

A TRIVIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Tercio Sampaio Ferraz Junior

1. Limites metódicos e objetivos desta investigação

Uma cozinheira sem grandes méritos é capaz, no entanto, de "fazer o trivial". Esta expressão bastante comum denota um sentido da palavra *trivial*, para o qual chamamos a atenção. Uma coisa se torna trivial quando perdemos a capacidade de diferenciá-la e avaliá-la, quando ela se torna tão comum que passamos a conviver com ela sem sequer nos apercebermos disto. O trivial é, pois, "algo que gera alta indiferença em face das diferenças" (cf. Luhmann, 1972, v.2:255).

O tema dos *direitos humanos* constitui, sem dúvida, uma preocupação jurídica universal. Largamente discutido e explorado, sua menção entre os juristas tende a evocar conhecidas fórmulas, algumas até de gosto retórico duvidoso, muitas suficientemente vazias para banalizar a sua importância. Esta banalização aponta não poucas vezes para um tratamento do tema com nobres mas nem sempre convincentes intenções moralizantes, recorrendo o jurista a expressões tornadas vazias, cuja força argumentativa remonta aos séculos XVIII e XIX. Outras vezes, esta banalização resulta das críticas positivistas, no amplo espectro significativo da expressão, que, no entanto, também num uso candidamente moralizante, contrapõe mistificação e vigor científico, objetividade e subjetivismo incontável etc. Mas a banalização mais terrível é aquela que se dá ao nível da ação, aquela que, ao afirmar direitos humanos, conserva-os na sua intocabilidade e supremacia na exata medida em que os destitui na prática. Esta banalização prática, mais do que qualquer outra, trivializa os direitos fundamentais da pessoa humana.

A trivialização dos direitos humanos é um tema de nossa época. Explicá-la exige a eleição de procedimento metódico pertinente. Propomos o tratamento da trivialização dos direitos humanos como um *problema*. Entendemos por *problema* um conjunto de possibilidades estrutura-

das em alternativas. Um problema, nestes termos, não mediatiza uma verdade, isto é, a partir dele não é possível deduzir sua solução, pois um problema pressupõe justamente a existência de mais de uma solução. Pensar um tema problematicamente é, assim, partir de um problema para problemas cada vez mais amplos e abstratos. Neste sentido, podemos dizer então, não existe uma lógica dedutiva adequada *para o raciocínio problemático*. Uma análise problemática deve, pois, abrir-se e preparar-se para contradições patentes, desenvolvendo regras de natureza pragmática e técnicas de uso intersubjetivo (cf. Ferraz Jr.: 1973). Assim, no lugar da dedução lógica surge uma técnica, a técnica da recepção consciente de decisões já ocorridas num tempo, que servem, então, de premissa para a análise comparativa de problemas e decisões de problemas (Luhmann, 1971:260ss). Isto significa que a direção da explicação fica invertida: ao invés de partir do problema para buscar uma solução, encara a solução como a resolução decisória de um problema, cuja problematização (da decisão) processa a investigação na direção de problemas mais amplos e mais complexos.

Esta postura metódica traz uma consequência relevante, que merece o devido destaque. A problematização da trivialização dos direitos humanos exige, de algum modo, uma certa neutralização dos próprios direitos humanos como temática de investigação. Esta neutralização não quer dizer que nos coloquemos impassíveis diante deles, eximindo-nos de qualquer juízo de valor, mas sim que procuramos abortar qualquer valorização a eles referida, referindo-a a uma estrutura contextual. A neutralização exigida pelo tratamento problemático significa, pois, não uma exigência de fria objetividade, mas de consciente imparcialidade. Não nos propomos, assim, nenhuma discussão de fundamentos essenciais, nem da tese da existência inegável, universal e geral dos direitos humanos, mas nos preocupamos com a sua *positivação* na sociedade contemporânea enquanto solução decisória de um problema que desencadeia, no contexto, problemas em sequência, os quais, por sua vez, provocam outras decisões e assim sucessivamente. Ao fazer isto, é bom que se esclareça, nossa atitude metódica se insere tragicamente num contexto problemático que ela procura revelar, como se perceberá a seguir.

2. Direitos Humanos como problema

Os direitos humanos constituem um dado típico da cultura moderna. Não que a questão não possa ser localizada em outras épocas. Simplesmente, eles constituem uma *decisão estrutural* que se dá num contexto definido, limitando-se e circunscrevendo-se, assim, a sua universalidade como questão temática. Não se pretende, com isso, negar as tentativas jusnaturalistas de fundá-los universalmente. Apenas queremos dizer que o

uso comum da expressão *direitos humanos* define certos problemas num contexto estrutural peculiar.

Desejamos, para este propósito, adotar, embora com alterações conscientes de sentido, uma classificação de Henrique Vaz (1963:13ss), distinguindo três constelações problemáticas na chamada civilização ocidental. Admitindo, para os nossos objetivos, o conceito de *homem* como o centro delas, falamos em problema clássico, moderno e contemporâneo.

A constelação problemática clássica se debate entre a ordem do mundo (cosmos) e a inserção do homem nesta ordem. Com todo o respeito pelas generalizações apressadas e inconscientes, aceitamos, no entanto, a idéia de que a cultura clássica capta este problema como uma questão de hierarquia de ordens. O homem se coloca diante do cosmos enquanto totalidade perfeita e acabada, não importando em quantas partes ou subordens ele se divida. Pressuposto metafísico desta problemática é uma substancialidade que deve ser assegurada, a existência de traços constantes, de um cerne do ser, idêntico a si mesmo. Idéias como a de mudança irreversível, desenvolvimento, evolução, inovação não cabem ou têm importância periférica ali dentro. O importante é a fixação de invariantes, fixação que exclui outras possibilidades e despreza eventuais variáveis. O problema é, aqui, como integrar e conceber o homem como parte de uma totalidade hierárquica que o envolve.

