

La paradoja de los derechos humanos

Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos

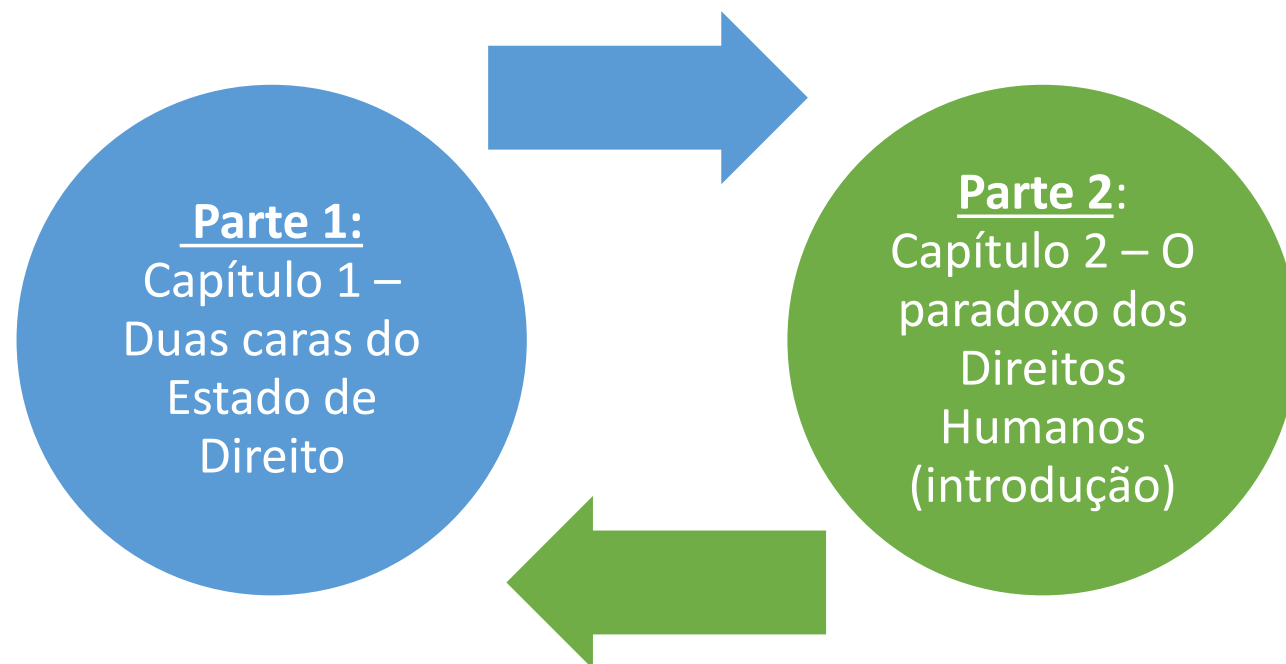
Niklas Luhmann (1988)

** Clarissa Valadares Chaves (Número USP – 11539377)*

Mestranda em Direito – Área de concentração: Direito do Trabalho e da Seguridade Social



Roteiro de apresentação



CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO PARA LUHMANN

ESTADO: forma de organização em que há a centralização da comunicação política

- Comunicação Política = PODER
- Externalizado por certos monopólios como, por exemplo, o do uso da violência, o da emissão de moeda e o da produção e aplicação do Direito.

ESTADO DE DIREITO:

- Acoplamento de ideia de ESTADO (organização que representa a centralização da comunicação política) ao SISTEMA JURÍDICO (funcionalmente diferenciado, cuja forma de comunicação se dá pelo código do direito/não direito).

Considerando que um dos monopólios do Estado é justamente a produção e aplicação de normas jurídicas, não seria redundante a ideia de Estado de Direito?

Sim, mas...

- A ideia de redundância (tautologia trivial) não está explicada pela insuficiente aplicação do Direito. A ausência de exercício ou a falta de concretização de direitos pode ser explicada por diferentes fatores.
- Ex.: impossibilidade prática de a Justiça Criminal processar e julgar todos os casos envolvendo delitos; impossibilidade prática de se implementar certos programas políticos cuja forma jurídica não se mostre adequada.
- Tampouco se justifica pelo fenômeno da “juridificação” – ampla profusão de leis – muito direito x pouco direito.

