

Direitos Humanos, Judiciário e suas Mediações Sociais

Marcos Cáprio Fonseca Soares¹

Resumo: O discurso dos direitos humanos tem permeado os mais diversos debates, nos mais variados níveis. Trata-se de um dos aspectos mais simbólicos daquele fenômeno designado como *judicialização* das relações sociais. Mas sendo um de seus aspectos, é imprescindível pensá-lo a partir de suas relações com (o espaço e) o Judiciário. Dimensões simbólicas são carregadas por estes dois elementos. Percebemos suas implicações recíprocas junto ao ideal democrático.

Palavras-chave: direitos humanos; democracia; judiciário; simbólico; sociologia.

Introdução

O discurso envolvendo os direitos humanos tem se tornado, cada vez mais, lugar comum nas diferentes perspectivas em que se podem ouvir os mais tensos debates reivindicativos, ou mesmo, autojustificativos. Assim, seja numa perspectiva crítica de busca de melhores condições de vida para setores da população, ou mesmo no sentido de resguardar a mesma de atos atentatórios à sua dignidade íntima, seja, também, no sentido de se proclamar a necessidade de promover intervenções em outros Estados (*soberanos*) em nome de uma nova espécie de *responsabilidade* internacional que se ergue, exatamente alicerçada nos pilares (dentre outros) do discurso dos direitos humanos.

Esquerda ou direita, situação ou oposição, vamos encontrar neste discurso um aparente ponto de convergências. Mas muitas são as questões imbricadas nesta temática. Para além do dado normativo (ou, essencialmente jurídico) que lhe acompanha, os direitos humanos apresentam-se como multidimensionais, sendo imprescindível tal consideração para uma aproximação mais correta junto a sua realidade. Que o diga, especialmente, o papel simbólico que tem desempenhado na cena social contemporânea. É neste sentido que proponho, nas linhas seguintes, uma breve reflexão a partir de um convite a uma sociologia dos direitos humanos. Abordagem esta que não se pretende detida nos

¹ Mestre em Sociologia pela UFRGS. Advogado; Sociólogo e pesquisador.

desdobramentos normativos pensados em termos de *dever-ser*. Tomam-se os direitos humanos enquanto dado construído, social e historicamente. Como tal, são pensados a partir da ação social. Sabendo-se que diferentes são os níveis em que esta se projeta, este esforço sociológico problematiza, neste trabalho, algumas das interfaces passíveis de identificação entre os direitos humanos e a democracia, especialmente pelos caracteres que acompanham esta última: seu caráter de dado socialmente construído, o que pressupõe ações sociais em concorrência; mas mais do que isso, os aspectos simbólicos que do mesmo modo, estão presentes no ideal democrático que anima nossas sociedades contemporâneas, expondo o modo como o Judiciário tem-se apresentado como seu complemento institucional fundamental.

2. Notas sobre a democracia

Quais os nomes pelos quais foi chamado o *governo de muitos*, nas obras dos diferentes clássicos da teoria política?

Em Heródotos, temos a denominação *governo do povo* (chama de *igualdade de direitos*), enunciada por Otanes, e *regime popular* designado por Megábizos. Em Tucídides temos já o termo *Democracia*. Aristóteles distingue duas espécies de governo de muitos: a boa e a má; a primeira Aristóteles chama Governo Constitucional (ou Politéia), e a segunda ele chama Democracia. Políbios segue na esteira de Aristóteles² e identifica uma forma boa e uma forma má de governo de muitos. A forma boa seria a Democracia e a forma má seria a Oclocracia. Para Montesquieu, a