Na visão aristotélica, por exemplo, existe entre as formas cósmicas uma relação chamada de *imitação*, segundo a qual as formas inferiores executam atos que, num nível mais modesto da hierarquia cósmica, significam a realização e ao mesmo tempo a negação do modelo proporcionado pelas formas superiores. Neste sentido dir-se-á que o movimento circular do *primeiro céu* imita a imobilidade do *primeiro motor*, da mesma maneira que o ciclo das estações imita o movimento das esferas celestes, sendo o próprio movimento uma imitação da imobilidade divina e a contingência, uma imitação da necessidade. Ora, a identidade de todos os seres por meio de um mesmo *fim*, que permite a imitação em cadeia, revela-se como uma diversidade de *meios*, isto é, como a necessidade de *mediação* por parte do *imitador* e *ausência de mediação* por parte do *imitado*. O problema aqui é, então, saber como a contingência, isto é, a possibilidade-de-não-ser, pode imitar a perfeição subsistente do *primeiro motor*. Em outras palavras, como pode o homem, ser contingente, imitar a imobilidade plenamente suficiente (autárquica) de deus (sobre o assunto v. Ferraz Jr., 1969).

Ora, nesta relação de imitação (de formas superiores pelas inferiores) não há lugar para *direitos humanos* como problema. Num universo hierarquizado e, em certo sentido, estático, e em termos de correlação entre partes e todo, a sociedade é o resultado da integração de partes complementares ou ajustadamente concorrentes. O papel do homem no mundo é apenas um enigma que deve ser decifrado (cf. Ferraz Jr., 1969:170ss).

Seguindo, neste passo, as observações de Hannah Arendt (1981:diversas passagens), deve-se lembrar a distinção, na Antiguidade, en-

tre *polis* e *oikia*. Dizia-se que enquanto a *oikia* (*domus*, a casa) aceitava o governo de um só, a *polis* era composta de muitos governantes. Por isso, para Aristóteles, lembra Arendt, todo cidadão pertencia a duas ordens de existência, pois a *polis* dava a cada indivíduo, além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, a sua *bios-políticos*. Era a distinção entre a esfera privada e a esfera pública. Esta distinção sofreu durante os séculos seguintes modificações importantes. A diferença entre ambas, na Antiguidade, fazia com que a esfera privada se referisse ao reino da necessidade e a uma atividade cujo objetivo era atender às exigências da condição animal do homem: alimentar-se, procriar, vestir-se, repousar etc. A necessidade, dizia-se, coagia o homem e o obrigava a exercer um tipo de atividade para sobreviver. Para usar a terminologia de Arendt e cujo pensamento expomos e interpretamos numa forma livre, podemos denominar esta atividade de *labuta* (*labor*, *Arbeit*, *travail*). A *labuta* distinguia-se do *trabalho* (*work*, *Herstellung*, *oeuvre*). A *labuta* (a tradução brasileira da obra de Hannah Arendt usa *labor*) tinha a ver com o processo ininterrupto de produção de bens de consumo, o alimento por exemplo, isto é, aqueles bens que eram integrados no corpo após sua produção e que, portanto, não tinham uma permanência no mundo. Eram bens que pereciam. A produção destes bens exigia instrumentos que se confundiam com o próprio corpo: as mãos, os braços ou suas extensões, a faca, o cutelo, o arado. Neste sentido, o homem que *labuta*, o operário, pode ser chamado de *animal laborans*.

O lugar próprio da *labuta* era a casa (*oikia*, *domus*) e a disciplina que lhe correspondia era a economia (de *oiko* — *nomos*). A casa era a sede da família e as relações familiares eram baseadas na diferença: relações de superior e inferior, de comando e obediência, donde a idéia do *pater familias*, do pai, senhor de sua mulher, seus filhos e seus escravos. Isto constituía a esfera privada. A palavra *privado* tinha aqui o sentido de *privus*, de *ser privado de*, daquele âmbito em que o homem, submetido às necessidades da natureza, buscava a sua utilidade no sentido de meios de sobrevivência. Neste espaço não havia liberdade, da qual se estava privado, em termos de uma participação num autogoverno comum, pois todos, inclusive o senhor, estavam sob a coação da necessidade. Liberar-se desta condição era privilégio de alguns, os cidadãos ou *cives*.

O cidadão exercia sua atividade própria num outro âmbito, a *polis* ou *civitas*, que constituía a esfera pública. Aí ele se encontrava entre os seus iguais, sendo livre a sua atividade. Esta merecia a denominação de *ação* (*action*, *Handlung*). A *ação* partilhava uma das características da *labuta*, sua fugacidade, futilidade e perecibilidade, posto que era concebida como um contínuo sem uma finalidade preconcebida e que se consumia no seu próprio realizar-se. Mas à diferença da *labuta*, a *ação* significava a dignificação do homem. Igual entre iguais, o homem na *polis* exercitava sua atividade em conjunto com os outros homens, igualmente cidadãos. O seu terreno era o do encontro dos homens livres, os que se autogovernam. Daí a idéia de *ação política*, dominada pela palavra, pelo dis-

curso, pela busca dos critérios do bem governar. O homem que age é o *politicon zoon*, o animal político.

A ação caracterizava-se pela sua ilimitação. Como se tratava de atividade dominada pela espontaneidade, como toda ação era concebida como criação de um fluxo de relações políticas, não havia como prever a ação. O agir enquanto um iniciar continuamente relações, além de ilimitado, era pois imprevisível, não podendo suas conseqüências ser determinadas logicamente de antemão. Isto explicava a inerente instabilidade dos negócios humanos, das coisas da política de modo geral, cuja única estabilidade possível era a que decorria da própria ação, de uma espécie de virtude, como por exemplo o equilíbrio e a moderação próprios da prudência. Daí a exigência também de *ars*, de *téchne*. Entre a ação e a labuta havia, pois, trabalho. Ao contrário delas, este não era fútil, mas dominado pela relação meio/fim. O trabalho era concebido como uma atividade que tinha início, desenvolvimento e termo. O termo do trabalho era o objeto produzido. Para fabricá-lo, o trabalhador ou artesão utilizava-se de instrumentos, que não se confundiam com o seu corpo: o molde, o modelo, a concepção. E o produto obtido também dele se destacava, adquirindo, enquanto artificialidade humana, uma permanência no mundo.

Assim, para que a estabilidade dos negócios humanos (políticos) pudesse ser alcançada faziam-se necessárias certas condições: as fronteiras territoriais para a *polis*, as leis para o comportamento, a cerca para a propriedade, que eram então limites para a ação, muito embora a estabilidade dessa não decorresse daqueles limites, apenas por eles se condicionava. Ou seja, a *polis*, enquanto teia de relações, exigia não só a delimitação física, *trabalho* do arquiteto, mas também legislação, que era *trabalho* do legislador, considerado uma espécie de construtor da estrutura da cidade.

