
PREMISSAS PARA UMA SOCIOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS*

Luigi Pannarale

Professor Titular de Sociologia do Direito na
Faculdade de Direito – *Università Degli Studi di Bari (IT)*
Membro titular da *Società Italiana di Filosofia del Diritto*

Resumo: O autor aponta a contribuição específica que a sociologia do direito pode oferecer ao debate sobre os direitos humanos, consideradas as diferentes perspectivas da filosofia do direito, da teoria geral do direito e do direito internacional. Da perspectiva sociológica é possível identificar alguns paradoxos inseridos nas tradicionais descrições desse tipo de direitos: direitos contra o poder político, que, no entanto, são reconhecidos e efetivados pelo poder político; direitos dos homens contra as atrocidades dos homens. A solução de tais paradoxos deve partir das características da sociedade complexa, na qual os sistemas sociais se diferenciam com base em funções específicas, se tornam independentes, mas apenas sob a condição de manterem uma interdependência recíproca. O autor enfatiza o notável incremento desses direitos no curso dos últimos sessenta anos e considera os riscos inseridos em um seu aumento indiscriminado, especialmente os que se referem aos possíveis conflitos entre diferentes tipologias de direitos humanos. Oferecendo algumas linhas-mestras para a solução de tais conflitos, trata, em seguida, de dois aspectos ulteriores: a subsidiariedade e a complementariedade dos direitos humanos, que, do seu ponto de vista, constituem as relações normais entre tais direitos, sendo os conflitos uma exceção. Finalmente, enfrenta o problema da universalidade dos direitos humanos, que – a seu ver – não consiste no fato de esses direitos serem reconhecidos **por** todos, mas, antes disso, no fato de que devem ser reconhecidos **para** todos.

Palavras-chave: direitos humanos – sociologia – conflito – reconhecimento – efetivação – universalidade.

* Tradução de Maria Lúcia Karam.

PREMISSAS PARA UNA SOCIOLOGIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Resumen: *El autor apunta la contribución específica que la sociología del derecho puede ofrecer al debate sobre los derechos humanos, consideradas las diferentes perspectivas de la filosofía del derecho, de la teoría general del derecho y del derecho internacional. De la perspectiva sociológica es posible identificar algunas paradojas inseridas en las tradicionales descripciones de ese tipo de derechos contra el poder político, que, sin embargo, son reconocidos y efectivados por el poder político; derechos de los hombres contra las atrocidades de los hombres. La solución de tales paradojas debe partir de las características de la sociedad compleja, en la cual los sistemas sociales se diferencian con base en funciones específicas, pasan a ser independientes, pero a penas bajo la condición de mantener una interdependencia recíproca. El autor enfatiza el notable incremento de esos derechos en el curso de los últimos sesenta años y considera los riesgos inseridos en su aumento indiscriminado, especialmente los que se refieren a los posibles conflictos entre diferentes tipologías de derechos humanos. Ofreciendo algunas líneas-mestras para la solución de tales conflictos, trata, en seguida, de dos aspectos ulteriores: la subsidiariedad y la complementariedad de los derechos humanos, que, a su vez, constituyen las relaciones entre tales derechos, siendo los conflictos una excepción. Finalmente, enfrenta el problema de la universalidad de los derechos humanos, que – a su vez – no consiste en el hecho de que esos derechos sean reconocidos **por** todos, pero, antes de eso, en el hecho de que deben ser reconocidos **para** todos.*

Palabras-clave: *Derechos Humanos – Sociología – Conflicto – Reconocimiento – Efectivación – Universalidad.*

1. Só em tempos muito recentes, a sociologia do direito começou a voltar sua atenção para o tema dos direitos humanos, que, até então, era monopólio quase exclusivo da teoria geral do direito, da filosofia do direito e do direito internacional.