² Em Aristóteles o *governo de muitos* pode voltar-se aos interesses particulares daqueles que o exercem (os homens livres) ou aos interesses de toda a coletividade. Quando ocorre o primeiro caso, nós temos a Democracia, e no segundo nós temos o Governo Constitucional. A valoração de Aristóteles vai no sentido de hierarquizar as diferentes formas de governo, dizendo que o Governo Constitucional, dentre as formas boas (Aristocracia e Monarquia) se situa em terceiro lugar, sendo superada pela Monarquia (a melhor) e a Aristocracia (a segunda melhor). Por outro lado, a Democracia, que é uma forma degenerada de governo, apresenta-se, em Aristóteles, como a menos nefasta das degenerações (Tiranía seria a pior e em segundo viria a Oligarquia). Aristóteles diz haver várias formas de Democracia, cada qual com apanágios peculiares: em uma a lei é soberana e todos os indivíduos não sujeitos à desqualificação participam do governo; noutra, é mister que se seja cidadão; também há a Democracia em que a soberania não recai nas leis, mas nas massas – os decretos da assembléia são superiores à lei. Por fim, Aristóteles identifica a Democracia em que a *igualdade* entre ricos e pobres é estabelecida. Em suma, a expressão *democracia* é associada a algo não positivo (ARISTÓTELES, 1998).

exemplo de Maquiavel, não há que se falar em governo de muitos, mas sim *governo de mais de um*, em contraste ao *governo de um*. Em Thomas Hobbes não há distinção entre forma boa e má de governo, mas o governo de muitos é denominado Democracia. Rousseau denomina o *governo de muitos* de Democracia, não fazendo sua distinção entre a forma boa e a má.

Sobre esse edifício teórico, repleto de nuances que no momento não nos cabe aprofundar, ergue-se a concepção contemporânea de democracia, produto de um processo descontínuo (pelo que se pode inferir das próprias diferenciações nas formas de denominar o clássico *governo de muitos*, *que durante um tempo se confundiu com a noção mesma de democracia*).

Norberto Bobbio, um dos mais prestigiados analistas políticos contemporâneos, nos fornece o seu conceito de *democracia*, no qual percebemos a presença de elementos formais e materiais; assim, não se trata de um conceito *formalista* puro, mas nem tão pouco de um conceito eminentemente *material* – Bobbio se refere a um conjunto de regras voltadas a determinar o sujeito que irá exercer o poder democrático bem como o procedimento pelo qual se lho exercerá (e neste momento temos uma definição formal); mas logo em seguida, o autor assevera o mister de se garantir certos direitos sem os quais seria inviável se falar em democracia: direitos de liberdade, de opinião, de expressão, associação, etc. e com isto acaba chegando à conclusão de que há um tipo particular de Estado que é indispensável ao regime democrático, trata-se do Estado Liberal. Entendo que aqui temos o elemento material de seu conceito e, portanto, a certo *fim* (BOBBIO, 1989, p. 17).

Uma das promessas do ideal democrático, ainda em aberto, diz respeito ao fato de que através do exercício da democracia os indivíduos obteriam educação cívica, isto é, tornar-se-iam cidadãos. Bobbio pondera que mesmo na Europa está se observando atualmente um fenômeno que denomina *apatia política*, expresso no mais absoluto desinteresse por parte de boa parcela dos eleitores com reação às questões concernentes à esfera política. Dentre os que ainda nutrem algum *interesse* pela política, o autor distingue os que emitem um *voto de opinião* dos que emitem um *voto de permuta*. Bobbio chega até mesmo a mencionar o exemplo particular da Itália, onde constata um aumento constante do chamado *voto clientelista* – em que o eleitor vota em um determinado candidato em troca da prestação (por este) de favores pessoais, após a eleição (ou mesmo antes). Conclui-se, portanto,

que isto é um problema muito sério, já que apenas uma parcela muito diminuta dos eleitores (aqueles que podem votar) apresenta-se motivados por interesses voltados à política; mas dentre este diminuto grupo, devemos, ainda, distinguir aqueles que o fazem por interesses particularistas, daqueles que realmente conseguem desenvolver uma concepção política capaz de externar sua *opinião* pelo voto (BOBBIO, 1989).

