

DIREITOS FUNDAMENTAIS E RETÓRICA POLÍTICA

- *Esta é a lei. Onde haveria erros?*
- *Essa lei eu não conheço - disse K.*
- *Tanto pior para o senhor - disse o guarda.*

Franz Kafka, O Processo.

Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz

RESUMO *Examina-se nesta monografia a teoria dos direitos fundamentais sob o prisma da teoria dos sistemas, bem como sua aplicação aos sistemas constitucionais dos Países periféricos.*

ABSTRACT *This paper examines the theory of fundamental rights under the perspective of systemic theory as well as its applicability to constitutional systems of underdevelopped countries.*

*Tradução de Modesto Carone, São Paulo: Editora Brasiliense, 5ª Edição, p. 12.
Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado*

I - INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais têm sido objeto dos mais variados estudos na cultura jurídico-política moderna, especialmente por parte de todos quantos se ocupam da Sociedade, do Direito e do Estado.

É fácil constatar que a compreensão adequada acerca da natureza de tais direitos não se reveste de cunho meramente teórico, mas possui grande relevo prático, especialmente se voltarmos os olhos para sua função de elementos aferidores da legitimidade dos sistemas político e jurídico.

A tais fatores, acrescente-se a convicção que possuem os cidadãos de que estes direitos constituem não apenas uma garantia para a afirmação de sua dignidade, mas também um referencial para a busca de sua igualdade e liberdade.

Embora se possa considerar o fato de que os direitos fundamentais traduzem determinados valores e posturas filosófico-jurídicas que passaram a revestir-se de uma dimensão constitucional somente a partir do trânsito para a modernidade oitocentista e atualmente sejam entendidos como elementos estruturais do Estado Democrático e Social de Direito, a carga emocional de que eles se revestem freqüentemente conduz à tentação de manipulá-los, por parte daqueles que detém o poder

político, com o objetivo de iludir a opinião pública e manter estruturas de poder antidemocráticas.¹

Basta atentarmos para vários termos aos quais constantemente recorrem as elites dirigentes - os "donos do poder", na feliz expressão de Faoro -, de que são exemplo "liberdade", "democracia", "justiça social", etc.; termos esses que, divulgados generalizadamente pelos meios de comunicação de massa., revelam uma dimensão retórica dos direitos fundamentais que se caracteriza tanto pelo distanciamento, por parte dos segmentos política e economicamente dominantes, dos seus conceitos e fundamentos mais básicos, como por sua utilização revestida de um caráter meramente semântico, voltada para a justificação e legitimação alienantes de estruturas de poder aparentemente democráticas mas que, na verdade, pelo contrário, encobrem posturas francamente contrárias.²

É diante dessa perspectiva que se desenvolve a presente monografia.

A partir de uma breve análise da teoria dos direitos fundamentais e de sua relação com as teorias modernas acerca da constitucionalização simbólica, brilhantemente expostas pelo Prof. Marcelo Neves (1994), da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, pretende o autor analisar as declarações constitucionais de direitos fundamentais

¹. Sobre o significado emotivo das palavras, cf: Carrió, 1986:22ss.

². Cf., a respeito, Peces-Barba Martínez, 1991:19ss.

como discursos políticos constitucionalmente positivados, cujo objetivo principal é possibilitar a manutenção de estruturas de poder em determinados países, com destaque para aqueles que compõem o Terceiro Mundo.

O tema não foi escolhido por acaso. É fruto de uma constante preocupação do autor em aprofundar um exame mais detalhado acerca da natureza e do papel dos direitos fundamentais na atualidade, sempre tendo em mente que neles se encontram mescladas as principais dimensões da Política e do Direito, em constante relação dialética. Sobre o significado emotivo das palavras, cf: Carrió, 1986:22ss. Cf., a respeito, Peces-Barba Martinez, 1991:19ss. nos textos constitucionais, o que os eleva à categoria de núcleo de legitimidade do exercício do poder nas sociedades democráticas.

As conclusões desta monografia não têm a pretensão de ser ponto de partida ou de chegada. Satisfatório seria se conseguissem propiciar e animar um debate mais profundo acerca de tão fascinante tema.

II - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Sociedade Estado e Direitos Fundamentais.

A convivência humana, assim o demonstram estudos sócio-antropológicos, é inevitavelmente conflitual.

Desde os pequenos núcleos familiares até dimensões maiores,

quais sejam as dos grupos sociais, as relações entre os indivíduos só poderão ser harmônicas se a vontade comum de viver juntos puder dirigir as condutas individuais e direcionar os esforços de cooperação mútua frente aos problemas e dificuldades do dia a dia.

É natural, portanto, que a inserção do Homem em grupos coletivos de cada vez mais crescente amplitude e complexidade, revele uma tensão entre a natural inclinação de cada um a afirmar sua individualidade e a necessidade de se atender aos reclamos da solidariedade (ou, como queira, da sociabilidade).

A consideração da sociedade como um conjunto de relações entre diversas pessoas, fruto da necessidade de comunicação inerente à natureza humana, a articulação dessas relações a partir de um prisma institucional e a ordenação das diversas formas de afirmação e contenção do poder, norteiam o processo de integração social e de organização política.

De tal sorte que, num determinado grupo social organizado sob a forma de Estado - forma de organização jurídico-política das sociedades civilizadas -, o Homem, considerado tanto em sua individualidade como em sua projeção social, constitui-se no ponto central para onde devem convergir as ações que revelem o exercício do poder político.

O respeito equilibrado para com o individual e o coletivo dá origem a um sistema de convivência que tende para a estabilidade e para

a legitimação do exercício do poder político.

