

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
NÍVEL DE ENSINO

LEONARDO CERQUEIRA E CARVALHO

**A PROCEDURALIZAÇÃO NA FORMA DE AUTORREGULAMENTAÇÃO  
REGULADA: UM MODELO DE CONCRETIZAÇÃO DA EFICÁCIA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS À LUZ DO  
CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**

**TERESINA**

**2021**

LEONARDO CERQUEIRA E CARVALHO

**A PROCEDURALIZAÇÃO NA FORMA DE AUTORREGULAMENTAÇÃO  
REGULADA: UM MODELO DE CONCRETIZAÇÃO DA EFICÁCIA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS À LUZ DO  
CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

**TERESINA**

**2021**

LEONARDO CERQUEIRA E CARVALHO

**A PROCEDURALIZAÇÃO NA FORMA DE AUTORREGULAMENTAÇÃO  
REGULADA: UM MODELO DE CONCRETIZAÇÃO DA EFICÁCIA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS À LUZ DO  
CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

22 de fevereiro de 2021

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Orientador**

**Ministro Gilmar Ferreira Mendes**

---

**Prof. Avaliador 1**

**João Paulo Bachur**

---

**Prof. Avaliador 2**

**Ulisses Schwarz Viana**

## **AGRADECIMENTOS**

À minha mãe, Marta, pelos sacrifícios realizados em prol de minha educação, formal e familiar, além do constante incentivo para que eu superasse os desafios e as dificuldades que a vida traz;

Ao meu pai, Manoel, pelo exemplo de homem sério e honrado, além de advogado estudioso e ético, que me apresentou ao Direito e sempre me inspirou com suas ideias e seus ideais;

À minha esposa, Paula, pela paciência, encorajamento e por ter compreendido o pouco tempo e atenção dada a nossa família nesse último ano;

Aos meus filhos, Joaquim, Sérgio e Arthur, simplesmente por serem as razões da minha vida.

## RESUMO:

A dissertação constata que numa sociedade global, hipercomplexa, policontextural e fragmentada, o prisma proposto pela sociologia constitucional, calcada na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, apresenta respostas mais adequadas à compreensão do efeito de terceiros. Isto porque, nesse cenário, há uma intensificação da perda de protagonismo do Estado-nação e uma conseqüente crise do constitucionalismo unitário-monista de exclusivo caráter político-jurídico, inicialmente revelado em contexto do século XVIII, em face de um redirecionamento no sentido de um regime normativo baseado em expectativas sociais. Na esteira de tal mudança de paradigma, as funções dos direitos fundamentais são revistas, abandonando o histórico viés individual-subjetivista em favor de uma perspectiva institucional-transubjetiva-coletiva. Tomando como referencial teórico o constitucionalismo social proposto por Gunther Teubner, entende-se que, na solução de conflitos privados, inclusive os transnacionais, os direitos fundamentais devem atuar com o objetivo de garantir sua eficácia (inclusiva ou excludente) sempre que instituições sociais, ‘pessoas’ e/ou seres humanos são submetidos a injustificados ataques de atores coletivos (estados, partidos políticos, empresas comerciais, grupos de empresas, associações, etc.) ou matrizes comunicativas anônimas (instituições, sistemas sociais e redes). Ao final, defende-se a proceduralização, através da auto-regulamentação regulada, como um modelo indicado para a promoção de regras que evitem a perda de integridade sistêmica, preservando, assim, a eficácia dos direitos fundamentais nas disputas horizontais.

**Palavras-chave:** Teoria dos Sistemas Sociais. Diferenciação Funcional. Constitucionalismo Social. Direitos Fundamentais. Efeito de Terceiros. Proceduralização. Auto-regulamentação regulada.

## **ABSTRACT:**

The dissertation finds that in a global, hyper-complex, poly-contextual and fragmented society, the prism proposed by constitutional sociology, based on the theory of autopoietic social systems, presents more adequate answers to the understanding of the effect of third parties. This is because, in this scenario, there is an intensification of the loss of protagonism of the nation-state and a consequent crisis of unitary-monist constitutionalism of an exclusive political-legal character, initially revealed in the context of the 18th century, in the face of a redirection towards a normative regime based on social expectations. In the wake of such a paradigm shift, the functions of fundamental rights are revised, abandoning the historic individual-subjectivist bias in favor of an institutional-transubjective-collective perspective. Taking as a theoretical framework the social constitutionalism proposed by Gunther Teubner, it is understood that, in the solution of private conflicts, including transnational ones, fundamental rights must act with the objective of guaranteeing their effectiveness (including or excluding) whenever social institutions, ' people 'and / or human beings are subjected to unjustified attacks by collective actors (states, political parties, commercial companies, groups of companies, associations, etc.) or anonymous communicative matrixes (institutions, social systems and networks). In the end, proceduralization is advocated, through regulated self-regulation, as a suitable model for the promotion of rules that prevent the loss of systemic integrity, thus preserving the effectiveness of fundamental rights in horizontal disputes.

**Keywords:** Theory of Social Systems. Functional Differentiation. Social Constitutionalism. Fundamental rights. Third Party Effect. Proceduralization. Regulated self-regulation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>TÍTULO 1 – A CRISE DO MODELO CONSTITUCIONAL MODERNO E A NOVA QUESTÃO CONSTITUCIONAL: GLOBALIZAÇÃO, HIPERCOMPLEXIDADE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS ESFERAS SOCIAIS AUTÔNOMAS, SEGUNDO GUNTHER TEUBNER</b> .....	16
<b>1.1 Breves apontamentos teórico-sistêmicos sobre complexidade, contingência e diferenciação funcional</b> .....	16
<b>1.2 O Estado Moderno na perspectiva na teoria dos sistemas sociais: uma simbiose entre os sistemas da política e do direito</b> .....	23
<b>1.3 O positivismo jurídico como chave do sucesso do estado moderno</b> .....	29
<b>1.4 A constituição como acoplamento estrutural</b> .....	32
<b>1.5 A crise do modelo constitucional moderno e a nova questão constitucional: globalização, hipercomplexidade e a constitucionalização para além do Estado – nação</b> .....	40
<b>1.6 O constitucionalismo social proposto por Gunther Teubner</b> .....	50
<b>1.7 Os requisitos para a constitucionalização dos regimes próprios das esferas sociais autônomas</b> .....	53
<b>TÍTULO 2 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E O CAMINHO DA INDIVIDUAL-SUBJETIVIDADE PARA A INSTITUCIONAL-TRASUBJETIVIDADE-COLETIVA</b> .....	58
<b>2.1 O individual-subjetivo dos direitos fundamentais no constitucionalismo liberal moderno</b> .....	58
<b>2.2 Uma visão dos direitos fundamentais a partir da teoria dos sistemas sociais: da individual-subjetividade à institucional-transubjetividade</b> .....	63
<b>2.2.1 A teoria dos sistemas sociais e as repercussões da modernidade sobre os direitos fundamentais</b> .....	63
<b>2.2.2 Direitos fundamentais, diferenciação funcional e os perigos do poder para o sistema da sociedade: a posição de Niklas Luhman</b> .....	66
<b>2.2.3 Os direitos fundamentais e as indevidas expansões sistêmicas: policontexturalidade, plurismo jurídico e fragmentação das constituições civis não-estatais no constitucionalismo social</b> .....	71

2.2.4 Para além dos Estados nacionais: validade e eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais nos regimes transnacionais a partir do constitucionalismo social ..... 74

**TÍTULO 3 – UMA NOVA COMPREENSÃO DO EFEITO DE TERCEIROS A PARTIR DAS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL ..... 81**

**3.1 Notas introdutórias ..... 81**

**3.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no tradicional paradigma constitucional jurídico-político ..... 82**

**3.3 Teorias dogmáticas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas ..... 84**

3.3.1 Eficácia direta ou imediata ..... 85

3.3.2 Eficácia indireta ou mediata ..... 87

3.4 Condições de eficácia dos direitos fundamentais em face de atores privados, segundo o constitucionalismo social ..... 92

3.4.1 A generalização dos meios de comunicação, em vez de ordem de valores ..... 92

3.4.2 A reespecificação em distintos contextos sociais ..... 96

**3.5 Constitucionalismo social e as formas de eficácia dos direitos fundamentais nas relações horizontais ..... 99**

3.5.1 Eficácia inclusiva (direitos de acesso) ..... 100

3.5.2 Eficácia excludente (defesa contra avanços indevidos de instituições sociais) ..... 109

**3.6 Os atores coletivos e as matrizes comunicativas anônimas como os novos destinatários dos direitos fundamentais ..... 112**

**3.7 As dimensões dos direitos fundamentais segundo o constitucionalismo social ..... 116**

3.7.1 A dimensão institucional (regras de colisão) ..... 116

3.7.2 A dimensão pessoal ..... 122

3.7.3 A dimensão humana ..... 127

**3.8 A proceduralização na forma de autorregulamentação regulada: um modelo de concretização da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ..... 134**

**CONCLUSÃO ..... 141**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ..... 154**



## INTRODUÇÃO

Especialmente no pós-segunda grande Guerra Mundial, algumas teorias passaram a se debruçar sobre o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também conhecido como efeito de terceiros ou *Drittwirkung*. De fato, após longo monopólio das escolas doutrinárias que não aceitam tal horizontalidade da jusfundamentalidade (*state action*), surgem outras, de origem alemã, que divergem apenas sobre o seu alcance e suas consequências perante as relações privadas. As mais relevantes são as teorias mediata-indireta, proposta inicialmente por Günter Düring, e a direta-imediate, criada por Hans Carl Nipperdey.

Em que pesem os incontáveis estudos posteriores, o longo caminho até aqui trilhado pela dogmática constitucional-civilista ainda não apresentou um entendimento que consiga compreender completamente o efeito de terceiros num ambiente global de alta intensidade e complexidade, proporcionado pelas relações jurídicas privadas, especialmente, as de caráter transnacional. A dificuldade – acredita-se – passa pelo ângulo sob o qual esse tema vem sendo analisado.

Com efeito, todas as diferentes teorias que disputam protagonismo na dogmática jurídica partem de um modelo em que os direitos fundamentais são vistos como normas supra positivas de origem “misteriosa”, de excessivo viés individual-subjetivo, que foram eleitas à categoria de direitos sagrados dos seres humanos. Sob esse prisma, todo o debate sobre a *Drittwirkung* se concentra, basicamente, na possibilidade ou não de equilíbrio/otimização entre os interesses colidentes dos atores privados, tendo por pano de fundo a “transferência”, direta ou indireta, de normas de direito público para a seara privada. Parte-se da tese de que “A semântica dos direitos fundamentais da Constituição “ilumina espaços” dentro dos quais não é possível avançar no plano infraconstitucionais, seja por leis ou negócio jurídicos, porque violam a proteção Constitucional.”<sup>1</sup>

Esse modelo teórico-dogmático reflete a atuação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a partir de uma perspectiva constitucional liberal primitiva. Ou seja, necessariamente vinculada ao Estado-nação, territorialmente delimitado, que, além de se auto compor e auto organizar, concentra todo o poder político e detém a exclusividade na

---

<sup>1</sup>CARNEIRO, Wálber Araújo. **O papel da estruturação de esferas de liberdade na modernidade.** Jurisprudência sociológica. *In*: Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antônio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado). p. 330.

produção de normas jurídicas em sentido estrito, cabendo aos direitos fundamentais a garantia de proteção contra atuação do *Leviatã*. Em outras palavras, cuida-se de uma observação da jusfundamentalidade sob perspectiva de matriz teórica analítica<sup>2</sup>.

Entretanto, assim como no período das grandes revoluções burguesas do século XVIII, o pós-segunda guerra mundial inicia um período de elevada pressão interna na sociedade, exercida por movimentos de alta complexificação e diferenciação social, que se intensifica com a queda do muro de Berlin e a consolidação da globalização. A essa altura, o constitucionalismo tradicional, baseado no centralismo político-estatal, na sua exclusiva repercussão em âmbito territorial e no monopólio da produção normativa, entra em crise. Como consequência, há um aprofundamento da fragmentação da sociedade moderna<sup>3</sup>, a qual, impregnada de hipercomplexidade, potencializa as seleções forçadas e, conseqüentemente, as contingências. Retiram-se as amarras que deixavam os regimes sociais parciais autônomos em ‘estado de latência’, escancarando as possibilidades de suas interações e, conseqüentemente, de suas colisões/conflitos.

Especificamente quanto ao constitucionalismo, a globalização provocou efeitos diretos sobre a tradicional visão político-jurídico, ancorada na legitimidade democrática que sustenta os Estados-nação e na limitação do princípio da territorialidade. Nesse momento, como reflexo da multidivisão da policontextual sociedade contemporânea, emerge um novo paradigma, baseado na diferenciação entre subsistemas sociais mundiais. De fato, “Na sua forma atual, globalização é sinônimo de uma transformação do princípio fundamental da diferenciação: uma mudança da diferenciação territorial rumo à diferenciação funcional no plano mundial”<sup>4</sup>, sendo “um processo policêntrico, no qual diversos âmbitos vitais superam seus limites regionais e constituem, respectivamente, setores globais autônomos”<sup>5</sup>.

Ocorre que cada um desses subsistemas sociais experimentaram os efeitos da globalização em velocidades distintas. De fato, os sistemas orientados por estruturas

<sup>2</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

<sup>3</sup> Entendida aqui como um sistema de comunicação que se realiza “por meio de sistemas sociais parciais (*teilsysteme*) que se diferenciam (*Ausdifferenzierung*) por se ocuparem de funções sociais especializadas, diante da necessidade de produzir soluções também especializadas para problemas sociais específicos como meio de reduzir a alta complexidade dos tempos atuais.” (VIANA, Ulisses Schwartz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann. Complexidade e contingências no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 11).

<sup>4</sup> TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**. Tradução do alemão: Peter Naumann. Revisão técnica: Dorothee Susanne Rüdiger. Impulso, Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003. [https://siposg.furg.br/selecao/download/1065/Teubner2003\\_PluralismoJrco.pdf](https://siposg.furg.br/selecao/download/1065/Teubner2003_PluralismoJrco.pdf). acesso em 21/04/2020.

<sup>5</sup> Tradução livre para “un proceso policéntrico, en el que diversos ámbitos vitales superan sus límites regionales y constituyen respectivamente sectores globales autónomos.” (TEUBNER, Gunther. **La constitucionalización de la sociedad global**. In: *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Lima: ARA Editores, 2005. p. 87).

cognitivas, tais como a ciência, a arte, a comunicação em massa e, principalmente, a economia - que, por intermédio do capitalismo, tornou-se opção exclusiva pós-1989 - tiveram uma dinâmica muito mais forte do que os setores de conotação normativa, como a política e o direito. Casos de escândalos públicos internacionais de diversas ordens ligados às violações de direitos humanos por empresas multinacionais, à destruição do meio ambiente em razão de parcerias público-privadas, ao risco da autonomia excessiva de mercados de capitais, às corrupções nas pesquisas científicas, ao radicalismo religioso e sua relação com o terrorismo, além do questionável comércio e armazenamento de dados pessoais por mega organizações globais privadas, tornaram-se problemas mundiais corriqueiros que não encontram no paradigma constitucional monista mecanismos eficazes de solução.

Nesse contexto, os setores sociais parciais, especialmente os de vieses cognitivos, agora com amplitudes globais, perceberam a necessidade de defender com maior ênfase suas próprias autonomias. Como resultado disso, a eficácia do modelo fixado na unidade constitucional passou a ser questionada, já que incapaz de acompanhar a alta velocidade das dinâmicas sociais espalhadas por todo o globo. Em contrapartida, passa-se a reivindicar um o progressivo desligamento da liderança político-legal do Estado nacional<sup>6</sup> e a desconsideração de sua pretensa exclusividade/monopólio na produção de normas constitucionais. Quer dizer, a dificuldade na apresentação de soluções tempestivas e eficazes para os problemas da sociedade fragmentada passa a redirecionar a ideia de constitucionalidade, antes político-jurídico, para um regime normativo baseado em expectativas sociais.

Isso se refletiu no enfraquecimento do monismo e o fortalecimento da “multidimensionalidade do pluralismo jurídico global”<sup>7</sup> protagonizado por novos e coletivos “atores” ou “sujeitos” produtores de normas, que representam os subsistemas sociais funcionais autônomos. Assim, os conceitos unitário-estatais, que remontam os séculos XVII e XVIII, todos estritamente ligados às esferas jurídica e política, atualmente perdem protagonismo em face de um constitucionalismo para além do Estado nacional. Essa a lição de Teubner, quando afirma que

No mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalidade. Mostram-se pedaços esparsos de uma nova realidade constitucional global, que se caracteriza por meio da coexistência de ordens independentes, não

---

<sup>6</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 124.

<sup>7</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. **Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global**. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p.105-155, jan./mar. 2012.

apenas aquelas estatais, mas também aquelas de instituições sociais não estatais autônomas.<sup>8</sup>

Realmente, essa nova bússola aponta para um constitucionalismo que não reconhece um ponto único, um cume, um órgão central controlador da sociedade, tal qual o Estado. Esse prisma criado pela teoria da sociologia constitucional, influenciada pela teoria dos sistemas autopoieticos, repudia o tradicional modelo constitucional consubstanciado num acoplamento estrutural entre o poder e o direito<sup>9</sup>. Até porque, numa sociedade fragmentada/policontextualizada, em que uma pluralidade sistemas funcionais atuam, independente e concomitantemente, o tradicional conceito de Constituição precisa ser revisto, especialmente “em relação à soberania, ao coletivo organizado, à hierarquia das decisões, à agregação organizada de interesses e a formação democrática da vontade no caso de o nível mundial não parece um equivalente do Estado”<sup>10</sup>. A Constituição passa a ser observada numa perspectiva sociológica de matriz pragmático-sistêmica<sup>11</sup>, com foco na “observação da realidade social que põe em discussão outros modos de observação”<sup>12</sup>.

Se nas primeiras Constituições jurídico-políticas a ideia era conter o poder político através da criação do Estado de direito e da garantia de direitos e liberdades individuais essenciais à defesa dos cidadãos, sob esse paradigma constitucional-sociológico, a nova ordem constitucional global tem outro escopo: liberar as energias de todos os sistemas sociais autônomos, sem se descuidar com a vigilância sobre as tendências de efeitos destrutivos que isso pode provocar<sup>13</sup>. Nesse diapasão, surgem as ideias de Constituições não-estatais, Constituições intrínsecas ou Constituições civis globais, nas quais os sujeitos constitucionais são os próprios regimes sociais parciais autônomos e transnacionais. “não é apenas *ubi societas, ibi ius*, mas também *ubi societas, ibi constitutivo*”.<sup>14</sup>

Nessa perspectiva, defende-se que a questão do constitucionalismo na sociedade global contemporânea tem por características: (a) falta de estabelecimento de um centro jurídico/político e normativo constitutivo; (b) impulsos jurídico-normativos restritivos que

<sup>8</sup> TEUBNER, Gunther. 2016, p. 125, *Op cit.*

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 630/631.

<sup>10</sup> Tradução livre para “en relación con la soberanía, el colectivo organizado, la jerarquía de decisiones, la agregación organizada de intereses y la formación democrática de voluntad en caso de que en el plano mundial no aparezca un equivalente del Estado.” (TEUBNER, Gunther. **La constitucionalización de la sociedad global. In: El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global.** Lima: ARA Editores. 2005. p. 74).

<sup>11</sup> ROCHA, Leonel Severo. 2005, *Op cit.*

<sup>12</sup> CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Tradução de Juliana Neuenschwander Magalhães. **Revista da Faculdade de Direito.** Universidade Federal de Minas Gerais, n.º 39 (2001). p. 171.

<sup>13</sup> TEUBNER, Gunther. 2016, p. 42, *ibidem.*

<sup>14</sup> Id.p.100.

não estão concentrados em constituições centradas no Estado; e (c) extração da ordem normativa de uma multiplicidade de formas, frequentemente (mas não necessariamente) articuladas como direitos.<sup>15</sup>

No que tange aos direitos fundamentais, a anunciada vertente sistémico-estrutural do constitucionalismo cuida de afastá-los da subjetividade amplificada e propagada pelas teorias constitucionais liberais, assumindo um caráter impessoal-coletivo, conscientes de que existem inúmeras possibilidades de “realidades” a serem coproduzidas pelos próprios observadores-participantes. O novo prisma proposto é de uma racionalidade processual-relacional-acêntrica, radicada num complexo transubjetivo de relações transindividuais.

Assim, a finalidade primeira dos direitos fundamentais estaria na preservação de uma relação saudável entre todos os (sub)sistemas de comunicação diferenciados, mantendo-os justapostos, equilibrados e com limites fronteiriços claros, para se evitar movimentos expansionistas colonizadores. Em outras palavras, eles se impõem sobre todas as disputas intrassociais, como forma de garantir a necessária autonomia aos processos sociais e, assim, impedem que os subsistemas sejam dominados pelas tendências alargadoras e totalizantes dos demais meios de comunicação e não somente ao poder arbitrariamente exercido pelo Estado ou por atores particulares.

Para isso, os direitos fundamentais devem ser encarados como instituições, ou seja, um complexo fático de expectativas comportamentais temporal, objetiva e socialmente generalizadas, que, partindo de um consenso social suposto, produzem a estrutura dos sistemas sociais, formando uma base de ação sustentável<sup>16</sup>. Os direitos fundamentais agiriam, portanto, como regras de conflito de leis e facilitadores de diferenciação social.

Diante desse quadro pincelado pela sociologia jurídica com tintas fornecidas pela teoria dos sistemas sociais, o presente trabalho intenta revelar como essa reviravolta do cenário constitucional de origem liberal, no qual os direitos fundamentais são representados pela indivisível relação entre indivíduo/direitos subjetivos/poder/Estado, para uma perspectiva defendida pelo constitucionalismo social global, em que a jusfundamentalidade possui um viés institucional-transubjetivo-coletivo repercute na compreensão da sua eficácia horizontal na sociedade. Partindo dessa análise, esta dissertação também apresenta uma proposta de modelo ideal de concretização da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

---

<sup>15</sup> THORNHILL, Chris. *Constitutional Law from the Perspective of Power: A Response to Gunther Teubner*. 20 *Soc. & Stud legal*. 244 (2011). ALWD 6a ed. Heinonline. Acesso em 09/04/2020.

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. *Los Derechos Fundamentales como Institucion*. Aportación a la sociología política. Universidad Iberoamericana/Colección teoría social. 2010: Oak Editorial. p. 298.

Para que esse escopo seja atingido, será realizada uma revisão bibliográfica, tendo como eixo principal as mais relevantes obras de Gunther Teubner. A escolha desse paradigma teórico como bússola a ser seguida no presente trabalho está na importância que os estudos de Gunther Teubner<sup>17</sup> representam para o atual debate do constitucionalismo mundial. De fato, desde o lançamento do livro ‘Direito como sistema autopoietico’ (*Recht als autopoietisches System*), até o recente ensaio sobre as mais-valias não-econômicas e sua relação com o constitucionalismo<sup>18</sup>, Gunther Teubner vem assumindo uma privilegiada posição na comunidade científica internacional, inclusive, no Brasil, onde - quase sempre contando com a colaboração do professor Ricardo Campos - já teve vários livros e artigos traduzidos. Apenas para se ter uma ideia da relevância do autor para as discussões sociológicas-constitucionais, o livro “Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização” - eixo principal escolhido para o presente trabalho -, ainda 2016, já havia sido traduzido para mais de seis línguas<sup>19</sup>.

A proposta ora apresentada é de que as ideias de Gunther Teubner sejam debatidas e analisadas com auxílio nas observações promovidas por outros doutrinadores que também estudam o constitucionalismo social global, os direitos fundamentais e o efeito de terceiros sob a ótica da teoria social sistêmica inicialmente proposta por Niklas Luhmann. Além disso, sempre que possível, procurar-se-á enriquecer o presente trabalho com a aplicação das teorias pesquisadas em casos concretos.

A partir desse referencial teórico, a hipótese aqui levantada é de que, tendo por norte as lições do constitucionalismo social proposto por Gunther Teubner e tendo por palco uma sociedade global, acêntrica, espontânea, dinâmica, plural e fragmentada, o efeito de terceiros somente faz sentido e pode ser corretamente compreendido quando os direitos fundamentais assumem uma perspectiva institucional-transubjetiva-coletiva e, assim, atuam com o objetivo de garantir sua eficácia na solução de conflitos privados, inclusive os transnacionais, em que instituições sociais, ‘pessoas’ e/ou seres humanos são submetidos a injustificados ataques de atores coletivos (estados, partidos políticos, empresas comerciais, grupos de empresas, associações, etc.) ou matrizes comunicativas anônimas (instituições, sistemas sociais e redes).

---

<sup>17</sup> Professor catedrático de direito privado e sociologia do direito da Goethe Universität Frankfurt am Main, Centennial Professor na London School of Economics e do Instituto Europeu de Florença e membro das principais academias de ciências no mundo (informações retiradas da apresentação do livro *Direito Comparado - Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Editora Saraiva. p.)

<sup>18</sup> TEUBNER, Gunther. **A Constituição de Mais-Valias Não Econômicas**. Tradução feita pelo Ministro Gilmar Mendes e pelos Professores Ricardo Campos e Victor Fernandes de artigo publicado originalmente no *Verfassungsblog*, em 3 de maio de 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-constitution-of-non-monetary-surplus-values>.

<sup>19</sup> TEUBNER, Gunther. 2016, p. 35, *Op cit.*

Quer dizer, o efeito de terceiros deve ter por objetivo não apenas solucionar uma equação em que sujeitos individuais-privados disputam valores de envergadura constitucional a partir da aplicação do direito público-constitucional, mas, em favor de uma perspectiva institucional-transubjetiva-coletiva, ampliar seu horizonte para todos os meios de comunicação com tendências inflacionárias que promovam riscos às três dimensões da jusfundamentalidade.

O percurso escolhido para a presente dissertação possui três capítulos. O primeiro deles será dedicado a um breve estudo da ‘evolução’ do modelo clássico do constitucionalismo liberal burguês, caracterizado por uma concentração do poder político, o estatocentrismo territorialmente delimitado e o monopólio estatal na produção normativa, até o protagonismo do constitucionalismo social, proposto por Gunther Teubner, que finca suas raízes na diferenciação funcional dos sistemas sociais. Para isso, após breves apontamentos teórico-sistêmicos, serão apresentados temas como: a) a relação entre o Estado-nação, positivismo e modernidade; b) a simbiose entre os sistemas da política e do direito, explicada a partir do conceito de acoplamento estrutural; c) a crise do modelo constitucional moderno e a nova questão constitucional revelada pela globalização e a fragmentação social; e, d) os requisitos para a constitucionalização dos regimes próprios das esferas sociais autônomas.

O segundo capítulo, por sua vez, será dedicado a demonstrar que, ampliando as ideias iniciais de Niklas Luhmann, o modelo defendido pelo constitucionalismo social provoca a superação do dogma da individual-subjetividade em favor de uma dimensão institucional-transubjetiva-coletiva dos direitos fundamentais junto a todos os regimes parciais funcionais sociais. Para se chegar a esse entendimento, serão analisados aspectos como: a) os direitos fundamentais no paradigma liberal caracterizado pelo individual-subjetivismo e a função de defesa contra os arbítrios estatais; b) as repercussões da globalização, da fragmentação normativa e da policontextualidade sobre os direitos fundamentais; c) a evolução dos direitos fundamentais da ótica individual-subjetiva para a visão institucional-transubjetiva-coletiva; d) a validade e eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais nos regimes transnacionais.

O terceiro e último capítulo destacará como as novas funções dos direitos fundamentais na perspectiva do constitucionalismo social proposto por Gunther Teubner repercutem na compreensão do efeito de terceiros. Nesse diapasão, serão analisadas: a) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas principais teorias constitucionais-dogmáticas de cariz liberal; b) a generalização dos meios de comunicação, em vez de ordem de valores, e a reespecificação em distintos contextos sociais como condições para a vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais; c) as formas de eficácia dos direitos fundamentais nas relações horizontais em inclusiva (direitos de acesso) e excludente

(defesa contra avanços indevidos de instituições sociais); d) os atores coletivos e as matrizes comunicativas anônimas como os novos destinatários dos direitos fundamentais; e) a teoria tridimensional dos direitos fundamentais no constitucionalismo social.

Ao final, será discutida a utilização da proceduralização na forma de autorregulamentação regulada como modelo ideal de concretização da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em outras palavras, partindo da perspectiva coletiva e institucional da jusfundamentalidade defendida pelo constitucionalismo social, será analisada a aplicação de organizações não estatais de decisão previamente definidas e de processos já estabelecidos e legitimamente produzidos pela autonormatividade das práticas sociais, como ferramentas adequadas para a proteção dos direitos fundamentais nos casos de conflitos que envolvam atores privados.



## **TÍTULO 1 – A CRISE DO MODELO CONSTITUCIONAL MODERNO E A NOVA QUESTÃO CONSTITUCIONAL: GLOBALIZAÇÃO, HIPERCOMPLEXIDADE E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS ESFERAS SOCIAIS AUTÔNOMAS, SEGUNDO DE GUNTHER TEUBNER**

### **1.1. Breves apontamentos teórico-sistêmicos sobre complexidade, contingência e diferenciação funcional**

Com especial inspiração em autores de múltiplas disciplinas e ciências, tais como Ludwig Von Bertalanffy, Heiz von Foerster, Spencer Brown, Talcott Parsons, Humberto Maturana e Francisco Varela, o sociólogo e jurista alemão Niklas Luhmann construiu a mais completa teoria dos sistemas sociais. Em que pesem os diversos temas abordados em sua extensa obra, no ponto de ligação entre todos está a ideia de diferença entre sistema e ambiente. De fato, pela proposta de Luhmann, “todos os enunciados da teoria dos sistemas terão de ser formulados como enunciados sobre a distinção entre sistema e ambiente ou, no mínimo, deverão partir da forma dessa distinção.”<sup>20</sup>.

Contando com inegável influência da teoria das formas de Spencer Brown, Luhmann percebe a referida distinção como linhas que dividem dois lados; verdadeiras marcações de uma diferença que separam duas faces. O início de um sistema surgiria, assim, com a decisão de se marcar algo que estava indefinido e descontextualizado e, assim, distinguir dois lados/formas, onde um é o outro lado do outro.<sup>21</sup> Por isso, “a distinção entre sistema e ambiente é precisamente a forma permitida para que um sistema ou o ambiente se caracterizem em referência recíproca.”<sup>22</sup>

A identidade do sistema, portanto, surge apenas com a sua diferenciação (funcional) frente ao ambiente; esse, por sua vez, porque depende do sistema para existir, é, na verdade, um produto dele. Trata-se de um duplo paradoxo, que revela a discordância de Luhmann sobre ideias de uma unidade pré-existente, imutável e fundante para a teoria sistêmica. Pelo contrário. Para ele, a única unidade que se aceita é aquela ligada à distinção, inclusive, em referência às formas sistema/ambiente.