Mas estas observações nos remetem ao alerta já enunciado por Habermas, para quem o processo democrático hegemônico calcado no *voto* enquanto elemento legitimador, não é suficiente enquanto tal; assim, marca-se a teoria habermasiana pela idealização de todo um *procedimento*, através do qual, as deliberações seriam tomadas e, então, restariam legitimadas as regras democráticas. Há uma identificação, por Habermas, de *insuficiência* no dispositivo *voto*, enquanto fundamento racional trazido pelos indivíduos em relação à democracia³ (In: FARIA, 2000).

Argumentação e discurso são dois elementos primordiais na construção habermasiana, visto que é para aí que é deslocada a base do procedimento democrático (*razão prática*). Por outro lado, a sua *operacionalização* exige a concorrência dos seguintes fatores: institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação; e a inter-relação dos processos deliberativos institucionalizados com as opiniões públicas informalmente constituídas. De acordo com a democracia deliberativa proposta por Habermas, nós teríamos uma radicalização da democracia posto que o procedimento estaria voltado para este ideal (HABERMAS, 2007, p. 277).

Mas além de intensificar o procedimento democrático institucional, Habermas propõe a teoria da *esfera pública*, onde os movimentos sociais (principalmente) funcionariam como ponto de influência nas tomadas de decisões, as quais são procedidas no centro político. Daí a metáfora do *centro e periferia* esboçada por Habermas. Haveria um monitoramento do exercício do poder político através da formação da vontade e da opinião via procedimento racionalmente discursivo. A política para Habermas apresenta-se em duas vias: nos espaços institucionais com a

³ Ao analisar o Oxford English Dictionary, Paul Hirst aponta a identificação da idéia de democracia direta e democracia representativa como duas subespécies de um gênero; mas em verdade, se trata de nuances *qualitativas* nas duas noções (seguindo o alvitre de Max Weber, para quem a democracia representativa é uma forma de legitimação ao passo que a direta é uma forma de exercício de governo) (HIRST, 1993).

construção democrática da vontade; e nos espaços não-institucionais a formação da opinião informal. Assim, de acordo com Habermas, é apenas com a inter-relação destes dois espaços que se viabiliza a obtenção de um governo legítimo. Ao mesmo tempo, é através do fomento de práticas participativas, especialmente mediante a articulação e organização da sociedade civil, que contornaremos a idéia de apatia política. Esta última, especialmente no Brasil, está muito relacionada ao fracasso dos partidos políticos como instituições efetivamente representativas dos interesses gerais.

Norberto Bobbio trabalhou a idéia de *o espaço limitado*; aqui o autor nos afirma a necessidade de logarmos atingir uma *democracia social*, não nos limitando, assim, a uma democracia meramente *política*. Esta ilação do autor vai no sentido de se ampliar os espaços nos quais as decisões são tomadas democraticamente; em síntese, Bobbio entende que é muito *limitado* o âmbito onde se delibera democraticamente, remanescendo muito intensa a relação de poder entre ascendente e descendente. O exemplo citado é o próprio espaço de trabalho: as fábricas. Daí dizer que o fundamental é perquirir *onde se vota?* e não *quem vota?* (BOBBIO, 1989, p. 27).

3. Os direitos humanos e o ideal democrático: o significado do Judiciário

O Poder Judiciário tem como uma de suas atribuições a de guardião constitucional e, como tal, de construtor da democracia no Brasil (e lembre-se que em nosso País coexistem os sistemas concentrado e difuso, de controle de constitucionalidade). Nesta condição (ator que *também* constrói a democracia), o Judiciário é incitado na direção de uma democracia não apenas formal, de base tão somente legal, mas de uma democracia substantiva, de resultados concretos em relação à realização da dignidade da pessoa humana. Dito de outra forma, o Poder Judiciário carrega hoje as esperanças da sociedade civil na realização das diversas gerações de direitos humanos constitucionalizados, porém com muitos desafios a superar.

