

A CIDH E O “HIPERVALOR” DA DIGNIDADE HUMANA

INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS AND THE HYPERVALUE OF HUMAN DIGNITY

*Fernando Rister de Sousa Lima**
*Matteo Finco***

ABSTRACT

Esse trabalho analisa, numa perspectiva sociológica, os pressupostos e as características da relação entre os direitos humanos, por um lado, e os documentos (constituições, declarações, documentos internacionais) em que são formulados, por outro. Partindo da teoria dos sistemas sociais – desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann na segunda metade do século XX – a política e o direito modernos são entendidos como subsistemas da sociedade que se articulam mutuamente através de constituições: passando do nível nacional para o nível internacional e transnacional, questiona-se, portanto, qual é a “contribuição” de declarações como o CIDH. Aqui apresentamos a hipótese de que, além de garantir um padrão comum e, portanto, a possibilidade de um diálogo jurídico entre diferentes países, sua verdadeira função é fornecer uma ideia específica de ser humano, funcional à realidade social moderna: a de um indivíduo autônomo, um sujeito de direito e uma pessoa capaz de participar nas diferentes áreas de uma sociedade cada vez mais complexa. A dignidade é entendida, nesse sentido, como um “hipervalor” capaz de ativar a dialética político-jurídica e a possibilidade de pensar em normas que, na sociedade global, sejam “indispensáveis”.

Palavras-chave: CIDH; Direitos humanos; Dignidade humana; Niklas Luhmann; Teoria sistêmica.

ABSTRACT

This work analyzes, from a sociological perspective, the assumptions and characteristics of the relationship between human rights on the one hand,

* Professor-doutor na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo (FDIR-UPM). E-mail: fernando.lima@mackenzie.br.

** Doutor em Social Sciences (Università degli Studi di Macerata, Italia). Bolsista pos-doutorado PNPd/CAPES, UniRitter (Porto Alegre). E-mail: fincomatteo@gmail.com.

and the texts in which they are formulated (constitutions, declarations, international papers), on the other. Starting from the Social System Theory – developed by the German sociologist Niklas Luhmann in the second half of the Twentieth century – in the modernity politics and law are conceived as social subsystems, mutually articulated through constitutions. So, moving from the national level to the international and transnational one, we can wonder what is the “contribution” of declarations like the CIDH. Here we construct the hypothesis that, in addition to guaranteeing a common standard and therefore the possibility of a legal dialogue between different countries, their true function lies in providing a specific idea of human being, that is functional to the modern society: that of an autonomous individual, a legal subject and a person that could participate in the different areas of the increasingly complex society. Dignity is seen, in this sense, as a “hyper-value” able to activate the political-juridical dialectic and the possibility of thinking about norms that, in the global society, are “indispensable”.

Keywords: CIDH; Human rights; Human dignity; Niklas Luhmann; System theory.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho examina, numa perspectiva sociológica, os pressupostos e as características da relação entre os direitos humanos, de um lado, e os documentos (constituições, declarações, documentos internacionais) em que são formulados, por outro. O objetivo é analisar as peculiaridades da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), os direitos humanos que ela prevê e a contribuição que ela fornece no nível jurídico (como ferramenta de ligação entre os diferentes ordenamentos a nível inter- e transnacional) e no nível socio-cultural (universo de valores comuns).

A abordagem é, mais precisamente, sócio jurídica, mediante o uso da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (desenvolvida na segunda metade do século XX). Nesse sentido, a política e o direito modernos são entendidos não apenas como âmbitos sociais, mas como *subsistemas sociais* – cada um deles com uma função específica – que vão se articulando (isto é, coordenam-se) reciprocamente por meio de uma ferramenta especial: a Constituição. Definidas como *acoplamento estrutural* entre direito e política, as constituições permitem, de um lado, organizar o Estado que seja legítima do ponto de vista jurídico e, do outro, a definição de normas fundamentais – fundamentais tanto no sentido de inalienáveis, irrenunciáveis, quanto no sentido que representam a base sobre a qual subsequentemente é possível criar outras normas. Nesse sentido, elas contêm direitos que são, de fato, *valores* gerais, indefinidos, abrangentes, e que, por essa razão, podem e devem ser continuamente rearticuladas e redefinidas em relação às mudanças sociais.