Na Antigüidade, pode-se dizer, a legislação enquanto trabalho do legislador não se confundia com o direito enquanto resultado (contínuo) da ação. Em outras palavras, havia uma diferença entre *lex* e *jus* na proporção da diferença entre trabalho e ação. Deste modo, o que condicionava o *jus* era a *lex*, mas o que conferia estabilidade ao *jus* era algo imane à ação: a virtude do justo, a justiça.

Pode-se perceber que falar neste contexto em direito dos homens não faz propriamente sentido. O contexto não suscita qualquer problema que dê significado à expressão. Num universo de integração, as oposições são complementares e adaptativas. A distinção e a complementaridade entre a esfera pública e a privada não induzem a destacar a expressão *direitos humanos* numa forma universal. Nem para isso contribui a noção de liberdade como cerne da cidadania, vista antes como *status libertatis* em oposição complementar a *status servitutis* que era por aquela exigido. Nem o direito grego nem o romano chegaram a encarar o *jus* como uma universalidade fundada no *ser homem*. No direito romano, por exemplo, sempre se entendeu o *jus* como algo delimitadamente próprio de um grupo social: o *jus civile* era o direito dos cidadãos, como o *jus gentium* era o direito próprio das situações em que os litígios envolviam estrangeiros,

exigindo um pretor especial, o *praetor peregrinus*. A grande importância que adquiriu o *jus gentium*, ao qual recorriam também os *cives romani*, nunca lhes excluiu o direito a eles reservado: o *jus civile* (cf. Weber, 1976:397).

A distinção entre a esfera pública e a privada transforma-se no correr da Idade Média. É ainda Hannah Arendt quem observa a sutil diferença na tradução que Santo Tomás faz da expressão aristotélica *politicon zoon* que passa a ser em latim *animal sociale*. A noção de *social* em lugar de *político* embaralha aos poucos a distinção, ao mesmo tempo em que anuncia um novo contexto estrutural. Afinal, se *política* era apenas a esfera pública, a palavra *social*, mais amplamente, não deixava de caber tanto à pública quanto à privada. O âmbito doméstico também era social. Com isto se principiaria uma projeção do privado sobre o público com importantes conseqüências para a questão dos direitos humanos.

Passamos, pois, a nos referir a uma segunda constelação problemática: a moderna. Na problemática moderna o homem sai dos limites da *polis* e passa a *cidadão nacional* ou a *indivíduo na nação*. O cosmos deixa de ser uma ordem pré-dada, uma hierarquia estática e imutável de ordens e movimentos, aparecendo o homem como indivíduo isolado que, diante da natureza e da sociedade, constitui um pólo que a elas se opõe. O mundo, destarte, torna-se um risco e um desafio. A cultura moderna capta esta relação como um problema de ordenação do mundo pelo homem. Filosoficamente surge a problemática do *ego* que se analisa e analisa o mundo, o que econômica, social e politicamente se expressará em conflitos e lutas que traçam o roteiro das primeiras revoluções modernas. Nestes conflitos o homem se assume como indivíduo em oposição à sociedade. O mundo deixa de ser o seu lugar natural, para ser um ambiente hostil, donde o aparecimento do Estado como um guardião e, ao mesmo tempo, como uma ameaça.

Na era moderna, a generalização do *social* como noção comum à esfera do governo e da família, permitirá uma nova oposição que, pouco a pouco, caracterizará a distinção entre a esfera pública e a privada. Referimo-nos à dicotomia *social* ou *individual*. O entendimento desta dicotomia depende da compreensão da progressiva assimilação que sofre a noção antiga de ação pela noção de trabalho. Ou seja, a velha noção de ação ligada à virtude passa a se identificar com a moderna noção de ação como atividade finalista, próxima do que a Antigüidade chamava de trabalho. Deste modo, a ação tornada um fazer, portanto entendida como um processo que parte de meios para atingir fins, assiste ao crescimento hegemônico do *homo faber* e sua civilização. Ora, como o fazer traz em si uma nota de violência e de força (da madeira *in natura* se faz tábua e se faz mesa, o que pressupõe a supressão da árvore), a esfera política passa a ser vista como domínio, subordinação e não agir conjunto. O fazer antigo também era domínio, mas sobre coisas, não sobre homens. Transportada para a política, a fabricação concebe o agir político como constituindo a esfera pública mas num sentido novo. Como o trabalho do arte-

são é solitário (na Antigüidade como na Idade Média, o mestre não era senhor do aprendiz, mas amo das técnicas) e o lugar da sua socialização é o mercado, transporta-se para a esfera pública a noção de mercado. O agir político começa, então, a ser visto como uma atividade produtora de *bens de uso*: a paz, a segurança, o equilíbrio, o bem-estar, sendo o domínio das técnicas políticas (entre as quais se admite a violência-revolução) o seu instrumento.

A homogeneidade da esfera pública só pode ser garantida, então, como um conjunto — a sociedade — que se opõe a outro conjunto de um só elemento — o indivíduo. Como, porém, a esfera privada é também social, a diferença entre ambas exigirá um elemento caracterizador novo, capaz de conformar o que é público e o que é privado. Este elemento novo é um artefato, um ente artificial, como qualquer produto de trabalho: o Estado. Neste sentido Hobbes nos irá falar do Leviatã, como um corpo artificial que encarna o social e possibilita a convivência dos indivíduos. Juridicamente, o Estado, um verdadeiro organismo (burocrático) de funções, um ente abstrato, produto do agir político entendido como fazer, guarda perante os indivíduos uma relação de comando supremo: soberania. O direito do poder soberano sobre o poder dos indivíduos nas suas relações marca a distinção entre a esfera pública e a privada: sociedade política/sociedade civil.