Para se compreender corretamente a expressão *Estado democrático de direito*, é preciso considerar que o direito não pode mais ser entendido como a expressão de uma metafísica dos costumes ou da tradição, pois passou a ser a expressão de acordos racionais democraticamente firmados e expressos através de enunciados normativos postos através de decisões políticas,

formando um sistema que possui, em sua base ou em seu ápice, dependendo do ângulo que se observe, regras e princípios de caráter constitucional.

É esse caráter de constitucionalidade do direito moderno que oferece (lembre-se que a própria filosofia do direito tem se apropriado do direito constitucional), muitas vezes, dificuldades adicionais ao operador jurídico na construção de um Estado não apenas de direito, mas democrático de direito. Isto porque as normas constitucionais alusivas aos direitos fundamentais estarem repletas de uma abertura semântica, guardando, no mais das vezes, o perfil de princípios.

Em decorrência do exposto, emerge a importante questão da eficácia das constituições e de como obtê-la de modo legítimo e não arbitrário, na medida em que elas tratam de interesses os mais diversos. O problema da discricionariedade ainda está por equacionar⁴.

Mas neste contexto, sobressai a dimensão simbólica que perpassa o Judiciário, especialmente na cena democrática. O juiz dá ao sujeito o verdadeiro nome do ato que ele cometeu, com isso, ele lembra o lado indisponível do direito, ao mesmo tempo em que fixa a fronteira entre aquilo que é passível de negociação e aquilo que não o é. O juiz *encarna* a figura do *ausente*, representando o grupo social na sua totalidade.

Nesse sentido, o espaço público se constitui em uma idéia política, antes que em um espaço sensível. O processo judicial é a representação mais sensível do espaço público, entendido como o local onde é reconhecida a cada um a sua capacidade de sujeito de direito e, portanto, de fazer um uso público da palavra (GARAPON, 1996, p. 233).

Assim como é impossível se pensar numa democracia caso não tenham sido abolidas as formas transcendentais de legitimidade, também é a mesma impossível sem uma permanente recriação de uma instância simbólica que cumpra uma função equivalente tanto para o sujeito como para o vínculo social e político. Assim, pode-se perceber que esta forma *equivalente* seja, no momento, o Judiciário. Ao mesmo tempo, trata-se de uma necessidade imprescindível à manutenção do vínculo social e político e ao

⁴ Discutem-se muito as teses de Herbert Hart e Ronald Dworkin. Hart defende a discricionariedade do juiz diante de normas antinômicas; Dworkin defende a tese da *resposta correta*, isto é, de que sempre existiria uma solução melhor que outra e, portanto, uma norma que deveria ser preferencialmente aplicada. Em geral esta resposta correta seria alcançada pela aplicação de princípios (DWORKIN, 2007).

sujeito⁵. Os juizes aparecem como recurso em face da explosão da sociedade democrática, que não tem como controlar a complexidade e a diversidade que ela mesma produz. O sujeito, privado de pontos de referência identitários, e que estructurem sua personalidade, procura no Judiciário um apoio à crise interna. Face à decomposição do mundo político, será ao juiz que, doravante, se demandará solução. Os magistrados são os últimos titulares de uma função de autoridade eclesiástica, paternal, abandonada por seus antigos titulares. O ativismo judicial é seu sintoma mais evidente, e ele se constitui em uma peça de um mecanismo mais complexo que requer outras engrenagens, como o envilecimento do Estado, a promoção da sociedade civil, e o poder da mídia. O envilecimento do Estado (especialmente em face da globalização) e a fragilidade da democracia colocam o direito no centro, ainda que por razões diversas. Enquanto a primeira procura com isto um paliativo às dificuldades crescentes de o Estado organizar as relações entre iguais, a fragilidade da democracia procura um substituto da moral (ROJO, 2000).