A intensa relação entre Sociedade e Estado é um tema cuja discussão foi colocada na ordem do dia nos tempos hodiernos. Embora não se possa vislumbrar propriamente uma identificação completa entre ambos, a democracia, tal como hoje é concebida, se transforma no elemento de tensão dialética entre eles, preservada naturalmente a autonomia de cada um.

Precisamente nesse particular, pode-se afirmar que os direitos fundamentais se constituem no instrumento através do qual se preservam as esferas de autonomia da Sociedade e do Estado e, ao mesmo tempo, se procede à vinculação entre eles no processo de desenvolvimento social e concretização da "fórmula política" (Pablo Lucas Verdú) plasmada na Constituição.

2.2. Direitos Fundamentais . Síntese Histórica.

O surgimento da noção de direitos fundamentais é historicamente determinado a partir do início

da Idade Moderna.

Embora seja possível identificar, na Antiguidade e na Idade Média, diversas manifestações que traduzem a idéia central que norteia a teoria dos direitos fundamentais³, as noções de igualdade, liberdade e dignidade apenas viriam a ser positivadas sob a forma de normas constitucionais a partir da entrada em vigor das Constituições liberais do Século XVIII.⁴

Tal evolução não se verificou historicamente num piscar de olhos. No período que vai da Idade Média à Idade Moderna, o Homem passaria, na tentativa de compatibilizar autoridade e liberdade, a reclamar gradativamente sua liberdade religiosa, intelectual, política e econômica.

A própria sociedade, antes dotada de um caráter teocêntrico e comunitário, passaria a organizar-se sob uma forma antropocêntrica e individualista. Nesse período, as estruturas medievais foram sendo progressivamente substituídas por outras, até a afirmação definitiva da sociedade burguesa-liberal, com o advento da Revolução de 1789.

Naquela época, a completa

³. *A idéia de dignidade humana, a qual embora tenha se desenvolvido de conformidade com as condições sócio-econômicas, políticas e culturais de cada época, só a partir do Século XVIII pôde identificar-se com os direitos fundamentais.*

⁴. *Poder-se-ia objetar que nas declarações de direitos da Inglaterra - principalmente a Charia Magna, de 1512, à qual se atribui a origem do devido processo legal - e demais documentos estamentais, já fosse possível identificar manifestações positivadas das idéias de igualdade, liberdade e dignidade. Todavia, é de se reconhecer que tais declarações de direitos se destinavam a uma pequena parcela ou segmento daquelas sociedades: aos barões feudais, que detinham o poder econômico e cada mais pretendiam afirmar-se frente aos Reis. Foi apenas após o advento das Constituições liberais do século XVIII que os direitos, liberdades e garantias individuais proclamar-se-iam com caráter generalizado e universal. As críticas a tal processo de universalização, guiado por interesses da burguesia, escapam ao objetivo desta monografia.*

modificação da economia, com o surgimento e evolução do modo de produção capitalista e o aparecimento da burguesia como classe social dominante, favoreceram a institucionalização dos direitos, liberdades e garantias individuais.

O Homem, agora livre da dominação dos monarcas e dos senhores feudais, afastou-se dos grêmios e corporações medievais e passou a integrar-se no corpo social como indivíduo livre frente a todos os demais.

Tal postura iria no Século seguinte influenciar o maior filósofo do liberalismo, Immanuel Kant (1993:46), para quem o Direito possibilita a compatibilização do arbítrio de um com o arbítrio do outro, de acordo com uma lei geral de liberdade.

Na esfera política, as estruturas feudais foram substituídas pelo Estado, forma de poder racionalmente concebida, dotada de caráter centralizador e burocrático.

De conformidade com o aparato teórico criado por Bodin, o Estado seria soberano, isto é, não reconheceria qualquer outro poder superior e teria, apenas ele, o monopólio do uso legítimo da força.

Os direitos fundamentais, tal como à época concebidos, constituiriam um limite ao poder estatal e possuíam a função de

garantir um âmbito de autonomia e liberdade do indivíduo burguês frente ao grande Leviatã.

Naquele momento histórico, as reflexões acerca da origem do poder, efetuadas pelos teóricos do contratualismo e da separação dos poderes (Locke, Rousseau, Montesquieu), aliadas ao jusnaturalismo racionalista, serviriam de base filosófica para o processo de positivação, nos textos constitucionais, dos direitos e garantias do Homem e do Cidadão; direitos esses que, pelo menos em tese, destinar-se-iam a todos e possuíam um caráter negativo frente ao Estado.⁵

A partir do Século XIX, principalmente por influência da Igreja, dos movimentos operários e da expansão do socialismo, passou-se a ter consciência de que era necessária uma grande reformulação das teorias acerca dos direitos e garantias individuais, especialmente no que tocava à sua proteção judicial, como forma de superar a grande distância entre as declarações constitucionais de dignidade, igualdade e liberdade e a realidade social que as negava.

Surgiria, destarte, naquele momento histórico, uma nova geração de direitos fundamentais - os direitos econômicos, sociais e culturais -, período que ficou conhecido como o trânsito do Estado

⁵. "Toda sociedade na qual a garantia dos Direitos não estiver assegurada, nem a separação dos poderes estabelecida, não possui Constituição" - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, artigo 16.

Liberal para o Estado Social.⁶

Tal processo de desenvolvimento material do conceito de direitos fundamentais, possibilitou a correção dos equívocos (propostos) e distorções (conscientes) que geravam mútua exclusão das esferas da liberdade e da igualdade.