Se as constituições são, portanto, um instrumento jurídico-político tipicamente moderno, interno ao âmbito nacional/estadual, parece possível pensar os documentos e as declarações internacionais de direitos como seus equivalentes em um contexto internacional e/ou transnacional. Aqui apresentamos a hipótese de que – além de garantir um padrão comum e, portanto, a possibilidade de um diálogo jurídico entre diferentes países – a verdadeira função dos direitos humanos seria de fornecer uma ideia específica do ser humano mesmo, que deve ser funcional para o social e para a sociedade mundial global, sendo capaz de viver nela contribuindo para reproduzi-la. Em outras palavras, é uma ideia de ser humano como *indivíduo* autônomo em suas decisões, como *sujeito* de direito e como *pessoa* capaz de participar nas diferentes áreas da sociedade. A dignidade pode então ser entendida, nesse sentido, como um “hipervalor”, como fundamento dos direitos humanos, uma referência essencial para a dialética político-jurídica, que possibilita pensar em normas que sejam “indispensáveis” em uma sociedade cada vez mais complexa.

Antes de analisar as normas e os direitos contidos na CIDH, avaliando as características e a função do ponto de vista sociológico, é necessário introduzir alguns conceitos fundamentais da teoria sistêmica, delineando os contornos principais do sistema do direito. Posteriormente – e sempre a partir da perspectiva sistêmica – expor-se-á brevemente as peculiaridades e funções dos direitos humanos, para então analisar o valor da dignidade humana. A análise dos direitos expressos na CIDH será acompanhada com algumas reflexões sobre os desafios presentes e futuros do direito no nível global, procurando identificar quais recursos a CIDH coloca à disposição nesse sentido.

O DIREITO DA MODERNIDADE E OS DIREITOS HUMANOS

Na perspectiva da teoria dos sistemas sociais, a sociedade moderna é uma sociedade mundial policêntrica e policontextual¹, ou seja, uma sociedade sem um *centro* reconhecido como tal (e portanto sem *periferias*), caracterizada por uma variedade de diferentes âmbitos (economia, direito, política, etc.) não organizados hierarquicamente entre eles, no sentido de que não há um que seja mais importante que os outros. A sociedade é, portanto, considerada como um *sistema*: um conjunto de elementos conectados entre si, dentro de uma estrutura. Esses elementos não são seres humanos, instituições, estados, mas *comunicações*: isto é, informações de vários tipos que são compreendidas em situações de “dupla contingência” (conceito adotado por Parsons) e que, por isso mesmo, não são necessariamente compreendidas na mesma forma que foram pensadas ori-

¹ LUHMANN (1997).

ginalmente. O *social* se identifica, portanto, com a comunicação: é a operação que dá vida a uma realidade que deve ser colocada em um nível diferente do interpessoal, emergente, não redutível aos seres humanos individuais e às relações que eles têm entre eles. Se o conjunto recursivo das diferentes operações comunicativas constitui os sistemas sociais, cada tipo de operação comunicativa alimenta um subsistema específico da sociedade: uma comunicação jurídica (como a decisão de um juiz) é diferente de uma comunicação econômica (como uma ordem de pagamento) ou uma realizada no âmbito político (como uma lei criada por um parlamento). Cada âmbito é assim caracterizado por uma função específica, ou seja, resolve um determinado problema.

Por exemplo, a economia forma-se a partir da sequência de pagamentos (operação comunicativa), proporcionando a distribuição de recursos (função), enquanto o direito (sistema jurídico: *Recht*) é estruturado como um conjunto de decisões judiciais (operação comunicativa) baseadas nas normas correntes, e garante que as expectativas normativas sejam mantidas (ou seja, se sabe o que fazer se uma lei for violada: função), etc. Esse conjunto de subsistemas dentro do sistema mais amplo da sociedade é descrito com a expressão *diferenciação funcional*: a sociedade moderna, isto é, não é mais uma sociedade diferenciada para clã ou tribo (*diferenciação segmentária*), ou baseada na distinção entre centro/periferia ou classe (*diferenciação estratificada*). Por essa razão, cada indivíduo pode participar da vida social em diferentes áreas e de maneira relativamente livre, enquanto no passado o acesso era regulado com mais rigor e menos liberdade.