Para explicar, Luhmann retoma certos conceitos e ideias:

- O **SISTEMA JURÍDICO** autodetermina, com referência a normas jurídicas ou decisões jurídicas, o que é direito e o que não é direito -> a análise da conformidade de determinado fato ao Direito é realizada pelo próprio **SISTEMA JURÍDICO** (legislador, tribunais, advogados, órgãos de assessoramento jurídico, ou seja, por todos os indivíduos/organizações cuja comunicação cotidiana se refira ao Direito – conflitos com a polícia, com a vizinhança ou até mesmo no ambiente de trabalho.
- Trata-se de um contexto **COMUNICACIONALMENTE FECHADO** mas **INFORMACIONALMENTE ABERTO** – delimita-se, em um entorno social, mediante suas próprias operações e determina, ao mesmo tempo, sobre quais aspectos se permitirá influenciar por este entorno.

- Para a compreensão do Estado de Direito como tautologia trivial, é importante considerarmos o momento histórico e a “mutação semântica” que temos da concepção de SOBERANIA.
- No início do ESTADO MODERNO, havia a compreensão de que a atividade estatal seria controlada por meio da religião, da moral e do Direito Natural.
- Já no final do século XVIII, com a superação da concepção jusnaturalista e a implementação de uma legislação jurídico-constitucional positiva, a ideia de ESTADO DE DIREITO passou a servir para postular a vinculação do poder soberano ao Direito.

PARADOXO DO ESTADO DE DIREITO

- De um lado, os representantes estatais agem **desvinculados das leis** mas, ao mesmo tempo, **em conformidade com o Direito**.
- A dissolução desta ideia de paradoxo é feita, justamente, pela **Constituição**.



ESSA É A GRANDE “SACADA” QUE ESTÁ POR TRÁS DO MOVIMENTO CONSTITUCIONAL LIBERAL DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XVIII E DO SÉCULO XIX

- Não há Estado Absoluto, MAS há, por meio da Constituição, a legitimação de tal paradoxo político sob a sistemática do Direito.
- Assim...

Estado (conceito originalmente político) -> converte-se (por meio da Teoria do Direito) em um conceito jurídico.

- O que isso significa?

A vontade política tem que adotar forma jurídica para ser atribuída ao Estado e se tornar, portanto, (juridicamente) eficaz.



CONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO/ CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DO DECIDIR POLÍTICO

- Os problemas relativos à prática política passam, assim, a ser problemas constitucionais.

CONSTITUIÇÃO



“domestica”

POLÍTICA



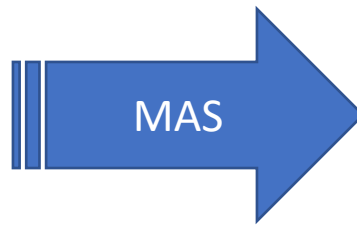
Externada por

Procedimentos que o Direito prevê (eleições, processo legislativo, jurisprudência) para outorgar EFICÁCIA JURÍDICA a tais DECISÕES POLÍTICAS.

SEGUNDA CARA DO ESTADO DE DIREITO

- A política utiliza o Direito como instrumento e, por conseguinte, depende dele para ser exercida.
- “Sem o Direito ela não funciona e com o Direito tampouco funciona bem”.