O componente axiológico, assim, possibilitou a superação do formalismo das constituições liberais e o surgimento de uma liberdade com igualdade, mediante a concepção de direitos relativos ao desenvolvimento da pessoa humana, de proteção não apenas formal, mas sobretudo material, à sua existência digna (v.g., sufrágio universal, proteção à família, direitos da classe trabalhadora, inclusive de associação, etc.)

Foi, todavia, após o término da Segunda Grande Guerra Mundial que a teoria dos direitos fundamentais procurou abandonar o formalismo de outrora e desenvolver uma teoria material da constituição, o que propiciou a afirmação da importância das Cortes Constitucionais no espaço político jurídico.⁷

Atualmente, a dimensão que se procura desenvolver, no tocante aos direitos fundamentais, diz respeito à sua internacionalização (direitos fundamentais de terceira geração: direito à paz e à segurança

mundiais, direito ao desenvolvimento dos povos, proteção ao meio ambiente e conservação do patrimônio comum da Humanidade), vale dizer à superação do restrito âmbito dos Estados nacionais e o seu reconhecimento e proteção na esfera do Direito das Gentes.⁸

Os problemas e dificuldades de tal processo, no entanto, fogem do objetivo central desta monografia, até mesmo, dentre outros temas cujo debate é necessário, em virtude da complexidade que envolve a entrega, pelos membros da comunidade internacional, de uma parcela de sua soberania a um órgão comum, de natureza supranacional.⁹

2.3. Os Direitos Fundamentais na Moderna Teoria Constitucional

O fim da Segunda Grande Guerra Mundial marcou não apenas a derrota dos ideais dos Estados Nacional-Socialista e Fascista, mas também, no campo do Direito, das concepções do positivismo jurídico, em especial das posturas formalistas da teoria constitucional até então dominante.

Das cinzas, como uma fênix, renascia novamente o jusnaturalismo, acompanhado, no Direito Público, pelo aparecimento das teorias materiais da Constituição.¹⁰

⁶. Por todos: Bonavides, 1993.

⁷. Cf. García de Enterría, 1991; Virgínia 1979:513ss.

⁸. Cf. Bonavides, 1994:514ss.

⁹. Cf., a respeito da evolução histórica dos direitos fundamentais: Peces-Barba Martínez, 1993; Prieto Sanchis, 1990; Bonavides, 1994; Barille, 1984 Luño, 1984; Rivero, 1991.

No leito desse movimento de renovação, navegou a moderna teoria dos direitos fundamentais que, elevando-os ao nível de elementos estruturais do Estado Democrático e Social de Direito, os concebeu como limites materiais que a dignidade humana impõe ao Poder Público, (pré)determinando, inclusive, os fins de sua atividade.

O próprio adjetivo "fundamentais", que qualifica esses direitos, aponta para sua importância no seio do sistema social global, vez que são elementos básicos para a estruturação dos sistemas jurídico e político.¹¹

Nessa perspectiva, a constituição, segundo a mais moderna teoria, deixou de ser analisada a partir de critérios puramente lógico-formais. Num salto qualitativo, passou-se a entendê-la como a materialização de concepções axiológicas acerca da vida em sociedade, a partir da positivação de princípios de ordem meta-jurídica, de tal sorte que foi possível dotar conceitos como os de justiça, igualdade, liberdade e dignidade de um âmbito denotativo que transcende a sua mera literalidade normativa.¹²

Diante de tão sensível preocupação com o desenvolvimento da pessoa humana numa sociedade pluralista, afirmou-se que os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de que as decisões políticas e jurídicas num Estado Democrático e Social de Direito, orientar-se-ão no sentido de respeitar, proteger e promover a pessoa humana, tanto em sua dimensão individual, como em sua inserção num grupo social.¹³

Ademais, reconhece-se que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, que dá a exata medida de sua importância: uma axiológica, segundo a qual materializam os valores fundamentais e essenciais inerentes ao espaço existencial do Homem, individual ou socialmente considerado; e outra objetiva, de acordo com a qual consistem em direitos assegurados nas Constituições, que modulam a atividade do Poder Público, garantindo o *status* jurídico dos cidadãos.¹⁴

É dentro desse contexto que Gustavo Zagrebelsky (1984:418) afirma que os direitos fundamentais definem a relação essencial que existe entre o exercício do poder

¹⁰. Cf. Bonavides, 1994:147ss.

¹¹. Cf. Häberle, 1993:39ss; Alexy, 1993:488ss.

¹². Tal concepção acerca do conteúdo material da Constituição foi amplamente analisada já no ano de 1928, por R. Smend, na monografia "Constituição e Direito Constitucional" (há tradução espanhola: 1985:166-167).

¹³. Cf. Pérez-Luño, 1984:20. Sobre a concepção axiológico-procedimental dos Direitos Fundamentais, cf. Alexy, 1993:488, 503-506.

¹⁴. Cf. Pérez-Luño, 1984:20ss; Cossio Díaz, 1989:58ss; López-Guerra, Espín, García-Morillo, Pérez-Tremps e Satriústegui, 1991:104ss; Stern, 1987:274-275; Häberle, 1991; 1993:39ss; Grimm, 1994:39ss. Sobre a relação entre direitos fundamentais e *status*, cf. Alexy, 1993:247ss-461ss; Häberle, 1993:198ss.

público e os indivíduos. Argumenta, ainda, o constitucionalista peninsular, que tais direitos são dotados de tamanha relevância que qualquer tentativa de sua violação inclusive através de reforma constitucional - importaria em alteração dos princípios éticos e políticos nos quais se fundamenta a legitimidade das instituições políticas.