É importante anotar ainda que apenas o sistema é capaz de realizar essa distinção, pois somente ele possui perspectiva qualitativa quanto à complexidade que habita o seu ambiente.

---

<sup>20</sup>LUHMANN, Niklas. 2016. p. 56, *Op cit.*

<sup>21</sup>VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP: linha direito comparado). p.134.

<sup>22</sup>*Ididem.* p. 102.

De fato, diante dessa complexidade externa, o sistema é forçado a realizar uma seleção a partir de seus próprios códigos e programas estruturais internos. Não há, contudo, uma desconsideração total acerca das alternativas que, se tivessem sido escolhidas pela seleção, poderiam ter gerado um resultado diverso. Ao contrário, essas alternativas são preservadas na forma de contingências.

Dessa forma, mantém-se uma permanente incerteza ambiental, a qual pressiona por novas operações e, conseqüentemente, outras seleções, que são realizadas momento a momento. Nesse ritmo, há uma permanente abertura dos horizontes possíveis sobre os quais o incessante ciclo seletivo se debruça, exatamente porque jamais pode ser certificada a melhor opção escolhida. Tem-se, aqui, um novo paradoxo: “Pela lógica da contingência, ao reduzir complexidade (certeza), o sistema, ao mesmo tempo, aumenta complexidade (incerteza)”<sup>23</sup>.

Seguindo essa linha, Luhmann afirma que a seleção está vinculada ao fechamento operacional do sistema e à limitação de sua complexidade com o mundo, razão pela qual sua teoria sistêmica pode ser caracterizada como autopoietica<sup>24</sup>. Realmente, “o sistema é levado a decidir seletivamente por seus parâmetros autorreferenciais (autopoieticos) para estabelecer as expectativas que serão estabilizadas.”<sup>25</sup>. Nesse ponto,

emerge a relação entre a contingência e a autorreferência, como elemento central da ideia de autopoiese, e da conseqüente seletividade forçada pela assimetria estabelecida entre a complexidade do ambiente e a complexidade dinamicamente estruturada no interior do sistema funcional.<sup>26</sup>

O último estágio no infundável ciclo, circular e evolutivo, que se inicia com a variação, passa pela seleção/retenção<sup>27</sup>, é o da estabilização, onde se desagua uma temporária identidade e, conseqüentemente, numa nova e precária diferença que, fatalmente, sofrerá uma desestabilização<sup>28</sup>. Esse paradoxo de aumento/redução concomitante de complexidade que

<sup>23</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade** na obra de Niklas Luhmann. Saraiva, 2013. p.

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 322, *Op cit.*

<sup>25</sup> VIANA, Ulisses Schwartz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann**. Complexidade e contingências no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 146. (grifos originais)

<sup>26</sup> Id. p. 145.

<sup>27</sup> GONÇALVES explica que, segundo a teoria sistêmica de Luhmann, inspirada na teoria evolutiva de Darwin, “As formas da evolução realizam-se por meio do processo de diferenciação entre variação/seleção/estabilização. Primeiramente, por meio da variação, indica-se a produção de elementos sociais, de distinções, de alternativas que, diante da contingência do futuro e da inexistência de certezas, se apresentam como novidade. Da multiplicidade de possibilidades impõem-se seleções, estruturas redutoras da complexidade a níveis capazes de proporcionar operações.” (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. Saraiva, 2013. P.)

<sup>28</sup> Segundo Luhmann, “por una especificación de la diferencia de las funciones evolutivas y una localización — lo más precisa posible— de las condiciones particulares de sudispersión en la realidad empírica de los sistemas que evolucionan. De esa manera, la teoría de la evolución genera un programa de investigaciones históricas

transcorre por intermédio do processo de variação/seleção/(re)estabilização é a forma pela qual acontece a evolução social, na medida em que, de operação em operação, as estruturas sistêmicas são ‘testadas’, a fim de (re)definir o escopo de possibilidades.

As estruturas são, assim, condições para a autopoiese sistêmica, já que “delimitam o escopo das operações com capacidade de enlace”<sup>29</sup>. Partindo da ideia de que “a autopoiese do sistema de comunicação chamado sociedade reproduz sempre e necessariamente aquela distinção que divide as referências em autorreferência/heterorreferência.”<sup>30</sup>, Teubner conclui que

a teoria dos sistemas autopoieticos está assente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de auto-referencialidade das suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente.<sup>31</sup>

Com efeito, a sociedade tem por elemento operativo peculiar a comunicação, formada pelos elementos mensagem/informação/compreensão e funcionalmente desenvolvida para produzir sentido<sup>32</sup>, através de operações recursivas sobre ela mesma. Ou seja, “comunicação produz comunicação por meio de comunicação”<sup>33</sup>. Por isso, afirma-se que sua generalização é pressuposto da diferenciação social, já que mantém a estabilidade de um sentido geral em situações e circunstâncias diversas, possibilitando, assim, a repetição das experiências.<sup>34</sup> O sistema da sociedade é, dessa forma, um sistema que se define e se distingue dos demais pela natureza comunicativa e suas operações<sup>35</sup>.

---

prácticamente sin fin.”(LUHMANN, Niklas. **La sociedade de la sociedade**, Título em alemán: Die Gesellschaft der Gesellschaft Traducción: Javier Torres Nafarrate bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla, y estilístico de Marco Ornelas Esquinca y de Rafael Mesa Iturbide. 1a. Edición em español, 2006).

<sup>29</sup> Tradução livre para “delimitar el alcance de las operaciones con capacidad de enlace” (LUHMANN, Niklas. **La sociedade de la sociedade**. Título em alemán: Die Gesellschaft der Gesellschaft Traducción: Javier Torres Nafarrate bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla, y estilístico de Marco Ornelas Esquinca y de Rafael Mesa Iturbide. 1a. Edición em español, 2006. p. 339).

<sup>30</sup>Id. p. 71.

<sup>31</sup>TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução do alemão José Engrácia Antunes Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 31.

<sup>32</sup> QUEIROZ, Marisse. **O Direito como sistema autopoietico**: contribuições para a Sociologia Jurídica. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. 24. 2010. p. 8. [https://www.researchgate.net/publication/47427021\\_O\\_Direito\\_como\\_sistema\\_autopoietico\\_contribuicoes\\_para\\_a\\_Sociologia\\_Juridica](https://www.researchgate.net/publication/47427021_O_Direito_como_sistema_autopoietico_contribuicoes_para_a_Sociologia_Juridica). Acesso em 28/10/2020.

<sup>33</sup>GONÇALVES, Guilherme Leite. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. Saraiva, 2013. p.

<sup>34</sup>LUHMANN, Niklas. 2009. p. 109, *Op cit*.

<sup>35</sup>TERRINHA, Luís Heleno. Da Sociedade da Constituição à Constituição da Sociedade. O constitucionalismo societal e os seus contributos para a compreensão do Direito Constitucional como sistema comunicativo mundial, **Revista Jurídica AAFDL 30** (2016), p.18.

Importante observar, também, que o próprio sistema (forma da distinção) a partir de si mesmo, pode diferenciar-se internamente em infinitas operações, através da especificação funcional, projetando, assim, inúmeras novas unidades internas, verdadeiros (sub)sistemas parciais. Em outras palavras, diante de um processo de especialização funcional-sistêmica, novas unidades são diferenciadas entre si, passando a ser sistema e também ambiente umas das outras. Cuida-se do processo de *re-entry* (reentrar), que significa “a internalização da distinção entre sistema e ambiente por meio do sistema ou, de maneira mais formal, pela reintrodução da distinção no que já foi distinguido por ela”<sup>36</sup>.

Além de preservarem todas as características do “sistema-mãe”, como autonomia, autorreferência, autodeterminação, etc., o fechamento operativo de um subsistema social “verifica-se no âmbito de sua função e do código comunicativo que se presta à execução da respectiva função.”. Esses códigos são binários (sim/não) e próprios para cada setor funcional, sendo vedada a utilização por mais de um subsistema.

Com a evolução da sociedade e o conseqüente aumento de sua complexidade, houve um alargamento da variabilidade e um acréscimo de dificuldade no processo de seletividade, potencializando o grau de incerteza nas operações comunicativas. Diante desse quadro, aprofundou-se a formação de subsistemas sociais como forma de manter as imprescindíveis diferenciações operacionais e especializações funcionais no seio da sociedade. Realmente, ao longo do curso da evolução da sociedade houve uma mudança de perspectiva, mediante a qual as instituições multifuncionais foram gradualmente substituídas por unidades de funções mais especializadas. Com base nas lições de Luhmann, Terrinha afirma que

foi a forma de diferenciação funcional a afirmar-se como forma de diferenciação dominante na sociedade moderna (a partir do séc. XVIII). Aí, os sistemas parciais (sub)diferenciam-se em razão de uma função social específica para a qual assumem uma “competência universal”. Assiste-se, desse modo, a uma especialização funcional em face de um dado problema da sociedade, relativamente ao qual se geram um conjunto de comunicações específicas que processam um sentido igualmente específico relacionado com a execução da função.<sup>37</sup>

A complexidade da sociedade moderna reside nesse peculiar relacionamento entre abertura cognitiva e fechamento operativo do funcionamento dos subsistemas sociais, pois, ainda que diferenciados, com funções e códigos binários diversos uns dos outros, eles não

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 103, *Op cit.*

<sup>37</sup> TERRINHA, Luís Heleno. 2016, p. 20, *Op cit.*

existem de forma isolada, mas em permanente interação, o que, irremediavelmente, provoca choques, irritações e estímulos. Isso, porém, não pode produzir desdiferenciação funcional ou corrupção de códigos, sendo premente que os múltiplos sistemas se relacionem, mas sem se sobrepor.

Dois subsistemas sociais autônomos merecem especial atenção para uma compreensão ideal do presente trabalho: os sistemas do direito e da política.

Segundo a teoria sistêmica, o direito tem a função de estabilizar e generalizar de maneira congruente as expectativas comportamentais normativas em suas três dimensões de sentido (temporal, social e material). Para tanto, utiliza o código binário próprio (lícito/ilícito) e seus programas condicionais, como forma de filtrar os estímulos e irritações do ambiente e, assim, realizar a seleção comunicativa. Como resultado, tem-se a redução da complexidade e a possibilidade de declinar o que possui sentido jurídico, garantindo a necessária estabilização. Até porque, “Se essa capacidade de distinguir e fazer referência a sistema desse modo não existisse, o resultado seria o caos e a extrema simplificação.”<sup>38</sup>

Esse incessante processamento autopoietico (autorreprodutivo), ancorado no símbolo sistêmico interno da validade do direito, revela sua unidade e, ao mesmo tempo, os limites (*grezen*) sistêmicos junto ao ambiente social, preservando o fechamento (*clausura*) operacional e a abertura cognitiva. Para Luhmann,

O sistema jurídico faz outra coisa senão desenvolver a sua função de distinguir mediante contínuas operações o direito do não-direito. A referência a esse código atribui a um tal sistema uma estrutura de comunicação. O eventual uso de um outro código não seria inadmissível, mas a operação deixaria de ser uma operação interna do sistema jurídico. O sistema jurídico, sob esse perfil, "sanciona-se," por assim dizer, na execução factual de suas operações mediante inclusão e exclusão.<sup>39</sup>

E se, basicamente, o fechamento operacional acontece com o uso da codificação lícito/ilícito, que constitui a fronteira entre direito/não-direito, a abertura cognitiva acontece

---

<sup>38</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 585.

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. *In: Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione comeacquisizione evolutiva”. *In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 9 dez. 2013). p. 10.

por intermédio das organizações formais<sup>40</sup> instaladas no seu centro sistêmico. O protagonismo dentre essas organizações formais cabe aos Tribunais, na medida em que implementam uma filtragem das constantes irritações que recebem de todos os sistemas (v.g. economia), realizando o fechamento operacional do sistema jurídico, além de proporcionar sua continuidade recursiva e consequente reprodução autopoietica<sup>41</sup>. Nesse sentido decisório, os Tribunais ocupam o centro do sistema, deslocam a legislação e o contrato para a periferia e, ainda, mantém um horizonte de possibilidades ao promoverem a abertura de espaços de contingência indeterminados<sup>42</sup>.

Essa é a forma pela qual o sistema jurídico realiza uma interação intersistêmica saudável, equilibrada e pautada pela auto contenção e auto restrição de dinâmicas heteronocivas, ao mesmo tempo em que promovem acoplamentos estruturais entre os demais sistemas diferenciados. O sistema do direito age, assim, numa multilateralidade discursiva<sup>43</sup>, firmando constantes diálogos com os demais sistemas autônomos/diferenciados que formam o seu ambiente. Isso permite uma constante redefinição do próprio sistema jurídico, através de uma sensível releitura/tradução por seus próprios códigos das informações irritantemente passadas pelos sistemas parciais que lhes circundam. Trata-se da necessidade de uma responsividade ou pluralismo jurídico responsivo, no qual a ordem jurídica se abre para as normas dos sistemas estrangeiros<sup>44</sup>. Para Teubner,

É a autorreferência localizada do Direito que, ao final, é responsável pela dinâmica motriz de paradoxos paralisantes e esquivas libertadoras do sistema jurídico. (...) não se trata de autorreferência interna do Direito e suas consequências, mas de como entender as relações externas do Direito com

---

<sup>40</sup> O conceito de organizações na leitura de LUHMANN está bem exposto em BARALDI, CORSI & ESPOSITO, **Glosario sobre la teoria Social de NiklasLukann**. traducción de Miguel Romero Perez, Carlos Vijajohos; bajo Jdirección de JavierTorres Nafarrate. Universidad Iberoamericana,1996. p. 121: “La organización es un tipo de sistema social que se constituy e con base em reglas de reconocimiento que lo vuelven ideitificable y que le permiten especificar las propias estructuras. Tales reglas son sobre todo reglas de penencias, que pueden ser fijadas mediante la selección de personal y la definición de los roles internos: sólo pocas personas pueden ser miembros de una organización formal. Com organización nos referimos a sistemas sociales como las empresas, los institutos, las asociaciones, etcétera.”

<sup>41</sup> CORSI, Giancarlo. n.º 39, 2001, *Op cit.*

<sup>42</sup> Isto terá especial repercussão na definição da atual função dos direitos fundamentais e sua relação com a desejada vacuidade de seus sentidos, objeto de análise no próximo título desse trabalho.

<sup>43</sup> WIELSCH, Dan. **Private Governance of Knowledge**: Societally-Crafted Intellectual Properties Regimes, 20 Ind. J. Global Legal Stud. 907 (2013). DATE DOWNLOADED: Tue Apr 14 18:55:36 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

<sup>44</sup> VIELLECHNER, Lars, **Responsiver Rechtspluralismus**, 51 Der Staat 559 (2012). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:46:17 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

seu ambiente social quando o Direito é compreendido como um sistema operativamente fechado.<sup>45</sup>

Por esse motivo, toda decisão jurídica deve ser tomada a partir da diferenciação funcional do sistema do direito. Trata-se de uma escolha que representa uma alternativa dentre múltiplas possibilidades (contingência) reveladas pela alta complexidade social. Nessa trama, clausura operativa e abertura cognitiva alinham-se para selecionar o atual sentido jurídico daquilo sobre o que se decide. Pelo círculo operativo, há uma série de encadeamentos recursivos de sentenças judiciais, atos legislativos e de decisões de autonomia privada, com base na codificação binária (lícito/ilícito)<sup>46</sup>, que termina por redimensionar o símbolo do sistema jurídico da validade. Já as brechas cognitivas utilizam os acoplamentos estruturais para receberem e traduzirem para o sistema jurídico estímulos e irritações externas vindas do ambiente.

O sistema político por sua vez, é o subsistema da sociedade que se comunica por intermédio do poder, procurando “condensar opiniões de modo que decisões coletivamente possam ser tomadas.”<sup>47</sup>. A sua autonomização sistêmica tem a ver, assim, com a “emergência do modelo de circulação dinâmica do poder no lugar da estrutura hierárquica da relação entre dominadores (“de cima”) e dominados (“de baixo”).”<sup>48</sup>. Esse poder significa “a unidade de uma diferença específica que constitui a referência das operações políticas.”<sup>49</sup>. Para Simoni,

O poder é um meio de comunicação simbolicamente generalizado, que disponibiliza à sociedade uma forma específica de comunicação para resolver o problema social de coordenação de ações. Com base no desenvolvimento desse meio de comunicação simbolicamente generalizado, na modernidade estruturou-se um sistema de comunicação operativamente fechado, dotado de autopoiese, que é o sistema político da sociedade. Política e poder, portanto, são coisas diferentes na modernidade. O poder é o meio de comunicação que estrutura o sistema político da sociedade. Assim, a política opera de modo recursivo com base no poder, ao mesmo tempo em que o poder disponibiliza as formas de comunicação do sistema político.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> TEUBNER, Gunther. **Alienações do Direito**: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. Jurisprudência sociológica. In: Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antonio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado). p. 9-10

<sup>46</sup> TEUBNER, Gunther. 2020, p. 13, *ibidem*.

<sup>47</sup> LUHMANN, Niklas. 2016, p. 568, *Op cit*.

<sup>48</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 89.

<sup>49</sup> BALESTERO, Gabriela Soares. A Autopoiese da Política e do Direito em Luhmann e o Papel do Julgador. **UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 11, n. 2, Set. 2010. p. 48.

<sup>50</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A comunicação do poder em Niklas Luhmann. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. p. 156/157.

Para o fechamento operacional, o sistema político aplica o código binário próprio superior/inferior, ou, como atualmente se costuma declinar, a “codificação da autoridade pelo esquema governante/oposição”<sup>51</sup>, os quais, aliados aos seus respectivos programas, estabelecidos por processos eleitorais, parlamentares burocráticos, etc.”<sup>52</sup> formalizam sua reprodução autopoiética. Ocorre que a aplicação dessa racionalidade política torna esse processo bastante complexo, atrapalhando a delimitação de suas fronteiras sistêmicas. Com isso, revela-se “a dificuldade de manutenção da diferenciação de sua racionalidade funcional em relação a outras racionalidades funcionais dispersas no ambiente social, tais como a jurídica, a religiosa e a estritamente econômica”<sup>53</sup>.

Por fim, sobre as organizações que gravitam no sistema político, elas podem ser compreendidas mais especificamente pelos Poderes Legislativo e Executivo, onde são tomadas as decisões coletivamente vinculantes<sup>54</sup>. Além delas, existe ainda “uma periferia altamente complexa, composta por várias organizações políticas, responsáveis pela preparação e encaminhamento das decisões.”<sup>55</sup>. No centro de todas essas organizações que atualizam o primado funcional do sistema da política está o Estado.

## 1.2 O Estado Moderno na perspectiva da teoria dos sistemas sociais: uma simbiose entre os sistemas da política e do direito

Diante das inúmeras abordagens que lhe podem ser atribuídas, há uma enorme dificuldade de se apresentar um conceito pacífico para o Estado. Contudo, não parece haver muita dúvida de que esse termo somente amadurece com a idade moderna, período em que surge a ideia de se ter “uma entidade de dominação, independentemente no exterior ou no interior que atuara de modo contínuo com meios de poder próprio, e claramente delimitada, pessoal e territorialmente.”<sup>56</sup>

<sup>51</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 584-585, *Op cit.*

<sup>52</sup> NEVES, Marcelo. 2006.p. 86, *Op cit.*

<sup>53</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. Judicialização da política ou politização do Direito: sintomas de disfuncionalidades na política e no Direito. **Revista Conceito Jurídico**. Disponível em: [www.zkeditora.com.br](http://www.zkeditora.com.br). Acesso em 08/08/2020. p. 27.

<sup>54</sup> SALIM, Jacqueline Malta e SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 8(1): p. 94-107

<sup>55</sup> Id. p. 102.

<sup>56</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Ed. Mestre Jou: São Paulo, 1968. p. 158.



De fato, no medievo não havia espaço para se cogitar a entidade nesse formato, eis que a sociedade era comandada por uma poliarquia. As funções e competências atualmente designadas como típicas do Estado (inclusive, a precária jurisdição existente) estavam diluídas entre diversos personagens (igreja, cavaleiros, nobres proprietários de terras, cidades, etc.). Até mesmo o poder político estava fragmentado, restando ao soberano monárquico feudal apenas uma parcela. Naquele momento não havia unidade mínima capaz de produzir um ente como o Estado.

Esta desconcentração começa a evoluir para uma atomização política somente entre os séculos XI e XIII, inicialmente na Inglaterra e, posteriormente, na Sicília, chegando a algo relevante, de fato, no século XVI. Aqui, o poder político começa a ser aglutinado em torno de interesses comuns de estamentos (clero e nobreza, principalmente) e corporações profissionais (cavaleiros, artesãos, por exemplo), como forma de proteção aos abusos do Príncipe. Isso aconteceu porque a forma e tração dada ao capitalismo, ainda nas cidades medievais, fizeram com que os burgueses, que eram guiados pela ação racional em direção à produção econômica e, conseqüentemente, ao lucro, paulatinamente conseguiram impor essa dinâmica centralizadora às instituições políticas, em detrimento da manutenção da ordem estamental em vigor. Tratou-se de um estágio embrionário do Estado moderno, que somente se consolidaria na Renascença Florentina, período em que assumiu funções anteriormente destinadas a outras instituições locais, como a Igreja e a família.

E o ambiente europeu dos séculos XVII e XVIII foi realmente favorável a uma transformação do paradigma sociopolítico. De fato, as inúmeras guerras travadas naquele período desempenharam um papel muito importante na formação dos Estados-nação. Primeiro porque promoveram o desenvolvimento inicial de organizações adequadas à garantia de um eficiente gerenciamento de recursos financeiros. Segundo porque houve a percepção de que, para uma decisão eficaz quanto à paz ou à guerra, seria necessária uma referência territorial, fator imprescindível para as unificações que o Estado moderno promoveria. Por esse motivo, a paz de Vestfália (século XVI) pode ser considerada o evento de consolidação dos Estados territorialmente estabelecidos e do início do reconhecimento recíproco das soberanias espacialmente delimitadas, antes formada por tênues e imbricadas divisões ou até mesmo por grandes zonas de transição.

O Estado territorial soberano, portanto, apareceu como estrutura organizacional básica de sua versão moderna, na medida em que passou a ter fronteiras físicas bem definidas e um

senso bem desenvolvido das relações dentro/fora e nós/eles<sup>57</sup>. O modelo operativo de Estado moderno traduz-se, portanto, na noção de estado territorial soberano, ou seja, o Estado-nação, no qual a identificação de cidadania e de nacionalidade aflora em conjunto com a veiculação de regras uniformes e válidas em todo o enclave espacial demarcado.

Com efeito, a territorialidade foi a *conditio sine qua non* para que o Estado moderno pudesse institucionalizar sua autoridade pública de forma unificada e válida, inclusive, em face do ordenamento jurídico. Realmente, essa unificação do direito e da jurisdição em todo o território atendeu aos reclames da burguesia capitalista e da administração pública quanto à imprescindibilidade da segurança jurídica.

Promoveu-se, dessa forma, a aprovação e imposição de obediência a um sistema de regras único, fechado e escrito, realizado na linha de divisão do trabalho administrativo, baseado em hierarquia e especialização. Como bem acentua Heller<sup>58</sup>, “Para poder explicar conceitualmente toda esta concentração de todo o poder jurídico no “poder do Estado” organizado e tornado independente também no militar-burocrático e no econômico, tornavam-se necessários novos conceitos jurídicos.”. Até porque “o pensamento jurídico medieval não conheceu as distinções entre direito público e privado; entre contrato e lei; entre direito e juízo; (...) entre direito objetivo e direito subjetivo.”<sup>59</sup>.

Com esse quadro, houve uma dinâmica de concentração e centralização do poder, que evoluiu de maneira racional, na medida em que o Estado passou a acumular deveres organizacionais de toda a sociedade. Para isso, recorreu-se às “unidades de poder contínuas e fortemente organizadas, como um só exército que, além disso, era permanente, uma única e competente hierarquia de funcionários e uma ordem jurídica unitária, impondo ainda aos súditos o dever de obediência com caráter geral.”<sup>60</sup>. A profissionalização e a ampliação da máquina administrativa, definindo competências e responsabilidades a serem cumpridas por funcionários divididos, vertical e horizontalmente, segundo suas próprias habilidades e conhecimentos eram condições para se atingir a unidade e a generalidade.

De outra banda, para sustentar essa burocracia, foi necessário regularizar as finanças públicas, incrementando e centralizando os impostos a serem utilizados conforme um orçamento planejado. Nesse momento, o patrimônio estatal rompe qualquer relação com

---

<sup>57</sup>JÚNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. Territorialidade, soberania e constituição: as bases institucionais do modelo de estado territorial soberano. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 1 - jan-abr 2014.

<sup>58</sup>HELLER, Hermann. 1968. p. 168, *Op cit.*

<sup>59</sup>Id. p. 168.

<sup>60</sup>Id. p. 162.

interesses particulares do soberano. Definitivamente, o público e o privado separam-se e distanciam-se.

Logo, somente com a centralização do poder e a unificação do direito em torno do Estado moderno é que tais diferenciações ficaram claras. A palavra de ordem passou a ser unidade: territorial, organizacional da burocracia administrativa, política, jurisdicional, etc. A soberania, antes voltada apenas para o exterior, apontava também para o interior como “unidade do poder estatal territorialmente limitado”<sup>61</sup>. O Estado passou a ser “o atributo mais genérico de qualquer sistema de regra que inclua o domínio legítimo sobre uma extensão espacial.”<sup>62</sup>.

O Estado moderno consolidava-se e isso trouxe indiscutíveis repercussões sociais. Houve uma guinada da sociedade outrora tradicional-comunal, nobiliárquica, verticalizada, estratificada e hierárquica, na qual, dependendo do *status* social adquirido no nascimento (nobreza, por exemplo), haveria a garantia de subsistência da pessoa, independentemente de suas ações ao longo da vida, para uma sociedade “capitalista na qual o risco da privação material é uma constante e o interesse individual passou a se sobrepor ao comunal devido à lógica da divisão do trabalho e ao enfraquecimento de laços tradicionais de identidade e comunidade.”<sup>63</sup>. Exatamente essa alteração de modelo social representa a transição do período pré-moderno para o moderno; de uma solidariedade mecânica para uma solidariedade orgânica<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas. 2016, p. 638, *Op cit.*

<sup>62</sup> Note-se que ao utilizar o termo “extensão espacial”, Ruggie deixa claro que, em sua visão, “os Estados não precisam assumir a forma de Estados territoriais, sendo mais importante observar se há como diferenciar coletividades humanas umas das outras. Por exemplo, nos casos dos “Estados” primitivos, os vínculos sanguíneos é que delimitavam o poder; para os nômades, o poder estava na capacidade de se movimentarem e não de fixarem bases territoriais; o caso mais significativo lembrado por Ruggie talvez seja o das sobreposições de poder num mesmo espaço espacial que aconteceu na Europa na idade média.” (RUGGIE, John Gerard. **Territorialidade e além: problematizando a modernidade nas relações internacionais**. Fonte: Organização Internacional, vol. 47, No. 1 (Winter, 1993), pp. 139-174. Publicado por: The MIT Press URL estável: <http://www.jstor.org/stable/2706885>, Acesso: 03-10-2017 17:56 UTC.

<sup>63</sup> DARRIEUX, Rodolfo Scotelaro Porto. A constituição e o papel do Estado na modernidade nas concepções de Émile Durkheim e Max Weber o processo sócio-histórico e o controle social em perspectiva comparada. Instituto de Estudos Sociais e Políticos – IESP/UERJ. **Revista Eletrônica de Ciência Política**. V. 10, n. 1 (2019), 77-90 DOI: 10.5380/recp.v%vi%i.58439 <https://revistas.ufpr.br/politica/> ISSN: 2236-451X.

<sup>64</sup> Como bem explica DARRIEUX, para Durkheim, “Nas sociedades de solidariedade mecânica, a consciência coletiva encontra-se desenvolvida de modo absoluto, ou seja, os valores e representações coletivas destas sociedades são compartilhados praticamente na sua integralidade entre os membros do grupo. Na solidariedade orgânica, há uma presença mais significativa de consciência individual em relação à coletiva. Nela, o “eu” tende a se sobrepor ao coletivo.” (**A constituição e o papel do Estado na modernidade nas concepções de Émile Durkheim e Max Weber o processo sócio-histórico e o controle social em perspectiva comparada**. Instituto de Estudos Sociais e Políticos – IESP/UERJ. **Revista Eletrônica de Ciência Política** v. 10, n. 1 (2019), 77-90 DOI: 10.5380/recp.v%vi%i.58439 <https://revistas.ufpr.br/politica/> ISSN: 2236-451X. p.).

Esta a visão de Durkheim<sup>65</sup>, para quem o Estado moderno é o órgão mais importante do corpo social, ou seja, o seu cérebro, tendo por função política aliviar tensões e mediar conflitos classistas, além de auxiliar na organização da produção, especialmente fixando normas que orientassem o comportamento econômico dos indivíduos. Com isso, o Estado moderno terminaria por garantir a moral pública e a coesão social, afastando a anomia. Para o autor, porém, o Estado moderno mantém-se distante dos indivíduos, diante da alta complexidade coletiva, razão pela qual necessita do auxílio das corporações, que funcionariam como “corpos intermediários na relação entre Estado e indivíduo”<sup>66</sup>.

Weber<sup>67</sup>, por outro lado, vincula o surgimento do Estado moderno à necessidade de desenvolvimento de formas racionais de administração política norteadas pela unidade, em oposição à descentralização do poder e dos privilégios feudais. De fato, o autor defende que a ação racional econômica impõe a expropriação do poder político descentralizado entre os senhores feudais e demais estamentos e a sua condução concentrada em favor daqueles que detêm as expertises próprias para a administração pública, os meios de guerra e a organização financeira. E isso somente poderia ser realizado por intermédio de um Estado moderno, soberano e racional. Para Darrieulux

Esse processo de transição entre “tipos de dominação”, por assim dizer, de um tradicional para um racional, gerou um Estado centralizado, controlador dos meios totais da organização política dentro um território específico. Assim, o Estado combinou os meios materiais de organização nas mãos de suas lideranças e expropriou dos funcionários estamentais. Esse padrão é generalizável, pois é um fenômeno comum à toda Europa Ocidental e mostra que a “dominação racional” foi transitando gradualmente de um estado de ilegitimidade para o de legitimidade. Ou seja, a “dominação tradicional” foi “se racionalizando”.<sup>68</sup>

A racionalidade é garantida pelo aparato legal e a burocracia estabelecida e organizada pelo Estado moderno, o qual monopoliza legitimamente a força e a utiliza como forma de manter a lógica do modo de vida racional, independentemente de quem, porventura, detenha transitoriamente o poder político. Disso resulta que, apesar de suas diferenças, tanto para Durkheim, quanto para Weber, “sem o Estado, as regras que garantem uma vida social menos anárquica são mais propensas a não funcionarem. (...) o Estado é fundamental e

<sup>65</sup> DURKHEIM, Émile. **Da divisão social do trabalho**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>66</sup> DARRIEUX, Rodolfo Scotelaro Porto. V. 10, N. 1, 2019, *Op cit.*

<sup>67</sup> WEBER, Max. **Ciência e Política - Duas Vocações**. Tradução de Leonidas Hegenberg e de Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2006.