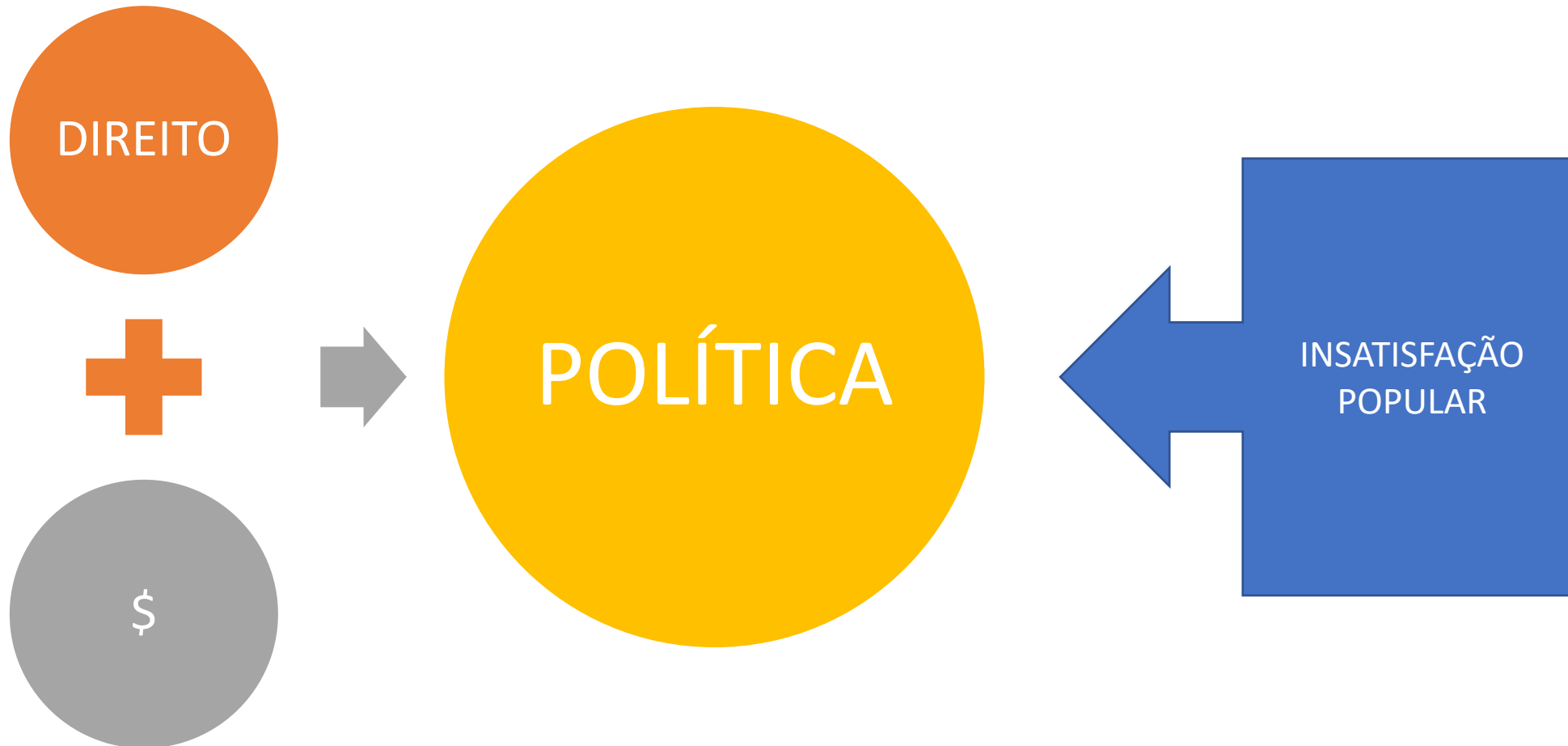
A “juridificação” do poder político parece, em um primeiro momento, uma forma de restrição à arbitrariedade