Essas precisas palavras demonstram, claramente, a íntima relação entre direitos fundamentais e Estado Democrático e Social de Direito, o que logicamente explica a sede constitucional daqueles primeiros e lhes proporciona o efeito da inspirar toda a produção normativa infraconstitucional. Aliás, a inclusão das normas de direitos fundamentais numa estrutura normativa do porte de uma constituição faz com que eles teoricamente se imponham frente aos abusos dos "donos do poder".¹⁵

A relação entre direitos fundamentais e constituição - ou, numa macroperspectiva, entre Direito e Poder - será analisada a partir de agora, sob o prisma da teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

2.4. Direitos Fundamentais e Constituição. Direito e Poder. A Constituição

como "Vínculo Estrutural" entre Direito e Poder

Niklas Luhmann, a exemplo de Talcott Parsons, concebe a evolução social como um processo de diferenciação (ou seletividade) social permanente, que é feita a partir de articulações e estratégias entre um complexo formado por papéis, normas, instituições sociais, etc.

Na sociedade moderna, afirma o autor, predomina um princípio de diferenciação social funcional.¹⁶ Os diferentes sistemas sociais se organizam a partir da atribuição de distintas funções a cada um deles: por exemplo, à Economia cabe a função de conseguir satisfazer as necessidades vitais dos membros da sociedade, à Política, propiciar decisões coletivamente vinculantes e ao Direito, a generalização de expectativas normativas de conduta, de forma congruente, seletiva e contrafática.

Traço característico desta diferenciação funcional é que qualquer função atribuída aos diversos sistemas sociais é imprescindível para o funcionamento da sociedade ("sistema social global").

Cada um destes sistemas serve para possibilitar uma redução de complexidade; em outras palavras,

¹⁵. Cf. Robles, 1992:20-21; Prieto Sanchís, 1990:99.

¹⁶. Ao contrário das sociedades anteriores, nas quais predominavam dois tipos básicos; segmentário e estratificado.

cada sistema social é o resultado de um processamento seletivo da multiplicidade de possibilidades, fatos e circunstâncias que existem na realidade.

Na teoria sistêmica luhmanniana, os conceitos de complexidade e contingência são revestidos de fundamental importância.

Por "complexidade" se entende a existência de um conjunto de possibilidades superior às que de fato podem vir a ser realizadas, o que exige e implica uma necessidade de seleção entre as várias opções que se abrem para a ação.

Por "contingência" deve ser entendida a existência de outras possibilidades, de outras alternativas equivalentes de lidar com a realidade social complexa. Em outras palavras, "as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas".¹⁷

O conceito de "complexidade", como conjunto de todos os eventos possíveis e imagináveis, leva à uma situação originária dentro da qual há uma multiplicidade de "mundos possíveis", isto é, de mundos que não podem ser concebidos como reais. Neste sentido, a "complexidade" envolve a necessidade de atualização de suas

várias possibilidades, o que desborda na questão da contingência.

Somente quando se passa a instituir uma certa ordem em um desses mundos e transformá-lo em real a partir da redução da "complexidade" (entendida como "processo social permanente") e operacionalização da "dupla contingência" originada das interações sociais, constituir-se-á um sistema social.¹⁸

A partir daí, cada sistema social começa a se estruturar quando, por obra do estabelecimento de, sua própria função, ele passa a limitar um argumento particular da complexidade do seu meio ambiente (o sistema social global), com a qual irá trabalhar e reduzi-la com base em um processo seletivo próprio e específico.¹⁹

Para Luhmann, a superioridade evolutiva dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados se deve à natureza auto-referente de cada um deles, isto é, à capacidade que eles desenvolvem para ter consciência de si próprios, reproduzir-se autonomamente e delimitar-se em torno de um meio ambiente.

Um sistema só pode determinar a si mesmo - fixar seus próprios limites - se for efetuada uma distinção

¹⁷. Cf. *Luhmann, 1983 a:45*.

¹⁸. *Sobre o conceito de "dupla contingência": cf. Luhmann, 1983a:46ss.*

¹⁹. *Para uma melhor compreensão da obra de Niklas Luhmann, vide, dentre outros livros e monografias dele próprio: Luhmann, 1980, 1983, 1983a, 1986, 1989, 1992. Para uma visão global da obra de Luhmann, vide: Neves, 1994:113-124. Vide, ainda, quanto as idéias de Luhmann acerca do sistema jurídico e sua aproximação com a teoria pura de Kelsen, cf.: Ost, 1986.*

entre ele e o meio, vale dizer, entre o que está dentro e o que está fora dele. Somente dessa forma poderá haver uma auto-observação, que é de fundamental importância para assegurar sua seletividade e reproduzir seus elementos.

No que se refere ao sistema jurídico, Patrick Nerhot (1986:262), ao discorrer sobre o pensamento de Luhmann, exemplifica a questão de sua auto-referência, afirmando que tudo aquilo que deve ser considerado como Direito deve ser aferido a partir do interior do próprio sistema jurídico e não mediante determinações do meio.

Os sistemas constituem espécies de filtros seletivos cuja função é estabelecer uma certa ordem, na multiplicidade de acontecimentos contingentes; todavia, nunca haverá uma completa ordem ou uma redução total da complexidade e sim uma relativa estabilidade desta a partir do desenvolvimento de estratégias para o estabelecimento de relações seletivas entre os diversos sistemas sociais.

De tal sorte que, para alcançar a (re)produção de seus próprios elementos, os diversos sistemas sociais funcionalmente diferenciados precisam fechar-se sobre eles próprios ("fechamento-operacional"), possuindo código diferenciador e funções próprios e específicos.