Conforme a concepção mais aceita, os direitos humanos situam-se em uma relação de espécie a gênero diante da categoria mais ampla dos

direitos fundamentais. São aqueles direitos primários ou substanciais concernentes a todos os seres humanos indistintamente, sem que para sua titularidade tenham qualquer relevância *status* particulares, como os de cidadão, trabalhador, maior, ou qualquer outro. Nesse sentido, a categoria dos direitos humanos pode ser considerada – ou, pelo menos, foi considerada durante longo tempo – a mais inclusiva dentre as diversas categorias de direitos, até surgir, em tempos mais recentes, a tentativa de ampliar a titularidade dos direitos, para além do próprio gênero humano, aos animais, aos embriões, às futuras gerações, à natureza, a outras espécies vivas, ou a outros centros de imputação de interesses e direitos totalmente independentes de correspondências de tipo “naturalístico”.

São especialmente as declarações, convenções e estatutos internacionais os instrumentos jurídicos mais próprios para a proclamação e tutela dos direitos humanos. A atualmente longuíssima lista desses instrumentos parte dos dispositivos relativos aos direitos humanos contidos na *Covenant of the League of Nations* de 1919, para chegar à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, até as mais recentes cartas de direitos, aí incluídas as de caráter regional da Europa, da América, da África, dos Países Árabes e da *Commonwealth*.

Na linguagem sociológica, os direitos humanos podem ser descritos como uma **instituição**. Em sociologia, tal conceito não indica simplesmente um complexo de normas, mas sim um complexo de expectativas reais de comportamento efetivadas no contexto de um papel social e que podem contar com o consenso social. O catálogo dos direitos humanos, inscrito nas constituições e nas convenções internacionais, simboliza expectativas de comportamento institucionalizadas e efetiváveis em situações concretas. Conseqüentemente, a institucionalização dos direitos humanos é, em primeiro lugar, um fato, a inserção de tais direitos no texto constitucional ou nas várias cartas de direitos constituindo apenas um de seus aspectos.

As instituições são expectativas de comportamento generalizadas nas dimensões temporal, material e social, formando, enquanto tal, a estrutura dos sistemas sociais. Sob esse aspecto – e somente sob esse aspecto – constituem um possível objeto de positivação jurídica. Ao mesmo tempo, como componentes estruturais, levantam a questão de sua função na ordem social, que, por sua vez, permite controlar, do ponto de vista conceitual, o processo de positivação. É sobre essa correlação que se funda nossa tese de que a dogmática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais pode se aproveitar da análise sociológica.

Uma primeira questão, em torno da qual se erige um persistente e insolúvel dissenso no âmbito da teoria do direito, é determinada pelo crescimento quantitativo dos direitos humanos. A lista dos direitos humanos cresceu incrivelmente nesses últimos anos e parece destinada a crescer ainda mais, não obstante, paradoxalmente, cresçam, contemporaneamente, tanto suas tutelas quanto suas violações. Essa constatação decerto não basta para denunciar uma inutilidade substancial das cartas de direitos, mas serve, pelo menos, para lembrar que as normas (jurídicas, morais, religiosas) exercem sua função exatamente em virtude do descompasso entre norma e **realidade** e da necessidade de reafirmar determinadas expectativas, não obstante (ou, mais do que isso, exatamente porque) subsista o perigo de sua violação.

A proclamação de direitos freqüentemente se torna uma forma de transformar um problema particularmente explosivo em outro mais controlável, ou, de todo modo, menos alarmante; através da proclamação dos direitos, os problemas da escravidão, da impossibilidade de satisfação das necessidades mais elementares, da fome, da escassez, do analfabetismo se transformam em um problema diverso: como é possível que continuem a existir fome, escravidão, doenças, escassez, se foi proclamado o direito de todos os homens delas se libertarem? O que não está funcionando?

Levar **a sério** os direitos significa partir de sua proclamação para acionar a efetividade de sua tutela; significa que o sistema da política não pode se eximir de responsabilidade mediante a mera proclamação de direitos, assumindo sim a responsabilidade de sua observância e sua efetivação.