Qualquer sistema social – e, portanto, qualquer sistema – deve ser pensado em conjunto (isto é, simultaneamente) com o seu *ambiente*, ou seja, com o que é externo a ele, que não pertence ao sistema. Se a sociedade é feita de comunicações (e não de indivíduos de carne e osso), então até mesmo os seres humanos estão no ambiente da sociedade. Obviamente, o que eles fazem (comportamento, reivindicações, etc.) influencia (em termos sistêmicos: *irrita*) o sistema do direito, que, no entanto, reproduz-se não porque há seres humanos (mesmo em seus papéis: juizes, advogados, réus, etc.) mas porque as decisões continuam a ser tomadas com base em normas. Normas que devem ser generalizáveis no nível *material* (ou seja, aplicáveis em diferentes circunstâncias, a diferentes casos) e que tem um consentimento geral. Desta forma, o direito pode atuar como “sistema imunológico” da sociedade, pois permite de reagir a situações anômalas que não são totalmente previstas, restabelecendo algum tipo de ordem.

O princípio básico em que se baseia o funcionamento do direito (ou seja, o seu *código*) é direito/não-direito (*Recht/Unrecht*). Assim o sistema pode identificar o comportamento lícito (conformidade as normas, as leis, ao direito já positivado) e produzir decisões, assim reproduzindo si mesmo (é *autopoietico*, ou seja, é uma sequência de operações comunicativas).

O direito moderno diferencia-se daquele antigo: não é mais um direito natural (baseado na distinção entre *lex divina* e *lex humana*)², ou seja, subordinado à religião; nem é subordinado à moral. Ele é, pelo contrário, positivo, ou seja, fundamentado em si mesmo, autônomo. O direito moderno positivado pode mudar, para responder às mudanças sociais, evoluindo como a sociedade mesma. Por exemplo, uma decisão se baseia na lei, mas as leis mudam. Um direito é tal somente se é criado através da atividade legislativa ou em outras formas: não é mais um direito herdado, estabelecido do começo e indiscutível. Daí o direito é um sistema aberto à aprendizagem, a mudança, a incorporação de novidades dá ao seu ambiente. Mas o sistema permanece fechado no sentido do seu funcionamento: ou seja, é operativamente fechado, em quanto funciona somente com base no seu próprio código e reage somente com base nos seus elementos estruturais).

Dentro do direito, tens um papel de destaque os direitos humanos.

Do ponto de vista histórico, pode-se identificar o início do desenvolvimento da ideia de direitos humanos no sentido moderno no século XVII, com o enfraquecimento do antigo direito natural europeu e o surgimento do Contratualismo, que pensava a validade do contrato com base na renúncia aos direitos naturais dos indivíduos, de acordo com o estabelecimento de uma ordem capaz de garantir a segurança. Com a rejeição dessas construções contratuais, na segunda metade do século XVIII, há a positivação dos direitos individuais, reconhecidos pelo Estado e escritos: é a era do *Bill of Rights*, das declarações de direitos humanos, das constituições, com as quais os seres humanos são concebidos como equipados de direitos pré-positivos, direitos que são positivados precisamente através desses documentos³.

Luhmann, do ponto de vista sistêmico, mostra que o conceito de direitos humanos não é universal, mas é totalmente contingente⁴. Ele tem interesse mais na função latente dos direitos humanos, que na função manifesta (reconhecer direitos e dignidade com base em uma abordagem humanista).

La funcion latente de estos derechos humanos no se halla, entonces, precisamente en honrar y ratificar ventajas que estan dadas con la “naturalidad del ser humano”. Se encuentra, mas bien, en que en la sociedad moderna no se puede predecir por principio en que contextos sociales quien tiene que decir algo o aportar de alguna manera. Radica en mantener abierto el futuro contra toda determinacion anticipada que pudiera provenir de alguna division o clasificacion de los seres humanos (por ejemplo, de mayor o menor) y, ante todo, de las clasificaciones politicas.⁵

² LUHMANN (1990a, p. 112).

³ LUHMANN (1993).

⁴ MOELLER (2008, p. 130).

⁵ LUHMANN (2006, p. 852).

Por Luhmann, o problema dos direitos humanos consiste no problema dos seus fundamentos, da sua justificação: ele desenvolve isso tratando das formas como esse “paradoxo” (como pensar a origem dele, as distinções indivíduo/sociedade, indivíduo/direito) foi “resolvido” ao longo da história. Depois da “solução” do contrato social, é a positivização através dos textos (declarações, constituições) que positiviza direitos pré-positivos, reconhece e declara abertamente, dando-lhes validade plena, direitos que não é possível justificar de outra forma⁶.