<sup>68</sup> DARRIEUX, Rodolfo Scotelaro Porto. V. 10, N. 1, p. 85, 2019, *ibidem*.

aparece com o objetivo de promover controle social e evitar a desordem pública, devendo regular as forças econômicas”<sup>69</sup>.

Para a teoria sistêmica, todavia, o Estado moderno apresenta-se como uma verdadeira simbiose entre a autonomia operacional do sistema do direito e a autopoiese do sistema político<sup>70</sup>, sendo um “espaço de entrecruzamento horizontal entre dois meios de comunicação simbolicamente generalizados: o poder e o direito”<sup>71</sup>, que resulta numa interdependência sistêmica.

De fato, na sociedade pré-moderna não havia paridade entre o sistema jurídico e o político. Sendo caracterizada pela hierarquia e a verticalidade, o código lícito/ilícito vinculava apenas aqueles que estavam posicionados na parte inferior pirâmide social. À casta superior, localizada no ápice, o sistema do poder sobrepunha-se ao sistema do direito. Aos súditos restavam deveres, ônus e responsabilidades jurídicas, enquanto ao soberano, à nobreza e outros mais próximos do poder político, sobravam prerrogativas, competências e direitos.

Naquela época, “A relevância do jurídico para o poder era parcial, determinada pela hierarquia política dominante”<sup>72</sup>. Nesse diapasão, enquanto o Estado não existia na forma atualmente conhecida, o príncipe (soberano) podia acatar o direito ou tolerar sua desobediência, tendo como fundamento simplesmente manter seu poder supremo, ainda que isso fosse muitas vezes justificado por ele como necessário para se preservar a paz. Havia, pois, a possibilidade de “romper com o direito, mas sem incriminação”<sup>73</sup>.

O problema da resistência do poder político aos limites impostos pelo direito, ou de que esse fazia oposição à política, foi um dos primeiros problemas centrais que o Estado moderno teve que solucionar. A resposta por ele encontrada foi a intransigente aplicação da perspectiva funcional do sistema do direito, através da imposição ao sistema político da necessidade de se adequar à distinção binária entre lícito/ilícito. Por essa razão, Neves delinea que,

No modelo teórico sistêmico, o Estado Democrático de Direito pode ser definido, em princípio, como relevância da distinção entre lícito/ilícito para o sistema político. Isso significa que todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> Id. p. 87.

<sup>70</sup> NEVES, Marcelo. 2006, p. 85, *Op cit.*

<sup>71</sup> Id. p. 91.

<sup>72</sup> Id. p. 90.

<sup>73</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 586, *Op cit.*

<sup>74</sup> NEVES, Marcelo. 2006, p. 89, *Op cit.*

Assim é que, para Luhmann, “Fazer política significa decidir politicamente qual o direito deve ser direito vigente”<sup>75</sup>, sendo a legislação “o lugar de transformação de política em direito e como lugar de delimitação jurídica da política”<sup>76</sup>. Isso porque, com o positivismo, a política pôde aceitar a equiparação sistêmica com o Direito, já que “o direito, visto do sistema político, é um instrumento que possibilita a realização de fins políticos.”<sup>77</sup>

Em síntese, necessário se afastar o entendimento do Estado moderno como produto de uma racionalidade absoluta, eis que se trata, em verdade, de “uma organização da política, devendo considerar a lei não como a expressão da vontade e liberdade, mas como a estrutura de um sistema social que se liga ao tempo.”<sup>78</sup> Realmente, ele “funciona como um esquema a tornar possível definir duas perspectivas *de sentido contrário* como uma *unidade* e celebrá-la como uma conquista da civilização: suspensão jurídica do poder político e a instrumentalização política do direito.”<sup>79</sup>, expressando, assim, “uma relação recíproca e parasitária entre política e direito.”<sup>80</sup>.

### 1.3 O positivismo jurídico como chave do sucesso do estado moderno:

A diferenciação do sistema do direito, assim como a de todos os demais subsistemas da sociedade, só foi possível com a substituição da pré-modernidade social, consubstanciada na verticalização (hierarquia) e na estratificação, pela concepção de Estado moderno<sup>81</sup>. Nesse sentido, o positivismo foi a chave encontrada pelo Estado moderno para encerrar uma longa fase em que o direito estava fragmentado/descentralizado e submisso aos poderes do soberano e de outros personagens que compunham o ápice da pirâmide social.

De fato, no contexto pré-moderno, em que o direito natural vétero-europeu, que, por suas elevadas e inabaláveis virtudes, especialmente voltadas à igualdade e à justiça, dispensava, inclusive, justificativas de validade, era impossível cogitar de diferenciação funcional ou autonomia do sistema do direito.

<sup>75</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 569, *Op cit.*

<sup>76</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 573/574, *ibidem.*

<sup>77</sup> Id. p. 569.

<sup>78</sup> Tradução livre para: “*Debemos pensar entonces al Estado no como algo racional sino como organización de la política, y debemos considerar al derecho no como la expresión de la voluntad y de la libertad sino como la estructura de un sistema social que vincula al tiempo.*” (DI GIORGI, Reffaele. **Los derechos fundamentales en la sociedad moderna** Presentación y Ed. de Javier Espinoza de los Monteros México, 2015. p. 141).

<sup>79</sup> Id. p. 565 (itálico no original)

<sup>80</sup> Id. 571.

<sup>81</sup> NEVES, Marcelo. 2006, *ibidem.*

Isso porque, no contexto da sociedade nobiliárquica estacionária da velha Europa era possível e consistente situar as bases da validade do Direito na natureza<sup>82</sup>, cabendo ao direito a função de manter a estratificação social. A ideia “da natureza como um sistema ordenador razoável, obrigatório e, nessa qualidade, indisponível para a sociedade.”<sup>83</sup> legitimava o direito (natural), que operava “com uma arquitetura de mundo estática e, nesse sentido, com a distinção entre cima e baixo, compreendida como distinção de classe e de qualidade.”<sup>84</sup>. Quer dizer, na pré-modernidade, a estabilização para as possíveis discrepâncias da sociedade, especialmente as diferenças ligadas à divisão do trabalho e à propriedade, tinham respaldo no próprio sistema jurídico, através do direito natural.

Esse modelo perdurou por boa parte da Idade Média, até que, na segunda metade do século XVI, a soberania estatal “passou a significar, em termos políticos, sobretudo o controle político centralizado dos tribunais e a remoção dos direitos feudais, dos direitos da Igreja, bem como de outros direitos corporativos, que se exerciam em jurisdições de direito próprio. (...) isso redundou numa crescente conformidade de legislação”<sup>85</sup>. A partir daí, cogitou-se um “conceito político de lei”<sup>86</sup>. Razão e pensamento sistemático do sujeito passam a atrelar a validade do direito a uma vontade (universal) racional.<sup>87</sup>

Nesse cenário, o positivismo consolidou-se como o único modelo capaz de justificar a unidade do direito, na medida em que utiliza, exclusivamente, argumentos e fundamentos jurídicos para respaldar sua validade. Com isso, auto estabelece-se, desligando-se totalmente dos antecessores ditames do direito natural e da moral. Essa mudança de paradigma foi produzida pelo novo formato do Estado moderno, que não sobreviveria sem a unificação e centralização do direito dentro de um determinado território. Nesse sentido, Luhmann leciona que,

Diante das rápidas e crescentes complexidade e insegurança jurídica daí resultante, o Estado territorial dos primórdios da era moderna via como sua tarefa primordial a unificação do direito vigente no âmbito de suas fronteiras. De acordo com isso, a organização da administração da justiça no sentido de uma unificação e de uma centralização do controle serve à finalidade de sua própria unidade com o Estado.”<sup>88</sup>

---

<sup>82</sup> Id.

<sup>83</sup> VESTING, Thomas. 2015, p. 181, *Op cit.*

<sup>84</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 35, *Op cit.*

<sup>85</sup> Id. p. 548

<sup>86</sup> Id. p. 549.

<sup>87</sup> VESTING, Thomas. 2015, p. 195, *Op cit.*

<sup>88</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 548, *Op cit.*

De fato, com o Estado moderno, o direito assume um caráter técnico-científico, representado pelo positivismo e, assim, pela possibilidade de criação unificada de normas por um órgão central, competente e legítimo, a partir de regras pré-estabelecidas, para serem aplicadas dentro de uma comunidade territorialmente delimitada. Quer dizer, o direito positivo reflete o contrário do direito natural, contrapondo-se àquilo que é imutável, inalterável e não contingencial.

Se direito positivo é o direito vigente e, portanto, válido<sup>89</sup>, tem-se que sua ascensão está estritamente vinculada ao fortalecimento e centralismo estatal, especialmente, no que tange as suas fontes, fundadas na atividade legislativa e na sua legitimação democrática, o que atrai e restringe sua validade “ao *output* de estratégias de *policy* legislativo.”<sup>90</sup>. Realmente, na Europa moderna, introduziu-se a impressão de que a criação do direito havia se transformado em um domínio típico do Estado, sendo a atividade legislativa sua fonte primária<sup>91</sup>. Em outras palavras, por intermédio do positivismo, o poder politicamente sancionado pelo Estado soberano deteria o monopólio do processo de produção do direito. Esse seria o único modelo capaz de solucionar os conflitos sociais de maneira eficaz, ou seja, por uma auto atividade baseada na fundamentação da validade politicamente garantida<sup>92</sup>. Exemplos disso são os Códigos positivistas, tal como o Código Civil Napoleônico do século XIX.

Assim é que, somente com a modernidade e o rompimento da dependência de fontes externas, o sistema jurídico pôde se consolidar. Com efeito, ao gozar de autonomia e tendo como referência apenas as fontes legalmente previstas, fixou-se a ideia de que “não pode haver áreas desprovidas de direito, nem formas de conduta que não possam estar sujeitas a

---

<sup>89</sup> Sobre a validade do Direito, importante ressaltar - ainda que de passagem - a análise produzida por Vesting sobre as teorias de Kelsen, Schmitt e Bockenforde. Diz o ator que Kelsen, afastando-se de conceitos ligados ao poder político e tendo por pano de fundo o positivismo, apresenta uma teoria normativa de validade do Direito, baseada na teoria da norma fundamental (dever-ser). Como bem sintetiza Vesting, a ideia é que “A validade da norma dever-ser (*Soll-Norm*) (...) é, antes, um valor intrínseco (...) que é colocado no ápice do sistema pela norma fundamental e, a partir dali, pode ser passado, em cada operação, através de todos os níveis do sistema.”. Já Schmitt fundamenta sua teoria na questão da validade do direito encontra fundamento numa decisão, qual seja, a decisão do poder constituinte (*pouvoir constituant*), que representava uma “decisão global sobre o tipo e a forma da unidade política de uma soberania que estava dentro e fora do Direito ao mesmo tempo.”. De fato, “o poder constituinte era um poder constituidor fundado na constituição, que, em primeiro lugar e acima de tudo, criava as condições extralegais de toda a legalidade para além de todas as autovinculações e forma jurídicas.”. Por fim, há a teoria democrática que se apega aos processos e disposições previstas na Constituição para se encontrar a validade do Direito. Para essa teoria, o poder não se encontra no Estado ou no soberano, mas no legítimo exercício da democracia pelo povo. Vesting, contudo, critica todas as teorias baseadas no aspecto político, “na medida em que a multiplicidade dos ambientes do sistema jurídico que influenciam a validade de suas estruturas não pode ser reduzida à atividade legisladora da política.” (VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP: linha direito comparado. p. 176/180).

<sup>90</sup> Id. p. 202.

<sup>91</sup> Id. p. 173.

<sup>92</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 552, *Op cit.*



regulamentação jurídica, tampouco enclaves de arbitrariedade não regulamentada e de atos de violência”<sup>93</sup>.

Com o positivismo, o sistema do direito adquiriu a capacidade de subordinar a decidibilidade ao fechamento ou autonomia operacional<sup>94</sup>, experimentando, assim, uma verdadeira diferenciação funcional, autonomia e conseqüente autopoiese. Isso porque

A capacidade de aprendizagem (dimensão cognitivamente aberta) do direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao ambiente complexo e “veloz”. O fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu ambiente, exigindo a “digitalização” interna de informações provenientes do ambiente. A diferenciação do direito na sociedade não é outra coisa senão o resultado da mediação dessas duas orientações.<sup>95</sup>

#### 1.4 A constituição como acoplamento estrutural

Apesar de suas bases terem sido inicialmente lançadas na experiência inglesa da *Magna Charta*, em 1215, as Constituições políticas somente vigaram ao final das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII<sup>96</sup> e as promulgações ocorridas nos EUA (1787) e na França (1791). Realmente, nesse interstício, o Estado ‘percebe’ a necessidade de fomentar um instrumento capaz de, ao mesmo tempo, separar e reunir a política e o direito, até então sobrepostos numa mesma semântica. Essa inquietude chega ao ápice no final do século XVIII, quando as revoluções liberais, francesa e americana, extinguíram totalmente o modelo estanque de estratificação social. Nesse momento, o Estado, com apoio no positivismo, consegue revelar a diferenciação e a interdependência que há entre os sistemas político e jurídico, possibilitando o aparecimento das Constituições na sua forma moderna. Como explica Ricardo Campos, lembrando as lições de Reinhart Koselleck, nesse período “ocorre uma cisão na dimensão temporal entre espaço de experiência e horizonte de expectativa, onde

<sup>93</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 566, *ibidem*.

<sup>94</sup> NEVES, Marcelo. 2006, *Op cit*.

<sup>95</sup> Id. p. 82.

<sup>96</sup> Historicamente, alguns documentos precedentes deram respaldo a esse novo modelo, como a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679, o *Bill of Rights* de 1689, *Act of Settlement* de 1701, entre outros.

conceitos incorporam a seus significados num momento de dinâmica ocasionado pela profunda transformação social.”<sup>97 98</sup>

Surgiu, assim, aquilo que se costuma denominar de constitucionalismo moderno, clássico ou liberal, representando a “primeira sistematização coerente do Estado de Direito.”<sup>99</sup>, o qual, não é, nem objeto de regulação, nem pressuposto ou condição para o surgimento das Constituições modernas, mas, sim, uma realidade constitucionalmente construída, que se apartou da sociedade. Com isso, as Constituições liberais modernas passaram a, concomitantemente, instituir o poder político desvinculado do soberano e independente das demais fontes sociais. Por esse prisma, representariam um

instrumento de governo (*instrument of government*), como o estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, do Estado. É através da Constituição, compreendida como organização e limitação do poder político, que se justifica o Estado, que, legitimado pelo Direito e pelo regime representativo, passa a ser concebido como Estado de Direito, como Estado Constitucional.<sup>100</sup>

Nessa perspectiva liberal, a Constituição é a Lei Fundamental do Estado, quer dizer, o conjunto de normas jurídicas que regula “a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.”<sup>101</sup>. Seu núcleo material está constituído pela “noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns

---

<sup>97</sup> CAMPOS, Ricardo. **A metamorfose do direito global para uma genealogia do direito além do estado nacional no limiar do século XIX**. In: Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas. Coordenação Pedro Fortes, Ricardo Campos, Samuel Barbosa./ 1ª edição./ Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 181.

<sup>98</sup>Seguindo esse entendimento, Darrieux explica que “Então, temos como contexto histórico sociopolítico, um ambiente no qual mudanças de uma sociedade tradicional, com base na vida comunal onde o simples fato de pertencê-la era razão suficiente para que moralmente o indivíduo tivesse o seu sustento ou proteção social garantidos, para uma capitalista na qual o risco da privação material é uma constante e o interesse individual passou a se sobrepor ao comunal devido à lógica da divisão do trabalho e ao enfraquecimento de laços tradicionais de identidade e comunidade. (...) Nesse cenário, a sociedade não mais garantiria as funções e subsistência de um indivíduo por questões de status social, nascimento etc. (DARRIEUX, Rodolfo Scotelaro Porto. **A constituição e o papel do Estado na modernidade nas concepções de Émile Durkheim e Max Weber o processo socio-histórico e o controle social em perspectiva comparada**. Instituto de Estudos Sociais e Políticos – IESP/UERJ. Revista Eletrônica de Ciência Política v. 10, n. 1 (2019), 77-90 DOI: 10.5380/recp.v%vi%i.58439 <https://revistas.ufpr.br/politica/> ISSN: 2236-451X. p. 78).

<sup>99</sup>FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; LIMA, Renata Albuquerque. Teoria constitucional em mutação: perspectivas do constitucionalismo contemporâneo frente aos desafios da globalização e transnacionalidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 118-141, Set.-Dez., 2017 - ISSN 2238-0604 [Received/Recebido: Out. 03, 2016; Accepted/Aceito: Mar. 30, 2017] DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1585>. P. 122.

<sup>100</sup>CANTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**, 1ª ed. Belo Horizonte: *Initia Via*, 2012. p. 74

<sup>101</sup> DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 38.

direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes.”<sup>102</sup>. De fato, já o artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, previa que uma sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui, de fato, uma Constituição. Suas três características essenciais são, portanto: a) submissão ao império da lei; b) divisão de poderes; e, c) enunciado e garantias dos direitos individuais.<sup>103</sup>

Com efeito, condensando as ideias de Locke e de Montesquieu, as Constituições de matriz político-liberal impuseram a separação dos poderes como “um dos grandes princípios da organização política (...) em que se atribuem a órgãos (*corps*) estatais distintos poderes, dentro de um sistema de controles recíprocos”<sup>104</sup>. Trata-se de condição imprescindível para a manutenção do Estado moderno, que não convive com a concentração do poder, razão pela qual necessita reparti-lo entre pessoas distintas, “assegurando-se a liberdade política, finalidade derradeira de toda essa arquitetura organizacional.”<sup>105</sup>

De outra banda, a Constituição promove a proteção contra abusos e/ou arbítrios do poder político, constringendo-o em favor da garantia de direitos individuais de liberdade e de igualdade. Apenas a lei, como “expressão da vontade geral”<sup>106</sup>, teria o condão de impor limites e deveres aos cidadãos, eis que aprovada pela maioria dos representantes do povo. Essa nova visão surgiu com tamanha força, que, inicialmente, o positivismo e sua legitimação com base na representatividade popular do Poder Legislativo subjugarão, inclusive, as normas constitucionais. Somente nos pós-guerras mundiais, esse quadro se reverteu e elas alcançaram envergadura superior dentro do ordenamento jurídico.

Esse fenômeno ocorreu especialmente na Europa, onde um novo posicionamento foi tomado, passando as normas constitucionais a desfrutarem de uma efetiva proteção. A supremacia legislativa ordinária foi substituída pela soberania do poder constituinte originário, que tem na Constituição sua expressão escrita, elevando-se, subordinante, sobre os demais atos do Estado<sup>107</sup>. Passou-se a adotar a “assertiva de que as instituições estatais são criadas pela Constituição, dela recebendo a sua autoridade, como a máxima de que o

---

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 46.

<sup>103</sup> DA SILVA, José Afonso. 2004. p. 112/113, *Op cit.*

<sup>104</sup> CANTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. 2012. p. 74, *Op cit.*

<sup>105</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na Jurisdição Constitucional**. Pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites. Tese De Doutorado (Linha De Pesquisa Do Programa De Doutorado Da UnB - Constituição, Processo e Teoria Constitucionais, Direitos Fundamentais) Orientador: Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes. junho de 2008. p. 27.

<sup>106</sup> Art. VI, Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

<sup>107</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. P. 28, 2008, *ibidem*.

desempenho de toda a autoridade pública somente se legitima quando conformado à Constituição.”<sup>108</sup>

Seguindo essa linha, apenas o poder constituinte derivado, formal e legitimamente estabelecido, poderia produzir normas de cariz constitucional, e desde que obedecesse às competências, vedações e procedimentos declinados na própria Carta Política. Da mesma forma, a supremacia da Constituição condicionou a validade de toda a produção legislativa infraconstitucional aos seus ditames. Por essa razão, pela Constituição, os Poderes estatais, direta ou indiretamente, deteriam o monopólio total da produção normativa do direito dentro do território nacional, bem como teria exclusividade na sua execução e na resolução dos conflitos.

Em síntese, Barroso afirma que

O êxito desse percurso constitucional, umbilicalmente ligado à proteção dos direitos fundamentais, sedimenta-se em ter conseguido oferecer legitimidade pela soberania popular na formação da vontade nacional; limitação do poder pela repartição das funções estatais; e respeito aos direitos fundamentais com a incorporação à Constituição material das conquistas sociais e políticas acumuladas no patrimônio da humanidade<sup>109</sup>

Ocorre que, se para a dogmática clássica, a Constituição é “um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado”<sup>110</sup>, dando, ainda, “uma limitação jurídica ao governo”<sup>111</sup>, para a teoria sistêmica da sociedade, trata-se de um “produto e fator da diferenciação funcional entre política e direito como subsistemas sociais.”<sup>112</sup>, que atua na forma de um acoplamento estrutural<sup>113</sup> respeitador da autonomia interna de cada sistema participante e promotor da acessibilidade entre eles na forma de um vínculo inter sistêmico horizontal. Mas como isso funciona?

Como já observado nesse trabalho<sup>114</sup>, é impossível que haja comunicação direta entre os sistemas operacionalmente fechados da sociedade e seus ambientes. Todavia, isso não significa que os sistemas sejam indiferentes um para os outros. Até porque, se assim fosse, não haveria razão para se falar em diferença ou em diferenciação<sup>115</sup>. Na verdade, existem claras e permanentes irritações, perturbações e acirramentos entre os sistemas e seus

<sup>108</sup> Id. p. 49.

<sup>109</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, 2001. p. 18.

<sup>110</sup> LUHMANN, Niklas. 1990, p. 4, *Op cit.*

<sup>111</sup> NEVES, Marcelo. 2006. p. 96, *Op cit.*

<sup>112</sup> Id. p. 97

<sup>113</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 604, *Op cit.*

<sup>114</sup> Título 1 – capítulo 1.1.

<sup>115</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 589, *Op cit.*

ambientes. A relevância desses estímulos ambientais, porém, somente se revela quando eles são compreendidos pelo sistema, ou seja, somente interessa ao sistema aquilo que repercute internamente. Para isso, são utilizados acoplamentos estruturais, mediante os quais ruídos do ambiente, após uma identificação inicial, passam pelo crivo da seleção, sendo reforçados ou eliminados.

Os acoplamentos estruturais acontecem “quando um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, nele confiando estruturalmente”<sup>116</sup>, sendo “uma forma constituída de dois lados – em outras palavras, uma distinção. O que inclui é tão importante quanto o que exclui. As formas de acoplamento estrutural são, portanto, restritivas e assim facilitam a influência do ambiente sobre o sistema.”<sup>117</sup>. Sem se desvincular do fechamento operativo, o acoplamento estrutural promove a necessária abertura cognitiva do sistema, que se apresenta como

A capacidade de vincular novas operações àquelas lembradas e vincular novas operações àquelas lembradas; pressupõe que através do esquecimento as capacidades do sistema sejam liberadas, embora também que novas situações possam levar a recorrer seletivamente a condensações de operações anteriores<sup>118</sup>.

Realmente, os “sistemas sociais são cognitivamente abertos, porque, devido à peculiaridade de sua operação (comunicação), eles dão sentido aos ruídos vindos do seu ambiente; e são fechados, porque esse sentido é dado por uma operação que só pode ser produzida pelo próprio sistema.”<sup>119</sup>. Por esse motivo, diz-se que os sistemas autopoieticos são operativamente fechados e cognitivamente abertos.

A Constituição de perfil liberal, patrocinada pelo Estado-nação, é percebida como um acoplamento estrutural que permite “o direito positivo se converter num meio de conformação política, assim como o direito constitucional se tornar instrumento jurídico para a implantação de uma disciplinarização política.”<sup>120</sup>. Essa dinâmica constitucional promove um incremento da irritação recíproca entre os sistemas da política e do direito, de onde não se produzem maiores traumas em razão de seus respectivos fechamentos operacionais. Ou seja,

---

<sup>116</sup> Id. p. 591

<sup>117</sup> Id. p. 591.

<sup>118</sup> Tradução livre para “facultad de enlazar nuevas operaciones a las recordadas; presupone que mediante el olvido se liberan capacidades del sistema, aunquetambién que nuevas situaciones pueden llevar a recurrir selectivamente a condensaciones de operaciones passadas” (LUHMANN, Niklas *La sociedade de la sociedade*, Título enalemán: *Die Gesellschaft der Gesellschaft* Traducción: Javier Torres Nafarrate bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla, y estilístico de Marco Ornelas Esquinca y de Rafael Mesa Iturbide. 1a. Edición española, 2006. p. 90).

<sup>119</sup> QUEIROZ, Marisse. p. 84-85, *Op cit.*

<sup>120</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 631, *Op cit.*

o acoplamento estrutural constitucional possibilita uma acessibilidade duradoura entre dois sistemas participantes, através de trocas, influências, interferências e filtragens. Isso ocorre porque os sistemas “observam com particular atenção e ativação de sua memória os setores do ambiente aos quais se encontram acoplados.”<sup>121</sup>. Há, assim, altas chances de aprendizado, mas sempre mantendo a obrigatoriedade de que as interpretações frutos desse acesso sejam realizadas internamente. Para Corsi, a moderna Constituição do Estado

é, mais que um vínculo, um fator de liberdade: o valor político das operações jurídicas e o valor jurídico das operações políticas concentram-se, apenas, na referência à Constituição, que estabelece, por sua vez, os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito. (...) A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política.<sup>122</sup>

A Constituição promovida pelo Estado (pós-século XVIII, Estado Constitucional) possibilitou a ambos os sistemas da política e do direito, além de acelerarem suas dinâmicas, um maior grau de liberdade, na medida em que garantiu que as influências entre esses sistemas somente aconteceriam pelo estreito caminho por ela traçado. Paradoxalmente, promoveu o desfrute de uma ampla possibilidade de irritações e estímulos promovidos, respectivamente, pelo sistema que forma o ambiente de cada um. A *Constitution*<sup>123</sup> consegue, assim, concomitantemente, alinhar uma zona de limitação clara com um enorme incremento de irritabilidade recíproca<sup>124</sup>. Na forma de garantias constitucionais, o Estado Constitucional simbolizava a auto imunização da política.<sup>125</sup>

Contudo, para que essa performance aconteça, é preciso abandonar a concepção muitas vezes defendida pelo constitucionalismo liberal clássico de que há uma relação hierárquica entre política e direito. Isso porque, se a Constituição é uma instituição que pertence, simultaneamente, a esses dois sistemas, promovendo pontes entre eles, não cabe

<sup>121</sup> LUHMANN, Niklas. 1990, p. 30, *Op cit.*

<sup>122</sup> CORSI, Giancarlo. n.º 39, 2001, p. 173, *Op cit.*

<sup>123</sup> Luhmann lembra que para a “*jurisprudence, constitutivo* refere-se a decretos de direito positivo com força de lei, ou ao que em inglês pode ser chamado de *ordinance* ou *statute*. Na linguagem política, *constitutio/constitution* é a constituição corpórea quer do homem singular, quer do corpo político.” (LUHMANN, Niklas. **A constituição como aquisição evolutiva**. Tradução realizada a partir do original (“*Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*”). In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“*La costituzione comeacquisizione evolutiva*”). In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 9 dez. 2013. p. 178).

<sup>124</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 632, *Op cit.*

<sup>125</sup> Tradução livre para “Bajo la forma de garantias constitucionales el Estado de derecho simbolizaba la autoinmunización de la política. (DI GIORGI, Raffaele. **Los derechos fundamentales em la sociedad moderna**. Presentación y Ed. de Javier Espinoza de los Monteros México, 2015. p.140)

mais qualquer verticalização, mas, sim, uma heterarquia. Apenas sob essa condição de paridade, não-congruência, tolerância e respeito de limites sistêmicos, o acoplamento estrutural da Constituição do Estado Nacional pode cumprir seu papel. Luhmann deixa isso bastante claro ao afirmar que

O sistema jurídico, graças a esse acoplamento, tolera um sistema político que tende para o Estado regulador e que não deixa passar o que possa submeter as suas próprias operações. Também o sistema político, graças a esse acoplamento, tolera um sistema jurídico que dá curso continuamente a processos próprios, protegidos da interferência política logo que a questão direito / não-direito, lícito / ilícito, se apresente.

A heterarquia entre o sistema jurídico e sistema político proporcionada pelo acoplamento estrutural representado pela Constituição passa, portanto, pela inafastável diferenciação funcional, que impede o controle de um sistema pelo outro. Nessa perspectiva, a Constituição moderna conseguiu solucionar o problema da autorreferencialidade<sup>126</sup> dos sistemas político e jurídico, na medida em que seu sentido muda de acordo com o observador<sup>127</sup>. Quer dizer, “para o sistema jurídico, é uma lei suprema, uma lei fundamental; para o sistema político, é um instrumento político no duplo sentido da política instrumental (modificadora de decisões) e de política simbólica (não modificadora de situações).”<sup>128</sup>.

De mais a mais, pensar a Constituição como um acoplamento estrutural significa a busca por um caminho menos tormentoso em direção à influência e à adaptação entre sistemas acoplados. E isso se reflete na conclusão de que “os conteúdos normativos dos textos constitucionais não podem ser arbitrariamente escolhidos.”<sup>129</sup> De fato, o sentido constitucional não é fixo. Ele invariavelmente muda aleatoriamente, sem causa específica. Não depende apenas da lente de seu observador ou do transcurso do tempo. Na verdade, pode mudar por causas sistêmicas internas ou por reflexos de seu ambiente. Todavia, sempre ocorre em direção a uma estabilização, que surge ao final do trajeto do “complexo mecanismo de variação-seleção-estabilização”<sup>130</sup>. Por essa razão,

a política é levada a se confrontar com problemas decisórios que não mais podem ser reconduzidos ao velho paradoxo da soberania, mas ao contrário às condições externas da comunicação social; que também o direito será

<sup>126</sup> Existem momentos, entretanto, que outro fenômeno se revela: a hetero-referenciabilidade, que acontece quando, por exemplo, o sistema político busca solução para seus próprios problemas de referencialidade no sistema do direito, através da Constituição, e vice-versa.

<sup>127</sup> De forma análoga, o Estado pode ser definido, a um só tempo, como uma organização, pelo sistema do direito, ou tão somente como uma pessoa jurídica, para o sistema do direito.