Desse ponto de vista, a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais parece pouco significativa. A teoria do direito distinguiu os primeiros dos segundos com base na necessidade ou não de uma prestação positiva por parte do Estado ou dos poderes internacionais, voltada para a garantia de sua efetividade, quando, reconhecida uma lacuna normativa, a simples proclamação não se demonstrasse suficiente, em si mesma, para garantir a efetivação do direito¹. Na realidade, o problema da efetividade, e, portanto, de efetivação, se coloca para qualquer direito, sendo difícil identificar direitos para os quais proclamação e efetivação coincidam, prescindindo de uma atuação positiva dirigida para sua implementação. Por exemplo, mesmo um direito de liberdade, como o de manifestar livremente o pensa-

¹ L. Ferrajoli (org.), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Laterza, Roma-Bari: 2001, p. 31, 156.

mento, não pode ser visto como plenamente efetivado, se alguns serão **mais livres** do que outros, porque podem expressá-lo mais completamente, podem usufruir de meios de comunicação mais amplos e eficazes, podem formar opiniões menos influenciadas por fatores externos e enganosos. Mesmo para os direitos de liberdade se coloca o problema de reduzir, se não eliminar, as desigualdades materiais que impedem sua efetiva fruição.

2. Alguns sustentam que o espaço moral dos direitos não seria ilimitado e, portanto, não indefinidamente expansível sem prejuízo de outros direitos; entendem, assim, que os direitos podem entrar em conflito entre si, freqüentemente se envolvendo em um jogo de relações recíprocas a soma zero². Outros, como Ferrajoli, negam a existência de um conflito ou até mesmo de uma incompatibilidade entre direitos, particularmente entre direitos civis e políticos de autonomia e direitos de liberdade, entendendo que se deva, ao invés, falar de limitações impostas às liberdades negativas, a partir do momento em que essas se configuram como direitos, nenhum direito podendo ser ilimitado.

A distinção de Ferrajoli parece bastante convincente do ponto de vista da teoria do direito; de uma perspectiva sociológica, porém, não se pode deixar de anotar que, se os limites se tornassem excessivos ou superassem determinado patamar, um direito, embora proclamado, poderia ser de fato anulado. Isto não implica, de modo algum, que se deva julgar preferível a tese oposta, na medida em que da observação das comunicações sociais sobre os direitos humanos não se extrai, de modo algum, que a situação de conflito entre direitos seja a situação normal ou prevalente.

Decerto existem casos em que se coloca um problema de compatibilidade, mas também existem outros em que a afirmação de um direito é absolutamente **indiferente** para uma série de outros direitos, existindo outros ainda em que, ao contrário, a afirmação de um direito pode se tornar um pressuposto ou uma condição para o gozo ou a afirmação de uma série de outros direitos **complementares**. A impressão é a de que, até agora, o primeiro aspecto foi demasiadamente enfatizado em detrimento dos outros, talvez tendo se mostrado excessivamente alarmante devido à incessante e fortíssima proliferação de direitos que vem acontecendo nos últimos cin-

²A.J. Sebok, *The Insatiable Constitution*, in "Southern California Law Review", 1997; J. Waldron, *Rights in Conflict*, in "Ethics", 1989, p. 507 e ss.; A. Marmor, *On the Limits of Rights*, in "Law and Philosophy", 1997, p. 7 e ss.; assim como, S. Holmes e C. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Co., New York: 1999.

qüenta anos, em comparação com as épocas precedentes. Isto fez com que se descrevesse como conflituosa até a ponderação entre diferentes direitos, em situações que não se revelam – e sobre isso tem razão Ferrajoli – em nada problemáticas, na medida em que cada liberdade, para se transformar em um direito, deve ser especificada em seu conteúdo, não podendo permanecer absoluta e desvinculada da lei.

Não se exclui totalmente, porém, que, em algumas situações, o conflito entre direitos e sua incompatibilidade possam ser reais. Não se trata, assim, de apontar os limites e os conteúdos de um direito, mas sim de estabelecer uma espécie de hierarquia entre direitos, ainda que considerados todos fundamentais, pois situações são reconhecíveis em que não é possível tutelá-los todos contemporaneamente.

Os conflitos entre direitos constituem um problema que não pode ser ignorado, nem negado, implicando a necessidade de uma ecologia dos direitos, inclusive dos direitos humanos e fundamentais. O elenco de tais direitos não pode ser aumentado ilimitadamente sem que a inclusão de novos direitos não comporte o cancelamento ou a compressão de outros precedentemente incluídos. Em alguns casos, essa seleção pode ser feita e convém que seja feita *a priori*; em outros, deve ser deixada para um momento sucessivo, na medida em que a prioridade reconhecida a um direito sobre outro poderia variar em cada caso singular.