A cena judiciária recria a cena democrática, na medida em que se pauta pela diversidade de pontos de vista e pela argumentação. A este papel, parece, efetivamente, que o Judiciário foi chamado como compensação ao processo de secularização, que marcou a derrocada das formas tradicionais de legitimação. No entanto, as dificuldades estruturais do mesmo parecem ter, constantemente, exigido um preenchimento que suprisse a lacuna substancial deixada por referido processo. E aí devemos mencionar a inserção dos direitos humanos. Guardadas as características mencionadas ao começo deste trabalho, pelas quais se percebe uma espécie de convergência discursiva, os direitos humanos parecem fazer reviver a promessa substancialista que outrora residia na tradição ou nas orientações religiosas, anteriormente ao processo de secularização. Na verdade, porém, as convergências não se perfazem em termos de conteúdo, mas muito mais em termos emblemáticos, da própria invocação da referência dos direitos. O que chamaria a atenção, no momento, é ao fato de se levar a um terceiro uma demanda problematizadora da questão dos direitos humanos. A cena democrática é recriada no processo judicial, como acima descrito, e a gramática deste *refazer democrático* é

⁵ A expansão do Judiciário é observável em sociedades democráticas. Trata-se de uma reação de defesa a uma quádrupla crise: política, simbólica, psíquica e normativa. Portanto, é nossa própria identidade individual, social e política que está em perigo.

assentada num vocabulário comum, ainda que dialético em termos substanciais.

Conclusão

Há uma relação muito estreita entre os direitos humanos, a democracia e o Judiciário, na sociedade contemporânea. O processo de secularização despiu a ação humana de seus referenciais mais sagrados, que lhe cumpriam o papel de guia, de orientação. Por outro lado, a abolição dessa esfera foi elemento concorrente no caminhar em direção à sociedade democrática. Ao mesmo tempo, porém, o direito foi instado a desempenhar uma função que não lhe era típica (aquilo a que o professor Raúl Rojo define como papel de *moral por substituição*) (ROJO, 2000). Neste sentido, pode-se constatar o fenômeno contemporâneo da *judicialização* das relações sociais e da própria política.

Mas se o direito parece estar se constituindo numa gramática constantemente presente nos discursos sociais, ao adentrarmos e analisarmos mais de perto a questão, vamos constatar que os direitos humanos têm ocupado lugar peculiar.

Para Alain Touraine, os direitos humanos e o respeito à pessoa humana parecem ser os fundamentos da nova limitação e legitimação política contemporânea. Por isso, o reconhecimento dos direitos humanos foi percebido com o *status* de princípio constituinte da idéia atual de democracia, em seu referencial teórico (TOURAINÉ, 1994, p. 347).

Uma vez posta a questão alusiva ao imbricamento destes três elementos-chave para pensar a sociedade contemporânea, entendo que o desafio que está dado diz respeito, especialmente às condições em que a interação dos mesmos tenderá a se processar, bem como na precisão das vias pelas quais a sociedade poderá (e em que medida o fará) intervir em tal processo. Neste ponto, têm sido significativos os desenvolvimentos teóricos que passam pela perspectiva da racionalidade comunicativa.

Abstract: The human rights discourse has permeated all kinds of debate at various levels. This is one of the most symbolic aspect of that phenomenon designated *judicialization* of social relations. But being one of its aspects, it's necessary think it regarding the relations with (space and) Judiciary. Symbolic dimensions are carried by these two elements. We realize its reciprocal implications with the democratic ideal.

Keywords: Human rights; democracy; judiciary; symbolic; sociology.

Referências bibliográficas

- ARISTÓTELES. *A Política*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- _____. *O Futuro da Democracia*. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- CONSTANT, Benjamin. *Filosofia Política*. Porto Alegre: L&P (2), 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FARIA, Cláudia Feres. *Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman*. *Lua Nova*. São Paulo (50), 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- _____. *Indeterminação do Direito e Racionalidade da jurisdição*. In: *Direito e Democracia. Entre faticidade e validade*. Vol. I . Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.
- ROJO, Raúl Enrique. *La Justicia en la democracia*. *Sociologias*, Porto Alegre: UFRGS, ano 2, n. 3, jan-jun. 2000.
- SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. *Democracia e pensamento jurídico crítico: novas e velhas leituras*. In: José Alcebíades de Oliveira Júnior (Org.) *Cultura e prática dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