Então, na modernidade os direitos humanos, indo além dos limites determinados das fronteiras nacionais⁷, são “expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto sistema social”⁸. Eles são as condições básicas para a inclusão: o fato de ser humanos dá o direito de ter o direito, de avançar reivindicações, de participar na sociedade e de ser reconhecidos.

Não é por acaso que os direitos humanos sejam abertos, relativamente indeterminados, e que possam expandir-se, adaptando-se a situações concretas e contextos culturais diferentes.

A forma dos Direitos Humanos, então, pode ser definida como um esquema que permite ao Direito expor-se à contínua evolução, isto acontece porque a moldura dos Direitos Humanos deixa aberta ao Direito a possibilidade de alcançar níveis sempre mais altos de artificialidade, níveis sempre mais refinados de sedimentação jurídica da comunicação social: aquela moldura deixa ao Direito a possibilidade de elaborar tecnologias conceituais sempre mais complexas. Isso ocorre também porque aquela moldura reabre continuamente o espaço social destinado ao sistema político.⁹

De fato, uma característica dos direitos humanos é de ser, em essência, *valores*. Isso é preciso para poder eles ser flexíveis: pode-se pensar, por exemplo, no direito/valor à felicidade individual afirmado na constituição dos Estados Unidos da América. Estabelecer concretamente o que é tal felicidade seria, de fato, uma restrição percebida como inaceitável da liberdade individual e seria provavelmente considerada inconstitucional. Daí, os direitos humanos são fórmulas “vazias”, e exatamente aqui reside a força deles, em quanto desta forma eles podem

⁶ LUHMANN (2005).

⁷ É preciso distinguir entre “direitos fundamentais constitucionalmente garantidos pelos Estados e direitos humanos protegidos internacionalmente, estes afirmados inclusive contra os Estados. Os seus conteúdos, porém, entrecruzam-se na categoria de direitos civis, políticos, sociais e novos direitos” (NEVES, 2009, p. 223).

⁸ NEVES (2009, p. 225).

⁹ DE GIORGI (2017, p. 334).

ser constantemente adaptados a situações novas que não é possível prever no momento em que uma constituição é elaborada¹⁰.

Não é uma coincidência que as constituições e as declarações internacionais contêm os direitos humanos¹¹: eles representam as condições de inclusão e os núcleos semânticos em torno dos quais a política e o direito (subsistemas) são chamados a operar. Luhmann define as constituição como o *acoplamento estrutural* entre direito e política¹². Trata-se de uma ferramenta para distinguir entre a legislação e a administração da justiça, para regular as influências recíprocas entre os dois sistemas, que assim podem permanecer separados e autônomos:

The constitution serves the dual function of including and excluding reciprocal perturbations of political and legal operations. Its two-sided form of including and excluding influence maintains the separation of the systems and allows for separate autopoietic reproduction without any confusing overlap. It also characterizes the ways in which the legal system (and on the other side, the political system) avoids isolation (which means entropy) and constructs on its internal screen what can serve within the system as information.¹³

A DIGNIDADE COMO “IPERVALOR”

Como G. Oestreich resume muito bem¹⁴, quando se fala de direitos humanos (ou fundamentais) refere-se ao “bem” inalienável da vida humana, cujo valor é incomparável a qualquer outra forma de vida. Esse é também um *bem comum* da comunidade humana, em quanto mantém unida a coletividade. A vida humana é, portanto, uma vida *digna* – mais do que qualquer outra – a ser vivida.

O conceito de dignidade representa o pressuposto de dois outros direitos (valores) modernos: liberdade e igualdade. A vida deve ser livre, não determinada e, portanto, deve poder evoluir. E, no mesmo tempo, essa característica deve ser comum a todos os seres humanos.

Assim, dignidade, liberdade e igualdade são efetivas quando são reconhecidas coletivamente, como escreve Hobbes a dignidade é o “valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado”¹⁵. Mas antes disso, a dignidade é um atributo relacionado à percepção individual, à própria autoconsciência:

¹⁰ CORSI; MARTINI (2018, p. 31).

¹¹ CORSI (2016).

¹² LUHMANN (1996).

¹³ LUHMANN (1992). Sobre a constituição e o relacionamento entre direito e política, veja-se também CAMPILONGO (2002) e LUHMANN (1993).

¹⁴ OESTREICH (2001).