<sup>128</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 641, *Op cit.*

<sup>129</sup> LUHMANN, Niklas. 1990, p. 207, *Op cit.*

<sup>130</sup> LUHMANN, Niklas. 1990, p. 208, *ibidem.*

exposto a esta pressão e não mais poderá ser simplesmente concebido como regulamentação de conflitos, mas impregnado para a produção de comportamentos específicos.<sup>131</sup>

Desse modo, a Constituição do Estado moderno é o acoplamento estrutural que representa o resultado de um desenvolvimento evolutivo, ou seja, uma aquisição evolutiva, que “cumprir sua função unicamente sob o pressuposto da diferenciação funcional e do fechamento operativo dos sistemas político e jurídico.”<sup>132</sup>. Realmente, o escopo inicialmente pensado para a Constituição moderna era de, a um só tempo, enquadrar juridicamente os órgãos do Estado, especialmente o Parlamento, às possibilidades nela prevista, e ainda assumir uma postura hierarquizada sobre todas as demais searas “ordinárias” do direito, na medida em que funcionaria como um filtro de conformidade de todo o ordenamento jurídico. Para isso, tem-se que aceitar a Constituição também como um texto autológico, isto é, “um texto que se propõe ser parte do direito”<sup>133</sup> e que possui uma primazia interna auto atribuída. No embate Direito constitucional/Direito não-constitucional, o brocardo “*lex posterior derogat legi priori*” perde, portanto, significado.

Com efeito, a criação ou alteração do direito pelo Poder Legislativo já não lhe garante automática licitude, validade. O direito passa a experimentar outra forma contingencial, qual seja, a ilicitude pela (in)constitucionalidade. “O Direito possui agora, portanto, um mecanismo garantido pela auto isenção de declarar a si mesmo juridicamente improcedente.”<sup>134</sup>. Nessa assimétrica relação entre a Constituição e o outro sistema, autorreferencial e operativamente fechado, do direito, cabe àquela a interrupção do regresso infinito na resposta à questão da fundação e, assim, firmar a ideia de que o direito é a unidade da diferença de dois tipos de texto: o direito constitucional e o outro direito<sup>135</sup>. Por isso, Neves aduz que

A normatividade constitucional fixa os limites da capacidade de aprendizado do direito. Estabelece como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua identidade/autonomia. (...) Ou seja, a Constituição configura-se como o mecanismo mais abrangente de controle da auto-reprodução jurídica e de filtragem às influências do ambiente no direito enquanto sistema autopoiético.<sup>136</sup>

---

<sup>131</sup> Id. p. 214.

<sup>132</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 642, *Op cit.*

<sup>133</sup> Id. p. 634.

<sup>134</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 637, *ibidem.*

<sup>135</sup> LUHMANN, Niklas. 1990, pp. 176 a 220, *Op cit.*

<sup>136</sup> NEVES, Marcelo. 2006, p. 100-101, *Op cit.*



Importante, ainda, perceber que, para a teoria dos sistemas sociais, é equivocada a ideia de que a Constituição moderna expressa posições fechadas e definitivas sobre seu conteúdo normativo, que foram talhadas pela vontade e capacidade de realização política inaugural de poder constituinte. Na verdade, essa concepção de viés puramente político precisa ser substituída por uma análise das pré-condições de autopoiesis referencial<sup>137</sup> e, com isso, afastar a perspectiva de que os desejos políticos do poder constituinte original seriam capazes de persuadir, indefinidamente, todos os âmbitos racionais da sociedade. Ao contrário,

mediante as constituições e o esvaziamento semântico dos seus valores, o Direito moderno neutraliza o passado, expondo-se, desta forma, à dependência de um futuro que - exatamente enquanto tal - é imprevisível e ignorado. Não causa surpresa, neste sentido, a intenção de se vincular o futuro mediante as constituições, transformando estas em uma "acumulação preventiva de futuro"<sup>138</sup>.

### **1.5 A crise do modelo constitucional moderno e a nova questão constitucional: globalização, hipercomplexidade e a constitucionalização para além do estado-nação**

Como se anotou acima, as Constituições liberais surgiram com a queda no *ius publicum europeum*, sendo um produto da modernidade (*Neuzeit*). Elas partiram do pressuposto de que deveria existir uma separação, supostamente necessária, entre Estado e sociedade; entre público e privado. Esse formato serviria para, concomitantemente, instituir o poder político independente das demais fontes sociais e desvincula-lo do soberano. Assim foi que, sob a égide da separação dos poderes, as Constituições nasceram como um artifício de caráter universal, revelador da vitória do direito positivo sobre o direito natural.

De fato, sob um prisma dogmático, a Constituição é o instrumento que marca a vitória do direito positivo sobre o direito natural. É o formato pelo qual o poder político se submete e se vincula completamente às regras claras e postas acerca da organização e estrutura do Estado, dos procedimentos necessários para o desenvolvimento do processo legislativo e garantias fundamentais do cidadão. A ideia por detrás da Constituição remete a uma evolução civilizatória, que culminou com o surgimento do Estado democrático de direito.

Em outras palavras, a Constituição moderna caracteriza-se, especialmente, pela centralização de poder na figura do Estado, que o exerce num espaço geográfico

<sup>137</sup> Id.

<sup>138</sup> CORSI, Giancarlo. n.º 39, 2001. p. 181, *Op cit.*

territorialmente delimitado por suas fronteiras e contra o qual se garantem direitos fundamentais de viés individual-subjetivo. Além disso, ao Estado destina-se o monopólio da produção normativa, construindo-se, assim, um ordenamento jurídico hierarquizado/verticalizado.

Com efeito, independentemente de algumas divergências, os constitucionalistas clássicos, tais como Kelsen<sup>139</sup>, concordam que as Constituições estão necessariamente vinculadas à figura de um Estado-nação, territorialmente delimitado, que, além de se auto compor e auto organizar, condensa todo o poder político e detém a exclusividade na produção de normas jurídicas em sentido estrito. Essa perspectiva de matriz teórica analítica<sup>140</sup> foi traduzida pela lente sociológica de Teubner da seguinte forma:

as constituições estatais do liberalismo sabidamente reivindicam para si uma função dupla: a fundação constitutiva (Konstituierung) do poder político e sua limitação em um Estado de Direito. Autofundação constitutiva (Konstituierung) não significa apenas postular as normas organizacionais para as operações políticas, mas também que o poder político se torna independente frente às fontes sociais de poder.<sup>141</sup>

Realmente, pelo ângulo da sociologia constitucional, as constituições modernas foram uma “reação à diferenciação (moderna) entre Direito e Política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania política e o problema da positivação (autodeterminação) do Direito.”<sup>142</sup>.

Soberania, poder político e positivismo são, de fato, importantes fatores para se analisar o constitucionalismo. Tanto que Gardbaum<sup>143</sup>, tendo a soberania como lente de observação, identifica quatro estágios da história do constitucionalismo. Na fase pré-constitucionalista, a soberania estava identificada de forma indivisível e absoluta no próprio soberano-monarca (*l'état, c'est moi*). Já no segundo momento, pós-revoluções do século XVIII, o pensamento constitucionalista já consegue evoluir para a soberania popular, ou seja, aquela que é delegada pelo povo a seus representantes, dos quais se pode exigir certos limites morais e/ou políticos no exercício do poder. Na sequência, o constitucionalismo impõe limites ao exercício do poder pelo soberano, especialmente, pela legalização de direitos fundamentais, inclusive os de conotação social, que, frequentemente, passam ser

<sup>139</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>140</sup> ROCHA, Leonel Severo. 2005, *Op cit*.

<sup>141</sup> TEUNER, Gunther. 2020, p. 68, *Op cit*

<sup>142</sup> CORSI, Giancarlo. n.º 39, 2001. p. 173, *Op cit*.

<sup>143</sup> GARDBAUM, Stephen, **Human Rights and International Constitutionalism** (2009). Ruling the world? Constitutionalism, international law and global government, Jeff Dunoff and Joel Trachtman, eds., Cambridge University Press, 2009, UCLA School of Law Research Paper No. 08-01, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1088039>. Acesso em 14/10/2020.

judicializados. Nesse formato, contudo, os limites e mecanismos de fiscalização são produzidos e têm eficácia apenas interna (constitucionalismo doméstico). No quarto momento do constitucionalismo, essas barreiras territoriais são ultrapassadas e o exercício do poder político e do respeito aos direitos fundamentais passam a ser impostos pelo direito internacional, sendo interpretados e aplicados, também, por atores privados e estatais internacionais. Trata-se de um constitucionalismo global.

Como se anotou, na visão da teoria sistêmica de Luhmann, a Constituição moderna representa uma aquisição evolutiva originada do acoplamento estrutural, exclusivamente, entre os sistemas sociais da política e do direito, razão pela qual o autor defende que Estado-nação é elemento indispensável no processo de constitucionalização.

Contudo, assim como aconteceu no período das grandes revoluções burguesas do século XVIII, o pós-segunda guerra mundial inicia um período de elevada pressão interna da sociedade, exercida por movimentos de alta complexificação e diferenciação, que se intensificaram com a consolidação da globalização. De fato, com a icônica queda do muro de Berlin, encerrou-se uma fase “*pós-imperial de construção estatal*”<sup>144</sup> e de amadurecimento do direito internacional, ambos iniciados no pós-segunda guerra mundial. O mundo já não possuía barreiras geográficas intransponíveis e experimentava, pela primeira vez, um ciclo de transformações razoavelmente homogêneas, com a afirmação de instituições internacionais e transnacionais que alcançavam protagonismo a nível mundial. Enfim, a aldeia global<sup>145</sup> passou a ter um único público e uma sociedade civil mundial que professa uma mesma cultura racional, antes destinada apenas ao ocidente.

Todavia, de forma paradoxal, o processo de globalização também dá início ao enfraquecimento dos modelos estatais territorialmente delimitados, pois “a conclusão das mudanças revolucionárias do século XX (...) coincide com a globalização da ordem institucional básica da até então rudimentar integração normativa da sociedade mundial”<sup>146</sup>. Nesse amplo horizonte, as fraturas da sociedade passam a ser expostas sob a luz de holofotes transnacionais. A globalização encerra o estado de latência das constituições parciais sociais.

A essa altura, tanto o conceito clássico de Constituição moderna, baseado no centralismo político estatal, sua exclusiva repercussão territorial e o monopólio na produção normativa, quanto à exclusividade sustentada por Luhmann de um acoplamento estrutural

---

<sup>144</sup> BRUNKHORTS, Hauke. **Rumo a uma nova ordem global**: vinte anos após 1989 e além. In: RBCS, vol. 26, n. 77 out. 2011, pp. 25-30. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092011000300004](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000300004). Acesso em: acesso em 12/05/2020

<sup>145</sup> termo foi usado pela primeira vez pelo literato e filósofo canadense Marshal McLuhan, ainda nos anos 1960, na obra “A Galáxia de Gutenberg” (1962).

<sup>146</sup> BRUNKHORTS, Hauke. 2011, p. 26, *ibidem*.

entre sistemas da política e do direito, entram em crise. É necessário, pois, um reposicionamento conceitual<sup>147</sup>.

De fato, as Constituições do Estado-nação não conseguiram acompanhar as dinâmicas dos movimentos dos setores sociais autônomos, especialmente os de racionalidades cognitivas, tais como a ciência, os meios de comunicação em massa (v.g. *internet*) e, principalmente, a economia, que, por intermédio do capitalismo, opção dominante no pós-1989, avança de forma predatória sobre os demais setores sociais. Como alerta Brunkhorst<sup>148</sup>:

O novo e consideravelmente fragmentado sistema constitucional da sociedade mundial inclui o poder administrativo do sistema de Estados, mas está longe de retomar o controle do capitalismo sistêmico global (turbocapitalismo global). Ao que tudo indica, parece que, desde 1989, quando o Estado nacional democrático alcançou todo o globo, o capitalismo triunfou sobre a democracia.

Há um visível atraso no ritmo com que o acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito consegue absorver o aumento exponencial das complexidades dos setores sociais autônomos, entregando, assim, respostas ineficazes e/ou intempestivas. Isso faz com que, por exemplo, grandes corporações multinacionais dedicadas ao comércio internacionais, além de associações e outras instituições privadas passem a construir suas próprias regras de conduta e governança. Quer dizer, os setores sociais autônomos, inicialmente a economia, promovem uma auto normatização social, que passa a conviver com a produção normativa dos Estados nacionais. De outra banda, desvinculam-se da arena judicial como espaços destinados à solução de seus conflitos, privilegiando métodos e procedimentos próprios de resolução.

Esse momento é simbolicamente representado pela queda do muro de Berlin, instante a partir do qual se escancararam as possibilidades de interação dos diversos ramos sociais autônomos, potencializando seus relacionamentos e, conseqüentemente, suas colisões e conflitos, marcas de uma hipercomplexidade que impregna a sociedade globalizada. A aldeia global não possui mais as correntes que outrora deixavam os regimes sociais parciais em estado de latência. Ao contrário, a fragmentação da sociedade moderna em inúmeros setores sociais autônomos ganhou velocidade e profundidade com a globalização, ou, como prefere Di Giorgi, o sistema totalizado da sociedade moderna<sup>149</sup>.

<sup>147</sup> TEUNER, Gunther. 2020, p. 51, *Op cit.*

<sup>148</sup> BRUNKHORTS, Hauke. 2011, p. 28, *Op cit.*

<sup>149</sup> DI GIORGI, Reffaele **Los derechos fundamentales en la sociedad moderna**. Presentación y Ed. de Javier Espinoza de los Monteros México, 2015. p. 148.

Realmente, com a globalização, aprofundaram-se as alterações das dinâmicas internas de todos os sistemas parciais da sociedade, especialmente, os político e jurídico. Com isso, houve a libertação das energias internas dos subsistemas sociais, tais como a ciência, a economia, o direito, a religião, etc., das invisíveis amarras que lhes amordaçavam suas diferenciadas estruturas e funções. É um “processo policêntrico, no qual diversos âmbitos vitais superam seus limites regionais e constituem, respectivamente, setores globais autônomos”.<sup>150</sup> A relevância dessa ruptura provocada pela globalização imensurável,

Na medida em que esferas funcionais (...) se desdobram autonomamente, elas rompem as limitações dos territórios sociais às quais todas estão inicialmente sujeitas. Dessa forma, todo sistema parcial estabiliza, não só limites intrassociais frente a outros sistemas sociais, mas exige um outro dimensionamento da sociedade, ampliando seus limites, a partir da perspectiva abstrata de sua função específica e da lógica própria de sua autopreservação e do seu desenvolvimento autônomo.<sup>151</sup>

Portanto, pelo prisma da contemporânea teoria dos sistemas sociais, é inadmissível uma restrição de alcance de seus subsistemas funcionais autônomos a uma jaula com grades territoriais, na medida em que possuem caráter universal e, assim, alcance global. Apenas na modernidade, em que os Estados-nação emergiram com muita força, foi possível se aceitar uma “coincidência” entre as fronteiras territoriais e os limites de abrangência dos sistemas sociais diferenciados.

Definitivamente, os “Estados individuais tentaram conter a função autônoma divergente de sistemas sob o teto de uma constituição política, tentando combater os efeitos adversos da diferenciação funcional.”<sup>152</sup> Todavia, especialmente a partir do último quarto do século passado, com o amadurecimento da sociedade globalizada, as barreiras territoriais se tornaram cada vez mais obstáculos visíveis à liberação das forças da diferenciação funcional e, conseqüentemente, de sua evolução.<sup>153</sup>

No que tange ao constitucionalismo, parece bastante claro que a globalização provocou efeitos diretos sobre sua visão moderna. O dogma da vinculação da Constituição ao Estado nacional, como verdadeiro traço indisponível do fenômeno constitucional, já não

<sup>150</sup> TEUBNER, Gunther. **La constitucionalización de la sociedad global**. In: El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global. Lima: ARA Editores. 2005. p. 87.

<sup>151</sup> LUHMANN, Niklas, **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: editora tempos brasileiros, 1985. p. 155.

<sup>152</sup> Tradução livre para “states tried to contain the divergent autonomous function systems under the roof of one political constitution, attempting to counter the adverse effects of functional differentiation.” (VERSCHRAEGEN, Gert. **Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State**, 40 R & R 216 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:36:32 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline. p. 220.)

<sup>153</sup> Id.

resiste à incapacidade de apresentar soluções tempestivas para os problemas da sociedade fragmentada. Assim, a ideia de constitucionalidade foi redirecionada para um regime normativo também baseado em expectativas cognitivas. A territorialidade é superada pela diferenciação setorial, reflexo da multidivisão da própria sociedade global. “Na sua forma atual, globalização é sinônimo de uma transformação do princípio fundamental da diferenciação: uma mudança da diferenciação territorial rumo à diferenciação funcional no plano mundial”<sup>154</sup>.

Repudiando a ideia de um constitucionalismo centralizado na figura do Estado-nação, suposto único centro ou unidade de autoridade constitucional, Walker afirma que “A relação entre as ordens jurídicas sociais é agora horizontal em vez de vertical - heterárquico em vez de hierárquico”<sup>155</sup> sendo “possível conceber autonomia sem exclusividade, ou seja, imaginar a autoridade suprema, ou soberania, em termos não exclusivos. Isto é devido ao surgimento de políticas cujas fronteiras impostas não são (ou não meramente) territoriais, mas também setoriais ou funcionais.”<sup>156</sup>. Fechar os olhos para esse quadro, segundo o referido autor, “é tentar forçar pinos quadrados em orifícios redondos e subestimar a extensão e distorcer o caráter da transformação que está em andamento”<sup>157</sup>.

Já Kjaer, mesmo defendendo que a globalização proporcionou a expansão quantitativa e qualitativa do Estado, concorda que ele não possui uma centralidade essencial na sociedade ou um monopólio sobre todas as operações dos segmentos sociais, agindo como uma “fina camada a encobrir formas particulares e locais muito persistentes de ordenamento social, que operam abaixo do Estado”<sup>158</sup>. Para ele,

“mesmo que uma parte maior do globo seja gradualmente caracterizada por um tipo moderno de Estado, em que uma forma limitada, mas generalizada, de poder político é implantada em um terreno territorial, isso não significa que todas as operações sociais no território tenham automaticamente sucumbido ao poder político. O poder político permanece fundamentalmente incapaz de definir ou controlar, por exemplo, crenças

<sup>154</sup> TEUBNER, Gunther. *Op cit*, p. 12.

<sup>155</sup> Tradução livre para “The relationship between social legal orders is now horizontal rather than vertical - heterarchical instead of hierarchical” (WALKER Neil, **The Idea of Constitutional Pluralism**, 65 Mod. L. Rev. 317 (2002). FONTE: Conteúdo baixado da HeinOnline, Data da transferência: Qui 23 Abr 13:57:26 2020. p. 337).

<sup>156</sup> Tradução livre para “it is possible to conceive autonomy without exclusivity, that is, to imagine the supreme authority, or sovereignty, in non-exclusive terms. This is due to the emergence of policies whose boundaries imposed are not (or not merely) territorial, but also sectoral or functional”. (Id. p. 335).

<sup>157</sup> Tradução livre para “is to try to force square pins into round holes and underestimate the extent and distort the character of the ongoing transformation”. (Id. 337).

<sup>158</sup> Tradução livre para “veneer covering up very persistent private and local forms of social ordering, which operate beneath the state.” (KJAER, Poul F. **Transnational Normative Orders: The Constitutionalism of Intra- and Trans-Normative Law**, 20 Ind. J. Global Legal Stud. 777 (2013). FONTE: Conteúdo baixado da HeinOnline Data da transferência: Ter 31 de março 14:32:03 2020. p. 781).

religiosas, a beleza da arte, o valor das notícias ou verdades científicas. Supremacia política existe apenas em relação a aspectos sociais específicos, que embora fundamentais, são restritos às funções do poder político, tais como o exercício legítimo de violência.”<sup>159</sup>

Portanto, nesse novo modelo, a centralidade absoluta, a hierarquia, a preponderância e a prevalência do poder político como *locus* medial de controle social sofre uma guinada no sentido de sua desestruturação<sup>160</sup>, inclusive, com uma inevitável e radical fragmentação legal. Na verdade, essa ideia de fragmentação do direito segundo diferenciações setoriais da sociedade e não por retirada das fronteiras territoriais já encontrava eco na sociedade mundial (*Weltgesellschaft*), teorizada por Luhmann na década de 1970, como observam Fischer-Lescano e Teubner.<sup>161</sup>

Com a globalização, portanto, evidencia-se uma nova dinâmica social que, por sua vez, reclama uma nova teoria do pluralismo jurídico dos “processos espontâneos de formação jurídica”<sup>162</sup>. Esse pluralismo jurídico é oriundo da análise combinada da fragmentação jurídica global e da perspectiva sistêmica do direito, que aponta para uma interação dinâmica entre as inúmeras “faixas legais” que transitam no sistema social. A “nova Bukowina” de Teubner “emerge de dinâmicas fragmentadas altamente especializadas que devem ser apresentadas exclusivamente no âmbito de uma nova teoria do pluralismo jurídico.”<sup>163</sup>

A partir de uma visão que repudia as soluções estruturalistas e estanques sustentadas pelo monismo, esse “novo” pluralismo jurídico apresenta-se como uma mudança da cadeia estrutura-norma-unidade-função para uma posição ligada ao processo-ação-diferença-codificação. Qualquer comunicação que observa uma ação sob o código binário legal/ilegal constitui parte integrante do discurso jurídico, já que

O pluralismo jurídico já não é definido como um conjunto de normas sociais conflitantes em um dado campo, mas como uma multiplicidade de diversos processos comunicativos que observa a ação social sob o código binário de

<sup>159</sup> Tradução livre para “So even though a larger part of the globe is gradually characterized by a modern type of statehood, in which a limited, but generalized form of political power is deployed throughout a territorial terrain, this does not mean that all social operations within the territory in question automatically succumbed to political power. Political power remains fundamentally incapable of defining or controlling, for example, religious beliefs, the beauty of art, the value of news, or scientific truths. Political supremacy exists only in relation to the specific, albeit very fundamental, social functions of political power, such as the legitimate exercise of physical violence.” (Id. p. 781).

<sup>160</sup> TEUBNER, Gunther. 2020. p. 169/173, *Op cit.*

<sup>161</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. 2012, p. 105, *Op cit.*

<sup>162</sup> CAMPOS, Ricardo/ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira, **A tirania dos meios na sociedade global.** Jurisprudência sociológica. In Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antonio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado). p. 152.

<sup>163</sup> Id. p. 152

legal / ilegal (...). Não é estrutura nem função, mas o código binário que define o que é legal no pluralismo jurídico (...) O novo pluralismo jurídico precisa mudar a ênfase e se concentrar na fragmentação de autoprodução social em uma multiplicidade de discursos fechados.<sup>164</sup>

Ao contrário da perspectiva dos Estados-nação, o sistema do direito não se baseia mais na estrutura, com sua consistência normativa institucionalmente segura, mas, sim, em processos derivados simplesmente dos modos de conexão entre operações que transferem legalidade vinculativa entre ordens legais heterogêneas. A “interlegalidade” operativa toma o lugar da unidade legal da lei global, pois

[...]o direito mundial desenvolve-se a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados-nações ou de instituições internacionais. As *globalvillages* de áreas sociais parciais autônomas formam a nova Bukowina da sociedade mundial, na qual o direito vivo, de Eugen Ehrlich, ressurgue nos nossos tempos. Aqui se localiza a razão mais profunda do fato de que nem as teorias políticas nem as teorias institucionais do direito, mas tão-somente uma teoria – renovada – do pluralismo jurídico, pode fornecer explicações adequadas da globalização do direito.”<sup>165</sup>

Com isso, perde força o monismo jurídico em face da “multidimensionalidade do pluralismo jurídico global”<sup>166</sup> protagonizado por novos “atores” ou “sujeitos” produtores de normas, que representam subsistemas sociais autônomos. Não há dúvida, nesse contexto, que o sistema jurídico se abre para uma multiplicação de suas fontes, que tradicionalmente, vincula-se estritamente ao resultado da política patrocinada pelo Estado nação. Na verdade,

concebendo-se o sistema jurídico como um sistema social parcial da sociedade – que assume a função da estabilização de expectativas normativas, que diferencia as suas comunicações de acordo com o código binário legal/ilegal e que é, no seu radical comunicativo, um sistema funcional mundial (o sistema das comunicações que usam o código específico do jurídico), então não há razão nenhuma para nos determos ante um monismo jurídico que atende somente à diferenciação interna territorial deste sistema (especialmente na forma de Estado), desconsiderando as

---

<sup>164</sup> Tradução livre para: “Legal pluralism is then defined no longer as a set of conflicting social norms in a given social field but as a multiplicity of diverse communicative processes that observe social action under the binary code of legal/illegal (...) It is neither structure nor function but the binary code that defines what is legal in legal pluralism. (...) The “new” legal pluralism needs to shift emphasis and focus on the fragmentation of social self-production in a multiplicity of closed discourses” (TEUBNER, Gunther. **The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism**, 13 Cardozo L. Rev. 1443 (1991). p. 1.451 e 1.457)

<sup>165</sup> TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global**: sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. Tradução do alemão: Peter Naumann. Revisão técnica: Dorothee Susanne Rüdiger. Impulso, Piracicaba, 2003. p. 14.

<sup>166</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. p.105-155, 2012, *Op cit.*



comunicações que utilizam esse mesmo código noutros contextos desterritorializados ou não-estaduais (funcionalmente sectoriais).<sup>167</sup>

Realmente, a questão constitucional vem experimentando nas últimas décadas essa alteração de perspectiva no sentido de um pluralismo constitucional e isso “implica uma multiplicidade de novos setores de produção normativa que postulam mútuo (re)conhecimento, em uma combinação reflexiva de discursos constitucionais, sem nenhuma espécie de exclusividade de observação.”<sup>168</sup>. Nesse sentido, resgatando os estudos de Koselleck<sup>169</sup>, Teubner<sup>170</sup> sustenta explicitamente a urgência de um novo posicionamento constitucional para os fenômenos pós-estatais. É que o conceito convencional de constituição a partir do Estado-centrismo torna impossível uma solução para essa nova problemática do constitucionalismo transnacional. Apenas com a assimilação da ideia de constituições sociais a serem reveladas por instituições não estatais da sociedade os conflitos entre subsistemas sociais funcionais poderiam ser adequadamente resolvidos. Em síntese, Terrinha sugere que,

Em certa medida, talvez se pudesse dizer que se combina um movimento de desconstitucionalização – desconstrução da noção clássica de Constituição, abstraindo o conceito do seu típico radical estadual-territorial – com um renovado movimento de constitucionalização – dar novos e mais amplos sentidos ao conceito, transpondo-o para outras esferas ou realidades, designadamente internacionais e transnacionais.<sup>171</sup>

Nesse diapasão, até mesmo a consagrada ideia de Luhmann da Constituição como um acoplamento estrutural que tem por missão promover a religação exclusiva entre os subsistemas sociais autopoieticos (autorreferenciais) da política e do direito e, assim, permitir ao “direito positivo se converter num meio de conformação política, assim como ao direito constitucional se tornar um instrumento jurídico para a implantação de uma disciplinarização política.”<sup>172</sup> parece insuficiente, dissolvendo-se no mundo globalizado, policontextual, fragmentado, plural e heterárquico.

Isso ocorreu porque os efeitos da globalização atingiram os subsistemas sociais em velocidades e intensidades distintas. Os sistemas orientados por estruturas cognitivas

<sup>167</sup>TERRINHA, Luís Heleno. 2016, p. 24, *Op cit.*

<sup>168</sup> TONET, Fernando. **Entre Cila e Caríbdis**: O árduo caminho do constitucionalismo sistêmico. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Vale dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, 2018. p. 88.

<sup>169</sup> Sob o ângulo histórico, Koselleck defende que, já na era do Estado Nacional deveria ser reconhecida a realidade histórica de que não existiria meramente uma constituição do Estado, mas sim uma constituição abrangente da sociedade, que submeteria tanto as atividades político-estatais quanto as instituições econômicas, sociais e culturais a exigências de direito constitucional.

<sup>170</sup> TEUNER, Gunther. 2020, *Op cit.*

<sup>171</sup>TERRINHA, Luís Heleno. 2016, p. 13, *Op cit.*

<sup>172</sup>LUHMANN, Niklas. 2016. p. 630-631, *Op cit.*

(economia, ciência, arte, comunicação em massa, etc.) tiveram uma dinâmica muito mais forte do que os setores de conotação normativa (política e o direito)<sup>173</sup>. De fato, nas últimas três décadas, em especial, houve um indiscutível “deslocamento do primado evolutivo dos mecanismos normativos para o cognitivo”<sup>174</sup>, e com isso “não tardaram as recriminações: tratava-se de um excesso de intervenção política ou da sua ausência, do excesso ou da falta de leis, de uma exacerbação ou de um déficit da política de implementação, do uso de instrumentos ineficazes ou de processos inadequados”<sup>175</sup>.

Nesse quadro, especialmente os setores sociais cognitivos, ao defenderem suas próprias autonomias, destituíram a liderança da política e a sua pretensa exclusividade/legitimidade para produção de normas legais. Passaram a figurar como verdadeiros subsistemas globais, que foram se desligando progressivamente da base político-legal dos Estados nacionais.<sup>176</sup> Ocorreu o que Verschraegen previa, ou seja, quando os sistemas de função global se libertam do domínio da política estadual, há menos possibilidades de neutralizar sua dinâmica expansiva e autorreferencial ou de regular conflitos de fronteira entre eles, porque nem todos os subsistemas globalizaram-se simultaneamente e com a mesma intensidade.<sup>177</sup>

De outra banda, essa tendência na direção de uma globalização/fragmentação do direito só foi possível com a expansão das organizações internacionais, com as transações formalizadas e os órgãos reguladores de regimes, que, para além da lógica dos tratados internacionais, estabeleceram-se como ordens legais autônomas, não se vinculando às fronteiras dos territórios dos Estados nacionais. Áreas como comércio externo, negociação trabalhista, meio ambiente, atividades profissionais, direitos humanos, direito desportivo e, ultimamente, direito digital, constitucionalizaram-se através de parâmetros fundamentais globais e independentes, que passaram a ser objetos de regulações normativas construídas por

---

<sup>173</sup> Na verdade, até mesmo entre esses sistemas o descompasso temporal é inegável, pois “a política encontra-se sob considerável pressão temporal (...) Comparativamente, o sistema jurídico, no qual se insere a atividade dos tribunais, é bastante lento e, além disso, faz-se estancar em razão das exigências de cautela e justificação (...) Se houver pressão política suficiente, a legislação pode se por em marcha e chegar a termo com relativa rapidez (...) Para as novas leis, o sistema jurídico encontra relativamente pouca resistência, porque aí não se trata de uma assimilação das experiências próprias, mas de um novo direito. (...) A legislação, como lugar de transformação de política em direito e como lugar de delimitação jurídica da política, assumiu a importante função de equilibrar a temporalidade da sociedade em seu conjunto.”(LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 572/574)

<sup>174</sup> LUHMANN, Niklas, **A Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: editora tempos brasileiros, 1985. p. 160

<sup>175</sup> TEUBNER, Gunther. 1989, p. 30, *Op cit.*

<sup>176</sup> TEUBNER, Gunther. 2020. p. 84, *Op cit.*

<sup>177</sup> VERSCHRAEGEN, Gert. **Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory**, 29 J.L. & Soc'y 258 (2002). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:37:23 2020 SOURCE. Content Downloaded from HeinOnline. p. 273.

novos “atores privados”, tais como grupos empresariais multinacionais, sindicatos, entidades de classe profissionais, ONG`s, *ISO*, *Social Accountability International*, tribunais arbitrais internacionais.