Como se subentende que as relações privadas sejam utilitárias num sentido próprio e as públicas sejam abrangentes e gerais, visando ao bem de todos, dir-se-á que o interesse público prepondera sobre o privado. Como, no entanto, a presença do Estado é irradiante e, aos poucos, torna-se avassaladora, a esfera privada tem seu sentido alterado. Social, como a pública, que é política, ela encarna a atividade econômica, mas de uma forma extrovertida: é o terreno do mercado, das trocas, do comércio; com isso, o privado ganha condições para se identificar com a produção da riqueza e esta com a propriedade. Esta identificação não ocorria na Antigüidade, tanto que havia escravos ricos, os quais, não obstante, não gozavam do *privus*, do lugar que lhes era próprio. A identificação do privado com a propriedade da riqueza e a falta de nitidez da distinção entre a esfera pública e a privada fará nascer a idéia de proteção da sociedade econômica contra os excessos do Estado: os direitos individuais.

É neste contexto que os direitos humanos surgem como problema. A ruptura das antigas hierarquias exige um esforço de coalizão dos interesses privados. Daí a necessidade do estabelecimento de normas abstratas que deveriam fundar-se no próprio homem enquanto razão ordenadora, o que, de fato, no plano econômico-social deverá garantir a luta do indivíduo pelo seu "sucesso" (Henrique Vaz, 1963:18), ou seja, a possibilidade de realização do ideal do burguês bem-sucedido. Na Idade Média, as três ordens, clero, nobreza e povo, eram regidas por direitos próprios: os *privilégios*. Estes eram constituídos pelos costumes próprios de cada comunidade e pelos forais, diplomas do rei ou do senhor feudal que fixavam a organização da comunidade, garantiam a propriedade imóvel,

estabeleciam tributos etc. Os privilégios tinha-os, porém, cada ordem. As relações comerciais entre as cidades exigiam, porém, normas que cobrissem os espaços intermédios. Com base no direito romano vulgarizado (foi o fenômeno da *recepção*) surgiu paralelamente um direito comum a todas as cidades e que passou a ser conhecido como *jus commune*, diferente do antigo *jus gentium*, que era próprio do estrangeiro. Com base num direito comum a todos os burgueses, esboça-se a idéia de um direito distinto de qualquer privilégio. Esta noção vem ao encontro da generalização do homem como ser livre no sentido que o Cristianismo atribui à expressão. Identificando liberdade com livre-arbítrio enquanto qualidade interna da vontade, que se expressa num *nolle et velle*, o Cristianismo cria uma condição a qual partilham todos os homens, independentemente do seu *status*. O caráter íntimo dessa liberdade, porém, permite também que o indivíduo se torne um centro isolado. O livre-arbítrio se exerce não importa se o exercício é possível ou não. Ou seja, é admissível querer e não poder. Mas, querer algo e não poder, isto é, se o livre-arbítrio não pode se exteriorizar publicamente, isto significará uma restrição à liberdade. Neste sentido, até mesmo a presença do outro será, de algum modo, uma condicionante restritiva. O lado público da liberdade-livre-arbítrio fará dela, assim, um direito fundamental. É o conceito de liberdade como não-impedimento, chamado conceito negativo de liberdade.

Esta noção torna-se crucial para o capitalismo nascente. A imposição de uma generalização da liberdade marca a disputa pelo poder político. O antigo *status libertatis* dos antigos com isso se transforma: constrói-se um conceito positivo de liberdade, como autonomia. Na confluência do negativo e do positivo surge assim a liberdade como direito humano fundante, ao mesmo tempo intimista, próprio, de cada um, e genérico, universal, público. A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 bem manifesta este contexto estrutural. Nela, a conservação dos "direitos naturais e imprescritíveis do homem" é considerada o "fim de toda associação política" (nº 2). A liberdade, enquanto "poder de fazer tudo quanto não prejudique a outrem" (nº 4) permitirá entender assim a "*utilidade comum*" e, simultaneamente, as "*distinções sociais*" (nº 1). Os direitos humanos constituem assim um princípio de unidade e integração num mundo de diversidade e atomização.

A filosofia do *homo faber*, contudo, acaba por degradar o mundo, porque transforma o significado de todas as coisas numa relação meio/fim, portanto numa relação pragmática. Com isso, torna-se impossível descobrir que as coisas possam ser valiosas por elas mesmas e não simplesmente enquanto meios. A tragédia desta concepção está em que a única possibilidade de se resolver o problema do significado das coisas é encontrar uma noção que em si é paradoxal, ou seja, a idéia de um fim em si mesmo. Esta idéia de um fim que não é mais meio para outro fim é um paradoxo, porque, nessa concepção, todo fim deve ser meio para um fim subsequente (Hannah Arendt, 1981).

Foi Kant quem, ao tentar uma solução para o dilema, propôs que o homem, nesta concepção utilitária, é afinal aquele que é um fim em si mesmo. Daí sua conhecida idéia de que o homem nunca deve ser *objeto* para outro homem. Esta proposta, contudo, não resolve de todo o problema, pois, no momento em que colocamos o homem como centro do mundo, como único fim por si, portanto como a única coisa valiosa por si, então todo o resto se torna algo banal, não valioso, salvo quando tem um sentido para o homem ou quando é para ele um instrumento. Neste sentido, qualquer coisa só terá valor se contiver trabalho humano, pois se instrumentaliza. Assim, no mundo do *homo faber* a esfera pública, que na Antigüidade era a esfera do homem político, passa a ser a esfera do mercador. A concepção de que o homem é um construtor, um fabricante de coisas, conduz à conclusão de que o homem só consegue se relacionar devidamente com outras pessoas trocando produtos com elas (Hannah Arendt, 1981).