Uma das modalidades de seleção mais frequentemente utilizada é a da procedimentalização: mediante a identificação de um possível acordo sobre as formas de decidir os casos conflituosos, se supera e se procura **des**-localizar o conflito sobre os conteúdos; não há mais a preocupação sobre o **que** decidir, mas sim sobre **como** e **onde** fazê-lo. A proliferação de comitês de ética, de comissões de expertos, de *authorities* é frequentemente funcional para a identificação de formas de controle e tratamento dos conflitos que não podem ser resolvidos diretamente em âmbitos mais cruciais ou mais frágeis do sistema social, onde uma maior radicalização do problema não parece evitável.

Não obstante o recurso a tais expedientes e estratégias, a necessidade de escolha pode ser diferida, mas não eliminada. É preciso, assim, identificar critérios aceitáveis com base nos quais efetuá-la³, critérios que, no nosso caso, tentamos identificar – na medida do possível – abstendo-nos

³ Cf. J. Rawls, The Basic Liberties and Their Priorities, in S. M. McMurrin (ed.), The Tanner Lectures on Human Values, vol. III, University of Utah Press, Salt Lake City: 1982, pp. 1-87.

de qualquer tipo de valoração relativa aos conteúdos dos direitos ou à sua referência a princípios ou valores, para levar em conta especialmente sua função. A vantagem de um tal enfoque consiste em seu menor potencial conflituoso, na medida em que sobre princípios e valores é difícil chegar a um consenso; ao contrário, o dissenso tende a se exasperar.

Sendo os direitos humanos a **lei do mais fraco** contraposta à **lei do mais forte** – os direitos humanos nascem sobretudo com a finalidade de proteger os sujeitos mais fracos das prepotências e abusos dos mais fortes –, o primeiro e fundamental critério para se operar uma escolha entre diferentes direitos, quando estes são conflitantes, é o de favorecer as razões dos primeiros contra as dos segundos, avaliando-se as diferentes forças com parâmetros econômicos, políticos ou de outra natureza. Se, assim, de um lado, se coloca o direito de alguns homens à sobrevivência, ou ao respeito a níveis mínimos de dignidade da pessoa humana, e, de outro, está o direito à tutela da propriedade privada ou da tranqüilidade da própria existência, não pode haver nenhuma dúvida razoável de que o direito dos primeiros deva prevalecer sobre o desses últimos. Nesse sentido, surge a clareza da regra do artigo 10, § 3, da Constituição italiana, a dispor que “o estrangeiro privado, em seu país, do efetivo exercício das liberdades democráticas garantidas pela Constituição italiana, tem o direito de asilo no território da República, de acordo com as condições estabelecidas em lei”. Com base nessa norma, o direito de asilo, que é o mais típico dentre os direitos dos fracos, jamais poderá ser excluído, podendo, no máximo, serem estabelecidas as condições para seu exercício, sem que tal regulamentação torne excessivamente oneroso ou de fato impossível seu efetivo gozo. É, portanto, no mínimo singular que, até hoje, não tenha sido editada a lei concretizadora do direito de asilo, não obstante o claro dispositivo constitucional: é uma lacuna grave e vergonhosa, que seria oportuno eliminar nesse momento em que, com grande ênfase, se celebra o sexagésimo aniversário da entrada em vigor da Constituição italiana.

O segundo critério, complementar do primeiro, é o de que os direitos humanos que promovem a igualdade devem prevalecer sobre os que tendem a consolidar e estabilizar as diferenças. Os direitos humanos surgem como os mais **inclusivos** de todos os direitos – ninguém pode estar excluído do conceito de humanidade. Aliás, os direitos humanos nascem exatamente da necessidade de superar o destino da exclusão, que permanece implícito ao reconhecimento de qualquer direito. Mesmo os direitos de cidadania, que nasceram para superar antigos privilégios da sociedade aris-

toocrática, se dobraram a um destino perverso, a uma lógica excludente, fundada na diferença entre cidadão e estrangeiro. Os direitos humanos nascem e se difundem com a intenção de conceber uma categoria de direitos que não permita exclusões de qualquer espécie.

