, ou seja, que precisa abdicar de força sancionatória organizada e da possibilidade de definir delitos jurídicos à luz de regras conhecidas. De qualquer modo a atenção para problemas do tipo descrito parece sempre aumentar juntamente com a observância sobre o assoberbamento e inadequabilidade de garantias estatais de tutela. Justamente isto leva à pergunta se não, serão necessárias formas novas de “desdobramento” desse paradoxo mediante distinções que a elas se refiram.

III.

Como ensina a mitologia clássica, um observador que tenta observar um paradoxo fica preso a ele. Ele ficará paralisado, se não conseguir matar a Medusa com a famosa técnica do espelho de Perseu. Pois, segundo a lenda, há que se entregar a cabeça a Atena, e o mundo está lógica e ontologicamente em ordem para a deusa da cognição - um tanto precipitadamente, comentaria o sociólogo, pois ele privilegia, por sua vez, um observar do observador do paradoxo: um observar de segunda ordem.

Ele deseja saber, como e de que formas o olhar direto sobre os paradoxos é evitado, de que modo é visto e como tem que ser evitado, pelo que ele mesmo esquece

12. Utilizo este conceito aqui no sentido da Crítica do Juízo de Kant, ou seja, no sentido de um apelo a critérios que não precisam se referir a bases racionais de cunho cognitivo ou prático. O apelo ao bom gosto pode parecer cínico, mas não seria implausível ver aqui um problema de critérios em aberto, já que dificilmente estaremos dispostos a renunciar à diferenciação entre idéias da razão e idéias estéticas (Crítica do Juízo § 49) – o que traria além disto o problema das idéias estéticas não terem a pretensão de serem capazes de produzir consenso.

que isto precisa ser evitado.¹³ No programa de crítica metafísica de um Jacques Derrida isto significaria: estudar as “omissões” da filosofia e apurar o olhar acerca de como o ausente na presença se faz notável.¹⁴

“Deconstrução” é uma expressão tão famosa quanto enganadora para tal procedimento. Poder-se-ia também vê-lo de forma positiva. A seguir-se o esquema teórico geral de que os paradoxos aparecem em *toda* distinção operacional, tão logo se questione sua unidade, ou seja, a unidade que só como diferença pode ser utilizada, torna-se presente a questão de como os paradoxos são “desdobrados”, ou seja, de como serão substituídos e recalcados por identidades indistinguíveis. A hierarquia tipológica ou a diferenciação por níveis da linguística podem servir aqui de modelo. Em todo caso, não se pode realizar o desdobramento dos paradoxos de forma lógico-dedutiva. Seus critérios apresentam-se antes na questão de quais distinções, para quais sistemas, em que período histórico demonstram tal plausibilidade, de modo que a questão sobre a unidade da distinção, ou também a questão de por que essa distinção e não alguma outra é utilizada não é mais lançada. “Anything may go”, mas não tudo a qualquer tempo.

Chega-se assim - isto devem demonstrar as futuras análises – a uma semântica histórico-empírica das formas de desdobramento de paradoxos. Pode-se correlacioná-las – se a sociologia participar nisto – a mudanças sociais. Pode-se, desta forma, também provocar uma crítica de hábitos de distinção, mediante a questão de que paradoxos elas deveriam ocultar e se as formas usadas para isso ainda convencem. Disto pode resultar um grande descompromisso na percepção de processos novos, o que representaria um ganho nada pequeno em uma sociedade atormentada pela própria insegurança.

Que nossa percepção de lesões de hábitos humanos seja manipulada pelos meios de comunicação (o que abrange os modos de seleção dos meios de comunicação) parece ser afirmação razoável. O mesmo vale para a percepção de catástrofes técnico-naturais.¹⁵ Em ambos os casos, os resultados não satisfazem, porém. A razão para

13. Veja-se também Niklas Luhmann, *Sthenographie und Euryalistik*, in: Hans Ulkrich Gumbrecht/K.Ludwig Pfeiffer (Hg.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*, Frankfurt 1991, S. 58-92.

14. Porém esta visualização de si representa ao mesmo tempo a dissolução da visualização de si e uma visualização da dissolução da visualização de si – um “trace de l’effacement de la trace”, como aparece em Jacques Derrida, *Marges de la philosophie*, Paris 1972, p.77.

15. Sobre o tema há também pesquisas. Ver por exemplo Rolf Linder, *Medien und Katastrophen. Fünf Thesen*, in: Hans Peter Dreitzel/Horst Stenger (Hg.), *Ungewollte Selbsterstörung: Reflexionen über den Umgang mit Katastrophalen Entwicklungen*, Frankfurt 1990, S. 124-134.

tanto consiste em que falta um ponto de apoio, e no caso dos meios de massa, falta um nível diferenciado de reflexão. Com alguns esforços teóricos essa deficiência poderia ser trabalhada hoje. Uma linguagem teórica adequada para tanto pode ser desenvolvida se for combinada a teoria matemática de processamento de formas (= distinções) com uma teoria neocibernética do observador de segundo grau e Teorias Sistêmicas baseadas em operações. Tanto para a Teoria do Direito como para a Sociologia isto exige pisar em terreno desconhecido. Mas, em um tema tão envolvente como o dos direitos humanos, fica patente que tal tipo de iniciativa não é, de modo algum, empreendimento carecedor de perspectiva.