Ora, na sociedade dominada pela concepção do *homo faber* a troca de produtos se transforma na principal atividade política. Nela os homens começam a ser julgados não como pessoas, como seres que agem, que falam, que julgam, mas como produtores e segundo a utilidade dos seus produtos. Aos olhos do *homo faber*, a força de trabalho é apenas um meio de produzir um objeto de uso ou um objeto de troca. Nesta sociedade, na sociedade dominada pela idéia da troca, o direito passa a ser considerado como um bem que se produz. É a identificação do *jus* com a *lex*. O bem produzido por meio da edição de normas constitui então um objeto de uso, algo que se tem, que se protege, que se adquire, que pode ser cedido, enfim, que tem valor de troca. Ora, como no mercado de trocas os homens não entram em contato diretamente uns com os outros, mas com os produtos produzidos, o espaço da comunicação do *homo faber* é um espaço alienante porque de certa maneira exclui o próprio homem. O homem neste espaço se mostra através de seus produtos. Esses produtos são as coisas que ele fabrica ou as máscaras que ele usa. Em conseqüência, no mundo do *homo faber* o direito, transformado em produto, também se despersonaliza, tornando-se mero objeto. O direito considerado objeto de uso é o direito encarado como conjunto abstrato de normas, conjunto abstrato de correspondentes direitos subjetivos, enfim o direito, objeto de uso, é um sistema de normas e direitos subjetivos constituídos independentemente das situações reais ou pelo menos considerados independentemente destas situações reais, mero instrumento de atuação do homem sobre outro homem. Está aí a base de uma concepção que vê no direito e no saber jurídico um sistema neutro que atua sobre a realidade de forma a obter fins úteis e desejáveis.

Neste contexto, a questão dos direitos humanos passa a manifestar-se na contradição entre, de um lado, a relação meramente pragmática do homem com o mundo, o qual, vendo no mundo apenas um problema, transforma sua ação numa opção hipotética que se modifica conforme os resultados e cuja validade repousa no seu bom funcionamento e, de outro,

a perda progressiva do senso comum e a conseqüente dissolução dos valores, espelhada num certo vazio dos padrões de julgamento.

Até o século XVIII, numa concepção que devia legitimar-se perante a razão, através da evidência de seus axiomas e da concatenação lógica de suas proposições, a teoria dos direitos humanos ainda tinha, porém, uma dignidade especial. O império das relações lógicas era o pressuposto óbvio da formulação de leis naturais, universalmente válidas, ao que se agregava o postulado antropológico que via no homem não mais um cidadão da cidade de Deus, mas um ser natural, um elemento de um mundo concebido segundo leis naturais. Os direitos do homem constituíam assim um sistema ordenado e estático de direitos subjetivos universais. Contudo, como o homem era também concebido como um ser que age sobre o seu mundo circundante, o sistema dos direitos do homem, mantidos como um *fin*, passa a exigir uma certa dinamicidade que o transformará profundamente. Mormente a sua inscrição como Declaração de Direitos Fundamentais nas constituições do final do século XVIII confere ao sistema esse caráter de ordem dinâmica, capaz de absorver eventuais perturbações, em termos de articulação entre conflito e harmonia. O exercício desta função, que está na base do constitucionalismo moderno, desvenda sutilmente uma transformação dos direitos do homem em um *meio* que serve a um *fin* inconsciente, que será captado dentro da História, concebida não como categoria teórica, mas prática: a História deixa de ser uma compreensão do passado, para ser uma projeção do futuro.

Ora, isto destrói o sentido moderno de direitos do homem, que deixam de servir a uma visão totalizadora da vida política e jurídica, para ser um instrumento de mudança e transformação. Com isto passamos a uma nova constelação de problemas, a problemática contemporânea, que se distingue por uma concepção do homem como *animal laboram*, isto é, não apenas como ordenador, mas como o transformador das estruturas do mundo, e o mundo como o resultado cambiante de um projeto, como uma estrutura planificada que, ademais, inclui o próprio homem como seu elemento. Socialmente, temos, então, o problema da organização dos quadros técnicos e profissionais, economicamente o problema da produção planificada, politicamente, o da presença das massas no Estado, isto é, da governabilidade. No plano jurídico, o direito que na Antigüidade era ação, que na Era Moderna passa a trabalho produtor de normas, isto é, objetos de uso, no mundo contemporâneo passa a labuta, isto é, produção de objetos ou bens de consumo. Que significa isto e qual sua conseqüência para os direitos do homem?

Em primeiro lugar, seguindo a análise de H. Arendt (1981), devemos observar que a labuta ao contrário do trabalho não tem uma produtividade. Ou seja, o trabalho pode ser visto pelos seus resultados e seus produtos, que permanecem. A labuta não produz propriamente alguma coisa, no sentido de que os bens de consumo são bens que estão para o homem na medida em que são consumidos pelo homem, isto é, que são readquiridos pelo corpo que os produz. Mas não obstante, a labuta tem uma

forma de produtividade que não está em produtos, mas na própria força humana que produz. Esta força humana não se esgota com a produção dos meios de sobrevivência e subsistência, mas ela é inclusive capaz de ter um excedente e este excedente que não é mais necessário à reprodução de cada um é que constitui aquilo que a labuta produz. Em outras palavras, o que a labuta produz é força de trabalho, portanto, condições de subsistência.

Ora, enquanto na sociedade do *homo faber* o centro dos cuidados humanos era a propriedade e o mundo se dividia em propriedades, já numa sociedade dominada pela idéia do *animal laboram*, ou seja, na sociedade de operários ou sociedade de consumo, o centro não é mais o mundo, construído pelo homem, mas a mera necessidade da vida, a pura sobrevivência. Como o *animal laborans*, o homem que labuta, ou *lato sensu*, o operário, está no mundo, mas é indiferente ao mundo, mesmo porque a labuta, por assim dizer, numa certa medida, não precisa do mundo construído pelo homem, a atividade do labutar é uma atividade extremamente isolada. Em termos de labuta compartilhamos todos um mesmo destino, mas não compartilhamos coisa nenhuma, porque a sobrevivência acossa a cada qual individualmente e nos isola uns dos outros. O homem movido pela necessidade não conhece outro valor, nem conhece outra necessidade, senão a sua própria sobrevivência. Na sociedade de operários somos todos equalizados pela necessidade e voltados para nós mesmos. Somos todos força de trabalho e, nesse sentido, um produto eminentemente fungível. No mundo do *animal laborans* tudo se torna absolutamente descartável. Nada tem sentido, senão para a sobrevivência de cada qual, ou seja, numa sociedade de consumo, os homens passam a ser julgados todos segundo as funções que exercem no processo de trabalhar e de produção social.