Sempre foi intrigante a contradição entre a certeza de autorreprodução dos sistemas sociais autônomos a nível mundial e a exclusividade das instituições nacionais quanto ao reconhecimento de constitucionalização jurídico-política. O amadurecimento da globalização exigiu dos setores sociais uma dinâmica tão acelerada, que não se poderia mais acatar uma exclusiva submissão à Constituição jurídico-política, verticalmente apresentada pelo Estado-nação. Como resultado, aprofundou-se um movimento desconstrutivo do conceito clássico de Constituição. Sua fragmentação tornou-se inevitável e a constitucionalização dos setores autônomos da sociedade, através de suas as Constituições intrínsecas, uma realidade.

Portanto, as discussões unitário-estatais que remontam os séculos XVII e XVIII são deixadas de lado em face do constitucionalismo para além do Estado nacional. O conceito de constitucionalidade é ampliado, passando a abranger não somente a Constituição política dos Estados-nação, mas também as inúmeras constituições sociais não-estatais, que, de forma paralela ao processo legislativo, criam suas próprias normas.

## 1.6 O constitucionalismo social proposto por Gunther Teubner

Percebendo esse acentuado descompasso entre a velocidade das dinâmicas sociais e das mudanças normativas constitucionais realizadas pelo sistema político, Teubner afirma que é necessário se afastar desse totalitarismo constitucional e aceitar a fragmentação constitucional.<sup>178</sup> Para ele, repita-se,

No mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalidade. Mostram-se pedaços esparsos de uma nova realidade constitucional global, que se caracteriza por meio da coexistência de ordens independentes, não apenas aquelas estatais, mas também aquelas de instituições sociais não estatais autônomas.<sup>179</sup>

O cerne desse discurso está na caducidade da ideia de unidade como único paradigma da teoria constitucional, que só se justifica no contexto inicial da modernidade dos séculos XVII e XVIII. Até porque,

---

<sup>178</sup> TEUBNER, Gunther. 2020. p.124, *Op cit.*

<sup>179</sup> Id. p. 125.

Em última análise, a política, ao diferenciar-se e ao especializar-se funcionalmente, torna-se incapaz de tematizar os problemas que se apresentam em escala mundial como consequência da diferenciação funcional; ela só os registra em recorte particular, na medida em que afete interesses. E não decide antecipando-se, mas apenas reagindo.<sup>180</sup>

Na verdade, a nova bússola seria o constitucionalismo para além do Estado nacional-territorial, ou seja, sem submissão ou controle de um ponto único, um cume, um órgão central de monitoramento da sociedade. Realmente, não há mais como sustentar um modelo que a prioriza a tríade indivíduo-estado-nação. “Do jeito que estão, estados-nação não podem mais funcionar como contêineres autônomos, definindo limites para a atribuição de direitos e deveres individuais.”<sup>181</sup>

Assim, a teoria da unidade constitucional encontra muita dificuldade de se manter de pé, havendo uma larga debandada em favor da constitucionalização das esferas autônomas e funcionalmente diferenciadas. Isso porque o modelo calcado na unidade constitucional não consegue acompanhar a alta velocidade das dinâmicas sociais espalhadas em todo o globo. Casos de escândalos públicos internacionais de diversas ordens ligados, por exemplo, às violações de direitos humanos por empresas multinacionais, do risco de mercados de capitais, das corrupções na medicina e do questionável tratamento de dados pessoais por organizações globais privadas não encontram no paradigma constitucional monista mecanismos eficazes de solução. Em tom de metáfora, Pierre Guibentif diz que, para as doenças da sociedade, os remédios corretos são as constituições, as quais, em tempos de fragmentação mundial, devem ser entendidas como “dispositivos que, ao mesmo tempo, garantam a autonomia de cada sistema social diferenciado e domestique-o por dentro, a fim de impedir que prejudique seu ambiente e, portanto, seus próprios meios de subsistência”<sup>182</sup>

Nesse diapasão, a constituição deve ser observada numa perspectiva sociológica de matriz pragmático-sistêmica<sup>183</sup>, com foco na “observação da realidade social que põe em

<sup>180</sup> LUHMANN, Niklas. 1985. p. 158, *Op cit.*

<sup>181</sup> Tradução livre para “As it is, nationstates can no longer function as autonomous containers, setting strong boundaries to the allocation of individual rights and duties.” (MADSEN, Mikael & VERSCHRAEGEN, Gert. (2019). **Making Human Rights Intelligible: An Introduction to Sociology of Human Rights**. In book: *Making Human Rights Intelligible Towards a Sociology of Human Rights* (pp.1-22). [https://www.researchgate.net/publication/334544852\\_Making\\_Human\\_Rights\\_Intelligible\\_An\\_Introduction\\_to\\_Sociology\\_of\\_Human\\_Rights/link/5d307f52299bf1547cc201ba/download](https://www.researchgate.net/publication/334544852_Making_Human_Rights_Intelligible_An_Introduction_to_Sociology_of_Human_Rights/link/5d307f52299bf1547cc201ba/download). Acesso em 15/09/2020. p. 14)

<sup>182</sup> Tradução livre para “dispositifs qui, à la fois, assureraient l'autonomie de chaque système social différencié et le dompteraient de l'intérieur, afin de l'empêcher de porter atteinte à son environnement et donc à ses propres conditions de subsistance.” (GUIBENTIF, Pierre. **For a Sustainable World Society by the Self-Constitutionalization of Differentiated Social Systems**, 93 *Droit et Societe* 455 (2016), Mar 31 16:44:19 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline). Acesso em 25/05/2020. p. 46.)

<sup>183</sup> ROCHA, Leonel Severo. 2005, *Op cit.*

discussão outros modos de observação”<sup>184</sup>. Isso resulta no que Teubner aduz sobre uma “dupla fragmentação da sociedade mundial”, a qual se revela por um lado (i) através da autonomização dos setores sociais globais que produzem suas constituições privadas em paralelo com as constituições nacionais, e por outro, (ii) com a perda da ilusão da possibilidade de uma constituição global, obstada especialmente pela fragmentação regional e cultural da sociedade, que estabelece uma pluralidade de bases e princípios próprios.<sup>185</sup>

Partindo da premissa de que uma maior diferenciação na sociedade moderna aprofunda a fragmentação interna do próprio direito<sup>186</sup>, Teubner defende que a questão constitucional extrapole as raias do direito público, não sendo restrita ao processo político institucionalizado e às fronteiras territoriais de cada Estado-nação. Isso porque a liberação e autonomização de outros meios de comunicação altamente especializados (dinheiro, conhecimento, direito, medicina, tecnologia), derrete o eixo principal desse modelo constitucional moderno. Realmente, se na criação das primeiras constituições jurídico-políticas a ideia era conter o poder político através da criação do Estado de direito, agora, a nova ordem constitucional tem outro escopo: liberar as energias de todos os sistemas sociais autônomos, para além dos Estados Nacionais, sem se descuidar com a vigilância sobre as tendências de efeitos destrutivos que isso pode provocar.

Assim, a sociedade global contemporânea deve ser vista pela: (a) falta de estabelecimento de um centro jurídico/político e normativo constitutivo; (b) normativamente, contendo impulsos juridicamente restritivos que não estão concentrados em constituições centradas no Estado-nação; e (c) extração da ordem normativa de uma multiplicidade de formas, frequentemente (mas não necessariamente) articuladas como direitos.<sup>187</sup>

Afastando-se das teorias constitucionalistas de viés liberal-moderno, que se fundam, respectivamente, nas figuras do Estado e da política como fatores indissociáveis, Teubner reverbera uma nova questão constitucional, que se sustenta, basicamente, na união de quatro grandes plataformas de apoio: a) a moderna teoria dos sistemas autopoieticos (Niklas Luhmann); b) a sociologia da constituição (Chris Thornhill); c) teoria do *private government* (Philip Selznick), e, d) constitucionalismo societal (David Sciulli).<sup>188</sup> Desse somatório, surge o constitucionalismo social, que não é “refém” de um modelo de acoplamento estrutural exclusivo entre o poder e o direito. Na verdade, diante de suas autonomias, todos os

<sup>184</sup> CORSI, Giancarlo. n.º 39, 2001. p. 171, *Op cit.*

<sup>185</sup> TEUBNER, Gunther. 2020. p. 303, *Op cit.*

<sup>186</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. p.105-155, 2012, *Op cit.*

<sup>187</sup> THORNHILL, Chris. 6ª ed, 2011, *Op cit.*

<sup>188</sup> TEUBNER, Gunther. 2020. 74, *Op cit.*

sistemas e redes que formam a atual sociedade global, caracterizada pela fragmentação, pluralismo e policontextualidade, podem e devem ser constitucionalizados. O constitucionalismo social (societal) defende, portanto, uma Constituição na forma policontextual, que contém, em si, uma multiplicidade de Constituições consoante as diferentes contexturas<sup>189</sup>.

A tese sustentada por Teubner pode ser sintetizada na perspectiva de que as constituições são decorrentes de processos interdependentes de diferenciação social, caracterizados pela contingência dos direitos constitucionais. As sociedades contemporâneas, detentoras de legitimação política própria e de estruturas jurídicas valiosas, polivalentes, multicamadas e hierarquicamente orientadas, criam uma ordem constitucional informal, desvinculada do centralismo do Estado nação e, ao mesmo tempo, reveladoras de uma força quase constitucional ligada ao setor privado. O constitucionalismo societal “permite-se perceber, designadamente, que não há nada de verdadeiramente essencial na relação entre o constitucionalismo e a estadualidade, dispondo da capacidade para problematizar a relevância jusconstitucional de sistemas sociais diferenciados”<sup>190</sup>.

### **1.7 Os requisitos para a constitucionalização dos regimes próprios das esferas sociais autônomas**

Como se anotou, o aprofundamento da globalização, a alta fragmentação normativa e o crescimento da autonomia dos sistemas sociais parciais funcionais, especialmente representados pelos regimes transnacionais, reduziram o protagonismo do Estado territorial, passando a se posicionar, lado a lado, com a coletividade política, como sujeitos constitucionais.

Porém, não se pode confundir essa policontextualidade com o constitucionalismo social em si. Por outras palavras, nem toda produção normativa de regimes sociais autônomos revela constitucionalidade. Na verdade, a grande maioria não passa de espécies de normas de direito internacional público ou de uma ‘juridificação privada’, isso é, formulam apenas normas regulatórias, mas não normas genuinamente constitucionais. Segundo Teubner, a

---

<sup>189</sup> TERRINHA, Luís Heleno. 2016, pp. 297 a 377, *Op cit.*

<sup>190</sup> Id. p. 311.

constitucionalização de tais normas sociais somente atingiria tal envergadura quando passassem pelo teste de qualidade consubstanciado na análise de alguns requisitos.<sup>191</sup>

De início, é preciso observar que cada constituição parcial tem a função de regular a abstração de um meio de comunicação unitário e, com isso, garantir os efeitos socialmente abrangentes, independentemente do momento histórico. Divididas em constitutivas e limitativas, essas regras têm a tarefa de promover a diferenciação funcional da sociedade. Para tanto, é preciso que tais normas dos regimes sociais parciais globais sejam destravadas das amarras de um rígido acoplamento estrutural entre política e direito e, assim, possam

estruturar uma rede global de comunicação funcionalmente específicas em escala mundial. (...) As constituições dos regimes funcionais globais se concentram essencialmente no problema de que a diferenciação segmentária interna da política e do direito em unidades estatais restringe a interligação global de comunicações especializadas por funções.<sup>192</sup>

Ao tempo em que as tradicionais Cartas formais de âmbito estatal possuem normas de caráter majoritariamente constitutivo, as Constituições sociais, mesmo sendo bastante libertadoras para os setores parciais, reforçando suas autonomias pelo descolamento do acoplamento estrutural rígido do direito junto à política, reclamam uma normatização limitativa, sob pena de expansionismos colonizadores entre tais setores. O constitucionalismo para além das Constituições dos Estados nacionais enfraqueceu os limites às tendências expansivas dos sistemas funcionais especializados, liberando também alta carga energética destrutiva, orientada pelo individualismo de cada setor. Conseqüentemente, surgem colisões entre diversas dinâmicas sociais, razão pela qual surge a necessidade da criação de normas constitucionais sociais que combatam os perigos horizontais à integridade, ou seja, que consigam calibrar o necessário crescimento dos âmbitos sociais a níveis toleráveis, evitando, assim, conflitos com outras dinâmicas parciais.<sup>193</sup>

O instante crucial da constitucionalidade se revela na impossibilidade de protelação de decisão reflexiva e autocrítica sobre a autolimitação do crescimento do sistema social ou a completa destruição de sua energia expansiva. É nesse mínimo *delay* entre o desastre e a sua

---

<sup>191</sup> TEUBNER, Gunther. **O projeto da Sociologia Constitucional**: estímulos do Constitucionalismo de Estado nacional. Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antônio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado). p. 138

<sup>192</sup> TEUBNER, Gunther. 2020.p. 164, *Op cit.*

<sup>193</sup> Id. p. 167.

última proximidade que a constitucionalidade surge e a autolimitação se estabelece para deixar clara a fronteira entre o necessário e o patológico crescimento dos sistemas sociais.<sup>194</sup>

Importante ressaltar que, mesmo sendo as autolimitações processos internos próprios de onde se retiram decisões sobre ações a serem tomadas pelos sistemas sociais autônomos, essa reflexão endógena é provocada por pressões e irritações do ambiente. Em outras palavras, as compulsões internas de crescimento sistêmico somente podem ser contidas por elementos de retenção de mesmo viés. O que existem são intervenções externas que despertam processos internos de descobrimento de soluções bloqueadoras de expansões, com vistas a evitar autodestruição sistêmica e/ou de dano ao ambiente. Nesse sentido, os direitos fundamentais possuem exatamente essa função protetiva, atuando ora como regras de colisão (eficácia excludente), ora como garantidor de participação de indivíduos ou grupos populacionais (eficácia inclusiva)<sup>195</sup>.

Também chama a atenção a constatação de que não somente a política pode resolver o paradoxo de se colocar regras para limitar as próprias expansões sistêmicas, o que vem sendo feito através das Constituições modernas. Os princípios do Estado de direito, por exemplo, surgiram como forma de limitar o poder absoluto do soberano, ou seja, a política colocou limites normativos ao inflacionado expansionismo do próprio sistema político. Como os demais sistemas sociais não podem inculcar regras limitativas próprias, as constituições sociais se autofundam e constroem fronteiras internas por intermédio de seu próprio meio de comunicação intrínseco. Quer dizer, o sistema da ciência com a cognição, a economia com os meios de pagamento e assim por diante.<sup>196</sup>

Ademais, as constituições sociais expressam seu caráter democrático através da forçosa reflexão interna dos sistemas parciais diante do dissenso. Essa reflexão ocorre em multiníveis e tem por finalidade promover “disputas” sobre as prestações ao ambiente e sua função perante à sociedade, enquanto sistema mais amplo. Ela é realizada por intermédio de múltiplas instituições sociais, que convivem harmoniosamente nos dois âmbitos de diferenciação interna: o organizacional-profissional e o espontâneo. O primeiro é fruto de pressões de aprendizagem realizadas nos âmbitos espontâneos de outros sistemas funcionais e que tem objetivo promover uma adaptação aberta desse aprendizado, ou seja, outros mecanismos de abertura recíproca; já o segundo, que tem o dever de controlar o âmbito organizacional-profissional, revela-se numa multiplicidade descentralizada de processos

---

<sup>194</sup>TEUBNER, Gunther. 2016. p. 174, *Op cit.*

<sup>195</sup> Esta relação será melhor abordada no próximo título deste trabalho.

<sup>196</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 213, *ibidem.*



comunicativos espontâneos e politizados, garantidos institucionalmente, por exemplo, pelos direitos fundamentais. Para Teubner,

Essa diferença espontâneo/organizado é o ponto de cristalização para uma constitucionalização que vai além do estágio constitucional atual. Trata-se, aqui, sempre da questão de ajustar o equilíbrio precário do âmbito espontâneo e do âmbito organizacional de forma sempre renovada e, ao fazê-lo, trabalhar especificamente contra a tendência que o âmbito organizacional tem em subjugar o âmbito espontâneo aos seus interesses próprios.<sup>197</sup>

Outro teste de qualidade anunciado por Teubner diz respeito ao surgimento do meta-código constitucional autônomo.

Como já se aduziu, as constituições sociais devem ser entendidas como acoplamentos estruturais entre direito e o sistema social-alvo e não somente entre direito e política, como desenhado inicialmente por Luhmann. O estágio final da constitucionalização do sistema social somente é atingido quando esse acoplamento se apresenta de uma forma tão densa e perene que surge um código constitucional autônomo, que diferencia a constitucionalidade da mera juridificação do sistema social parcial. Teubner o rotula de metacodificação híbrido-binária. Trata-se do meta-código “constitucional/inconstitucional”<sup>198</sup>, que impõe às decisões uma nova fase adicional ao código jurídico binário “lícito/ilícito”. Além disso, sua hibridez faz com que essa reflexão seja imposta aos típicos códigos dos demais sistemas sociais. As irritações e pressões recíprocas formadas pelo forte acoplamento estrutural entre sistemas autônomos parciais iniciam um processo contínuo de dupla linguagem que reclama constantes traduções pelas constituições sociais.

Nesse ponto, é importante perceber que existem as comunicações policontexturais primárias, isto é, aquelas que possuem apenas relevância em seus próprios contextos, onde se desenvolvem e se aplicam de forma indiscriminada, materializando-se numa dinâmica de juridicização e, portanto, sob o binário código do subsistema do direito (legal/ilegal). Essas comunicações, porém, podem ou não assumir caráter constitucional. Tudo depende se elas alcançam uma posição de policontexturalidade reflexiva, pela qual re(criam) princípios fundamentais e passam a se submeter ao código constitucional/inconstitucional.<sup>199</sup>

Nas constituições sociais o protagonismo não está nos processos jurídicos, que possuem apenas atuação secundária, mas, sim, nos processos sociais. Isso ocorre porque elas almejam primeiramente a autofundação constitutiva (*Selbstkonstitution*) mediática do

<sup>197</sup> TEUBNER, Gunther. 2016, p. 186, *ibidem*.

<sup>198</sup> TEUBNER, Gunther. 2016, p. 140, *ibidem*.

<sup>199</sup> TONET, Fernando. 2018. p. 91, *Op cit*.

sistema social, ou seja, a fixação de fronteiras para o ambiente (fechamento de primeira ordem) e o estabelecimento de sua identidade própria (fechamento de segunda ordem). Já a constitucionalização (*Konstitutionalisierung*), por sua vez, fica para um segundo momento e está ligada à dupla reflexividade entre o sistema social auto constituído e o direito que, na sua reflexividade, serve de suporte para essa auto fundação. Ou seja,

É pressuposto para uma constituição em sentido estrito, portanto, que se produza um acoplamento estrutural de mecanismos reflexivos do direito – ou seja, de normatizações jurídicas secundárias, nas quais normas são aplicadas a normas – com mecanismos reflexivos do setor social em questão.<sup>200</sup>

Nesse ponto, importante fazer menção à discordância de Fernando Tonet<sup>201</sup> à teoria de Teubner, quanto à probabilidade de constitucionalização da produção normativas privada, como os códigos de conduta internos das empresas multinacionais. É que, enquanto para os defensores do constitucionalismo social há uma tendência de constitucionalização dessas normas, para os estudiosos do constitucionalismo sistêmico, a maioria dessa produção normativa não supera a ligação jurídica de legalidade, restritos ao código binário legal/ilegal.

Todavia, para ambos os autores, a passagem para a constitucionalidade é bastante estreita, condicionada à policontextualidade reflexiva de dupla observação (primária e secundária). Quer dizer, a condição para que se cogite de constitucionalização e não mera juridificação do sistema social parcial é que se tenham presentes não apenas normas primárias, mas, também, normas secundárias. Para Teubner, o critério decisivo para a distinção é a "reflexividade medial", que ocorre, por exemplo, quando

[...] o poder regula o poder, quando operações monetárias regulam o fluxo de dinheiro, quando meta-teorias, epistemologia e metodologia regula o que é uma operação científica e o que é superstição, quando regras secundárias regulam regras primárias - geralmente, quando as regras especiais de meio de comunicação de um sistema funcional se torna reflexivo e regula uma operação de segunda ordem por suas operações de primeira ordem - só então chegamos ao *proprium* de uma constituição.<sup>202</sup>

<sup>200</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 210, *Op cit.*

<sup>201</sup> TONET, Fernando. 2018. p. 94, *ibidem.*

<sup>202</sup> Tradução livre para “power regulates power, when monetary operations regulate the flow of money, when meta-theories, epistemology and methodology regulate what is a scientific operation and what is superstition, when secondary rules regulate primary rules - more generally, when the special communication medium of a function system becomes reflexive and regulates in a second-order operation its first-order operations - only then have we reached the *proprium* of a constitution.” (TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effect Revisited: A Reply to Four Comments**, 40 R & R 275 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:38:11 2020 SOURCE: Content DownloadedfromHeinOnline. p. 277.)

Diante do exposto, verifica-se a necessidade de uma análise mais aprofundada acerca dos direitos fundamentais no constitucionalismo social, à procura do caminho da individual-subjetividade para a institucional-trasubjetividade-coletiva, o que será exposto no próximo capítulo.

## **TÍTULO 2 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E O CAMINHO DA INDIVIDUAL-SUBJETIVIDADE PARA A INSTITUCIONAL-TRASUBJETIVIDADE-COLETIVA**

### **2.1 O individual-subjetivismo dos direitos fundamentais no constitucionalismo liberal moderno**

Como já anotado nesse trabalho, numa sociedade pré-moderna, estruturada de maneira estratificada, a ordem jurídica não possibilitava uma plenitude de direitos subjetivos aos indivíduos. De fato, nesse período, o usufruto de direitos estava vinculado a sua filiação a um grupo social específico, como a realeza, a nobreza, a igreja, etc. A possibilidade e intensidade do gozo de liberdades, privilégios ou deveres dependia desse posicionamento social.

Após uma longa evolução social, no final do século XVIII, as antigas tradições e estamentos perderam espaço, desmoronando um costume de vida e organização social estratificada, hierárquica, vertical e descentralizada. Nesse ambiente europeu surgiram os direitos fundamentais, incondicionais e individuais, mediante os quais “o “eu” ganha espaço e o indivíduo passa a ser dotado de maior autonomia para escolher suas preferências e modo de vida, não seguindo necessariamente uma lógica de grupo<sup>203</sup>. Realmente,

Com o advento da modernidade, a centralização do poder pelo estado (soberano, burocrático) e a crescente penetração do mercado (capitalista) intrometeu-se na ordem social das comunidades locais 'tradicional'. (...) Sociologicamente falando, o conceito de direitos individuais inalienáveis surgiu como uma resposta a estas novas ameaças e possibilidades.<sup>204</sup>

<sup>203</sup> DARRIEUX, Rodolfo Scotelaro Porto. V. 10, N. 1, 2019, *Op cit.*

<sup>204</sup> Tradução livre para “With the advent of modernity, the centralisation of power by the (sovereign, bureaucratic) state and the growing penetration of the (capitalist) market intruded upon the social order of ‘traditional’ local communities. (...) Sociologically speaking, the concept of individual, inalienable rights emerged as a response to these new threats and possibilities.” (MADSEN, Mikael & VERSCHRAEGEN, Gert. (2019). **Making Human Rights Intelligible: An Introduction to Sociology of Human Rights**. In book: Making Human Rights Intelligible Towards a Sociology of Human Rights (pp.1-22). [https://www.researchgate.net/publication/334544852\\_Making\\_Human\\_Rights\\_Intelligible\\_An\\_Introduction\\_to\\_Sociology\\_of\\_Human\\_Rights/link/5d307f52299bf1547cc201ba/download](https://www.researchgate.net/publication/334544852_Making_Human_Rights_Intelligible_An_Introduction_to_Sociology_of_Human_Rights/link/5d307f52299bf1547cc201ba/download). Acesso em 15/09/2020. p. 7)

Com essa mudança de paradigma proporcionada pela modernidade, a todos os indivíduos foram atribuídos direitos fundamentais, independentemente da posição que ocupassem na pirâmide social. O *status* social deixou de ter relevância. As distinções entre os indivíduos na sociedade passaram a ser resultado somente das decisões, opções e conquistas que cada um acumulava livremente ao longo de suas vidas, quer seja, em termos de educação, de trabalho, de habilidades, etc. De outra banda, o “que os une só pode ser simbolizado pelo significativo vazio 'homem' em si, por uma crença genérica na humanidade de cada pessoa.”<sup>205</sup>.

O momento histórico foi, portanto, propício para uma concepção subjetiva de direitos, na medida em que a sociedade moderna contemplava as esferas individuais de ação. Nas palavras de Teubner, “do ponto de vista histórico, direitos fundamentais individuais se desenvolvem em estreita relação com a emergência histórica de esferas de ação autônomas, típicas de sociedades modernas.”<sup>206</sup>. Isso porque cada indivíduo passou a ser sujeito de direito só, e somente só, pelo fato de ser uma pessoa, um ser humano.

Nesse sentido, o direito fundamental à igualdade é bastante esclarecedor. No contexto do direito natural, a igualdade/desigualdade é analisada sob uma tradição filosófica que leva em conta a diferenciação de acordo com a essência das coisas, sendo, pois, indisponível. No paralelo com os indivíduos, suas condições e características já estariam traçadas no seu nascimento, sendo imutáveis ao longa da vida.

A modernidade trouxe consigo exatamente a ruptura dessa perspectiva, passando a reinar a racionalização. Na seara jurídica, seus frutos foram a positividade e os direitos fundamentais individuais. Com caráter geral, universal, impessoal, esses direitos, especialmente os de liberdade e igualdade, são transformados em direitos humanos, fundamentais e inatos. Todos, sem exceção, podem exercê-los sem necessidade de permissão/autorização prévia. Esses direitos são observados pela lente da reatividade, sendo que “a liberdade é a exclusão de restrições externas, e a igualdade é exclusão de desigualdade”<sup>207</sup>. Eles são intrínsecos aos indivíduos, independentemente de qualquer

---

<sup>205</sup> Tradução livre para “what unites them can only be symbolised by the empty signifier ‘man’ itself, by a generic belief in the humanity of each person.” (VERSCHRAEGEN, Gert. (2019). **Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights**. In: book: Making Human Rights Intelligible. Towards a sociology of human rights. Publisher: Hart Publishing, July 2019. (pp.61-80). [https://www.researchgate.net/publication/334545143\\_Differentiation\\_and\\_Inclusion\\_A\\_Neglected\\_Sociological\\_Approach\\_to\\_Fundamental\\_Rights/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/334545143_Differentiation_and_Inclusion_A_Neglected_Sociological_Approach_to_Fundamental_Rights/citation/download). Acesso em 16/09/2020. p. 64).

<sup>206</sup> TEUBNER, Gunther. 2016, p. 31, *Op cit.*

<sup>207</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 313, *Op cit.*

posicionamento social, podendo ser reivindicados contra qualquer outro indivíduo ou organismo coletivo.

Em suma, os direitos fundamentais surgem na modernidade, representando “uma ruptura radical com as sociedades predominantemente hierárquicas e não igualitárias do passado”<sup>208</sup> e, concomitantemente, como uma dotação natural de todos os humanos/indivíduos que o Estado precisa reconhecer como tal. Em passagem que resume o que foi visto até aqui, Luhmann aduz que

Os direitos fundamentais nasceram nessa situação de transição histórica que vai da ideia hierárquica das leis à dicotomia entre Estado e sociedade. São o testemunho de uma profunda reorientação que vai de um velho pensamento ético vinculante a uma nova mentalidade de reivindicação de direitos, com a qual a doutrina da política e do Estado reage à destruição de seus fundamentos de verdade através da rigorosa concepção científica da modernidade. A própria liberdade (ausência de vínculo) passa a ser concebida como um direito, e os vínculos devem ser repensados no âmbito dos limites legais, das barreiras impostas.<sup>209</sup>

Realmente, as teorias dogmáticas dos direitos fundamentais<sup>210</sup> afirmam que se tratam de direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, pertencentes a todos os seres humanos. Produtos do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, garantiriam aos cidadãos os direitos de defesa, resistência ou oposição frente ao Estado, demarcando uma zona de não intervenção e uma esfera de autonomia em face de seu poder. Assim é que, numa visão liberal clássica, apenas com a presença de três elementos básicos é que se pode cogitar de validade e usufruto de direitos fundamentais, quais sejam o Estado, o indivíduo e uma norma que regule a relação entre eles<sup>211</sup>.

---

<sup>208</sup> Tradução livre para “a radical rupture from the predominantly hierarchical and non-egalitarian societies of the past.” (MADSEN, Mikael & VERSCHRAEGEN, Gert. (2019). **Making Human Rights Intelligible: An Introduction to Sociology of Human Rights**. In book: Making Human Rights Intelligible Towards a Sociology of Human Rights (pp.1-22). [https://www.researchgate.net/publication/334544852\\_Making\\_Human\\_Rights\\_Intelligible\\_An\\_Introduction\\_to\\_Sociology\\_of\\_Human\\_Rights/link/5d307f52299bf1547cc201ba/download](https://www.researchgate.net/publication/334544852_Making_Human_Rights_Intelligible_An_Introduction_to_Sociology_of_Human_Rights/link/5d307f52299bf1547cc201ba/download). Acesso em 15/09/2020. p. 6).

<sup>209</sup> Tradução livre para “Los derechos fundamentales nacieron en esta situación histórica de transición que va desde la idea jerárquica de las leyes hasta la dicotomía entre Estado y sociedad. Son testimonio de una profunda reorientación que va de un antiguo pensamiento ético vinculante a una nueva mentalidad de exigir derechos, conlucal la doctrina de política y Estado reacciona a la destrucción de sus fundamentos de verdad mediante la concepción científica rigurosa de la edad moderna.5 La libertad misma (ausencia de vínculo) se concibe a hora como derecho, y los vínculos deben ser repensados enelámbito de límites jurídicos, de barreras impuestas. (LUHMANN, Niklas. **Los Derechos Fundamentales como Institucion. Aportación a la sociología política**. Universidad Iberoamericana/Colección teoría social. 2010: Oak Editorial. p. 104/105)

<sup>210</sup>Teoria liberal ou do Estado de Direito burguês, a teoria institucional, a teoria axiológica, a teoria democrático-funcional e a teoria social-estatal. (BÖCKENFÖRDE, Emst-Wolfgang, "GrundrechtstheorieundGrundrechtsinterpretation", NJW27 (1974), p. 1.530, citado por ALEXI (Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 40).