¹⁵ HOBBS (1979, p. 54).

avaliar se a nossa vida é digna é um papel de cada um ção da dignidade da própria existência pertence a cada um de nós¹⁶.

A dignidade então, na história do Ocidente, como escreve Peces-Barba, “se sitúa en lo que llamo el proceso de humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad”¹⁷. Ela reúne todos os direitos fundamentais¹⁸, tornando-se assim como o direito humano por excelência, condição essencial de todos os outros.

A relação entre os direitos humanos e a concepção tipicamente ocidental de individualidade, portanto, encontra seu pressuposto em dignidade: ao contrário de outros valores, a dignidade pode ser exclusivamente *humana*. Ela representa o atributo que dá forma ao *indivíduo* (único, diferente de todos os outros, enquanto no passado a identidade era preestabelecida desde o nascimento em virtude de pertencer a um clã ou a uma tribo, a uma família, a uma classe social), à *pessoa* (conjunto de atributos e condições que permitem participar na comunicação; pode-se ser mais ou menos ricos e, ao mesmo tempo, exercer uma profissão intelectual ou manual, participar de diferentes formas na vida política etc.), ao *sujeito* (portador de direitos)¹⁹.

A dignidade, portanto, permite agir na sociedade de forma livre e independente, sendo capaz de reivindicar direitos. Como a abordagem sistêmica nos permite destacar, trata-se de um construto “artificial”, produto da evolução, social, especificamente moderno. Paradoxalmente, não é “natural”, como costuma-se pensar dos direitos humanos. Ao contrário do que se pensa, essa ideia de construção social não diminui sua importância, no entanto, serve de alerta que se trata de uma conquista social e, por isso mesmo, pode ou não ser respeitado conforme os valores sociais em hegemonia naquele momento num determinado grupo social.

OS DIREITOS HUMANOS NA CIDH

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (adotada em 1969) abre-se com a referência a alguns conceitos tradicionais relacionados à direitos humanos, democracia, estado de direito e, mais genericamente, à tradição jurídico-política ocidental. Obviamente, não é assim por acaso, pois a intenção dos

¹⁶ Como afirma Luhmann, a dignidade e a liberdade são as condições fundamentais para uma *auto-representação* bem-sucedida, o que, por sua vez, permite que o indivíduo se pense como capaz de agir no contexto social. Sem dignidade, em outras palavras, não é possível socializar o ser humano “como personalidade individual” (LUHMANN, 1965).

¹⁷ PECES-BARBA MARTINEZ (2003, p. 66).

¹⁸ OESTREICH (2001, p. 138).

¹⁹ Sobre a individualidade moderna e as ideias de indivíduo, sujeito e pessoa, veja-se também LUHMANN (1995b; 1990b; 1981).

Estados signatários é precisamente a de “consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”²⁰.

Os Estados americanos colocam-se em linha com a tradição democrática “ocidental”, moderna, dos países mais ricos e mais desenvolvidos, apesar da história colonial, com os abusos e injustiças sofridas. Por outro lado, seria contraditório pretender reconhecer e afirmar os direitos humanos fora de uma perspectiva “ocidental” (ver a discussão sobre a disputada universalidade dos direitos humanos²¹). Os direitos humanos são, de fato, um produto histórico do Ocidente, tanto os “Direitos do Homem” (*Rights of Man*) do Iluminismo – que queriam transformar “direitos naturais em direitos de cidadania” –, quanto os “direitos humanos” em sentido estrito (*Human Rights*) – aqueles do período pós-segunda guerra mundial, de natureza universalista, pós-moderna, antipolítica²² – foram concebidos e reivindicados na Europa e nos Estados Unidos, isto é, no “lado da sorte” do mundo. E se o direito entendido como um subsistema social deve ser entendido globalmente – em quanto existe apenas uma sociedade mundial – o direito positivo é o resultado da tradição da “velha Europa”²³.

A Convenção, portanto, abraça essa visão “ocidental” e, ao mesmo tempo global do direito e também da história.

Já no preâmbulo do texto, a ideia de “direitos essenciais do homem”, que não do fato de pertencer a um determinado Estado (cidadania), é acompanhada pela ideia de pessoa, indivíduo e, portanto, de sujeito ao direito. Esses direitos têm “como fundamento os atributos da pessoa humana” e até mesmo o vínculo que expomos entre direitos humanos e a concepção personalista do indivíduo (e do direito) é confirmado por esta declaração.