Esse "fechamento operacional", no entanto, não significa a

impossibilidade total de manter contatos com o meio ambiente; em verdade, eles se abrem ao meio (abertura cognitiva), de maneira tal que as informações "recebidas são selecionadas (ou decodificadas), através de mecanismos próprios ao sistema ("códigos ários").

Dessas idéias exsurge a noção de autopoiese, isto é, a capacidade dos sistemas sociais para definir, eles próprios, os seus códigos binários, para processar com meios próprios as informações recebidas e as suas próprias informações, 'bem como as conexões que irão estabelecer com o meio ambiente.

Os sistemas sociais, na qualidade de sistemas autopoieticos, não apenas se produzem e reproduzem de acordo com as operações formuladas segundo os seus próprios códigos e estruturadas de acordo com os seus programas internos ("fechamento operacional), como também elaboram uma reflexividade própria que, além de dirigir as operações intrasistêmicas, permite observar, descrever e relacionar-se com o seu meio ("abertura cognitiva").

Para Luhmann, os elementos que se produzem e reproduzem no interior dos sistemas sociais são as comunicações - modos articulares de desenvolver a autopoiese, responsáveis pelas interpenetrações recíprocas.²⁰

A comunicação entre os diversos sistemas funcionalmente

²⁰. O termo "interpenetração" significa o momento em que cada sistema põe à disposição do outro a sua complexidade, o que dará origem a um complexo sistema de seleções.

diferenciados se dá por meio de códigos binários, peculiares a cada um deles, em torno dos quais gravita uma alternativa entre um sim e um não : o sistema político, o sistema jurídico e o sistema econômico, por exemplo, utilizam-se em suas comunicações com o meio, dos códigos "poder/não poder", "lícito/ilícito" e "ter/não ter", respectivamente.

Diante de tais considerações, é fácil constatar que, numa relação sistema/meio, ao sistema jurídico é possível, de acordo com seus próprios recursos e sempre voltado para sua função específica, observar e comunicar-se com o sistema político, o qual poderá comportar-se de idêntica forma, sem que isso importe em quebra de suas respectivas autonomias.

A comunicação e mútua relação entre os diversos sistemas autopoieticos é possibilitada pela existência de estruturas comuns a eles denominadas por Luhmann de acoplamentos ou "vínculos estruturais" (Strukturele Koplung).

Estes "vínculos estruturais" relacionam-se com a dupla função que uma mesma estruturas pode desempenhar em dois sistemas sociais funcionalmente diferenciados e autônomos: possibilitam a abertura de uma dupla via de intercâmbio entre eles, sem que cada um perca sua autonomia, vez que as relações mútuas continuam a ser reguladas

por critérios que lhes são próprios.²¹

Exemplo marcante do que o autor denomina "vínculo estrutural" é a Constituição, que estabelece e possibilita a relação entre os sistemas político e jurídico. Nas relações entre estes sistemas há uma interpenetração de tal forma que tanto o sistema jurídico oferece algo ao sistema político e vice-versa; ambos se utilizam de informações de cada um deles, rompendo sua circularidade auto-referencial sem perder as respectivas autonomias.

O sistema político proporciona ao sistema jurídico premissas de decisão (o Direito positivo) e o sistema jurídico, a seu turno, proporciona ao sistema político o instrumental necessário ao exercício do poder.

A esse respeito, pontifica Marcelo Neves, citando Luhmann, que a constituição apresenta-se como 'uma via de prestações recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a Política e o Direito, na medida em que ela²² 'possibilita uma solução jurídica para o problema de auto-referência do sistema político e, o mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico'.

Até aqui viu-se que aos direitos fundamentais a ordem jurídica

²¹. Cf. *Luhmann/Di Giorgi*, 1992:30ss.

²². Cf. *Neves*, 1994:62

confere uma posição privilegiada, uma sede constitucional, até mesmo porque o tratamento jurídico a eles dispensado, o seu marcante significado político e sua forte funcionalidade social justificam a sua inserção num texto normativo constitucional que, antes de tudo, possibilita a convivência política e mantém, em constante tensão dialética, Direito e Poder.²³

Qualquer reflexão acerca da relação entre direitos fundamentais e constituição seria incompleta se não fosse destacado o relevante papel dos Tribunais Constitucionais na concretização das normas que consagram aqueles primeiros e na afirmação prática das regras e princípios consagrados por aquela última.

Daí porque, como bem afirma Konrad Hesse²⁴, é missão dos Tribunais Constitucionais, dentre outras funções institucionais, proteger os direitos fundamentais. Onde quer que se possam ver ameaçados ou afetados, será necessária a sua intervenção.²⁵

III - DIREITOS FUNDAMENTAIS E RETÓRICA POLÍTICA

3.1. (I) Ausência de concretização nas normas que consagram am direitos fundamentais. Alopoiese do sistema 'jurídico por quebra de sua autonomia e perda de sua auto-referência. (II) Estado de bem estar e inclusão política. As declarações de direitos fundamentais nos países periféricos e mo discursos políticos destinados a manutenção de estruturas de poder

I

Viu-se que à complexidade do “mundo da vida” (“horizontes de possibilidades não atualizadas”)²⁶, segue-se uma determinada pressão para a efetivação dos procedimentos seletivos e, a partir da dupla contingência, institui-se o problema de se estabelecerem mecanismos próprios a cada sistema funcionalmente diferenciado, capazes de assegurar as expectativas originadas das relações entre “ego” e “alter”²⁷.

Na prática, isto é, no dia a

²³. Sobre a função social dos direitos fundamentais, cf.: Häberle, 1993:42ss.

²⁴. Cf. Hesse, 1987:128

²⁵. Cf. ainda: García de Enterría, 1991: 121 ss.