Assim, se antes, no mundo do *homo faber*, a força de trabalho era ainda apenas um meio de produzir objetos de uso, na sociedade de consumo confere-se à força de trabalho o mesmo valor que se atribui às máquinas, aos instrumentos de produção. Com isso, se instaura uma nova mentalidade, a mentalidade da máquina eficaz, que primeiro uniformiza coisas e seres humanos, para depois desvalorizar tudo, transformando coisas e homens em bens de consumo, isto é, bens não destinados a permanecer, mas a serem consumidos e confundidos com o próprio sobreviver, numa escalada em velocidade, que bem se vê na rapidez com que tudo se supera, na chamada civilização da técnica. O que está em jogo aqui é a generalização da experiência da produção, na qual a utilidade para a sobrevivência é estabelecida como critério último, para a vida e para o mundo dos homens. Ora, a instrumentalização de tudo, por exemplo, a criança que de manhã escova os dentes, usa a escova, a pasta e a água e com isso contribui para o produto interno bruto na nação, conduz à idéia de que tudo afinal é meio, todo produto é meio para um novo produto, de tal modo que a sociedade como um todo se concentra em produzir objetos de consumo. Consumo este, de novo, meio para o aumento da

produção e assim por diante. Na lógica da sociedade de consumo, tudo que não serve ao processo vital é destituído de significado. Até o pensamento torna-se mero ato de prever conseqüências e só nessa medida é valorizado. Entende-se assim a valorização dos saberes técnicos, sobretudo quando se percebe que os instrumentos eletrônicos exercem aquela função calculadora muito melhor do que o cérebro. E no direito esta lógica da sociedade de consumo torna-o mero instrumento de atuação, de controle, de planejamento, tornando-se a ciência jurídica um verdadeiro saber tecnológico.

O último estágio de uma sociedade de operários, de uma sociedade de consumo, que é a sociedade de detentores de empregos, requer de seus membros um funcionamento puramente automático, como se a vida individual realmente houvesse sido afogada no processo vital da espécie e a única decisão ativa exigida do indivíduo fosse por assim dizer deixar-se levar, abandonar a sua individualidade, as dores e as penas de viver ainda sentidas individualmente, e aquiescer num tipo funcional de conduta entorpecida e tranquilizante. Para o mundo jurídico o advento da sociedade do *animal laborans* significa, assim, a contingência de todo e qualquer direito, que não apenas é posto por decisão mas vale em virtude de decisões, não importa quais, isto é, na concepção do *animal laborans* criou-se a possibilidade de uma manipulação de estruturas contraditórias, sem que a contradição afetasse a função normativa. Por exemplo, a rescisão imotivada de um contrato de locação é permitida, amanhã passa a ser proibida, depois volta a ser permitida, sendo tudo permanentemente reconhecido como direito, não incomodando a esse reconhecimento a sua mutabilidade. A filosofia do *animal laborans* deste modo assegura ao direito, enquanto objeto de consumo, uma enorme disponibilidade de conteúdos. Tudo é passível de ser normado e para uma enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito não depende mais do *status*, do saber, do sentir de cada um, das diferenças de cada um, da personalidade de cada um. Ao mesmo tempo continua sendo aceito por todos e por cada um em termos de uma terrível uniformidade.

O traço mais característico do direito contemporâneo é, nestes termos, o *fenômeno da positivação* (Luhmann, 1969:141). Embora a positivação seja um processo que já chamasse a atenção dos juristas no início do século XIX e ali ganhasse os seus primeiros delineamentos teóricos, é no século XX que ele se torna propriamente um patamar irrecusável de todas as construções jurídicas, sejam a seu favor, sejam criticamente contra.

No processo de positivação do direito, alarga-se a importância do direito positivo, como aquele que vale em virtude de uma decisão e só por força de uma nova decisão pode ser derogado. Se o legalismo do século passado entendeu isto de um modo restritivo e unilateral, reduzindo o direito à lei enquanto norma posta (positivada) pela vontade do legislador, a teoria jurídica atual tratou de reinterpretar o fenômeno da positivação, procurando superar as dificuldades e limitações da jurisprudência anterior.

O fenômeno da positivação prende-se, a nosso ver, à problemática contemporânea, que acabamos de esquematizar; o seu entendimento, por sua vez, abre um caminho para a compreensão do problema dos direitos do homem em nosso mundo, na medida em que a positivação deixa transparecer a questão do vazio dos padrões, ocultando-a, ao mesmo tempo, através de mecanismos funcionais e pragmáticos.

"Positivação" e "decisão" são termos correlatos. "Decisão" é tomada aqui num sentido lato, que ultrapassa os limites da decisão legislativa, abarcando também, entre outras, a decisão judiciária, na medida em que esta pode ter também uma qualidade positivante, quando, por exemplo, decide sobre regras costumeiras. Toda decisão implica, além disso, *motivos* decisórios, premissas de valor que se referem a condições sociais e nelas se realizam. O que caracteriza o direito positivado e, neste sentido, o fato de que estas premissas da decisão jurídica só podem ser pressupostas como direito válido quando se decide sobre elas. Daí a entender-se por positivação do direito o fenômeno segundo o qual, "todas as valorações, normas e expectativas de comportamento na sociedade têm de ser filtradas através de procesos decisórios antes de poderem adquirir a validade jurídica" (Luhmann, 1969:141). Toda norma implica, nestes termos, a sua *posição* no sentido de uma "interferência decisória do poder" (Miguel Reale, 1968:140).

Nos quadros da positivação do direito, transforma-se, como se pode perceber, o sentido funcional dos direitos do homem concebidos como *jus eminens*, sua positivação, na forma constitucional das declarações, embora os postule como invariantes, obriga à renúncia a uma ordem invariável. Esta renúncia, em verdade, é compensada no interior mesmo das concepções constitucionais pela idéia de que constituições apenas *garantem* os direitos fundamentais, não os constituem. Esta forma, pela qual o direito positivado tenta responder pela sua própria estrutura, esconde, no entanto, um dilema. Ao afirmar-se que os direitos humanos fundamentais são inseparáveis de sua garantia constitucional, o constitucionalista de algum modo perverte o seu caráter de *jus eminens*. Afinal, se garantias são "limitações, vedações impostas pelo constituinte ao poder público" (Ferreira Filho, 1970:240), elas, de fato, só têm condições de funcionar através do próprio poder público: é o homem transformador das estruturas do mundo, das quais ele próprio faz parte. É neste contexto que ocorre a trivialização dos direitos do homem.