Imediatamente depois, já é possível identificar uma característica essencial desta Convenção, ou seja, a referência explícita aos “direitos econômicos, sociais e culturais”. De fato, foi a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) que prevê a inclusão na Carta da Organização de “normas mais amplas” com respeito a esses direitos e, acima de tudo, a prefigurar a própria Convenção, para determinar “a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria”. Além dos direitos políticos e civis, tradicionalmente considerados direitos humanos de “primeira geração”²⁴, também os direitos eco-

²⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969).

²¹ PANIKKAR (1996).

²² FERRONE (2016, p. 23).

²³ LUHMANN (1993).

²⁴ Conforme, por exemplo, BOBBIO (1997).

nômicos, sociais e educacionais são declarados essenciais e devem ser garantidos para preencher a lacuna com os países mais desenvolvidos.

O artigo 1º da Convenção afirma o compromisso dos Estados signatários “a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos”, assegurando-os universalmente sem discriminação (de “raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”) a cada “pessoa”, um termo que – é imediatamente especificado – refere-se “a todo ser humano”. Assim é expressa a relação de equivalência entre os direitos, por um lado, e os indivíduos-sujeitos-pessoas, por outro. Isto é imediatamente confirmado no artigo 3º, que expressa o direito à personalidade jurídica²⁵ – logo depois o compromisso dos Estados de adotar “as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” quando “o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza”. Podemos, portanto, já reconhecer fortes indícios de uma referência – por enquanto implícita – à dignidade, entendida justamente como uma qualidade intrínseca ao ser humano, merecedor de direitos simplesmente porque existe.

O direito à vida (artigo 4º) continua nesse caminho. Aqui, ao contrário do que geralmente acontece, há também uma tentativa de especificar esse direito, afirmando que ele é protegido “em geral, desde o momento da concepção”. Isto não é um detalhe. Estamos diante de um direito há muito tempo no centro de discussões vivas, onde, com referência a temas específicos, é invocado de posições diferentes e às vezes opostas (pode se pensar apenas no direito reivindicado à vida por os fetos em oposição ao direito ao aborto, ou a reivindicação do direito à (boa) morte em face do sofrimento severo e da impossibilidade de cura). Em continuidade com o direito à vida, a pena de morte não é negada em um sentido absoluto, mas é limitada aos “delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena”, proibindo a “sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente”, para os Estados que já o aboliram, para crimes políticos, para menores de 18 anos, pessoas com mais de 70 anos e mulheres grávidas.

Com o artigo 5º, que afirma o direito ao respeito da “integridade física, psíquica e moral” e, portanto, a proibição da tortura e a “penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”, temos uma referência explícita à “dignidade inerente ao ser humano”, que também deve ser respeitada para aqueles que são privados da liberdade. Deste ponto de vista, a Convenção trata da condição dos

²⁵ “Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.

presos e afirma a “finalidade essencial” da “reforma” e da “readaptação social dos condenados”.

A liberdade da escravidão, do trabalho forçado ou obrigatório (artigo 6) é certamente motivada pelo passado colonial dos países signatários, mas é especificado que nos países que prescrevem a “pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados”, ela “não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso”.

O direito à liberdade e segurança pessoal é formulado no artigo 7, especificando as garantias concedidas aos presos.

Portanto, um espaço importante é dedicado ao judiciário, com o direito à “devidas garantias” (artigo 8), e, entre outras, “a que se presuma” a inocência do julgado e ao “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”; o princípio da legalidade e da retroatividade (artigo 9), o direito “a indenização” (artigo 10).

Então temos novamente uma referência explícita à dignidade: o artigo 11 expressa a “proteção da honra e da dignidade”, com o “respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”, a proteção contra “ingerências arbitrárias ou abusivas” na esfera pessoal, familiar, domiciliar, da correspondência, da reputação. Nesse sentido, a dignidade está ligada à esfera privada e individual, legitimando assim a autonomia individual, que significa independência dos outros e responsabilidade pelas próprias decisões. Nesse sentido devem ser entendidas também as liberdades de consciência e religião e de pensamento e expressão, que incluem não apenas a dimensão interna (consciência pessoal), mas também a dimensão externa (manifestações exteriores do próprio mundo interior, também através de comportamentos ativos).