²⁶. Cf. Neves, 1994:85

²⁷. Cf. Luhmann, 1983:46ss

dia das interações sociais, este quadro demanda um controle da própria seletividade, mediante a afirmação de expectativas de garantia de outras garantias. Estas expectativas, de caráter normativo, permitem esse controle da seletividade, bem como a estabilização da relação complexidade/contingência e propiciam, além disso, o estabelecimento de um certo sentido, vale dizer, uma seletividade assegurada contra decepções.²⁸

O sentido ao procedimento de seletividade, na forma definida no parágrafo anterior, pode ser fornecido, segundo Luhmann, pelas normas jurídicas, expectativas normativas de comportamento congruente e estabilizadas, que atuam de modo contrafático.

De maneira que, ao garantir as expectativas de comportamento contra as mais variadas decepções, as normas jurídicas permitem que os prejudicados, apesar dos fatos contrários àqueles por eles esperados ou desejados, possam manter, sob protesto, o seu ponto de vista.

É por tais razões que o Direito, na teoria sistêmica de Luhmann, é compreendido como um sistema social de natureza institucional, responsável pela garantia generalizada e congruente das expectativas de comportamento originadas no seio das interações

sociais, o qual funcionalmente possui um caráter contrafático, vale dizer, neutraliza a contingência das ações individuais, possibilitando que cada um possa esperar, com um mínimo de certeza e garantia, o comportamento do outro.

Sua congruência seletiva, neste particular, aponta para sua funcionalidade social, criando meios institucionais para que os conflitos possam ser decididos com um mínimo de perturbação social e seja possível estabilizar-se a relação complexidade/contingência.

Como sistema social funcionalmente diferenciado, o Direito tanto é auto-referente como autopoietico. Sistema autônomo, pois, frente aos demais. A autonomia do sistema jurídico frente aos demais sistemas induz à conclusão de que a positivação de suas normas implica, nas palavras de Marcelo Neves²⁹ “o controle do código-diferença ‘licito-ilícito’ exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira o seu fechamento operativo”.

A exemplo dos demais sistemas sociais autopoieticos, o fechamento operacional do sistema jurídico não importa em isolamento ou privação de seu meio ambiente. Embora disponha do seu próprio código diferenciador, a opção pelo que será “jurídico” será produto da comunicação com o meio ambiente, cujos estímulos “irritações”) são

²⁸. Por “expectativas normativas de comportamento”, na teoria de Luhmann, entenda-se o fato de que cada ser humano (“ego”) espera que o outro (“alter”) adote um determinado comportamento previamente convencionalizado; tais expectativas, aliás, originam-se da problemática da dupla contingência.

²⁹. Cf. Neves, 1994:119-120

decodificados e influenciarão a própria reprodução do Direito Positivo³⁰.

Sob esse prisma a positividade pode ser conceituada como auto-determinação operacional do Direito³¹ de tal maneira que ele vem a ser definido como um sistema normativamente fechado (fechamento operacional), mas cognitivamente aberto (abertura cognitiva).

A produção das normas jurídicas é realizada mediante a assimilação dos fatores do meio ambiente (econômicos, políticos, científicos, religiosos, etc.) a partir do código diferenciador específico, sem que isso implique em influência direta e condicionante desses mesmos fatores.

Contudo, a partir do momento em que a autonomia operacional do sistema é quebrada pelo desaparecimento da diferenciação funcional entre sistema e meio isto é, a partir de quando "o respectivo sistema é determinado então por injunções do mundo exterior"³², o que acarretará a quebra de sua auto-referência, ter-se-á não mais um sistema autopoietico mas, pelo contrário, um sistema alopoietico.

No caso do sistema jurídico, a alopoiese se verifica pela falta de autonomia operacional do

Direito positivo estatal, mediante "a sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não ter) e do político (poder/não poder), sobre o código lícito/ilícito, em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito", o que se verifica, com frequência, nos países periféricos.³³

II

Os direitos fundamentais, sob a perspectiva da teoria sistêmico-funcional podem ser concebidos como uma exigência axiológica de reconhecimento, satisfação e garantia de determinadas expectativas normativas emergentes na sociedade, as quais são valoradas como imprescindíveis à integração social e sistêmica dos indivíduos e grupos.³⁴

Essas expectativas normativas passam a ser, então, reconhecidas e tuteladas pelo Estado na forma de direitos fundamentais e disciplinadas por normas de natureza constitucional.

Instrumentos para a afirmação da cidadania e da dignidade humana, os direitos fundamentais relacionam-se, no moderno Estado Social e Democrático de Direito com o conceito de "inclusão política" proposto por Luhmann³⁵:

³⁰. Cf. Neves, 1994:120

³¹. Cf. Neves, 1994:119-120

³². Cf. Neves, 1994:125

³³. Cf. Neves, 1994:128

³⁴. Cf. Neves, 1993:10

³⁵. Cf. Luhmann, 1993:47

incorporação da população às prestações dos diversos sistemas sociais funcionalmente diferenciados³⁶.

Sob uma perspectiva moderna, não basta às elites dirigentes eleger um elenco de direitos fundamentais e colocá-los numa constituição para que, só por isso, se tenha como garantido um "salto para a modernidade"- como recentemente se tem afirmado ou ampliação da cidadania.

Principalmente a partir da evolução da teoria dos direitos fundamentais de segunda geração, passou-se a entender que a afirmação e garantia dos direitos conômicos, sociais e culturais constitui-se em condição para que se possa conquistar a cidadania e para a própria afirmação dos direitos, liberdades e garantias individuais³⁷ e tais avanços, hodiernamente, são obtidos a partir da concretização máxima do princípio sociológico da inclusão.³⁸

Tais fatores apontam, inexoravelmente, para uma função social das constituições modernas, ou melhor, do processo de concretização das regras e princípios

nela contidos, tendentes à afirmação prática dos direitos fundamentais já positivados, bem como para a conformação coerente dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito.