O terceiro critério, quase um corolário dos outros dois, é o de que os direitos humanos sejam, principalmente e antes de tudo, direitos das minorias contra os superpoderes das majorias. Frequentemente, houve uma identificação indevida e perigosa entre princípio majoritário e princípio democrático, conduzindo a não poucos danos para a história da humanidade⁴. Os direitos humanos são invioláveis, indisponíveis e inalienáveis por definição, na medida em que servem para subtrair alguns temas da decisão e dos poderes de majorias contingenciais (como também ao mercado) e para recordar que a transposição do princípio utilitarístico benthamiano para o interior do sistema político representa sempre uma ficção, embora necessária. Nenhuma maioria e nem mesmo a unanimidade pode decidir a abolição ou a redução dos direitos que tutelam as minorias.

Ainda recentemente se procurou invalidar essa afirmação, apelando-se para argumentações sugestivas, mas capciosas. Tenta-se sobretudo introduzir a dúvida sobre se uma tutela ilimitada das minorias, mesmo aquelas portadoras de valores e modos de vida e comportamento distantes, quando não contraditórios com os compartilhados pela maioria, não poderia conduzir ao declínio e à crise de identidade e dos valores da civilização ocidental, além de conduzir à aceitação, com base em um deslocado sentido de tolerância, de odiosas violações a outros direitos humanos, dentre os quais a integridade e a dignidade da pessoa.

O que se ignora – ou se finge ignorar – é que os direitos humanos nunca têm como seus titulares grupos inteiros ou categorias de pessoas, mas sim indivíduos singulares. Não é pois com considerações concernentes a grupos de pertencimento que se pode argumentar acerca da ampliação ou restrição dos direitos. Em segundo lugar, a tutela, de que se cuida, diz respeito à possibilidade de **ser** diferente e não à de **fazer** qualquer coisa em nome da própria diversidade, nenhum direito humano podendo, portanto, jamais nos impedir de intervir diante de práticas odiosas que violem a dignidade, a liberdade e a integridade de outros indivíduos.

⁴ No interminável debate que vai de Schmitt a Kelsen, de Kirchheimer a Schumpeter, de Althusius a von Gierke, cfr. N. Bobbio, *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, in N. Bobbio, C. Offe e S. Lombardini, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Il Mulino, Bologna: 1981, p. 33 e ss.; assim como o fundamental trabalho de E. Ruffini, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Bocca,

3. As considerações que acabam de ser expostas nos permitem tomar posição também sobre um outro lugar comum, ou seja, o fato de os direitos humanos se colocarem **contra** o poder político estatal ou internacional. Isto implicaria no fato de que, atrás da preocupação de limitar o poder político, estaria a idéia de uma situação habitual de conflito, de uma clara contraposição de interesses entre Estado e cidadãos, embora jamais se tenha duvidado de que os Estados, assim como os organismos internacionais, normalmente persigam finalidades de proteção jurídica e bem-estar e promovam os interesses dos governados, ao invés de contradizê-los.

Sem pretender minimizar a relevância de um possível conflito entre poderes e direitos, nem por isso se deve supor que a função dos direitos humanos não devesse ser necessariamente mais ampla. Em situações de conflito, os direitos humanos certamente podem ter uma função de freio ou de prevenção, mas esse aspecto, por si só, não exaure sua importância. Com efeito, em outros casos, a constatação do reconhecimento desses direitos por parte do Estado ou de outras organizações políticas pode reforçar a confiança dos governados em relação aos governantes e, conseqüentemente, aumentar o poder desses últimos. Ainda em outros casos, há instituições que reforçam o poder de ambos os sujeitos potencialmente em conflito, servindo para intensificar sua influência recíproca. Os direitos humanos são uma dessas instituições: de um lado, protegem o indivíduo em face do Estado e de outras organizações políticas; de outro lado, aumentam a eficácia e a eficiência das ações de governo.