3. A trivialização dos direitos do homem

A constitucionalização dos direitos do homem, no mundo contemporâneo, na forma de declarações conjugadas a garantias, torna-os, pois, direitos *triviais* na proporção em que eles proliferam, se difundem e se alteram. Isto não significa, é claro, que as novas formas de direitos do ho-

mem, inicialmente um conjunto de supremos direitos individuais, posteriormente, de direitos políticos, sociais, econômicos e, afinal, de direitos especiais das mulheres, das crianças, das minorias, sejam triviais no seu conteúdo. Tornam-se triviais, porém, na medida em que a *jurisdição do seu sentido* se torna trivial, isto é, na medida em que o seu significado jurídico só pode ser obtido a partir de outros conteúdos significativos e de outras relações funcionais.

Como se disse a princípio, trivial significa alta indiferença em face das diferenças. Para cada indivíduo, numa sociedade de consumo e cujo direito foi positivado, qualquer direito subjetivo, inclusive os direitos fundamentais, deixa de ser percebido como algo que lhe diz respeito, para ser reencontrado, em si mesmo, apenas em suas projeções normativas, em suas pretensões e interesses. Isto possibilita um imperceptível câmbio de normas, alterações constitucionais no caso dos direitos fundamentais, sem que se tenha a sensação de uma mudança no seu conteúdo significativo essencial. Ou seja, trivialização significa que os direitos do homem, ao manterem sua condição de núcleo básico da ordem jurídica, nem por isso deixam de ser objetos descartáveis de consumo, cuja permanência, não podendo mais assentar-se na natureza, no costume, na razão, na moral, passa a basear-se apenas na uniformidade da própria vida social, da vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença. Indiferença quanto ao que valia e passa a valer, isto é, aceita-se tranquilamente qualquer mudança. Indiferença quanto à incompatibilidade de conteúdos, isto é, aceita-se tranquilamente a inconsistência e se convive com ela. Indiferença quanto às divergências de opinião, isto é, aceita-se uma falsa idéia de tolerância, como a maior de todas as virtudes. Este é afinal o mundo jurídico do homem que labuta, para o qual o direito é apenas e tão-somente um bem de consumo.

Esta situação de uniformidade pela indiferença é perversa. A trivialização dos direitos do homem processa, assim, uma espécie de neutralização das relevâncias valorativas contidas nos enunciados normativos fundamentais na medida em que a confiança ingênua na validade de fins supremos decresce e a mobilidade e a diferenciação sociais crescentes abalam os fundamentos do consenso. Esta neutralização ocorre por meio de valorações ideológicas, isto é, valorações metacomunicacionais que estimam estimativas, avaliam avaliações, selecionam seleções, garantindo destarte o consenso daqueles que precisam manifestar os seus valores, assegurando a possibilidade de sua manifestação. Ao mesmo tempo, tais valorações ideológicas pervertem os próprios valores, ao estabilizá-los, pois criam a impressão de sua universalidade numa forma histórica concreta que aparentemente as esgota.

Com isso, é verdade, a valoração ideológica estabelece condições para que os valores variem só na medida das necessidades de ação, ao garantir consenso ou, ao menos, um certo consenso, na manifestação dos valores, assegurando, neste limite, a possibilidade de sua expressão. Mas ao fazê-lo, ela está se constituindo numa instância que vai *neutralizar* a

valoração, na medida em que ela *perverte o valor*, retirando-lhe o sentido de símbolo aberto a múltiplas conotações, o que provocaria, inevitavelmente, conflitos em larga escala.

Isto posto, podemos entender em que medida o dilema proposto anteriormente é contornado. Em princípio, os direitos do homem expressam valores fundamentais e inalienáveis da vida política. Nesta medida, o seu reconhecimento pelo direito positivado significa a sua aceitação como invariante, donde a sua utilização como critério para a seleção de diferentes comportamentos e normas a eles referidas. Nestes termos, eles se estabelecem como *fim* da atividade política. Ora, a mera fixação destes *fins* para a ação não pode ocorrer de modo unívoco, funcionando, ao contrário, apenas como orientação necessariamente elástica para a comparação e opção entre meios apropriados, não podendo a sua prescrição ou proibição abstrata constituir um juízo merecedor de confiança para a ação. Em outras palavras, os valores expressos na declaração dos "direitos do homem" têm de ser concebidos abstratamente, para deixar em aberto as diversas possibilidades de ação. Ora, isto só pode ser alcançado quando sua "seletividade" é dirigida aos comportamentos visados, que podem ocorrer de modo variado, de tal maneira que estes últimos venham a funcionar como prisma para a seleção de meios apropriados. Vê-se, por aí, que a simples declaração dos direitos, de fato, em virtude da sua flexibilidade abstrata, pode trazer dificuldades: a idéia de que o direito aos fins dá também o direito aos meios perde sua força.

Um exemplo disto pode ser visto nos sistemas políticos atuais. Muitos deles desenvolvem esta espécie de perversão dos valores dominantes, através da inversão de fins e meios na política. Assim, o poder é dado aos políticos para que realizem aqueles valores. Mas o objetivo da sua atividade passa a ser a manutenção daquele poder que, de *meio*, passa a ser o *fim* real de sua ação. Com isso, pervertem-se os valores, que são neutralizados e instrumentalizados. Evidentemente, o perigo da *manipulação ideológica* está numa perda de contato com a própria complexidade do sistema que pode, no limite, tornar-se totalmente indeterminável. Este perigo é contornável, desde que a neutralização ideológica permaneça formal, isto é, não impeça, ao contrário, possibilite o oportunismo do câmbio de valores, o que, na prática, é obtido pelo desdobramento e diferenciação do poder, através do que certos símbolos, normas e instituições que são, em cada esfera de competência (a organização de administração pública, a práxis decisória da justiça, a atividade legislativa) reciprocamente neutralizados.

É neste momento que a valoração ideológica atua, no sentido de neutralizar os direitos dos homens, através da criação de expressões simbólicas como garantias constitucionais, mas também regras de hermenêutica, ficções jurídicas, distinções formais, que, de certa maneira, de instrumentos que são (meios) passam a constituir os verdadeiros objetivos da vida político-jurídica.