<sup>211</sup> DIMOULIS, Dimitri/ MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 11/12.

De fato, nesse modelo inaugurado pela modernidade, os direitos fundamentais somente podem ser reivindicados perante um Estado de direito. Sem a sua existência, não se teria um destinatário inicial, um organismo garantidor, muito menos um ator que ordinariamente promove abusos e arbítrios contra o indivíduo e que precisam ser afastados/combatidos através dos direitos fundamentais. Realmente, a função primeira dos direitos fundamentais na perspectiva liberal-burguesa do final do século XVIII era de proteger o indivíduo quanto ao exercício arbitrário do poder estatal, especialmente quanto ao exercício pleno dos direitos civis e político, tais como as diversas liberdades, a propriedade, a igualdade formal, o devido processo legal, a participação política, enfim, a dignidade humana.

De uma forma ou de outra, naquele período, cuidou-se da pretensão de limitar a interferência do Estado na liberdade de ação pessoal e de associação dos indivíduos, quer dizer, um direito de defesa ou resistência, com caráter “negativo”, enquanto não ensejam a prestação positiva pelos Poderes públicos.

Por mais que pareça uma obviedade, somente nesse momento um ou uma associação de indivíduos passaram a titularizar tais direitos fundamentais. Isso somente foi possível na era moderna, eis que, como se anotou anteriormente, até então, os deveres, obrigações e direitos não faziam parte do patrimônio subjetivo de todos os “humanos”, mas, sim, de grupos ou clãs a que faziam parte. Somente com a concepção liberal-burguesa dos direitos fundamentais como direitos subjetivos é que foi possível garantir que eles fossem individualmente protegidos contra o Estado e a sociedade. A reconstrução das condições de plausibilidade dos direitos fundamentais está vinculada, portanto, com “a centralização do poder pelo estado (soberano, burocrático) e a crescente penetração do mercado (capitalista), que implodiram a ordem social das comunidades locais 'tradicionais'.”<sup>212</sup>.

Ademais, para que seus efeitos possam ser garantidos, imprescindível que haja uma norma jurídica hierarquicamente superior (suprema) com validade sobre todo o território nacional. Esse papel é desempenhado pela Constituição que

declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam

---

<sup>212</sup> Tradução livre para “the centralisation of power by the (sovereign, bureaucratic) state and the growing penetration of the (capitalist) market intruded upon the social order of ‘traditional’ local communities”. (MADSEN, Mikael & VERSCHRAEGEN, Gert. (2019). **Making Human Rights Intelligible: An Introduction to Sociology of Human Rights**. In book: Making Human Rights Intelligible Towards a Sociology of Human Rights (pp.1-22). [https://www.researchgate.net/publication/334544852\\_Making\\_Human\\_Rights\\_Intelligible\\_An\\_Introduction\\_to\\_Sociology\\_of\\_Human\\_Rights/link/5d307f52299bf1547cc201ba/download](https://www.researchgate.net/publication/334544852_Making_Human_Rights_Intelligible_An_Introduction_to_Sociology_of_Human_Rights/link/5d307f52299bf1547cc201ba/download). Acesso em 15/09/2020. p. 7).

cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual.<sup>213</sup>

Dessa forma, ao proclamar os direitos fundamentais dos indivíduos, a Constituição impede que o exercício dos Poderes estatais produza arbítrios ou autoritarismos, motivo pelo qual são “a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva” formando “a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.”<sup>214</sup>. Há, pois uma “íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito.”<sup>215</sup>, já que

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.<sup>216</sup>

Diante disso, conclui-se que o paradigma liberal-burguês dos direitos fundamentais caracteriza-se por quatro pressupostos axiomas básicos. Primeiro, são atrelados a interesses caros aos indivíduos, especialmente, sua liberdade e a igualdade de tratamento. Segundo, são exercíveis em face do Estado, de quem pretendem uma restrição ou proibição de atos violadores. Terceiro, são exercitáveis apenas, se e quando o próprio indivíduo vítima da ameaça ou da lesão queira e consiga demonstrá-las, necessitando que a estrutura corretiva da lei entre em ação. Disso se extrai que eles são retrospectivos, individuais e baseados em provas materiais da afronta. Por último, têm nos tribunais o principal meio de fazer cumprir tais direitos.

Não há dúvida de que, numa busca por maior eficácia do texto constitucional, essa perspectiva inicial dos direitos fundamentais (primeira geração) evoluiu para uma posição que abandona ideia de reatividade (direitos de defesa), para uma roupagem positiva (direito à prestação) em face dos Poderes estatais. É que, já na segunda metade do século XIX, os problemas sociais enfrentados se agravaram de tal forma, que os Estados, especialmente os Europeus, viram-se obrigados a protagonizar um papel ativo e, dessa forma, promoverem justiça social. Nasceram os Estados do bem-estar social. Nesse momento, os direitos fundamentais ampliam seu raio de ação, agregando a questão social à anteriormente exclusiva

<sup>213</sup> DIMOULIS, Dimitri/ MARTINS, Leonardo. 2014. p. 12, *Op cit.*

<sup>214</sup> MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n°. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: Acesso em 08/12/2020. p. 2.

<sup>215</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. 2012. p. 46, *Op cit.*

<sup>216</sup> Id. p. 46.

visão individualista. Surgem, assim, “os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.”<sup>217</sup>

Todavia, essa evolução dos direitos individuais para os direitos sociais teve como consequência a substituição da política como protagonista do processo decisório em razão da possibilidade de juridicização de tais demandas sociais constitucionalmente garantidas às coletividades de indivíduos. Iniciam-se, pois, as primeiras tensões entre a política e o direito, na medida em que a “submissão dessas posições a regras jurídicas opera um fenômeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas.”<sup>218</sup>.

Desde o pós-segunda guerra mundial, contudo, já se acolhem os direitos fundamentais através de um prisma que se desliga da individualidade, enquanto somatório de indivíduos, em defesa de uma titularidade difusa. Trata-se da roupagem da solidariedade que lhe é dada por sua terceira geração, que mira a proteção a bens imateriais, tais qual o meio ambiente saudável, a manutenção da paz, a preservação do patrimônio artístico, cultural e histórico, entre outros.

Atualmente, já se fala em direitos fundamentais de quarta geração, ligados às ameaças da globalização e seus reflexos políticos, especialmente, no que tange ao resguardo à democracia, à informação e ao pluralismo.<sup>219</sup>

Em que pese perceber que as mudanças de paradigmas experimentadas ao longo de sua história foram sempre no sentido da perda de protagonismo do indivíduo em face da sociedade, a imprescindibilidade de apoio numa Constituição jurídico-política e a consequente vinculação a um Estado-nação, impede uma correta compreensão das funções dos direitos fundamentais. Noutra giro, a teoria dos sistemas sociais, na qual se ampara o constitucionalismo social proposto por Gunther Teubner, apresenta uma perspectiva das tarefas dos direitos fundamentais numa sociedade funcionalmente diferenciada.

## **2.2 Uma visão dos direitos fundamentais a partir da teoria dos sistemas: Da individual-subjetividade à institucional-transsubjetividade**

---

<sup>217</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. – (Série IDP) 1. Direito constitucional - Brasil 2. Direito constitucional I. Branco, Paulo Gustavo Gonet II. Título III. Série. p. 201.

<sup>218</sup> MENDES, Gilmar. 2002, p. 7, *Op cit.*

<sup>219</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., 362-364.



### 2.2.1 A teoria dos sistemas sociais e as repercussões da modernidade sobre os direitos fundamentais

Uma análise pelo prisma da teoria sistêmica da sociedade deixa claro que há uma estreita relação entre o surgimento do conceito de direitos individuais subjetivos e o abandono de uma sociedade estratificada em direção a uma sociedade moderna funcionalmente diferenciada. De fato, o abandono do parâmetro comunal/estamental da sociedade proporcionou um aumento relevante de complexidade nas relações sociais. Com isso, revelou-se uma progressiva especialização e divisão do trabalho, de tarefas e de funções em todos os setores da sociedade, tais como economia, política, direito, artes, ciências, etc. Fragilizado o sentimento de coletividade e os compromissos e obrigações em prol de toda a comunidade, surge uma aglomeração de diferenças individuais, que reclamam por liberdade e autonomia. Os direitos fundamentais se sobressaíram, nesse período, como instrumentos garantidores de tais desejos dos indivíduos.

Abandona-se, assim, a inicial ideia europeia de direitos fundamentais ligados ao direito natural, baseado num passado constante e numa indiferenciação entre expectativas cognitivas e normativas. Realmente, a percepção de que os direitos fundamentais são produtos da modernidade está ligada ao fato de que eles não são eternos, ontológicos, estanques. A suposta ligação entre o direito natural e os direitos fundamentais, com base no dogma de que alguém os possui simplesmente porque é humano foi sepultada pela modernidade.

Os direitos fundamentais, em verdade, são resultados de processos históricos que talharam, gradual e socialmente, seus sentidos a partir das transformações radicais da estrutura societária, de onde surgiu esse “novo artefato social que emerge com a modernidade.”<sup>220</sup>. Realmente, não há como negar as mudanças de sentido e a evolução de conteúdo dos direitos fundamentais catalogados nas diversas Constituições ao longo da história moderna. Da mesma forma, a relação entre esses direitos e o Estado também sofreu mutações históricas, sendo impossível conceber identidades, por exemplo, nas razões e nas urgências da época em que foram reivindicados os primeiros direitos civis e políticos perante o recém-inaugurado Estado de direito e aquelas que proporcionaram os direitos materiais dos Estados do bem-estar social.

---

<sup>220</sup> NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador**. Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). acesso em 21/05/2020. p. 6.

Isso ocorre porque a orientação dos direitos fundamentais deve mirar o futuro e ter por base a clara diferenciação entre o cognitivo e o normativo. Para Luhmann, impossível “dizer de antemão o que cada um tem a dizer ou como cada um tem de contribuir.”<sup>221</sup>. Com efeito, os direitos fundamentais constroem estruturas normativas direcionadas à abertura para o futuro, que solucionam o problema da desestruturação da complexidade<sup>222</sup>. Mas que futuro? O permanentemente impossível de prognosticar: o futuro das reproduções autopoieticas diversificadas dos sistemas, pois o por vir dos homens pertence ao ambiente dos sistemas<sup>223</sup>. Isso leva Corsi a salientar que os direitos fundamentais são

uma espécie de norma de normas, de norma de segunda ordem, no sentido de que não indicam situações ou comportamentos imediatamente imagináveis como fatispécie, mas de que se propõe como um pano de fundo normativo sobre o qual se pode projetar aquilo que, mais concretamente, depois será considerado como sendo normatividade ordinária.<sup>224</sup>

Diante do contínuo avanço da complexidade da sociedade moderna, que potencializa as seleções forçadas e, conseqüentemente, a contingência, qual o papel/função dos direitos fundamentais para o sistema jurídico? Sob o prisma sociológico-sistêmico-estrutural-funcional, os direitos fundamentais atuam como parâmetros autorreferenciais (autopoiéticos) do sistema jurídico, utilizados para correta formação dos programas de decisão, a partir da seleção adequada dos elementos existentes naquele momento (dimensão temporal). Com isso, a jusfundamentalidade poderia “estabelecer as expectativas que serão estabilizadas”<sup>225</sup>, diante das pressões de constantes mudanças do ambiente.

Por essa razão, os direitos fundamentais foram propositadamente inseridos nas Constituições político-jurídicas sem nenhuma consistência semântica, sendo “vazios de conteúdo”, pois “a função destes direitos pode ser desenvolvida apenas, e exatamente, porque estes não especificam de nenhum modo a praticabilidade de seus preceitos. Tal especificação é delegada aos diversos subsistemas da sociedade.”<sup>226</sup>. Ao comentar sobre os direitos fundamentais e sua relação com o sistema do direito, Carneiro aduz que

a função dos direitos fundamentais não seria a de eliminar possibilidades no momento de decidir se algo é ou não conforme ao direito. Ao contrário, assumiria uma função de defesa da sociedade contra o seu próprio sistema jurídico, que, guiado pelo mito semântico e pelo tempo-passado do Legislador, poderia impedir que as energias expansivas dos sistemas

<sup>221</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 155, *Op cit.*

<sup>222</sup> NEVES, Marcelo. n.4, 2005, *ibidem.*

<sup>223</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 155, *ibidem.*

<sup>224</sup> CORSI, Giancarlo. n.º 39, 2001. p. 175, *Op cit.*

<sup>225</sup> VIANA, Ulisses Schwartz. 2015. p. 124, *Op cit.*

<sup>226</sup> CORSI, Giancarlo. n.º 39, 2001. p. 177, *Op cit.*

presentes na atualidade de seu ambiente (inovações) encontrassem lugar na conformidade com o direito.<sup>227</sup>

Do que foi apontado, conclui-se que a era moderna representou a guinada para uma sociedade funcionalmente diferenciada, onde não há espaço para a ideia de direitos fundamentais como direitos individuais subjetivos, nem de que eles possuem sentidos pré-definidos, imutáveis e universais. Na verdade, de uma forma geral, são parâmetros autopoieticos de viés institucional-transubjetivo-coletivo que o sistema jurídico utiliza no momento de decisão (seleção), com vistas à estabilização de expectativas sistêmicas.

### 2.2.2 Direitos fundamentais, diferenciação funcional e os perigos do poder para o sistema da sociedade: a posição de Niklas Luhmann

Niklas Luhmann foi o primeiro autor a consolidar uma teoria de que os direitos fundamentais estão ligados à preservação do processo geral de diferenciação funcional<sup>228</sup>. Nesse diapasão, ele definiu os direitos fundamentais como Instituições, ou seja, um complexo fático de expectativas comportamentais temporal, objetiva e socialmente generalizadas, que, partindo de um consenso social suposto, formam a estrutura dos sistemas sociais e, através disso, criam uma base de ação sustentável. As palavras-chaves contidas nos catálogos constitucionais sobre direitos fundamentais, como propriedade, liberdade, igualdade, etc., seriam símbolos, que representam tais expectativas de comportamentos institucionalizados.

Partindo dessa vertente sistêmico-estrutural, Luhmann sustenta que a função institucional dos direitos fundamentais é proteger os demais subsistemas dos perigos da desdiferenciação<sup>229</sup> e da simplificação, o que poderia ser causado pelo sistema da política ao colonizar outros sistemas sociais autônomos. Em suas próprias palavras,

---

<sup>227</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **O papel da estrutura de esferas de liberdade na modernidade.** Jurisprudência sociológica. In: Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antonio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado). p. 332.

<sup>228</sup> LUHMANN, Niklas. 2010. *Op cit.*

<sup>229</sup> Segundo Fernando Rister de Sousa Lima, o fenômeno da desdiferenciação consiste em uma “dissolução”, uma “de-diferenciação”, de uma parte da unidade do sistema, que surge quando as respectivas operações são influenciadas por outros sistemas até alcançar um estado de “corrupção” sistêmica (LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Há limites econômicos ao 12 camelo?** Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antonio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado). p. 49).

Encontramos o contexto dos direitos fundamentais na unidade de sua função - isto é, na identidade dos problemas a eles relacionados. Evitam que a ordem social seja desdiferenciada e simplificada, na medida em que protegem os diferentes subsistemas da sociedade (com seus circuitos de comunicação separados e com suas diferentes linguagens) contra as tendências de politização da ordem social.<sup>230</sup>

Essa colonização dos demais subsistemas sociais e a corrupção de suas racionalidades próprias pelo subsistema da política acontece com a imersão de seus critérios sobre códigos, programas e operações não-políticas. A politização nociva deve ser evitada pelas Instituições, tais como os direitos fundamentais, que atuam como instrumentos de bloqueio a uma expansão operativa desmedida e, com isso, externalidades negativas aos demais subsistemas<sup>231</sup>. Sua função específica é garantir mecanismos de comunicação generalizada em quatro sentidos, blindando-os de uma possível corrupção pelo sistema político. Diz Luhmann que

As funções específicas dos direitos fundamentais estão dispostas em quatro direções: constituição da personalidade, generalização das expectativas comportamentais, satisfação econômica das necessidades e vinculação das decisões tomadas sobre os problemas. Em ordens sociais indiferenciadas, os interesses de comunicação assim definidos podem aparecer sobrepostos e indistintamente. Em uma ordem social diferenciada, eles assumem uma forma especial, que os torna separáveis e conscientes: a pessoa se individualiza, as expectativas comportamentais se civilizam, a satisfação das necessidades é mediada pelo dinheiro, e decisões vinculativas são entregues a um negócio estatal burocrático que, em parte, diretamente e em parte, através de processos políticos de formação de poder, estão ligados à sociedade.<sup>232</sup>

---

<sup>230</sup> Tradução livre para “El contexto de los derechos fundamentales lo hemos encontrado en la unidad de su función esto es, en la identidad de los problemas referidos a ella. Impiden que el orden social se desdiferencie y se simplifique, en la medida en que protegen a los diferentes subsistemas de la sociedad (con sus circuitos de comunicación separados y con sus diferentes lenguajes) contra tendencias de politización del orden social.” (LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política.** Universidad Iberoamericana/Colección teoría social. 2010: Oak Editorial. p. 297).

<sup>231</sup> TERRINHA, Luiz Heleno. **Direitos Fundamentais e a Ordem Coletiva.** Teorias não subjectivistas da jusfundamentalidade. Porto: Universidade Católica Editora, 2018.

<sup>232</sup> Tradução livre para: Las funciones específicas de los derechos fundamentales se ordenan en cuatro direcciones: constitución de la personalidad, generalización de las expectativas de comportamiento, satisfacción económica de las necesidades y vinculabilidad de las decisiones tomadas sobre los problemas. En órdenes sociales no-diferenciados los intereses de comunicación así definidos pueden aparecer superpuestos y en forma indistinta. En un orden social diferenciado toman forma especial, que los vuelve separables y conscientes: la persona se individualiza, las expectativas de comportamiento se civilizan, la satisfacción de las necesidades se media por el dinero y las decisiones vinculantes se entregan a un negocio estatal burocrático que, en parte, directamente y, en parte, mediante procesos políticos de formación de poder, están unidos a la sociedad. (LUHMANN, Niklas. **Los Derechos Fundamentales como Institución.** Aportación a la sociología política. Universidad Iberoamericana/Colección teoría social. 2010: Oak Editorial. p. 298.

Enfim, para Luhmann, os direitos fundamentais são funcionalmente direcionados a manter preservados os subsistemas sociais diferenciados do perigo de qualquer avanço do subsistema político, mantendo-os intocados em suas integridades autopoiéticas.

Importante perceber que a fixação da exclusiva contenção do poder político sobre os demais subsistemas autônomos ocorreu porque ele foi o primeiro setor parcial da sociedade a se autonomizar de maneira ampla e visível, dissociando-se das amarras morais-religiosas-econômicas da antiga sociedade. O sistema político, portanto, inaugurou as tentativas de usurpação dos meios de comunicação, através de seu código específico, o poder. A principal tese sustentada por Luhmann, assim, é de que os direitos fundamentais são uma resposta histórico-complementar à diferenciação funcional da sociedade moderna, representando uma institucionalização de expectativas sociais, que almejam estabilização.

Em resumo, portanto, a emergência dos direitos fundamentais se revela na necessidade de garantir a diferenciação da sociedade em várias esferas autônomas, ao invés de se ater apenas uma perspectiva puramente legal-individualista. Eles surgem como mecanismos que auxiliam na estruturação e preservação da diferenciação funcional da sociedade. Esse viés repercute, inclusive, na ideia de internacionalização dos direitos fundamentais, em contraste com a estreita visão que lhes vinculam sua validade a um Estado-nação, presos a um território. Com efeito,

É a diferenciação social que cria uma variedade de esferas de ação autônomas, cuja autonomia é protegida por direitos constitucionais complementares. A esfera do indivíduo que se realiza é apenas uma entre muitas esferas de autonomia da sociedade que são garantidas pelos direitos constitucionais como instituição social.<sup>233</sup>

Por essa razão, a apertada concepção de que os direitos fundamentais podem ser exercidos exclusivamente contra o poder abusivo do Estado não apresenta soluções adequadas para os problemas sociais. Em outras palavras, a visão dos direitos fundamentais amparada pelo modelo de subjetivismo jurídico e, portanto, de disponibilidade pelo indivíduo, de hierarquia das leis e de separação entre Estado e sociedade não é suficiente para explicar suas verdadeiras funções<sup>234</sup>. Torna-se óbvio que o modelo subjetivo dos direitos fundamentais a serem exercidos numa relação jurídica representada pelo binômio estado-

<sup>233</sup> LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Há limites econômicos ao 12 camelo?** Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antonio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado). p. 30.

<sup>234</sup> LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución.** Aportación a la sociología política. México: Universidad Iberoamericana/Colección teoría social, 2002. p. 105

indivíduo(s) não convence mais, seja pela mudança estrutural experimentada pelo direito público especialmente no pós-1989, seja pelas evidências em casos como o da transubjetividade do meio ambiente, proteção institucional, movimentos difusamente organizados, comunidades, etc.<sup>235</sup>

Como se anotou, especialmente a matriz liberal-burguesa percebe os direitos fundamentais como foco numa excessiva subjetividade e um destinatário exclusivo, o Estado.<sup>236</sup> O distanciamento dessa perspectiva normativa, empreende uma compreensão dos direitos fundamentais na sociedade, entendida como um conjunto de (sub)sistemas de comunicação diferenciados. Logo, os direitos fundamentais não são normas supra positivas de origem misteriosa, que a natureza impõe como direitos sagrados para a defesa dos indivíduos frente ao Estado, com o escopo único de regular o poder, matéria-prima do sistema político.

Na verdade, “para encontrar o significado de sua realidade nas condições de sua substituíbilidade”<sup>237</sup>, a sociologia deve questionar o papel dos direitos fundamentais na sociedade, examinando não apenas a seu “suposto senso normativo”<sup>238</sup>, mas também, e acima de tudo, sua função na ordem social. Nesse sentido, Verschraegen revela a importância de uma postura institucional dos direitos fundamentais ao explicar, com apoio em Luhmann, que a sociedade moderna é construída sobre estruturas sociais que são muito improvavelmente evolucionárias e, portanto, precisa de proteção especial. Sem mecanismos institucionalizados que possibilitem e fortaleçam a coexistência de pessoas altamente individualizadas e os sistemas de função autônoma, o risco de regressão ou desdiferenciação é real.<sup>239</sup>

Não cabe, portanto, a análise dos direitos fundamentais pela moldura única da dogmática jurídica, que ainda carrega detritos do constitucionalismo liberal, sendo necessária a abertura para a interação e a integração com as ciências sociais. Defende-se aqui, que a sociologia dos direitos fundamentais,

seja para o situar e enquadrar (bem como à prática jurídica que o subjaz) num complexo domínio em que ele se intersecciona com outros discursos e práticas sociais, concorrendo as recíprocas interações e ou relações entre esses heterogêneos e múltiplos elementos para a construção dos direitos fundamentais, seja para induzir e facilitar o abandono a ideias apriorísticas de direitos fundamentais em favor de uma compreensão que acentua a

<sup>235</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas. **Subjektlose Rechte**. In: **KJ Kritische Justiz**, page 475 – 496. KJ, Volume 50 (2017), Issue 4, ISSN: 0023-4834, ISSN online: 0023-4834, <https://doi.org/10.5771/0023-4834-2017-4-475> Browse Volumes and Issues: KJ Kritische Justiz. Acesso em 16/07/2020.

<sup>236</sup> TERRINHA, Luiz Heleno. 2018. p. 6, *Op cit.*

<sup>237</sup> LUHMANN, Niklas. 2002. p. 39, *Op cit.*

<sup>238</sup> Id. p. 45.

<sup>239</sup> VERSCHRAEGEN, Gert. 2002, p. 270, *Op cit.*

produção social destes, seja para desideologizar ou destrancendentalizar os direitos fundamentais. (...) chamando-se a atenção para a necessidade de se aprender os direitos fundamentais na sociedade e, para lá do plano meramente individual (ou individualista), a sua inserção ou dimensão colectiva.<sup>240</sup>

Por isso, insiste-se: apenas uma abordagem sociológica dos direitos fundamentais e de suas dimensões constitucionais tem o condão de capturar os seus diversos significados e funções na sociedade moderna, explicando satisfatoriamente, tanto o seu aspecto negativo (defesa), quanto o positivo (prestação), ou melhor, os critérios limitadores e habilitadores desses direitos.<sup>241</sup> De fato, somente com foco na teoria da diferenciação funcional, há de se compreender os problemas e apresentar respostas adequadas à complexidade enfrentada pela sociedade contemporânea, já que “fornece uma estrutura para cumprir a tarefa de analisar o papel social dos direitos humanos na modernidade.”<sup>242</sup>

Para a teoria dos sistemas sociais, os direitos fundamentais não são uma realidade extra sistêmica que encontra sua razão e sua origem em uma ordem normativa hierarquicamente superior ao direito positivo ordinário. Ou seja, eles não são leis naturais ou fundamentos da ordem social; eles não têm um fundamento em si mesmos, nem colocam o ser humano em uma dignidade superior ou, muito menos, isso seria um dogma intocável. Na verdade, como bem analisa Di Giorgi<sup>243</sup>, os direitos fundamentais fazem parte do sistema jurídico; são, pois, direitos, e ainda mais, direitos positivos, já que introduzidos por uma decisão política; direitos positivos, portanto, mutáveis, frutos da contingência e não vinculativos para a eternidade.

Para Vesting, essa transubjetividade dos direitos fundamentais está representada na forma de redes de relação e comunicação prática que transcendem os próprios indivíduos titulares, tendo, pois, a impessoalidade como uma de suas principais características. Não existe, assim, um sujeito individual-soberano, detentor de um intocável direito subjetivo. A subjetividade, na verdade, acontece no entrelaçamento de redes de relações de vizinhança<sup>244</sup>.

<sup>240</sup> TERRINHA, Luiz Heleno. 2018. p. 9-10, *Op cit.*

<sup>241</sup> VERSCHRAEGEN, Gert. (2019). **Differentiation and Inclusion**: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights. *In book: Making Human Rights Intelligible. Towards a sociology of human rights.* Publisher: Hart Publishing, July 2019. (pp.61-80). [https://www.researchgate.net/publication/334545143\\_Differentiation\\_and\\_Inclusion\\_A\\_Neglected\\_Sociological\\_Approach\\_to\\_Fundamental\\_Rights/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/334545143_Differentiation_and_Inclusion_A_Neglected_Sociological_Approach_to_Fundamental_Rights/citation/download). Acesso em 16/09/2020.

<sup>242</sup> Id. p. 78.

<sup>243</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Los Derechos Fundamentales em la sociedad moderna**. México: Editora Fontamara, 2015.

<sup>244</sup> VESTING, Thomas. **Vizinhança - Direitos Fundamentais e sua Teoria na Cultura das Redes**. Tradução Pedro Henrique Ribeiro. CAMPOS, Ricardo (Organizador) *Crítica da Ponderação. Método Constitucional entre a Dogmática jurídica e a Teoria Social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 226-272.

O sujeito culturalmente inserido, partindo de uma moldura prévia de sistemas de sentidos e práticas significantes, exercita os direitos fundamentais como instrumentos de interconexão e intermediação entre indivíduos, formando, assim, um quadro de vizinhança<sup>245</sup>. O sujeito da jusfundamentalidade deixa de ser o indivíduo para ser a rede de relações e comunicação cultural e societalmente inserida que preexiste e enquadra o indivíduo.<sup>246</sup>

Adotando-se, pois, essa visão sistêmica dos direitos fundamentais, para além da tradicional leitura individualista, eles passam a ser percebidos como direitos transsubjetivos, em consonância com uma dimensão jusfundamental coletiva. De fato, numa sociedade sem centro e sem topo, onde se institucionalizam redes práticas, que, por sua vez, se desenvolvem de forma espontânea, dinâmica, fragmentada e plural, sem as correntes da subjetividade individualista, os direitos fundamentais devem ser repensados no sentido de uma impessoalidade.

### 2.2.3 Os direitos fundamentais e as indevidas expansões sistêmicas: policontexturalidade, pluralismo jurídico e fragmentação das constituições civis não-estatais no constitucionalismo social

Embora Luhmann direcione os direitos fundamentais à politização da sociedade, Teubner, mantendo coerência com a lógica da diferença funcional, estende sua atuação contra a possibilidade de movimentos colonizadores entre outros sistemas autônomos funcionais. Quer dizer, os direitos fundamentais não se restringem à defesa contra ações estatais ou mesmo contra o sistema político. Eles protegem o indivíduo e a autonomia social contra a dinâmica expansiva de outros sistemas sociais. Em suma, urge a ampliação da míope visão de que a jusfundamentalidade se constitui na vinculação estrita ao sistema da política, formado pela tríade indivíduo/poder/Estado, que deve ser complementada por uma perspectiva que também leve em consideração os outros sistemas sociais funcionais.

É preciso deixar claro, porém, que a sociologia constitucional Teubneriana não defende a plena desvinculação dos direitos fundamentais do poder político e do Estado-nação. Apenas ressalta que, numa sociedade moderna e policêntrica, a jusfundamentalidade generaliza-se de tal forma, que garante proteção, tanto às liberdades e interesses essenciais do

---

<sup>245</sup> Id.

<sup>246</sup> Id.



indivíduo, quanto à diferenciação das várias esferas sociais autônomas; não apenas quanto aos arroubos do sistema político, mas de todo e qualquer sistema funcional de ação.

Realmente, a perspectiva sociológica dos direitos fundamentais não abandona por completo a visão liberal-clássica, que mira tão somente o sistema da política e seu símbolo do poder. Sustenta apenas que esse é um modelo insuficiente, que precisa ser complementado (e não substituído) por uma abordagem que também leve em consideração as autonomias e as disputas entre outras esferas autônomas da sociedade moderna.<sup>247</sup> Com base nisso, Verschraegen elenca exemplos de "conflitos de fronteira" entre sistemas sociais funcionais autônomos sobre os quais os direitos fundamentais devem atuar, a fim de evitar a desdiferenciação funcional provocada por dinâmicas corruptivas de códigos binários sociais. São os casos de disputa

entre a ciência e religião (por exemplo, a recusa de teorias científicas por motivos religiosos), medicina e religião (por exemplo, a recusa por motivação religiosa da transfusão de sangue), educação e religião (por exemplo, tensões sobre os currículos dos muçulmanos ou Escolas cristãs) ou política e religião (por exemplo, o surgimento de religiosidade de partidos políticos fundamentalistas) (...) a mistura da lógica de mercado com outras esferas anteriormente "protegidas" da sociedade (ciência, arte, educação, etc.), que eles veem como um passo em direção a mercantilização.<sup>248</sup>

Por essa concepção, o conflito jusfundamental deve ser anotado a partir de uma policontextualidade, ou seja, da percepção de que não se cuida de embates entre princípios e que, por isso, reclamam otimizações, mas, sim, de colisões de autonomias societais, de indevidas exclusões sistêmicas de "pessoas" ou de agressões comunicacionais indiretas ao indivíduo, que somente serão equilibradas ou afastadas por intermédio do estabelecimento de limites fronteirizos entre os diversos sistemas sociais com tendências expansionistas.