Daí se poderia extrair uma conclusão paradoxal, ou seja, a de que não é totalmente verdadeiro que quem tem um poder ilimitado seja necessariamente **mais poderoso** do que quem usufrui um poder limitado. Aliás, em muitas situações, até mesmo o contrário pode ser verdadeiro⁵. Só assim se pode compreender como os direitos humanos e os direitos fundamentais se tornaram uma conquista comum tanto para o Estado, quanto para o cidadão, contradizendo a concepção do conflito que constituía exatamente seu ponto de partida.

O poder político só pode produzir decisões vinculantes se for capaz de mobilizar sustentação política para seus programas decisórios; de outro modo, se reduziria a mera **potência** (para usar a linguagem weberiana): ele é, por isso, a pré-condição de toda liberdade, mas deve sempre fugir da

Torino: 1927, republicado por Adelphi, Milano, 1976.

⁵ N. Luhmann, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Duncker & Humblot, Berlin: 1965, p. 165.

tentação de se transformar em um centro monopolizador de imputação das possíveis ameaças à liberdade.

4. As observações até aqui expostas deveriam ser suficientes para afastar definitivamente o risco de uma consideração reducionista dos elementos conflituosos entre poderes e direitos, como também entre direitos, enquanto situação normal e prevalente.

O conflito entre direitos, assim como o conflito entre poderes e direitos, é uma eventualidade; não a normalidade. Aliás, não obstante o desmedido crescimento do elenco dos direitos, parece constituir bem mais uma exceção. Na maior parte dos casos, os diferentes direitos poderão coexistir sem que se chegue a criar algum tipo de interferência ou de sobreposição.

Mais ainda, para os direitos fundamentais clássicos não só não se coloca um problema de incompatibilidade, mas se evidencia o problema oposto de uma sua complementariedade ou subsidiariedade. A liberdade de crença religiosa e a de opinião, por um lado, a liberdade de associação e reunião, de outro, juntamente com suas especificações, como a liberdade de imprensa, o livre exercício da arte, da ciência, da pesquisa, do ensino, a livre educação familiar, a liberdade de associação sindical, a livre constituição de partidos políticos e, sob certo aspecto, também a liberdade de escolha profissional, não são somente uma expressão da proteção do próprio modo de ser, ou da auto-representação que cada um faz de si mesmo e da própria personalidade; são também mecanismos de tutela da possibilidade de se relacionar com os outros e de encaminhar expectativas recíprocas, sem que tudo isso esteja condicionado por ingerências excessivas da esfera política.

A liberdade de escolha dos temas e a liberdade de escolha dos *partners*, que constituem as duas grandes categorias de que se derivam quase todos os outros direitos humanos, só podem, portanto, ser concebidas em conjunto. Alguns direitos fundamentais, como a liberdade de opinião, se concebem a partir dos temas da comunicação; outros, como a liberdade de associação e a liberdade de reunião, a partir dos *partners* da comunicação. Mas, se trata de direitos complementares, pois quem quer que queira comunicar ou informar deve escolher os próprios temas com referência ao próprio *partner*, ou escolher os próprios *partners* com referência aos próprios temas.

A hipótese da subsidiariedade, por sua vez, se dará quando o reconhecimento de um direito constitua um pressuposto para o reconhecimento de outros direitos. Também nesse caso podem ser propostos inúmer

ros exemplos: na Constituição italiana, encontram-se alguns artigos dedicados à liberdade de organização das confissões religiosas e à liberdade de professar a própria fé religiosa, de fazer propaganda e exercer o culto em público e privadamente, assim como à liberdade de associação com fins religiosos. Todas essas liberdades, às quais obviamente correspondem direitos de tutela por parte dos cidadãos e deveres de tutela para o Estado, estão estreitamente ligadas umas às outras, pois não seria concebível uma adequada garantia da liberdade de organização se a essa não correspondesse uma adequada liberdade de culto, ou mesmo a possibilidade de fazer proselitismo religioso (por mais tedioso que possa nos parecer em alguns momentos). Além disso, o reconhecimento da liberdade religiosa acabaria anulado se não existisse o reconhecimento do ulterior direito a não ser discriminado em virtude da própria fé religiosa.

Ao menos para a sociologia, parece mais profícuo, portanto, concentrar a atenção, daqui para a frente, em questões relativas à complementariedade e à subsidiariedade dos direitos do que em questões relativas aos conflitos entre direitos.