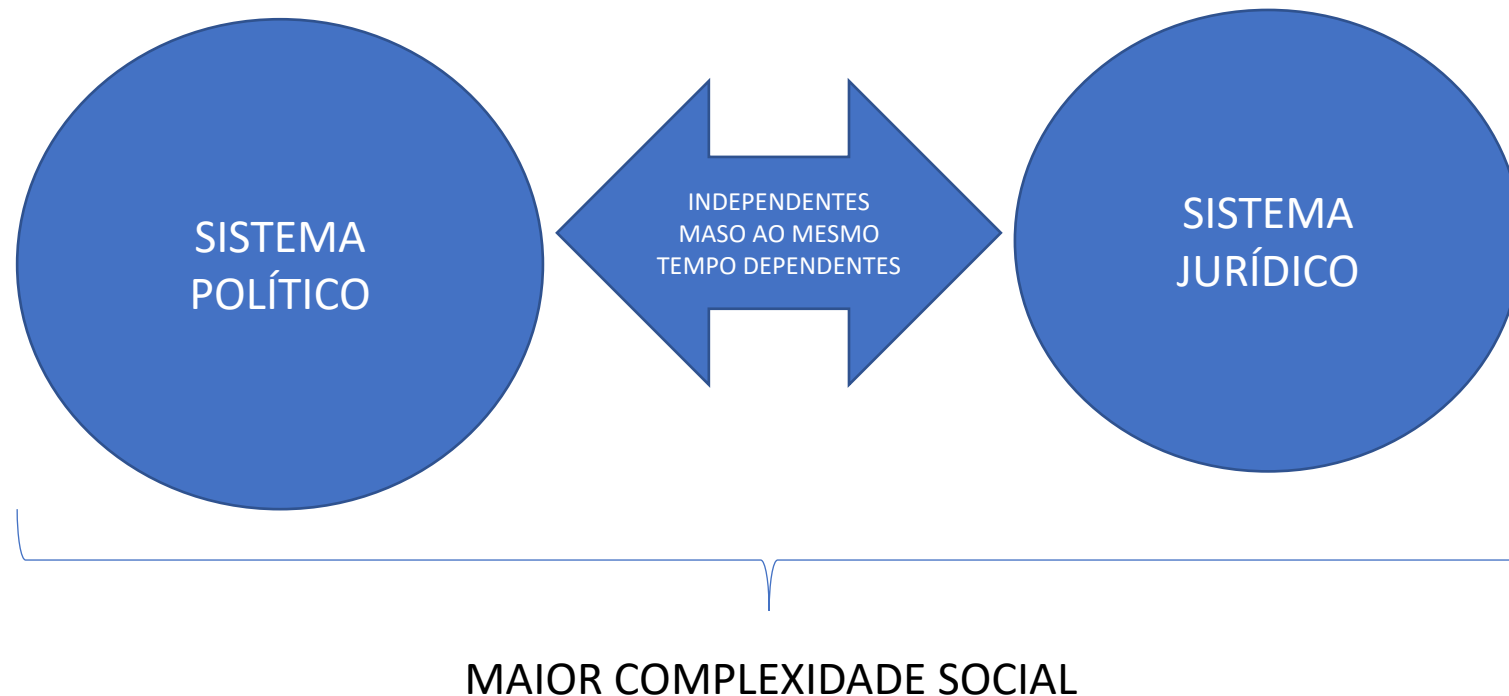
Na prática, representa uma grande **ampliação das possibilidades de exercício do poder (não apenas por agentes políticos, mas também, por exemplo, por grupos organizados da sociedade civil** (Ex.: Direito Ambiental – Green Peace).

- Como consequência da ampliação de exercício do poder -> o processo de democratização da vontade política ocasiona a sucessiva e crescente edição normativa, pautada por imensa especificidade.
- A constante modificação do direito (reformas) -> aumenta o tensionamento social.

“A política, com a ajuda do Direito (e de forma paralela, com ajuda econômica), engendra uma insatisfação que é devolvida, como impulso adicional, ao próprio sistema político”.



- Sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas, o SISTEMA POLÍTICO e o SISTEMA JURÍDICO (operacionalmente fechados) aprendem, por sua própria autonomia, a se adaptarem um ao outro, bem como ao seu entorno.
- Assim, num contexto marcado pelo positivismo jurídico, surge a demanda pela chamada “new heteronomy”.