Realmente, com a perda da centralidade e superioridade hierárquica dos Estados-nação, que não podem mais funcionar como contêineres autônomos, a sociedade assume várias de suas tarefas, dentre as quais, a possibilidade de produção de normas (policentralidade), inclusive, as constitucionais, que, paulatinamente, passam a ser obra de

---

<sup>247</sup> VERSCHRAEGEN, Gert. 2002, *Op cit.*

<sup>248</sup> Tradução livre para "between science and religion (eg the religiously motivated refusal of scientific theories), medicine and religion (eg the religiously motivated refusal of blood transfusions), education and religion (eg tensions about the curricula of Muslim or Christian schools) or politics and religion (eg the emergence of religiously fundamentalist political parties). (...) blending the market logic with other previously 'protected' spheres of society (science, art, education etc), which they view as a step towards commodification." (VERSCHRAEGEN, Gert. (2019). **Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights**. In book: Making Human Rights Intelligible. Towards a sociology of human rights. Publisher: Hart Publishing, July 2019. (pp.61-80). [https://www.researchgate.net/publication/334545143\\_Differentiation\\_and\\_Inclusion\\_A\\_Neglected\\_Sociological\\_Approach\\_to\\_Fundamental\\_Rights/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/334545143_Differentiation_and_Inclusion_A_Neglected_Sociological_Approach_to_Fundamental_Rights/citation/download). Acesso em 16/09/2020. p. 71).

uma multiplicidade de setores sociais. Abandona-se a ideia de um ponto panóptico central de axiomas jurídicos em face de uma multiplicidade reflexiva de comunicações constitucionais, que são produzidas em diversos contextos<sup>249</sup>. Produto claro disso é o entrelaçamento entre os códigos normativos privados e públicos.

Essa auto regulação ocorre porque a análise reflexiva dos diferentes discursos sociais, agora, ignora a existência de um centro e uma periferia, o que remete à possibilidade de constitucionalização de acordo com a posição do observador. De fato, inexistindo um único local privilegiado e específico para a descrição social correta, os regimes autônomos como o direito, a economia, a religião, a ciência, a arte, etc., enfim, todos os subsistemas sociais, movimentam-se no sentido de validação, não apenas de suas próprias normatividades, mas da autoconstitucionalização. A questão é que,

além das esferas de ação individuais, existem esferas de autonomia social que precisa de proteção dos direitos constitucionais contra os colonizadores tendências da política estatal e que não podem ser reduzidas a meros anexos ou derivações da autonomia individual. É a descentralização do indivíduo, não seu definhamento, solicitado no campo dos direitos constitucionais.<sup>250</sup>

Na complexa constelação transnacional, em que o Estado ou o sistema político não é o sistema central da sociedade mundial, mas sim apenas um de muitos<sup>251</sup>, o constitucionalismo social Teubneriano, amparado pela policontextualidade, pelo pluralismo jurídico e pela fragmentação das constituições civis não-estatais, dedica aos direitos fundamentais funções totalmente díspares àquelas outrora impostas pelo constitucionalismo liberal. Nos conflitos transnacionais entre organizações internacionais, regimes privados ou mesmo as de caráter híbridos, a jusfundamentalidade atua no sentido de afastar qualquer tentativa de colonização inter sistêmica. A questão chave, então, é como as esferas sociais da autonomia devem estar relacionadas umas com as outras.<sup>252</sup>

Portanto, nesse novo paradigma, os direitos fundamentais têm a tarefa de proteger os sistemas funcionais autônomos da sociedade contra as tendências de expandirem suas

<sup>249</sup> TONET, Fernando. 2018. p. 90-91, *Op cit.*

<sup>250</sup> Tradução livre para “apart from individual spheres of action there are spheres of social autonomy that need constitutional rights protection against the colonizing tendencies of state politics and that cannot be reduced to mere annexes or derivations of individual autonomy. It is the decentering of the individual, not its withering away which is asked for in the field of constitutional rights.” (GRABER, Christoph Beat & TEUBNER, Gunther, **Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere**, 18 Oxford J. Legal Stud. 61 (1998). DATE DOWNLOADED: Mon Jun 8 19:50:06 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline. p. 66) .

<sup>251</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas. **Subjektlose Rechte. Subjektlose Rechte.** in: **KJ Kritische Justiz**, page **475 – 496.** KJ, Volume 50 (2017), Issue 4, ISSN: 0023-4834, ISSN online: 0023-4834, <https://doi.org/10.5771/0023-4834-2017-4-475> Browse Volumes and Issues: KJ Kritische Justiz. Acesso em 16/07/2020.

<sup>252</sup> Id.

fronteiras para seus ambientes e, até mesmo para além do sistema social, chegando a irritar os sistemas psicofísicos. “Em vez de se limitar à proteção contra o poder na sociedade, que é equivalente ao poder do Estado, os direitos constitucionais devem ir muito mais longe e precisam ser direcionados a todos os meios de comunicação com tendências expansivas.”<sup>253</sup>. É que, segundo Verschraegen,

O fato de que a semântica dos direitos individuais inicialmente alimentados pelo conflito com o estado tende a nos cegar do futuro da evolução das liberdades e direitos fundamentais, que não foram apenas conquistados contra o sistema político, mas também contra a dinâmica intrusiva de outros sistemas sociais como economia, religião, família, meios de comunicação e assim por diante.<sup>254</sup>

Enfim, partindo das lições de Teubner, percebe-se que, num mundo altamente globalizado, o tradicional modelo dos direitos fundamentais, baseado exclusivamente no subjetivismo-individualismo e orientado somente para a política e o Estado-nação, não encontra eco na complexa e fragmentada sociedade atual. Ao contrário, apenas assimilando um pluralismo constitucional, mediante o qual os diversos setores sociais funcionais autônomos possam desenvolver seus próprios regimes constitucionais-jurídicos é que os direitos fundamentais podem se desenvolver. Funcionando, assim, como a face de Janus, na medida em que, por um lado permitem “a autonomia de cada sistema de funções, possibilitando o acesso livre e igual para todos. Por outro lado, eles têm que estabelecer limites para as tendências totalizantes dos meios comunicativos autonomizados.”<sup>255</sup>.

#### 2.2.4 Para além dos estados nacionais: validade e eficácia extraterritorial dos direitos fundamentais nos regimes transnacionais, a partir do constitucionalismo social

<sup>253</sup> Tradução livre para “Instead of being limited to the protection against power in society, which is equivalent to the power of the state, constitutional rights must reach much further and need to be directed against all communications media with expansive tendencies.” (TEUBNER, Gunther, **Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution**, 3 Italian L.J. 193 (2017). DATE DOWNLOADED: Mon Jul 6 17:57:53 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline. p. 193).

<sup>254</sup> Tradução livre para “The fact that the semantics of individual rights initially fed on conflict with the state tends to blind us from the later evolution of fundamental freedoms and rights, which were not only won against the political system but also against the intrusive dynamics of other social systems such as the economy, religion, the family, the mass media and so forth.” (VERSCHRAEGEN, Gert. (2019). **Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights**. In book: Making Human Rights Intelligible. Towards a sociology of human rights. Publisher: Hart Publishing, July 2019. (pp.61-80). [https://www.researchgate.net/publication/334545143\\_Differentiation\\_and\\_Inclusion\\_A\\_Neglected\\_Sociological\\_Approach\\_to\\_Fundamental\\_Rights/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/334545143_Differentiation_and_Inclusion_A_Neglected_Sociological_Approach_to_Fundamental_Rights/citation/download). Acesso em 16/09/2020. p. 68).

<sup>255</sup> Tradução Livre para “the autonomisation of each function system, enabling free and equal access for everybody. On the other hand, they have to set boundaries to the totalising tendencies of autonomised communicative media.” (VERSCHRAEGEN, Gert. **Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State**, 40 R & R 216 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:36:32 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline. p. 222).

Antes de se adentrar à análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sob a égide do constitucionalismo social, importante discorrer sobre sua validade extraterritorial, especialmente, nas relações privadas transnacionais. Para tanto, optou-se por seguir um roteiro norteado pela investigação levantada por Teubner sobre um instigante problema, cuja resposta - acredita-se - será balizadora para o adequado entendimento do efeito de terceiros. Questiona o referido autor:

Como se chegaria através dos catálogos de direitos fundamentais dos Estados-nacionais e através da positivação de direitos humanos em acordos internacionais à validade dos direitos fundamentais nos regimes transnacionais – sejam eles públicos, híbridos ou privados?<sup>256</sup>

O tema é relevante, na medida em que, se de uma forma geral, a aplicação das normas de direitos fundamentais em nível transnacional não parece suscitar muitos debates, como explicar essa validade onipresente, especialmente diante dos limites territoriais impostos pela tradicional dogmática constitucional ligada ao positivismo e o Estado-nação?

Num primeiro momento, vem à mente o direito natural como justificador dessa unanimidade mundial dos direitos fundamentais, em face da sedimentada ideia de que se cuida de direitos inatos e universais pertencentes a todo e qualquer ser humano. Portanto, independentemente da soberania e autonomia legislativa de cada nação, todos os seres humanos seriam detentores de direitos fundamentais garantidores da liberdade, da igualdade, enfim, da dignidade humana.

Entretanto, como se viu no primeiro título desse trabalho, a visão do direito natural como um tipo superior e imutável serviu apenas a uma sociedade europeia pré-moderna, nobiliárquica e estratificada, na qual esses direitos pré-estabelecidos justificavam diferenças sociais absurdas, com agudos e irracionais desníveis entre camadas sociedade. Assim, impossível cogitar-se de validação dos direitos humanos pelo direito natural, vez que usado para legitimar a privação de direitos básicos a certa camada da população, tais como liberdade e igualdade, justificando irracionalmente a não universalidade da dignidade humana.

O direito natural, que pressupõe a ideia da natureza como um sistema ordenador razoável, obrigatório e, nessa qualidade, indisponível para a sociedade<sup>257</sup>, foi descartado pela modernidade que implementou, dentre outras, a racionalidade jurídica. Nesse momento, a

---

<sup>256</sup> TEUBNER, Gunther. 2020. p. 241, *Op cit.*

<sup>257</sup> LUHMANN, Niklas. 2016, *Op cit.*

validade do direito desprende-se de uma fundamentação jurídico-natural para uma legitimação racional. Com o direito positivo, o direito natural cai em descrédito.

Todavia, também esse modelo, idealizado no século XVIII para, juntamente com a textualização, solucionar o problema dos direitos individuais e suas relações com o Estado, não conseguiu justificar/validar os direitos fundamentais para além das fronteiras nacionais. A comprovação dessa inaptidão do positivismo está na certeza de que, ainda que sendo cumpridos os trâmites processuais legislativos constitucionalmente previstos nas Cartas nacionais, pode-se “legalizar” qualquer violação aos direitos humanos, inclusive, ao arripio do direito internacional. Nesse sentido, basta a lembrança da “legalidade” da escravidão e a legitimação do racismo em diversos países, além das normas regularmente constituídas pelo nazismo. Atualmente tais violações concentram-se no drama dos refugiados de guerra que se deslocam em direção à Europa.

Como revela Teubner<sup>258</sup>, uma nova teoria para a validade dos direitos fundamentais em regimes privados transnacionais foi apresentada por Ladeur e Viellechner<sup>259</sup>. Para eles, a validade dos direitos humanos *lato sensu* não está na universalidade defendida pelo jusnaturalismo ou na constitucionalização ampla do direito internacional, mas, sim, na sua expansão dos limites nacionais para o âmbito privado global. Esse fenômeno seria reflexo, entre outros, da intensa troca de experiências entre as Cortes Constitucionais ao redor do mundo, da diluição das barreiras entre público e privado e na sobreposição de normas nacionais e internacionais. Quer dizer, a validade dos direitos fundamentais estaria justificada na sua expansão para além dos territórios dos Estados-nação.

Entretanto, com base na teoria das fontes do direito, Teubner critica essa ideia, pois o termo “expansão”, como utilizado por Ladeur e Viellechner, provoca uma confusão entre fontes de conteúdo e fontes de validade dos direitos fundamentais. A utilização de conteúdo dos direitos fundamentais previstos em Estados nacionais para regimes privados transnacionais são formas de argumentação, mas não de validade, que necessita de uma decisão, isso é, de “um ato de colocação em validade em um processo de criação e estabelecimento do direito juridicamente institucionalizado, cuja necessidade não pode ocultar a transferência de conteúdo dos *standards* de direitos fundamentais.”<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> TEUBNER, Gunther. 2020. p. 241/243, *Op cit.*

<sup>259</sup> LADEUR, Karl-Heinz e VIELLECHNER, Lars. **Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes**, in: *Archiv des Völkerrechts* 46 (2008), p. 42-73. *Apud* TEUBNER, Gunther. 2016, *Op cit.*

<sup>260</sup> *Id.* p. 242.

No mais, Teubner repudia a ideia de que se trate de “expansão” desses *standards* dos direitos fundamentais nacionais, eis que produzidos cada qual a sua maneira, sendo mais preciso se cogitar, no máximo, de uma seleção entre eles para utilização dos sistemas transnacionais privados. Para ele, a sugerida “expansão” apenas poderia consistir numa

confortável semântica de transição, que certamente já leva em consideração a emergência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos regimes transnacionais, mas ainda não pode reconhecer seu desempenho constitucional próprio.<sup>261</sup>

Mesma sorte tem os que argumentam que a validade dos direitos fundamentais em regimes privados transnacionais surge na aplicação universal de princípios gerais do direito. É que essa proposição, além de igualmente não indicar claramente a diferença entre argumentações e decisões, ainda peca por não diferenciar “clara e suficientemente a inquestionável função-modelo dos princípios, o conteúdo de diferentes ordens jurídicas, e o processo de decisão jurídica sobre sua validade.”<sup>262</sup>

Não vinga, também, a defesa de que o método do direito comparado seria apropriado para justificar a validade em análise, já que, sequer, diferencia com clareza suficiente entre a função exemplar dos princípios ou o conteúdo divergente das ordens jurídicas no mundo por um lado e o processo legal de tomada de decisão sobre sua validade no outro<sup>263</sup>.

A validade universal dos direitos humanos poderia, então, ser defendida a partir da ideia de Luhmann de que eles somente surgem no momento em que são lesados<sup>264</sup>? Ou seja, se os direitos humanos surgem apenas quando são violados, faria sentido atrelar sua validade, inclusive, a nível global, à revelação, através de procedimentos de escandalização desses desajustes por entidades não-governamentais? Especificamente sobre esse questionamento, Teubner alia-se a Ladeur e Viellechner, para desacolher a sugerida tese, eis que a quebra das expectativas normativas da sociedade global (*Weltgesellschaft*) sozinha, como nos casos de

<sup>261</sup> TEUBNER, Gunther. 2020. p. 242, *ibidem*

<sup>262</sup> Id. p. 244/245.

<sup>263</sup> TEUBNER, Gunther. **Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect**, 40 R & R 191 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 11:44:03 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

<sup>264</sup> No artigo “O paradoxo dos direitos humanos e três forma de seu desdobramento”, Luhmann afirma que “A forma mais atual de afirmação dos direitos humanos poderia ser assim, simultaneamente, a mais original (mais natural). Noemas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos, na medida em que são descumpridos. Assim, como frequentemente as expectativas tornam-se conscientes por via da frustração, assim também as norma frequentemente pela ofensa a elas. A situação de frustração conduz nos sistemas que processam informações à reconstrução de seu próprio passado, ao processamento recorrente, com resgate e apreensão do que no momento for relevante. Parece que a atualização dos direitos humanos, hoje, utiliza-se em nível mundial primariamente deste mecanismo.” (LUHMANN, Niklas. **O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento**. Tradução do original em alemão: Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. Revista Themis, Fortaleza, v 3, n. 1, p. 153-161, 2000. p. 158).

escândalos internacionais protagonizados por multinacionais, não têm força de fundamentação jurídica. Para isso, exige-se a institucionalização que assegure essas expectativas, o que não pode ser atribuída apenas à *colère publique*.

Ora, se a validade dos direitos fundamentais na esfera transnacional não está sustentada numa expansão das normatividades nacionais, nem na aplicação de princípios gerais de direito, nem na aplicação de normas do direito comparado ou muito menos da simples *colère publique*, como ela surge?

Na opinião de Gardbaum<sup>265</sup>, a validade encontraria abrigo no *status* constitucional das normas internacionais de direitos fundamentais. Com efeito, após declarar que, inegavelmente, existe algo inerentemente constitucional às normas de direitos humanos, com tarefa clara de limitar o poder dos governos sobre pessoas dentro de suas jurisdições, indaga o referido autor se isso seria suficiente para dar aos direitos humanos a patente de estatuto jurídico de direito constitucional. Em resposta, Gardbaum defende que no atual quarto estágio de desenvolvimento do constitucionalismo (constitucionalismo global), a validade dos direitos humanos surge no direito internacional, que, em princípio e na prática, tem graus significativos de aplicação extraterritorial de interpretações e comandos formulados por atores internacionais. Ao comentar sobre esses argumentos, Teubner<sup>266</sup> chega a considerá-los uma explicação lúcida e razoável, mas ainda pendente de profundidade e audácia para se tornar uma teoria geral de validade dos direitos fundamentais para além das fronteiras nacionais.

Já o transconstitucionalismo proposto por Neves apresenta outro entendimento viável acerca da validade supranacional dos direitos humanos. Sua tese parte da afirmação de que “o acoplamento estrutural do sistema político e do sistema jurídico através de constituições não tem correspondência no plano da sociedade mundial”<sup>267</sup>. Assim, sob a inspiração do conceito de “racionalidade transversal” proposto pelo filósofo alemão Wolfgang Welsch, Neves defende que na “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*) existem mecanismos de troca de experiências constitucionais nos âmbitos local, nacional, regional e internacional. A racionalidade transversal seria “um mecanismo estrutural que possibilita o intercâmbio

---

<sup>265</sup> GARDBAUM, Stephen. **Human Rights and International Constitutionalism** (2009). Ruling The World? Constitutionalism, International Law And Global Government, Jeff Dunoff and Joel Trachtman, eds., Cambridge University Press, 2009, UCLA School of Law Research Paper No. 08-01, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1088039>. Acesso em 07/06/2020.

<sup>266</sup> TEUBNER, Gunther. 2016, *Op cit.*

<sup>267</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2009. p. 27 e 29.

construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas”<sup>268</sup>. Portanto, no que tange aos conflitos transnacionais sobre direitos humanos, Neves sustenta que “se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma última *ratio* jurídica.”<sup>269 270</sup>.

Teubner, contudo, não adere a essa perspectiva, especialmente porque, para ele, o acoplamento estrutural da Constituição, como mecanismo de interpenetração, possibilita uma interferência no plano operativo (elementos)<sup>271</sup> e não no plano estrutural (expectativas), como defendido por Neves. Na verdade, para Teubner, nem os direitos fundamentais nacionais, nem as regras do direito internacional privado, muito menos as normas sociais formam uma base adequada para a aferição da validade dos direitos fundamentais para além dos Estados nacionais. Isso somente ocorre com o resultado de decisões em casos concretos de disputas transnacionais, tomadas por instituições de regimes parciais globais privados, como os tribunais internacionais arbitrais não-estatais.

Essa ideia encontra eco nas lições de Renner<sup>272</sup>, para quem, a partir de pedidos de agentes particulares, os tribunais internacionais de resolução de disputas positivam padrões concretos de direitos fundamentais (*standarts*) para seus respectivos regimes dentro de um procedimento legalmente regulamentado. Quer dizer, os próprios órgãos de resolução de conflitos de cada uma dessas entidades transnacionais, num processo semelhante ao direito comum, positivam os padrões (*standarts*) de direitos fundamentais que, além de válidos em face de cada regime social parcial, imprimem força vinculante. O processo de validação termina quando os tribunais nacionais apreciam a execução de títulos arbitrais e promovem uma reanálise daquela escolha decisória, à luz de possíveis afrontas aos direitos fundamentais e em consonância com sua jurisprudência.

Trata-se, dessa forma, de um processo de dupla pertença, em que decisões em diferentes cadeias participam da construção do regime global dos direitos fundamentais. Por

<sup>268</sup> ELMAUER, Douglas. **Transconstitucionalismo**: Do acoplamento estrutural à racionalidade transversal. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 108 p. 855 - 864 jan./dez. 2013. p. 859.

<sup>269</sup> NEVES, Marcelo. 2009. p. 103, *Op cit.*

<sup>270</sup> Existem julgados do C. Supremo Tribunal Federal que, aparentemente, representariam exemplos concretos do transconstitucionalismo defendido por Neves, especialmente no que tange à recepção dos tratados sobre direitos humanos em posição hierárquica normativa superior antes mesmo da vigência do atual art. 5º, § 3º da Constituição Federal (Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, Habeas Corpus n. 87.585/TO e Recurso Extraordinário n. 349.703/RS).

<sup>271</sup> TEUBNER, Gunther. **El derecho como sujeto epistêmico**: hacia una epistemología constructivista del derecho. Cuadernos de filosofía del derecho, ISSN 0214-8676, Nº 25, 2002, pags. 533-571. [www.researchgate.net/publication/28066572](http://www.researchgate.net/publication/28066572). Acesso em 21/05/2020.

<sup>272</sup> RENNER, Moritz. **Zwingendes transnationales Recht**: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates (Baden-Baden: Nomos, 2010), 91 ss., 199 ss., Apud TEUBNER, Gunther. **Transnational Fundamental Rights**: Horizontal Effect, 40 R & R 191 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 11:44:03 2020 SOURCE: Content Downloaded from Hein Online.



essas razões, a validade dos direitos fundamentais em nível transnacional apoia-se numa constitucionalização baseada nos sentidos extraídos de decisões tomadas por órgãos não-estatais detentores de autoridade para responderem a exigências situativas de momento.

Em síntese, positivamente dos direitos fundamentais pelas legislações nacionais, princípios gerais de direito, regras internacionais sobre direitos fundamentais, entre outros, auxiliam na tomada de decisão pelos tribunais de resolução de conflitos privados internacionais. Entretanto, a concretização do formato e sentido dos direitos fundamentais nascem de ‘competência’ exclusiva desses órgãos, no momento do julgamento dos casos concretos. O resultado certamente influenciará mudanças legislativas internas às nações e norteará a jurisprudência dos tribunais nacionais, que, por vezes, reconhecerão tais decisões sem a utilização da legislação interna como paradigma, mas, sim, na proteção às autonomias sistêmicas. Para Teubner,

O termo "*common law constitution*" descreve adequadamente como os direitos fundamentais são positivados em regimes públicos e privados transnacionais por meio de um processo iterativo de tomada de decisão que ocorre entre as decisões de arbitragem tribunais, tribunais nacionais, contratos entre atores privados, normas sociais ações de escandalização de movimentos de protesto e ONGs.<sup>273</sup>

Do exposto sobre as lições de Teubner, tem-se que os direitos fundamentais, previstos explicitamente nas Constituições dos Estados-nacionais e positivados em inúmeros acordos internacionais, revelam sua validade nos regimes transnacionais – sejam eles públicos, híbridos ou privados – através de um processo iterativo de decisões vaticinadas no âmbito de diversos órgãos julgadores não-estatais, tais como tribunais internacionais de arbitragem, que, ao definirem disputas internacionais privadas e auxiliados por legislações nacionais, princípios gerais de direito, regras internacionais, jurisprudências próprias, entre outros parâmetros, estabelecem molduras e concretizam seus sentidos nos casos concretos.

---

<sup>273</sup> Tradução livre para: “The term ‘common law constitution’ appropriately describes how fundamental rights are positivised in transnational public and private regimes by means of an iterative decision-making process that occurs between the decisions of arbitral tribunals, national courts, contracts between private actors, social standardisations and the scandalisation actions of protest movements and NGOs” (TEUBNER, Gunther. **Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect**, 40 R & R 191 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 11:44:03 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.)

## TÍTULO 3 – UMA NOVA COMPREENSÃO DO EFEITO DE TERCEIROS A PARTIR DAS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

### 3.1 Notas introdutórias

Salvo raras exceções, a dogmática, nacional e internacional, e as Cortes Constitucionais reconhecem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Os debates que ainda persistem cingem basicamente em definir se a *Drittwirkung* teria aplicação mediata-indireta ou direta-imediata.

Independentemente, o efeito de terceiros seria a consequência de disputas entre atores privados a respeito de bem jurídico representativo de valor constitucional. Por uma “simples transferência” de normas de direito público para a seara privada, os direitos fundamentais serviriam à defesa do indivíduo prejudicado em face de agente violador particular, que substitui o Estado como seu destinatário comum. A solução para o conflito passaria, basicamente, pela promoção do equilíbrio entre os valores constitucionais colidentes reivindicados no caso concreto pelos atores individuais. Em suma, a dinâmica do conflito a ser dirimido pela teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais passaria pela solução de uma equação formada pelas seguintes incógnitas: a) polos (atores privados); b) objeto (bem jurídico/valor constitucional); c) normas aplicáveis (direito público); e, d) método (ponderação/proporcionalidade).

Essa última parte do trabalho procura observar se essa equação, totalmente lastreada numa visão constitucional político-estatal, pensada para a complexidade da sociedade do século XVIII, encontra vazão numa “nova” realidade do constitucionalismo social, forjado pela globalização, fragmentação, policontextualidade, pluralismo jurídico e divisão sistêmica da sociedade global.

Em outras palavras, após os apontamentos já anotados, passa-se a analisar como a perspectiva da teoria dos sistemas sociais sobre as funções dos direitos fundamentais contribui para a compreensão da sua eficácia perante às relações privadas. Quer dizer, que repercussões o deslocamento do eixo outrora fixado pela dogmática tradicional, baseado num exacerbado subjetivismo dos direitos fundamentais, para uma dimensão coletiva-institucional, formada por um complexo transubjetivo de relações transindividuais, provoca na percepção do efeito de terceiros.

### 3.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no tradicional paradigma constitucional jurídico-político

Como se viu em títulos anteriores desse trabalho, os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos pelas Constituições de matriz liberal-burguesa, que miravam a garantia da liberdade e da propriedade em face de abusos dos atos do Estado. As Constituições eram vistas como Cartas Políticas organizadoras do Estado e protetoras dos direitos individuais subjetivos dos cidadãos, cabendo aos Códigos/Leis a verdadeira normatividade. Havia uma clara separação entre Estado e sociedade; entre direito público e direito privado.

Auxiliando no cumprimento desses deveres constitucionais, os direitos fundamentais possuíam uma eficácia tipicamente vertical, com aplicação na relação entre cidadãos e o Estado, seu destinatário exclusivo. Na explicação de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins

os direitos fundamentais vinculam o poder do Estado, proibindo-lhe de restringi-los por meio da legislação comum ou eximir-se da obrigação de respeito. Em outras palavras, os direitos fundamentais garantem, mediante a supremacia da Constituição, que nenhuma autoridade estatal, nem mesmo o Poder Legislativo, desprezará os direitos dos indivíduos. Isso constitui o efeito vertical dos direitos fundamentais que se manifesta nas relações caracterizadas pela desigualdade entre o “inferior” (indivíduo) e o “superior” (Estado), que detém, privativamente, o poder de legislar e um enorme potencial de violência organizada.<sup>274</sup>

Todavia, especialmente nos anos de 1950 e 1960, aproveitando-se do ambiente pós-segunda guerra, a Alemanha sugere um novo formato de Estado, com nítido viés social. O direito de defesa dos cidadãos contra atos abusivos do Poder Público passa a se somar a um dever de promoção de garantias constitucionais, dando nova dimensão aos direitos fundamentais. Nesse contexto surgem os primeiros estudos sobre a possibilidade de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, conhecida como eficácia horizontal. Inicialmente aplicada no âmbito do direito do trabalho alemão, a doutrina da *Drittwirkung*, ou “efeito perante terceiros”, significa, em síntese, que

as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos estão os direitos a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. Isso implica algum tipo de efeito das normas de direitos fundamentais nas normas do direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão.<sup>275</sup>

<sup>274</sup> DIMOULIS, Dimitri/ MARTINS, Leonardo. 2014. p. 103, *Op cit.*

<sup>275</sup> ALEXI, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 524.

No Brasil, os estudos de Couto e Silva<sup>276</sup>, ainda em 1976, acerca da necessidade de criação de legislação que regulamentasse as cláusulas contratuais podem ser considerados os primeiros passos da doutrina pátria sobre o tema. Com a promulgação da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, a doutrina nacional amplia os estudos do que se convencionou chamar de constitucionalização do direito privado, com destaque para a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações particulares. As grandes discussões sobre o tema remetem aos países de *Common Law*, que encontram dificuldades para aceitar uma aplicação dos direitos fundamentais para além das relações entre Estado e pessoas.

Atualmente, em que pese importantes vozes de doutrina nacional, é praticamente consensual a opinião de que os direitos fundamentais também influenciam as relações jurídicas privadas. Na verdade, o que há muito se discute na dogmática tradicional, mas sem solução uniforme ou definidora, é ‘como’ e ‘em que medida’, ou seja, a extensão ou alcance e quais as consequências, dessa eficácia horizontal. Como bem sintetiza Steinmetz<sup>277</sup>, a solução dos embates teóricos e sistemáticos acerca da compreensão da relação entre direitos fundamentais e relações jurídicas privadas passa pelas respostas às seguintes indagações: a) os particulares, em suas relações privadas, estão sujeitos aos direitos fundamentais? b) se sim, como e em que medida essa vinculação (eficácia) opera?

Para tentar esclarecer essas dúvidas, várias teorias foram criadas, que vão desde as que repudiam a horizontalidade da eficácia de tais direitos (*state actio* e *public function theory*) dominantes, por exemplo, nos Estados Unidos, passando pela teoria mediata ou indireta, prevista por Günter Düring e que reina na Alemanha desde o caso Lüth<sup>278</sup>, até a direta ou imediata, desenvolvida na por Hans Carl Nipperdey e aceita predominantemente na Itália, na Espanha e em Portugal. Existem, ainda, aquelas que não se encaixam totalmente em nenhuma dessas. São os casos da teoria da convergência estatista, de Jürgen Schwabe, e dos imperativos de tutela (deveres de proteção), de Claus-Wilhelm Canaris.

No Brasil, ainda são travados intensos debates, sem que, aparentemente, nenhuma das aludidas teorias seja predominante. De fato, enquanto Dimitri Dimoulis<sup>279</sup>, Leonardo Martins, Luís Afonso Heck<sup>280</sup> e Marcelo Shenck Duque<sup>281</sup>, por exemplo, são a favor da teoria mediata

---

<sup>276</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushtsky, 1976. p. 23 e ss.

<sup>277</sup> STEINMETZ, Wilson. **Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direito. Interpretação constitucional**. Org. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: 2005. p 11-53.