Com efeito, por esse caminho, poderá ser mais fácil reformular o problema da efetividade da tutela como algo diverso do reconhecimento. Se o reconhecimento dos direitos fosse obtido **contra** o Estado e as organizações políticas, seria lógico esperar que o Estado opusesse todo tipo de obstáculo à sua efetiva tutela e, em um momento sucessivo, procurasse anular o que fora constrangido a conceder contra sua vontade. Se, no entanto, os direitos humanos são direitos que podem ser reconhecidos quando há um Estado e organizações políticas supranacionais que, de algum modo, consentem com esse reconhecimento, as possíveis ameaças a esses direitos não virão normalmente dos Estados, mas de entidades diversas, estando os Estados, ao contrário, salvo casos excepcionais, consideráveis essencialmente patológicos, normalmente empenhados em tutelar tais direitos e protegê-los contra qualquer tentativa de sua anulação.

O descolamento entre reconhecimento e tutela dos direitos não pode, assim, ser justificado, a não ser em termos de patologia, ou como uma situação transitória que, no entanto, deve ser contida dentro de determinados limites, devendo permanecer efetivamente excepcional. A multiplicação de casos em que os direitos restam ineficazes deve ser descrita de outra forma. Uma tal tentativa poderá ter como resultado o de permitir uma reformulação do problema e a identificação de suas possíveis soluções.

Não por acaso, as primeiras e mais importantes proclamações em

matéria de direitos humanos se seguiram aos dois grandes conflitos mundiais; não por acaso, a Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio e a Declaração Universal dos Direitos do Homem são coetâneas entre si, trazendo subentendida a esperança de se libertar contemporaneamente do pesadelo da guerra e do holocausto e encontrando no sistema jurídico novos mecanismos de proteção dos homens contra as atrocidades de outros homens, bem como novas formas de resolução dos conflitos que restam sempre possíveis. Daí se pode deduzir que a transformação de algumas exigências, de algumas necessidades, de algumas reivindicações, ou de alguns temas conflituosos e socialmente desagregadores em temas da comunicação jurídica, comporta um alívio dos problemas conexos para outros subsistemas da sociedade e a possibilidade de governar o conflito em um âmbito no qual, graças sobretudo às formas típicas da procedimentalização jurídica, os problemas podem ser liberados de uma excessiva carga de dramaticidade e emotividade, o problema do “que fazer” passando a se traduzir naquele mais suscetível de compromissos e mediações do “como fazer”: os procedimentos jurídicos se substituem às guerras e às revoluções.

Surge, portanto, paradoxal o fato de, nos últimos tempos, a guerra vir sendo frequentemente invocada – e, infelizmente, também praticada – como meio para a reafirmação dos direitos, sendo adjetivada das formas mais diversas e insensatas, no mais das vezes em aberta e desdenhosa violação dos procedimentos determinados pela jurisdificação dos temas do conflito. Não são fenômenos novos para o sociólogo do direito, fazendo lembrar de outros nos quais a retórica da emergência ou a especial crueldade e infâmia do inimigo foram julgadas suficientes para justificar uma modificação radical dos procedimentos e das garantias juridicamente determinadas para a tutela dos direitos. Se, em muitos casos, o direito se mostra um instrumento idôneo para despotencializar os conflitos (e, algumas vezes, inclusive para resolvê-los), em outros casos, os conflitos surgem demasiadamente graves e dilacerantes para se deixarem condicionar pelo direito: pouco importa que os custos das alternativas sejam tragicamente elevados e que o vencedor nem sempre seja o imbuído das melhores intenções, sendo sim, no mais das vezes, apenas o mais forte ou o mais inescrupuloso.

5. Dessas últimas considerações re-emerge um problema jamais definitivamente aplacado, não obstante o crescente sucesso das teorias juspositivistas, qual seja, se os direitos humanos têm um reconhecimento ou,

ao menos, uma validade universal, e, conseqüentemente, que sanções são aplicáveis em face de seus transgressores.