Isto seria possível mediante o aumento e decréscimo respectivos das inclusões e exclusões políticas dos cidadãos nas ações de natureza prestacional, por parte daqueles que detêm e exercem o poder no sistema sócio jurídico e que podem tomar decisões vinculantes acerca das matérias relevantes para o convívio social^{39/40}.

Como já foi dito, da mera posituação das declarações de direitos fundamentais nas constituições, não resulta a conquista da cidadania. Esta, para que possa ser digna de assim ser chamada, requer uma atividade concretizadora nas normas de direitos fundamentais, sem a qual o texto normativo restará ineficiente, sem correspondência à realidade, o que originará a impossibilidade de dirigir normativamente as condutas e de assegurar, de forma generalizada, as expectativas normativas que tais normas traduzem.⁴¹

³⁶. Consultar, ainda, a respeito, *Cossio Diaz*, 1989:31-33

³⁷. Cf. *Neves*, 1994:70ss; *Lubmann*, 1993:125ss.

³⁸. *Sob o prisma contrário, poder-se-ia designar como "exclusão" a persistente manutenção da marginalidade, de maneira que amplos segmentos da população global necessitam e dependem das diversas prestações dos mais variados sistemas sociais mas a eles não têm acesso - cf Neves*, 1994:71.

³⁹. Cf. *Neves*, 1994:69ss.

⁴⁰. *Sobre o conceito lubmanniano de "poder", cf.: Lubmann*, 1992a.

⁴¹. Cf. *a respeito, inclusive analisando a questão sob o prisma da "força normativa da constituição" - K. Hesse : Neves*, 1993:10ss.

Precisa, nesse sentido, a observação de Peter Häberle⁴², para quem os direitos fundamentais não são efetivos por si sós. Será por via de interpretação que adquirirão uma realidade palpável.

Acrescenta, ainda, o autor, que a efetividade desses direitos não é consequência automática de sua mera previsão normativa, mas reflete um resultado complexo de processos pluriarticulados de interpretação, realizados por numerosos participantes da esfera pública. Dessa forma, sua eficácia tanto será jurídica como cultural.

Após a entrada em vigor do Texto Constitucional é necessária uma atividade por parte dos “donos do poder” no sentido de realizar, na prática, a sua função social, tal como acima definida.

O que se verifica, contudo, em determinados países periféricos, com relação a estes detentores do poder político, é a existência de tendências interpretativas bloqueantes da concretização das normas que consagram direitos fundamentais e a conseqüente não concretização do princípio sociológico da inclusão.

Comumente recorre-se a expressões e mensagens estereotipadas que provocam uma alienação coletiva da população (uma “cortina de fumaça”, que encobre suas

verdadeiras intenções); população esta que, incapaz de entrar ou penetrar nas reais estruturas de poder que se pretende consolidar, fica sem meios de contrapor-se ou até mesmo rebelar-se contra os elementos persuasivos dotados de conteúdos retoricamente significativos veiculados pela mídia, sempre prestativa e parcial.

Assim, está-se na presença de casos típicos de constitucionalização simbólica, nos quais não se segue, como seria de se esperar, uma abrangente e congruente concretização normativa do texto constitucional após sua entrada em vigor.⁴³

O que se verifica, nestes casos, é uma sensível redução da eficácia normativa do texto constitucional e o aumento de sua função simbólica⁴⁴. Sob outra perspectiva, ao aumento da função simbólica (retórica) das declarações de direitos fundamentais, corresponde diretamente o decréscimo do grau de concretização normativa do texto constitucional⁴⁵.

Instituem-se, por exemplo, programas de natureza social, cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas, o que gera a impossibilidade fática de sua efetivação.⁴⁶

É possível observar, neste

⁴² Cf. Häberle, 1991:269.

⁴³ Cf. Neves, 1993: 19ss; 1994: 129ss; 1994a: 6ss.

⁴⁴ Cf. Neves, 1993:20; 1994: 129ss.

⁴⁵ Cf. especificamente: Neves, 1994a:8.

⁴⁶ Cf. Neves, 1994a:6-7.

processo patológico de involução constitucional, que é marcante a presença de interpretações bloqueantes de desenvolvimento por parte das estruturas de poder existentes (cf. supra). As declarações de direitos fundamentais, normativamente disciplinadas, são repelidas por uma realidade fática que insiste em negar-lhes condições de eficácia.

É freqüente a utilização de recursos que impedem a concretização das normas de direitos fundamentais, a exemplo da teoria das normas constitucionais programáticas e da teoria das normas constitucionais de eficácia contível, ou ainda mediante a justificação do alto grau de exclusão política a partir da edição de normas cuja concretização é impossível, culpando-se a própria sociedade pela deformação do processo concretizador.⁴⁷

É possível identificar, outrossim, uma quebra da autonomia operacional do sistema jurídico, em função do fenômeno da alopoiese, determinada por freqüentes injunções dos códigos dos sistemas econômico e político, os quais se sobrepõem ao do sistema jurídico no momento da (re)produção das normas de Direito Positivo.⁴⁸

Conseqüência inexorável de todo esse processo de ausência de

congruente generalização de expectativas normativas, a nível constitucional, é o grande distanciamento, no espaço político, entre representantes e representados, o que origina grande descrença nss instituições políticas e jurídicas.