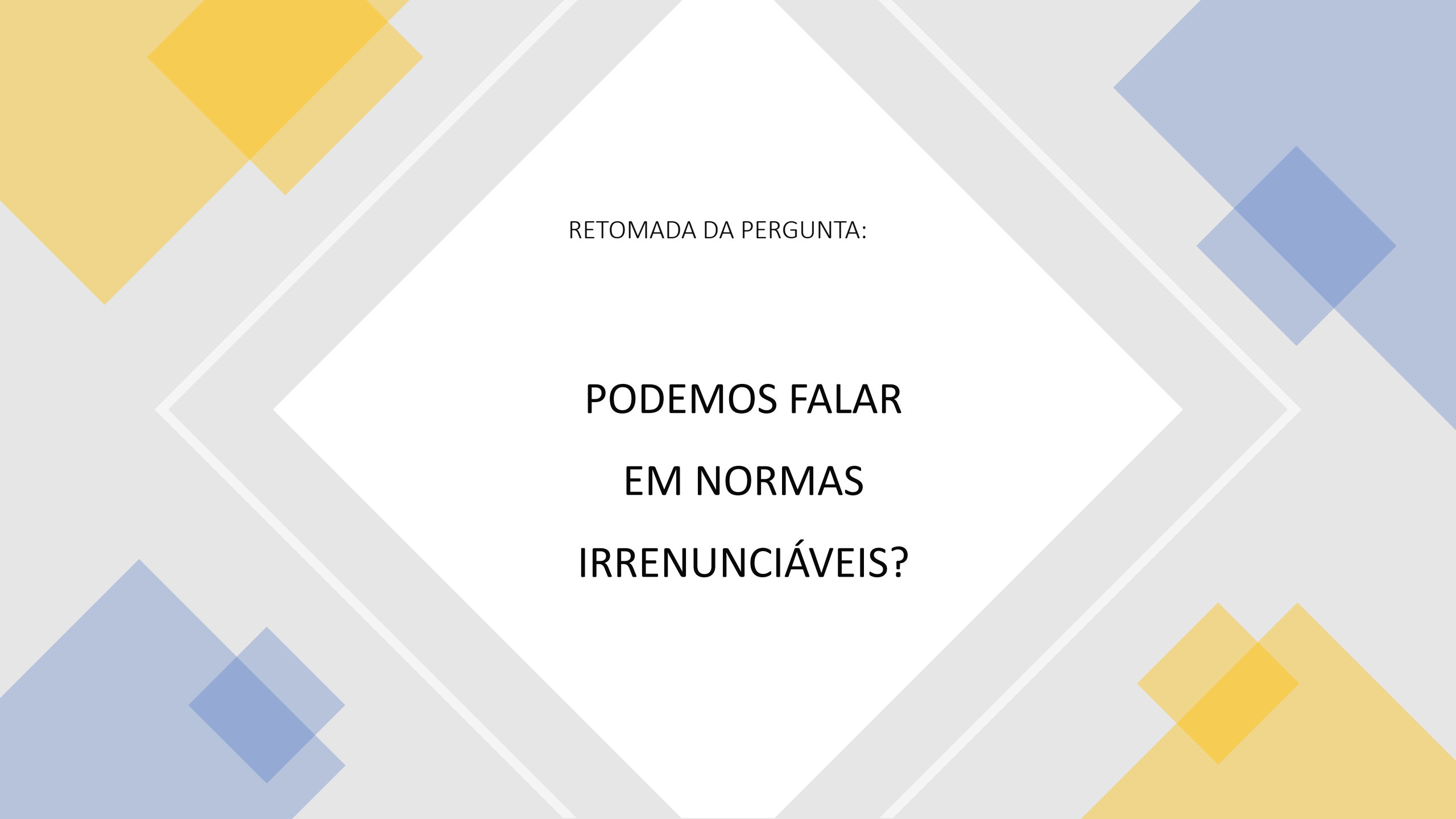
- A concepção teórica trazida por Luhmann, no estudo do **direito comparado**, pode ser verificada sob várias perspectivas: Direito Eleitoral, Direito Civil (esfera privada dos indivíduos), Direito Ambiental etc.
- Embora haja, a depender do país, ordenamentos jurídicos que operem com grande articulação estatal (Ex.: Brasil) ou com mais ênfase ao campo dos direitos subjetivos, a escolha da forma jurídica como meio de exercício do poder político gera importantes consequências (instrumentalismo político).

PARTE 2 – DIREITOS HUMANOS E NORMAS IRRENUNCIÁVEIS

- Como se resolver a ponderação entre o direito à vida x dignidade da pessoa humana?
- Haveria uma valoração de consequências ou há direitos, de fato, irrenunciáveis?

- Trabalhando a relativização do conceito de “direitos irrenunciáveis”, Luhmann pondera que há situações (problemas com grande complexidade teórica) que demandam decisões valorativas (na maior parte das vezes fundadas em “paradoxos” e não em princípios)[“tragic choices”].
- Aborda, ainda, a existência de uma sociedade policontextual.

- Enquanto os juristas partem do pressuposto da validade das normas e, a partir disso, verificam se os fatos a elas se adequam (foco na distinção entre fatos e normas), o sociólogo trata também as normas como fatos.
- No sistema jurídico, portanto, as normas explicitam a estabilização da frustração em relação à expectativas faticamente existentes e verificáveis.



RETOMADA DA PERGUNTA:

PODEMOS FALAR
EM NORMAS
IRRENUNCIÁVEIS?