Por enquanto, trata-se de direitos individuais e subjetivos, com a exceção da referência ao necessário “respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas” e à proteção das crianças. A referência à vida em sociedade, à dimensão coletiva da existência humana, se dá através de um complexo de artigos que devem ser levados à análise em bloco: o artigo 15 e o artigo 16 afirmam, respectivamente, “o direito de reunião pacífica e sem armas” e a liberdade de associação, enquanto o artigo 17 formula a “proteção da família. A família é definida como “o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Essa dimensão coletiva também está presente no campo do direito ao nome (artigo 18), dos direitos das crianças e do direito à nacionalidade (cidadania): estes, embora sejam direitos subjetivos, implicam o reconhecimento da individualidade na esfera pública, na comunidade, no âmbito social. Uma individualidade que deve ser protegida, pois é frágil (infância), pois é diferente de todas as

outras (nome), mas que encontra um reconhecimento ainda mais completo em um contexto sócio-jurídico-cultural específico (nacionalidade).

Também o direito à propriedade privada (artigo 21) pressupõe a dimensão coletiva, também porque se afirma que a “lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social”, “por motivo de utilidade pública ou de interesse social”.

O direito de circulação e de residência (artigo 22) é o complemento necessário ao direito à nacionalidade, pois oferece a possibilidade “de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio”, “o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro”, a proibição de expulsão em países onde o direito à vida ou à liberdade pessoal estão em perigo.

Também na esfera pública achamos uma série de direitos humanos “clássicos”: os direitos à participação política (artigo 23), ou seja, de votar, ser votados e eleitos e de ter acesso a funções públicas; a igualdade perante a lei (artigo 24), a proteção judicial (artigo 25).

Assim, chegamos aos direitos econômicos, sociais e culturais, com o compromisso dos estados de buscar o desenvolvimento progressivo nessas áreas (artigo 26).

A seção dedicada às exceções (artigo 27) – isto é, os casos de “guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte” – especifica que as disposições adotadas pelos Estados não devem ser “incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social”. Além disso, não são permitidas exceções em vários casos: não por acaso, para os direitos civis e políticos (nome, nacionalidade, participação política), para aquela estritamente pessoais (personalidade jurídica, vida, à integridade pessoal, liberdade da escravidão, princípio da legalidade e da retroatividade) e para aqueles que preveem o reconhecimento e a proteção desta individualidade na esfera pública (liberdade de consciência e religião, proteção da família, direitos da criança).

A “abertura” ao reconhecimento de outros direitos (artigo 31) não é que a confirmação da já mencionada mutabilidade do direito positivo moderno, da sua evolução contínua, mas também da sua “abertura” para o futuro dos mesmos direitos humanos, do seu grau relativamente elevado de indeterminação, do fato de ser valores antes mesmo que direitos; em essência, da sua função evolutiva, que consiste na negação da possibilidade de regressão a estágios anteriores e mais limitantes de garantias.

Outra característica essencial das Convenções é a menção, ao lado aos direitos, dos deveres da pessoa. O artigo 32 trata da relação entre direitos e deveres, afirmando que “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a

humanidade” e que “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”. O fato que os direitos subjetivos encontrarem sua própria limitação nos direitos dos outros é outra maneira de dizer que a liberdade é tal, apenas se for direito de todos, de que o indivíduo é livre somente sendo no mesmo tempo igual aos outros: que somos livres sendo iguais na nossa liberdade. Uma liberdade, como vimos, que é um atributo moderno do indivíduo-sujeito-pessoa.

CONCLUSÕES

Desafios para o futuro e ferramentas disponíveis na CIDH

A modernidade então produz a ferramenta inovadora dos direitos humanos, essenciais e inalienáveis, fazendo com que eles pareçam “naturais” – em quanto direitos de todos pelo mero fato de pertencer à raça humana – embora na realidade sejam “artificiais”, como qualquer outro direito. A CIDH parece confirmar essa intenção. Ela se encaixa na longa tradição “ocidental” onde o “paradoxo dos direitos humanos” – o problema paradoxal de sua fundação e sua validade – é “resolvido” através da formulação escrita nos textos. Se as constituições são a solução para os Estados, as declarações e os tratados são a solução no nível internacional e transnacional. Em quanto na Europeia já se tinha adotado no 1950 a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, os Países do continente americano – com exceção dos Estados Unidos – responderam quase vinte anos depois com a CIDH. Os conteúdos das duas declarações são semelhantes. A CIDH, examinada aqui, define extensivamente vários direitos, declina eles no nível coletivo, menciona explicitamente a dignidade em vários pontos enquanto é possível percebê-la como latente em outros, equilibra os direitos com os deveres.