Aqueles que exercem o poder tendem a perder gradativamente sua legitimidade, havendo inclusive riscos de ruptura da ordem institucional, os quais ficam contidos apenas graças aos mecanismos aliensntes e adores de que dispõe o Estado.

A busca de soluções para tão relevante problema poderia ter início a partir de um consenso entre cidadãos e “donos do poder”, a afirmação de uma esfera pública mais pluralista e a utilização mais freqüente dos mecanismos de controle, postos à disposição da coletividade. Todavia, este é um processo nunca acabado. Pelo contrário, deve renovar-se dia a dia.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert (1993). *Teoria de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Galzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BARILE, Paolo (1984). *Diritti dell'Uomo e Libertá Fondamentale*, Bologna: Società Editrice Il Mulino.

⁴⁷. Cf. Ferraz Junior, 1990:99-115. A respeito da legislação álibi, como espécie de legislação simbólica: cf. Neves, 1994:37-41.

⁴⁸. Cf. Neves, 1994: 129ss; 1994a:7.

- BONAVIDES, Paulo (1993). *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Sa. ed., Belo Horizonte: Del Rey Editora.
- BONAVIDES, Paulo (1994). *Curso de Direito Constitucional*, Sa. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda.
- CARRIÓ, Gcnaro R (1986). *Notas sobre Derecho y Lenguage*, Tercera Edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- COSSIO DIAZ, Jose Ramón (1989). *Estado Social y Derechos de Prestación*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio (1990). *A Trivialização dos Direitos Humanos*, Novos Estudos, CEBRAP, n. 28, outubro.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991). *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*, Madrid: Editorial Civitas S.A.
- GRIMM, Dieter (1994). *Interpretação da Lei Maior Alemã pela sua Corte Constitucional*, in Anais do III Congresso Jurídico Brasil - Alemanha, Recife.
- HÄBERLE, Peter (1991). *Efectividad de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional*, in *La Garantia Constitucional de los Derechos Fundamentales* - Alemania, España, Francia e Italia, coord de Antonio López Pina, Madrid: Editorial Civitas S.A.
- HÄBERLE, Peter (1993). *Le Libertá Fondamentale nello Stato Costituzionale*, trad. de Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi, Roma: La Nuova Italia Scientifica.
- HESSE, Konrad (1987). *Constitucionalidad, Derecho Común y Jurisdicción Ordinária, in Division de Poderes y Interpretación - Hacia una Teoria de la Praxis Constitucional*, coord. de Antonio López Pina, Madrid: Editorial Tecnos S.A
- KANT, Immanuel (1993). *Doutrina do Direito*, trad. de Edson Bini, São Paulo: Ícone Editora Ltda.
- LÓPEZ-GUERRA, Luis; ESPÍN, Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMP, Pablo; SATRÚSTEGUI, Miguel (1991). *Derecho Constitucional*, Vol. I, Valencia: Tirant lo Branch.
- NIKLAS, Luhmann (1980). *Legitimação pelo Procedimento*, trad. de Maria da Conceição Corte-Real, Brasília: Ed. UNB.
- LUHMANN, Niklas (1983). *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. trad. de Ignácio de Otto Pardo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- LUHMANN, Niklas (1983a). *Sociologia do Direito*, Vol. I, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro S.A.
- LUHMANN, Niklas (1986). *L'Unité du Syrstème Juridiaue*, in Archives de Philosophie du Droit, Tome 31, Paris: Sirey.
- LUHMANN, Niklas (1989). *Le Droit comme Système Social*, in Droit et Société, ns. 11-12, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence - LGDJ.

- LUHMANN, Niklas (1992). *The Coding of Legal System, in State, Law and Economy as Autopoietic Systems*, coord. de Gunther Teubner e Alberto Febrajo, Milano: Giuffrè Editore.
- LUHMANN, Niklas (1992a). *Poder*, 2a. ed., trad. de Martine Creusot de Rezende Martins, Brasília: Ed. UNB.
- LUHMANN, Niklas (1993). *Teoría Política en el Estado de Bienestar*, trad. de Fernando Vallespín, Madrid: Editorial Alianza S.A.
- LUHMANN, Niklas. Di Giorgi, Ratfaele (1992). *Teoria della Società* Milano: Franco Angeli S.R.L.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto (1993). *Entre Sub-integração e Sobre-integração: A Cidadania Inexistente*, Recife, mimeo.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto (1994). *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto (1994a). *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fátima: Mudança Simbólica da Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder*, Recife, mimeo.
- OST, François (1986). *Entre Ordre et Désordre: Le Jeu du Droit - Discussion du Paradigme Autopoïétique Appliquée au Droit*, ins Archives de Philosophie du Droit, Tome 31, Paris: Sirey.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio (1991). *Curso de Derechos Fundamentales*, Vol, I, Teoría General, Madrid: Ediciones de la Universidad Complutense.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio (1993). *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1994). *Los Derechos Fundamentales*; 3ª ed., Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- PRIETO SANCHIS, Luis (1990). *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Debate.
- RIVERO, Jean (1991). *Les Libertés Publiques*. Vol. I, Paris: Presses Universitaires de France.
- ROBLES, Gregorio (1992). *Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual*, Madrid: Editorial Civitas S.A.
- SMEND, Rudolf (1985). *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. de José Maria Beneyto Pérez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- STERN, Klaus (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- VIRGA, Pietro (1979). *Diritto Costituzionale*, Nona Edizione, Milano: Giuffrè Editore.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1984). *El Tribunal Constitucional, in Tribunales Constitucionales, Europeos y Derechos Fundamentales*, coord. de Louis Favoreu, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.