Que os direitos humanos venham se afirmando singular e gradativamente no curso da história é um dado não contestável, assim como é incontestável a circunstância de que, em certos países, o reconhecimento de alguns desses direitos tenha sido mais rápido do que em outros. Se comparada à lenta história do processo civilizatório, a maior parte desses direitos tem origem bastante recente, às vezes encontrando reconhecimento em uma área freqüentemente demasiado circunscrita para poder dar crédito à sua pretendida “naturalidade”.

Mesmo na Itália, alguns direitos políticos – acima de todos o direito de voto – só tiveram plena efetivação por volta da metade do século passado: a extensão do voto às mulheres remonta apenas a 1946, mesmo que hoje pareça uma conquista indiscutível e incontroversa. Ainda mais recente é o reconhecimento de alguns direitos sociais, como o direito à saúde, à instrução, à segurança no trabalho, e não é preciso ir muito longe para encontrar uma ampla difusão de práticas odiosas, como a tortura e a escravidão, que têm encontrado um preocupante recrudescimento nos últimos tempos, mesmo nos países ocidentais.

Não parece, portanto, que se possa ter como totalmente pacífico o reconhecimento de muitos direitos, embora esses impliquem uma pretendida universalidade, como é o caso dos direitos humanos. Não parece nem mesmo que sua maior ou menor efetivação seja apenas um fator relativo a diferenças culturais, religiosas ou políticas. Basta ler os relatórios anuais da *Amnesty International* para se dar conta de que a violação dos direitos humanos é bem mais universal do que sua efetivação e seu reconhecimento.

A pretendida universalidade dos direitos humanos deve ser reformulada no sentido de que não é tão necessário que sejam reconhecidos **por todos**, mas sim que sejam, antes de tudo, reconhecidos **para todos**. Quem proclama a universalidade dos direitos humanos, não pode pretender condições de reciprocidade, devendo reconhecê-los também ao mais atroz dos tiranos e ao pior de seus próprios inimigos!

Por esse caminho, pode-se livrar o campo de alguns equívocos que, infelizmente, vêm se tornando lugares-comuns. Esse caminho, de um lado, evidencia o quão é deslocada a reivindicação do primado de uma cultura ou de uma civilização em relação a outras, em razão do mais elevado reconhecimento dos direitos, de modo a poder se erigir em paladina de tais direitos em escala planetária, não mais apenas nas relações entre Estados,

mas também no interior de cada Estado; por outro lado, nos lembra que é preciso **lutar** pelos direitos, sem concessões a uma mal entendida tolerância, sobretudo quando a tolerância é simplesmente fruto da indiferença.

Retorna por esse caminho um problema antigo, mas ainda não resolvido, especialmente no âmbito do direito internacional: quem é e como deve ser indicado um Terceiro para o mundo (*der Dritte der Welt*, dizia Carl Schmitt), um Terceiro equidistante e capaz de escutar, embora nem sempre compartilhando, as razões de todos.

A invocada universalidade dos direitos humanos pode servir para nos lembrar que a tarefa do direito não pode ser simplesmente a de uma inclusão sem limites, sendo também a de selecionar, dentre as diversas possibilidades, a de reduzir a incerteza que gera angústia e medo. O direito é comumente descrito como um mecanismo de controle social. Isto significa que a sociedade confia ao direito a nada fácil tarefa de encorajar e promover alguns comportamentos, mas sobretudo a de desencorajar outros. O direito, portanto, por mais que seus princípios se inspirem na tolerância e na democracia, jamais poderá se limitar a registrar, de maneira neutra, a existência das diferenças, pois, desse modo, perderia toda a eficácia normativa e, assim, sua própria função de escolha dentre os vários interesses em campo para fazer com que definitivamente prevaleça um deles. O direito é capacidade de escolha, regra de supremacia e, ao mesmo tempo, coragem da escolha.

Outro problema é quem deve escolher e como se deva escolher. Um problema conhecido dos politólogos e que repropõe o debate sobre a democracia em um nível agora muito mais planetário do que de Estados singulares, onde o próprio fenômeno da globalização está levando a uma progressiva desagregação da imagem centralizadora e hierárquica do poder e à sua dissolução nos jogos variáveis e não programáveis do mercado, assim como a um modelo não majoritário da democracia.