Tentamos, especificamente, de mostrar a importância, o peso da dignidade humana, na sua capacidade de representar um “hipervalor”, um fundamento para outros direitos, em quanto considerada intrínseca do ser humano. Isso representa não somente uma característica da CIDH, mas também um grande potencial – provavelmente o mais importante – dela: aquela “abertura” para o futuro tanto essencial para que os direitos humanos sejam um fator de inclusão, uma ferramenta para que o direito compreenda em si mesmo sempre novos casos, adaptando-se a situações concretas e contextos culturais diferentes e inéditos, contribuindo a realiza um futuro que – se não necessariamente mais “justo” – com certeza vai ser cada vez mais global.

Nesse sentido, apesar dela ter já cinquenta anos, ela parece adequada para enfrentar os desafios de um presente e de um futuro onde a eficácia dos direitos

humanos ela é posta à prova e o “paradoxo” mencionado desses direitos precisa de novas resoluções: não é por acaso que Luhmann menciona uma terceira forma de “resolver-lo”: não mais através os textos escritos, mas através do sentimento de rejeição diante dos “escândalos inaceitáveis”, ou seja, das violações da dignidade humana²⁶. Exatamente por isso, a CIDH parece uma ferramenta adequada para o futuro.

REFERÊNCIAS

- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969.
- CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. In: Alberto Febbrajo; Giancarlo Corsi (Eds.). *Sociology of Constitutions: a paradoxical perspective*. Abingdon-New York: Routledge, 2016, p. 11-29.
- CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. *L'ambiguità dei diritti costituzionali. Il caso della judicialização da saúde in Brasile*. Sociologia del diritto. 1, 2018, p. 29-44.
- DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. 15, n. 20 jan./jun. 2017, p. 324-339.
- FERRONE, V., Diritti umani o diritti dell'uomo, «Il Sole 24 Ore», 17 aprile 2016, p. 23.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- LUHMANN, Niklas. *Esistono ancora norme indispensabili?* Roma: Armando Editore, 2013 (*Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* C.F. Müller: Heidelberg, 1993).
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Globalization or world society: how to conceive of modern society?* International Review of Sociology. v. 7, Issue 1, Mar 1997. p. 67-79.
- LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: *Il futuro della costituzione*. Gustavo Zagrebelsky; Pier Paolo Portinaro; Jörg Luther (Eds.). Torino: Einaudi, 1996 (*Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. *Rechtshistorisches Journal*. 9, p. 176-220).
- LUHMANN, Niklas. Individuo, Individualidad, Individualismo. *Zona Abierta*. 70-71, 1995b, p. 53-157 (Individuum, Individualität, Individualismus. In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. Band. 3. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, p. 149-259).

²⁶ LUHMANN (2013).

- LUHMANN, Niklas. *Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*. In: *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995a.
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
- LUHMANN, Niklas. Operational closure and structural Coupling: The Differentiation of the Legal System. *Cardozo Law Review*. 13, 1992, p. 1419-1441.
- LUHMANN, Niklas. The Individuality of the Individual: Historical meanings and Contemporary Problems. In: *Essays on Self-Reference*, New York: Columbia University Press, 1990b, p. 107-122.
- LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Raffaele de Giorgi (Ed.). Bologna: il Mulino, 1990a.
- LUHMANN, Niklas. Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins fuer die moderne Gesellschaft. In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. Band 2. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1981, p. 45-104.
- LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Duncker & Humblot: Berlin, 1965.
- MOELLER, Hans-Georg. »Human Rights Fundamentalism«. The Late Luhmann on Human Rights. *Soziale Systeme*. 14, vol. 1, 2008, p. 126-141.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- OESTREICH, Gerhard. *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Gustavo Gozzi (Ed.). Roma-Bari: Laterza, 2001.
- PANIKKAR, Raimon. Is the notion of human rights a Western concept? In: *Human Rights Law*. Philip Alston (Ed.). Aldershot-Singapore-Sidney: Dartmouth, 1996, p. 161-188.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Dykinson – Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, Cuadernos del Instituto “Bartolomé de las Casas”, n. 26, Madrid, 2003.