A valoração ideológica, portanto, torna rígida, nesta medida, a declaração dos direitos do homem. Ela explica, a nosso ver, como o direito positivado compensa, no interior da sua própria estrutura, a ausência de uma ordem no extremo imutável. A ideologia fixa os direitos do homem, dando-lhes o caráter de cerne "indiscutível", de tal modo que, em princípio, eles não podem ser questionados, permitindo-se, apenas, a sua discussão técnico-instrumental: ao manifestar uma superioridade valoradora a ideologia elimina, artificialmente, outras possibilidades. Isto ocorre mesmo dada a inevitabilidade de múltiplas ideologias, sejam em confronto, ou de modo a estabelecer-se entre elas um relacionamento indiferente: mesmo quando elas se contrapõem e se criticam, os direitos da pessoa sobrepõem-se acima das injunções. Isto permite e esclarece, aliás, que regimes políticos tão diversos assinem e subscrevam a Declaração dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas, absorvendo-a, sem maiores problemas, em seus estatutos jurídicos. Isto é possível porque e na medida em que a neutralização ideológica permaneça formal, não impeça, ao contrário, propicie o oportunismo do câmbio de valores.

É preciso, entretanto, salientar, finalmente, que a valoração ideológica, ao neutralizar os direitos do homem, *perverte*, de certo modo, o seu sentido, fazendo deles um *jus eminens* juridicamente castrado. Instrumentalizando-os, ela lhes aplica uma *capitis deminutio*, retirando-lhes a qualidade de verdadeiros: eles não funcionam porque são verdadeiros, mas são verdadeiros porque funcionam. Na sua função de orientar e determinar a ação política e jurídica, eles se tornam *substituíveis*, isto é, uma possibilidade entre outras, o que ficou claro com o advento dos totalitarismos fascistas em nosso século.

Com isto, entretanto, abrimos as portas para uma última e mais perversa característica da trivialização dos direitos do homem: a perda da dimensão da responsabilidade humana por uma obra pela qual cada homem é, de fato, responsável.

A noção tradicional de responsabilidade pode ser analisada com relação às dimensões do tempo (Wisser, 1967). Ela postula, assim, instâncias que se apoderam do tempo e que não se destroem com sua passagem. Estas instâncias permitem olhar o passado, o presente e o futuro como uma espécie de *nunc stans*, um permanente que delinea e configura a ação, definindo expressamente como devemos atuar. Destarte, a responsabilidade é instancial, não levanta dúvidas, mas estabelece normas. É escatológica e chega sempre a uma instância última, que decide sem apelação.

Esta noção de responsabilidade era pressuposto essencial dos direitos do homem no contexto da problemática moderna. Neste sentido, os direitos fundamentais eram como instâncias últimas: liberdade, igualdade, vida, propriedade.

Pois bem, no direito positivado, esta instancialização é neutralizada por um mecanismo interno — a valoração ideológica —, o que provoca um vazio no plano da responsabilidade, pois o homem se vê provocado por condições inseguras a tomar uma decisão pela qual ele responde

REFERÊNCIAS (pela ordem de citação)

- Luhmann, Niklas. *Rechtssoziologie*. Reinbeck bei Hamburg, 2 volumes, Rowohlt, 1972.
- Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo, Saraiva, 1973.
- Luhmann, Niklas. *Soziologische Aufklärung*. Opladen, 1971.
- Vaz, Henrique de Lima. "A Grande Mensagem de S.S. João XXIII". *Síntese*, nº 18, abril-junho, Rio de Janeiro, 1963.
- Ferraz Jr., Tercio Sampaio. "La Noción Aristotélica de Justicia". *Atlántida*, v. 38, abril-março, Madrid, 1969.
- Arendt, Hannah. *A Condição Humana*. São Paulo, Forense/Edusp, 1981.
- Weber, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen, Mohr, 1976.
- Luhmann, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied, Berlin, 1969.
- Reale, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo, 1968.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 1970.
- Wisser, Richard. *Verantwortung im Wandel der Zeit*. Mainz, 1967.
- Kant, I. *Metaphysik der Sitten*. Darmstadt, 1966.

apenas como função e não como pessoa. A pessoa, como "aquele sujeito cujas ações são capazes de imputação", portanto, aquele sujeito "que não se submete a outras leis senão àquelas que ele próprio, só ou com outros, se dá" (Kant, 1966:329) torna-se, pois, um simples reflexo da ordem positivada. Isto porque a ideologia retira da decisão a possibilidade de ela ser verdadeira, restando-lhe apenas a possibilidade de ser eficaz; as decisões humanas tornam-se ideológicas na medida em que, na sua função de solucionar um problema, são *substituíveis*. O juiz que decide não o faz como pai de família, ou como membro de um clube etc, mas como membro da magistratura, do mesmo modo que aquele que move um processo não o faz como dono de um automóvel, empregado na companhia tal etc. mas como parte processual e não como pessoa. A ideologia alivia a responsabilidade da carga pessoal, ao tornar as decisões socialmente funcionalizadas. Com isto, porém, a responsabilidade torna-se vazia, na medida em que toda função é imunizável contra a crítica material, de conteúdo, aguçando-se, apenas, a possibilidade de crítica formal em termos de controle da correção técnica.

Ora, isto abre, sem dúvida, uma perspectiva bastante inquietadora no que diz respeito aos direitos do homem. Funcionalizando-se a escatologia que os explica, perde-se também a dimensão instancial da responsabilidade, no sentido de que o homem continua responsável por suas decisões, mas não há critérios — instâncias — que ele possa assumir como seus. Com isto caímos numa situação perigosa em que toda responsabilidade instancial assumida configura-se como contestação e subversão, a menos que se funcionalize e se esvazie.

E esta é, provavelmente, a consequência mais perversa da trivialização dos direitos do homem em nossos tempos, em que todos somos funcionalmente responsáveis pelos atos da coletividade, mas a ninguém em particular — como pessoa — se pode imputar esta responsabilidade. Isto é, somos responsáveis como cidadãos, como funcionários administrativos, como membros de uma sociedade recreativa, como maiores de 18 ou 21 anos, em uma palavra, como uma variável que se preenche quando assumimos uma função.

Tercio Sampaio Ferraz Jr.
é professor titular da
Faculdade de Direito da
USP.

Novos Estudos
CEBRAP
Nº 28, outubro 1990
pp. 99-115