<sup>278</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>279</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. 2014, *Op cit.*

<sup>280</sup> HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Síntese, v. 16.

ou indireta, Daniel Sarmiento<sup>282</sup>, Luís Roberto Barroso<sup>283</sup> e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>284</sup> são francamente a favor da teoria direta ou imediata. Isso, sem falar que são contra a eficácia horizontal nomes como o do professor Virgílio Afonso da Silva<sup>285</sup>.

### 3.3 Teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre as relações privadas

Como se anotou, há razoável consenso na doutrina pátria de que os direitos fundamentais geram reflexos nas relações jurídicas entre particulares. Nesse diapasão, duas linhas se destacam: os que entendem que essa eficácia seria indireta ou mediata e os que abraçam a tese da eficácia imediata ou direta. Antes, porém, de abordar essas doutrinas, convém brevemente ressaltar o entendimento negacionista norte-americano, a partir das teorias do “*state action*” e da “*public function theory*”.

De fato, com exceção apenas da 13<sup>a</sup> Emenda à constituição dos Estados Unidos, que proibiu a escravidão, a teoria da *state action*<sup>286</sup> renega a possibilidade de extensão de eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Os fundamentos para tanto giram em torno, principalmente, de uma interpretação gramatical da *Bill of Rights* contida na Constituição Americana e a importância dada ao princípio da autonomia da vontade. Isso é, o direito constitucional norte-americano mantém-se fiel à ideia inicialmente proposta de utilização dos direitos fundamentais apenas como limitador dos atos de Estado, seu único destinatário.

---

<sup>281</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. Direito privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013.

<sup>282</sup> SARMENTO, Daniel e GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011.

<sup>283</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>284</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. 2003, *Op cit.*

<sup>285</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>286</sup> A acidentada trajetória da doutrina da *state action* nos Estados Unidos inicia-se com os Civil Rights Cases, julgados pela Suprema Corte norte-americana em 1883. Em 1875, o Congresso Nacional norte-americano aprovava o *Civil Rights Act*, prevendo uma série de punições civis e penais contra a discriminação racial em locais e serviços acessíveis ao público. No entanto, a Suprema Corte, apreciando cinco casos de pessoas indiciadas por terem cerceado o acesso de negros em hotéis, teatros e trens, afirmou a inconstitucionalidade da norma. Nestes julgamentos, ficaram assentadas duas premissas: (a) os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição americana vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares; e (b) o Congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar estas relações é exclusiva do legislador estadual. (SARMENTO, Daniel; RODRIGUES, Fábio. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, nº 4, out/dez 2011. p. 64).

Numa pequena “evolução”, a partir da década dos anos 1940, a Corte Constitucional americana passou a acolher uma tese menos radical, inaugurando a “*public function theory*”. Segundo essa teoria, nas situações em que um ente privado estiver exercendo atividade de natureza tipicamente estatal, os direitos fundamentais teriam eficácia sobre as relações jurídicas daí surgidas, sujeitando estes “mandatários” às limitações constitucionais impostas ao Estado.

### 3.3.1 Eficácia direta ou imediata

Não é novidade que a Constituição Brasileira de 1988<sup>287</sup> prevê a aplicação imediata ao Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) das normas definidoras de direitos fundamentais, garantindo, ainda, sua imutabilidade, já que sabidamente cláusulas pétreas<sup>288</sup>. Acrescido do princípio da dignidade da pessoa<sup>289</sup>, seria este o fundamento que garante sustentação para aqueles que defendem a aplicação, no Brasil, da teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas entre particulares.

Por essa teoria, à semelhança do que ocorre nas relações verticais (cidadão-Estado), os direitos fundamentais também se aplicam às relações jurídicas privadas, independentemente de qualquer intermediação normativa infraconstitucional, irradiando seus valores de forma direta, em razão da força normativa da Constituição e da unidade da ordem jurídica. Realmente, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet

a concepção de uma vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em virtude do postulado da força normativa da Constituição.<sup>290</sup>

Não se cuida de inovação da doutrina constitucionalista nacional. Na obra “A Dignidade Humana”, de 1954, o alemão Hans Carl Nipperdey inaugurou essa teoria aduzindo que

<sup>287</sup> art. 5º, § 1º, CF/88.

<sup>288</sup> art. 60, § 4º, inc. IV, CF/88.

<sup>289</sup> art. 1º, III, CF/88.

<sup>290</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol. 36, out-dez. 2000. p. 64.

o efeito jurídico é muito mais um efeito normativo direto, que modifica as normas de direito privado existentes, não importa se se trata de direitos cogentes ou dispositivos, de cláusulas gerais ou normas jurídicas específicas, ou cria novas normas, sejam proibições, deveres, direitos subjetivos, leis de proteção ou motivos justificadores.<sup>291</sup>

Portanto, para Nipperdey, os direitos fundamentais devem produzir efeitos absolutos, independentemente de que tipo de relação jurídica ou de quem sejam seus atores, já que impensada a possibilidade de existirem “ilhas” sobre as quais a força normativa da Constituição não poderia aportar. No mais, as ameaças aos direitos fundamentais não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral.

As premissas da teoria da eficácia direta ou imediata foram organizadas por Wilson Steinmz da seguinte forma:

(i) As normas de direitos fundamentais conferem ao particular (indivíduo, cidadão) uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares. Trata-se do *status socialis* de que fala Nipperdey, uma posição jurídica que autoriza o particular a elevar uma pretensão de respeito contra todos. (ii) Os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem públicos ou privados. (iii) Como direitos subjetivos constitucionais, a não ser que o Poder Constituinte tenha disposto o contrário, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado.<sup>292</sup>

Embora não aceita no ordenamento jurídico germânico, a teoria da eficácia imediata tem ecoado em muitos países europeus, tais como Espanha<sup>293</sup>, Itália e Portugal, sendo que nesse último, inclusive, existe previsão constitucional expressa, por meio da qual se anuncia a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sem condicioná-la a qualquer outra mediação legislativa. Todavia, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet

De outra parte, há que levar em consideração a necessidade de se tomar a sério, também na esfera de uma eficácia (especialmente em se cuidado de uma eficácia direta!) dos direitos fundamentais nas relações privadas, a crítica de que se está a deslocar para o Judiciário a decisão final sobre a

<sup>291</sup> NIPPERDEY, Hans Carl. **A Dignidade Humana**. *Apud.* ALEXI, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 530.

<sup>292</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>293</sup> Rafael Naranjo de la Cruz, por exemplo, defende que “(...) los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva e objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas el la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares” (DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: La Buena Fé**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000, p. 19).

ponderação dos direitos esgrimidos entre os sujeitos privados, ainda mais quando se está a invocar valores mais ou menos abstratos e sujeitos às mais variadas interpretações, o que, no nosso entender, não impede uma eficácia direta (ainda mais no sentido de uma eficácia direta *prima facie*), mas impõe cautela redobrada no seu manejo.<sup>294</sup>

Aqueles que comungam com a teoria direta ou imediata concordam, porém, na existência de uma exceção a sua aplicação: o caso em que o próprio legislador concretizou os direitos fundamentais através de normativo próprio. Isso porque um Magistrado ou um Tribunal não podem se sobrepor à ponderação normativa, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes<sup>295</sup> e o princípio democrático<sup>296</sup>.

Assim, para a solução do problema dos efeitos perante terceiro não seria suficiente a concepção dos direitos fundamentais como direitos do *status* negativo ou direito de defesa dirigidos contra o Estado, já que todas as lesões cometidas por cidadãos a direitos fundamentais de outros particulares resultariam de uma não-proteção ou de uma permissão estatal.

### 3.3.2 Eficácia indireta ou mediata

Trata-se de construção intermediária entre a posição que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada.

A teoria da eficácia indireta ou mediata sustenta que os direitos fundamentais possuem influência sobre as relações jurídicas privadas, por intermédio do efeito irradiador do Direito Constitucional. Ou seja, nesses casos, a jusfundamentalidade não se apresentaria como direitos subjetivos superiores, mas, sim, na forma de balizas concretizadoras de valores constitucionais. Ao legislador caberia a produção de normas infraconstitucionais de direito privado em consonância com as normas constitucionais. Aos juízes apenas o preenchimento de possível vácuo legal ou realizar a interpretação de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, levando em consideração os valores protegidos pelos direitos fundamentais. Além disso, o Poder Judiciário teria a missão de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis os valores e bens jurídicos protegidos pelos

---

<sup>294</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. 2012. p. 327, *Op cit.*

<sup>295</sup> art. 2º, CF/88.

<sup>296</sup> art. 1º, parágrafo único, CF/88.



direitos fundamentais. A mediação judicial, portanto, teria um caráter subsidiário, com o escopo de definir o alcance dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Essa teoria teve início em 1954, com os estudos de Günter Düring, ao afirmar que “a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorre de forma indireta, por meio da interpretação das cláusulas gerais do direito civil, passíveis e carentes de preenchimento valorativo”<sup>297</sup>. Em outras palavras, o citado autor defendeu que as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados presentes na legislação infraconstitucional seriam como “pontos de irrupção”, canais de abertura para a irradiação dos direitos fundamentais no direito privado; seriam verdadeiras pontes que ligam o direito privado à Constituição, submetendo-o, pois, aos valores constitucionais.

O marco jurisprudencial da teoria indireta ou mediata surgiu com o julgamento do caso Lüth<sup>298</sup>, de 1958<sup>299</sup>. Realmente, consta que o Tribunal Constitucional Alemão aceitou reclamação constitucional interposta por Erich Lüth, na qual alegou, em face do art. 5º, § 1º, 1, da Constituição alemã, que o Tribunal Civil havia violado seu direito fundamental de liberdade de expressão, ao decidir que ele teria infringido o § 826 do BGB (norma de Direito Civil), quando promoveu o boicote ao filme de Veit Harlan e, assim, supostamente, violou premeditadamente os bons costumes. Inaugurando uma jurisprudência atualmente consolidada acerca da aplicação da teoria mediata ou indireta da eficácia horizontal, o Tribunal Constitucional alemão, tendo em vista que o legislador não definiu o que seriam “bons costumes”, interpretou esse conceito jurídico indeterminado à luz do direito fundamental à liberdade de expressão e, assim, considerou que a convocação de Erich Lüth para o boicote ao filme de Veit Harlan não seria ilegal.

---

<sup>297</sup> DÜRING, Günter. *Apud*. DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 196.

<sup>298</sup> Diante da estreia do novo filme de Veit Harlan, Erich Lüth havia incentivado publicamente o boicote à obra. Veit Harlan era tido como roteirista e diretor do filme de propaganda nazista *Jud Süß*, que havia estreado durante o período nacional-socialista. Anunciava-se, então, a projeção do novo filme no contexto da Semana do Filme Alemão. Na condição de presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth havia criticado duramente essa decisão. A seu ver, o diretor de um filme de propaganda antisemita seria o menos indicado para recuperar a reputação moral do cinema alemão no pós-Segunda Guerra Mundial e, de modo algum, deveria ser visto como representante da cultura alemã dentro ou fora do país. Tanto a companhia cinematográfica quanto o diretor tinham ajuizado uma ação inibitória em face dos atos de Erich Lüth, obtendo decisão favorável em primeiro grau de jurisdição. O Tribunal Regional de Hamburgo proibiu que Lüth reiterasse seus atos de boicote. O Tribunal Superior de Hamburgo, por sua vez, negou o recurso de apelação de Lüth. Na sequência, Lüth interpôs reclamação constitucional contra a decisão do Tribunal Regional, invocando seu direito fundamental de liberdade de expressão, no que foi atendido pelo Tribunal Constitucional Federal. (FUCHS, Marie-Christine. **O efeito irradiante dos direitos fundamentais e a autonomia do direito privado: a “decisão Lüth” e suas consequências**. Tradução de Patrícia Cândido Alves Ferreira e Otavio Luiz Rodrigues Jr.. Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 16/2018 | p. 221 - 232 | Jul - Set / 2018 | DTR\2018\19396).

<sup>299</sup> BVerfGE 7, 198.

Para esta teoria, portanto, os direitos fundamentais se aplicam às relações jurídicas privadas quando o legislador se abstenha de concretizar valores constitucionais através da legislação ordinária. Isto é, diante da inércia do legislador, o julgador é obrigado, no caso concreto, a interpretar e a desenvolver os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais do direito privado a partir dos valores consagrados pelos direitos fundamentais, irradiando, assim, sobre todo ordenamento jurídico privado a orientação constitucional fundamental.

Em crítica à teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, os defensores da teoria criada por Günter alegam que sua aplicação importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais. Por isso, entendem os partidários desta tese, com apoio em Hesse<sup>300</sup>, que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais. Ademais, como bem sustentam Rosana de Souza Kim Jobim e Márcio Félix Jobim,

[...] essa teoria prega ser necessária uma margem de ação e de liberdade para os particulares, com vistas a evitar, através de um intervencionismo asfixiante ou igualitarismo extremo, uma afetação no sentimento da liberdade e de iniciativa dos particulares.<sup>301</sup>

Ou seja, a aplicação da teoria mediata ou indireta manteria o direito privado em primeiro plano, mesmo em caso de colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, afastando a hipertrofia do direito constitucional no ordenamento jurídico. Com isso, além de se garantir maior certeza jurídica a essas relações, a autonomia privada estaria preservada, enquanto princípio fundamental do direito privado, que, por argumento indutivo, também possui tutela constitucional.<sup>302</sup>

---

<sup>300</sup> HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Trad. Ignacio Gutierrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 60-61.

<sup>301</sup> JOBIM, Rosana de Souza Kim; JOBIM, Márcio Félix. Os direitos fundamentais e o contrato: a perspectiva de Claus-Wilhelm Canaris. **Revista de direito privado** | vol. 83/2017 | p. 161 - 178 | nov / 2017 | dtr\2017\6769. p. 6.

<sup>302</sup> A autonomia privada, que representa o direito de autodeterminação e autovinculação das pessoas, é o princípio fundamental do direito privado e sua tutela constitucional surge a partir do direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*), do princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*), do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), do direito de propriedade (art. 5º, *caput* e XXII), do direito de herança (art. 5º, XXX), do direito de convenção ou acordo coletivo (art. 7º, XXVI), entre outros.

Em resumo, a teoria da eficácia indireta ou mediata sustenta que os direitos fundamentais nas relações jurídicas interparticulares: a) não são direitos subjetivos constitucionais; b) operam (tem eficácia) como vetores dogmáticos interpretativos e aplicativos do próprio direito privado, ou seja, são modulados e operados sob seus parâmetros; c) têm eficácia condicionada à mediação concretizadora, em primeiro plano pelo Legislador de direito privado, e, em segundo plano, pelo Judiciário. Isto é, ao Legislador cabe o desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais e ao Judiciário atribui-se, diante do caso concreto e da ausência de regulamentação legislativa específica, a missão de dar eficácia aos direitos fundamentais, através da interpretação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do direito privado, de forma concretizá-los; d) numa disputa entre atores privados, “em ambos os lados estão presentes titulares de direitos fundamentais, o que não significa medir a interferência na posição de direito fundamental de uma parte por meio da proibição do excesso, mas sim que os direitos de ambos sejam aplicados.”<sup>303</sup>

Uma ramificação da teoria indireta ou mediata é a teoria dos direitos fundamentais como imperativos de tutela ou teoria dos direitos de proteção, que teve início com a publicação do livro *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, de Claus-Wilhelm Canaris. Basicamente, Canaris concorda que, salvo exceção prevista expressamente na própria Constituição, apenas o Estado pode ser destinatário dos direitos fundamentais, razão pela qual os negócios jurídicos, contratos e outros atos dos sujeitos privados não possam ser objetos de exame direto sob a lente dos direitos fundamentais.

Todavia, os argumentos propostos por Canaris são diferentes dos proferidos pela tradicional teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata. É que para ele, a eficácia vertical dos direitos fundamentais tem campo de aplicação nas relações entre particulares e o Estado, possuindo acento na proibição de intervenção (função de defesa). Já a eficácia horizontal influencia as relações entre particulares, estando, contudo, ancorada no imperativo de tutela, combinado com a proibição de insuficiência. Isto é, os direitos fundamentais, nas relações entre particulares, vinculam o Poder Legislativo no plano da criação, na medida em que precisa garantir o mínimo exigido pela Constituição, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Já o Poder Judiciário atua na dimensão da aplicação e desenvolvimento, sob pena de uma proteção insuficiente, também inconstitucional.

---

<sup>303</sup> REINHARDT, J. (2020). Conflitos de direitos fundamentais entre atores privados: “efeitos horizontais indiretos” e pressupostos de proteção de direitos fundamentais. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, 13(41), 59-91. <https://doi.org/10.30899/dfj.v13i41.819>. Acesso em 02/02/20121. p. 65.

Note-se que por essa teoria levantada por Canaris, quando o Poder Judiciário decide um caso concreto entre particulares, há ali um ato do Estado, o qual tem potencial de intervir ou prejudicar o direito fundamental de um dos atores, quer pela proibição de intervenção e direito de defesa, quer pelo mandamento de tutela e ou dever de proteção. Em resumo, Canaris afirma que

quanto maior o nível do direito fundamental afetado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente autoproteção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e dos interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de proteção.<sup>304</sup>

Ao lume do exposto, percebe-se que, segundo a teoria de Canaris, a eficácia de direitos fundamentais entre particulares se resolve pela função de imperativos de tutela da jusfundamentalidade, combinada com a proibição de insuficiência, e não pela eficácia (i)mediata ou (in)direta desses direitos.

Contudo, segundo Reinhardt<sup>305</sup>, desde o caso *Fraport*<sup>306307</sup>, de 2011, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão vem dando sinais de flexibilização de seu entendimento e, assim, acolher em certos casos a possibilidade de eficácia direta/imediata dos direitos fundamentais em relações privadas, tendo em vista novas formas de ameaças à jusfundamentalidade, que reclamam uma releitura de conceitos como estatalidade e espaço público. De toda sorte, o que interessa é que sejam garantidos os pressupostos do exercício dos direitos fundamentais, independentemente, se se trata de conflitos entre atores privados. Com efeito,

A dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais traz à tona, também, a garantia das condições essenciais que devem ser preenchidas para o seu efetivo exercício. Quais pressupostos do exercício dos direitos fundamentais

<sup>304</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. **Revista Latino-Americana de Direito Constitucional**. Del Rey, Jan/Jun, 2004, p. 114.

<sup>305</sup> REINHARDT, J. 2020, p. 61, *Op cit.*

<sup>306</sup> ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, j. 22.2.2011, 1 BvR 699/06.

<sup>307</sup> Reinhardt dicorre sobre o caso da seguinte forma “A empresa Fraport AG, operadora do aeroporto de Frankfurt, e também proprietária dos terrenos deste, proibiu a entrada de requerentes ativistas em uma iniciativa contra deportações. Os ativistas haviam protestado no balcão da companhia aérea alemã Lufthansa contra uma deportação iminente. Em consequência, a empresa Fraport AG expulsou os ativistas do local e anunciou que seriam acusados penalmente de invadir propriedade de terceiro caso isso se repetisse. A ação judicial dos reclamantes sobre a proibição de entrada não teve êxito, em razão de os tribunais ordinários terem negado que a Fraport AG, organizada na forma do direito privado, estaria diretamente vinculada aos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional, por sua vez, aceitou a reclamação constitucional e anulou as decisões anteriores.” (REINHARDT, J. (2020). **Conflitos de direitos fundamentais entre atores privados: “efeitos horizontais indiretos” e pressupostos de proteção de direitos fundamentais.** *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 13(41), 59-91. <https://doi.org/10.30899/dfj.v13i41.819>. Acesso em 02/02/2021. p. 62)

serão protegidos no âmbito do direito fundamental e quais se encontrariam fora desse âmbito de garantia é algo que só pode ser determinado levando em conta o conteúdo do direito fundamental em questão. Existe uma necessidade especial de proteção se tais pressupostos forem indispensáveis para o exercício do respectivo direito fundamental. No que se refere a pressupostos elementares de direitos fundamentais há uma obrigação dos atores privados independentemente da sua, em princípio, ampla autonomia.<sup>308</sup>

### **3.4 A eficácia dos direitos fundamentais em face de atores privados, segundo o constitucionalismo social**

Vistas as principais teorias dogmáticas acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, passa-se a discorrer sobre a forma como a teoria do constitucionalismo social percebe o efeito de terceiros. O foco será esclarecer como a jusfundamentalidade atinge atores privados, desvinculando o Estado do monopólio de sua destinação.

Para isso, Teubner<sup>309</sup> vaticina que duas rupturas às ideias tradicionais sobre direitos fundamentais precisam ocorrer. São elas: a) a generalização desses direitos constitucionais contra indevidos avanços de todos os setores comunicacionais da sociedade e não somente o sistema da política e seu símbolo do poder, representado pelo Estado; b) a reespecificação do efeito de terceiros, ou seja, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em direção a todos os contextos sociais específicos dos diversos sistemas funcionais sociais, e não somente em face das normas de direito privado.

#### **3.4.1 A generalização dos meios de comunicação, em vez de ordem de valores**

Além da discussão sobre a validade dos direitos fundamentais em nível global, de suma importância elucidar a sua vinculação (eficácia) sobre os atores privados, destacando a forma como ela se desenvolve numa sociedade moderna, hipercomplexa, heterárquica e policontextual.

<sup>308</sup> Id. p. 86.

<sup>309</sup> TEUBNER, Gunther. (2011). **Transnational fundamental rights: Horizontal effect.** *RechtsphilosophieenRechtstheorie*, 40(3). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 11:44:03 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline. p. 199.

O tema desperta o interesse no nível das relações privadas, especialmente as transnacionais, na medida em que existe uma nítida dificuldade de aplicação de leis nacionais, especialmente, nos casos em que setores parciais amplamente globalizados são dominados por poucas empresas multinacionais, que monopolizam certos ambientes, como os intermediários da *internet* (*google, facebook, instagran, etc.*). Como Lindenberg<sup>310</sup> observa, “em um mundo globalizado, empresas multinacionais e outras organizações internacionais parecem cada vez mais definir a agenda normativa que afeta os cidadãos, mesmo em seu ambiente mais local.”. Nessas relações, tais agentes, apesar de privados, parecem ‘substituir’ a tradicional onipresença do Estado nacional e protagonizam os ‘novos’ arbítrios sobre as relações na sociedade mundial.

Abandonando-se uma mitológica separação entre Estado e sociedade ou entre domínio público e privado, a eficácia dos direitos constitucionais na esfera particular assume papel avesso ao individualismo e seus duelos com o Estado. Com efeito, uma visão do Estado como o grande organizador da sociedade e a questionável distinção entre público/privado não converge para uma adequada aplicabilidade institucional dos direitos fundamentais nas relações horizontas.

Como defendido pelo constitucionalismo social, os direitos fundamentais podem e devem ser (re)direcionados contra os conflitos originados do fenômeno do poder do Estado na sociedade ou mesmo do poder privado, desde que esse último detenha intensidade comparável àquele<sup>311</sup>. Contudo, não existe razão para que a atuação da jusfundamentalidade seja exclusiva aos meios comunicacionais especializados de poder na sociedade. Na verdade, os direitos fundamentais devem atingir todas as disputas intrassociais protagonizadas pelas diferentes esferas comunicacionais sociais, quando revelem dinâmicas expansionistas de seus próprios códigos.

Como se anotou em títulos anteriores desse trabalho, o constitucionalismo social repudia a exclusividade na produção de normas constitucionais pelo sistema da política, representado pelo símbolo do poder. Todos os sistemas comunicacionais autônomos (ciência, arte, educação, economia, etc.) têm potencial para produzir suas próprias Constituições, as quais reclamam proteção dos direitos fundamentais. Conclusão: a clausura dos direitos

---

<sup>310</sup> LINDENBERGH, Siewert D. **Fundamental Rights**. In: Private Law, Anchors Or Goals. In: A Globalizing Legal Order? Publicado em Michael Faure e Andre van der Walt, Globalização e Direito Privado, O caminho a seguir, Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido, 2010, Capítulo 11, p. 367-382.

<sup>311</sup> TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet**: A Legal Case on the Digital Constitution, 3 Italian L.J. 193 (2017). DATE DOWNLOADED: Mon Jul 6 17:57:53 2020 SOURCE: Content Downloaded from Hein Online.

fundamentais às fronteiras de cada Estado-nação já não se sustenta e sua eficácia, inclusive horizontal, passa a ter raio de atuação extraterritorial.

De fato, a visão míope que só contemplava o sistema político e seu símbolo ‘poder’ como possível violador da jusfundamentalidade foi modificada no caleidoscópio formado por diferentes sistemas de racionalidades próprias que configuram a sociedade moderna. Não se sustenta a obsessão da dogmática constitucional tradicional com os fenômenos de poder, o que impede a observação dos outros meios de comunicação como ameaças à autonomia individual e social. Nas palavras de Teubner, “é o meio comunicativo específico de um sistema social expansivo contra os quais a autonomia individual e social precisa ser protegida, por analogia à proteção contra o poder do Estado.”<sup>312</sup>

A ideia formada ainda no século XVIII, de que os direitos fundamentais orientam-se apenas pelas Constituições Políticas, criadas e legitimadas, simultaneamente, pelos sistemas político e jurídico, e aplicadas pela figura do Estado, foi necessária tão somente naquele momento evolutivo da sociedade pós-revoluções burguesas. Não há dúvida de que, por intermédio das primeiras Constituições e, especialmente, dos direitos fundamentais, o sistema político foi o primeiro a adquirir autonomia comunicativa. Elas formalizaram o meio do poder “próprio” da política, o que representou a vitória sobre outras fontes “externas” de poder (religião, familiar, econômica, militar). Já os direitos constitucionais auxiliaram a promoção dessa aquisição da autonomia do meio de comunicação do poder, mediante a concretização do sistema da política. Essa despolitização criada pelos direitos fundamentais também preveniu o sistema político de uma sobrecarga, ao estabelecer limites de sua atuação sobre diversos temas sociais.

Com a maturação do meio comunicacional do poder, ele é descentralizado em componentes estruturais, tais como as competências, os direitos subjetivos e os direitos fundamentais, que passam a ser os elementos operativos do processo político<sup>313</sup>. Por essa razão, pode-se afirmar que a Constituição cria um movimento paradoxal de segmentação do poder em direitos individuais, que são sempre (re)agregados num processo de reconstrução coletiva do poder, através do processo democrático.

Atualmente, todavia, a hipercomplexidade da sociedade contemporânea e a avançada dinâmica de suas esferas autônomas promoveu a abertura do leque de possibilidade de

---

<sup>312</sup> Tradução livre para “it is the specific communicative medium of an expansive social system against which individual and social autonomy needs to be protected, in analogy to the protection against the power medium of the State.” (GRABER, Christoph Beat & TEUBNER, Gunther. **Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere**, 18 Oxford J. Legal Stud. 61 (1998). DATE DOWNLOADED: Mon Jun 8 19:50:06 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline. p. 70).

<sup>313</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 255, *Op cit.*

constitucionalização. O ‘problema’, portanto, não está na percepção do Estado como destinatário dos direitos fundamentais, mas, sim, na histórica visão de que apenas sobre Constituições Políticas e em face da necessidade de regulação do exercício do poder, é que eles poderiam atuar. Como resume Teubner,

[...] não é o Estado como tal, mas o meio sistêmico-específico do poder político, de cuja vinculação os direitos fundamentais devem se libertar e se generalizar em direção a outros meios de comunicação realmente eficazes na sociedade.<sup>314</sup>

Pelo viés mais próximo da sociologia constitucional, não parece haver dificuldade em compreender que, apenas no sentido histórico, pode-se aceitar a exclusiva vinculação dos direitos constitucionais ao poder político exercido pelo Estado nos estritos limites territoriais de cada nação. Atualmente, ao contrário, “os valores consagrados nos direitos fundamentais podem, assim, exceder as fronteiras territoriais, bem como as fronteiras tradicionais dos domínios legais do direito privado e direito público.”<sup>315</sup> Isso porque, como observa Gardbaum,

Uma parte central dessa narrativa é a perda do poder de governança do estado dentro seu território diante de forças como globalização, privatização, federalização e supranacionalismo, para que as constituições estaduais não sejam mais "constituições totais". Parte desse poder perdido foi transferido para o nível internacional, que assumiu funções crescentes de governança.<sup>316</sup>

Assim, a conquista da generalização dos direitos fundamentais afasta a premissa equivocada de que a Constituição mira, exclusivamente, a regulação do meio do poder, enquanto acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito, relacionando-se apenas com o Estado-nação. É necessário que os direitos constitucionais na sociedade sejam entendidos à base de suas diferentes origens de conflitos intrassociais, que são, total e fundamentalmente, diversos das tradicionais disputas entre sociedade e Estado.

Mais à frente, demonstrar-se-á a importância da generalização dos direitos constitucionais, por intermédio da construção de Constituições civis próprias, como condição

<sup>314</sup> Id. p. 254.

<sup>315</sup> LINDENBERGH, Siewert D. **Fundamental Rights**. 2010, p. 367-382, *Op cit*.

<sup>316</sup> Tradução livre para “One central part of this narrative is the loss of state governance power within its territory in the face of such forces as globalization, privatization, federalization, and supranationalism so that state constitutions are no longer “total constitutions.” Some of this lost power has been transferred to the international level, which has taken on increasing governance functions.” (GARDBAUM, Stephen. **Human Rights And International Constitutionalism**. Ruling The World? Constitutionalism, International Law And Global Government, Jeff Dunoff and Joel Trachtman, eds., Cambridge University Press, 2009, UCLA School of Law Research Paper No. 08-01, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1088039>. Acesso em 07/06/2020. p. 3).



de possibilidade para a eficácia inclusiva de indivíduos, grupos ou populações inteiras nos diversos sistemas sociais autônomos. Ao mesmo tempo, essa generalização da jusfundamentalidade serve à eficácia exclusiva de ameaças de sobreposições de tais setores funcionais ou de avanços indevidos sobre indivíduos e ambientes. Realmente,

Tanto a inclusão da população nos sistemas funcionais da sociedade global como também a exclusão de setores autônomos desses sistemas – desse modo é que seria possível ir além da generalização de direitos fundamentais orientados aos Estados para sua generalização em direitos fundamentais sociais.<sup>317</sup>

### 3.4.2 A reespecificação em distintos contextos sociais

Por sua vez, a reespecificação dos direitos fundamentais nas relações horizontais significa que seus significados não são dependentes, exclusivamente, às especificidades do direito privado. Ou seja, diante da impossibilidade de aplicação direta de normas constitucionais projetadas para uma relação indivíduo-Estado, não é necessário vincular sua interpretação às cláusulas gerais (boa fé, por exemplo) e/ou princípios jurídicos indeterminados (bons costumes, *verbi gratia*). A hierarquia de valores constitucionais como modelo de preenchimento de significado/sentido dos direitos fundamentais de acordo com cada caso concreto esbarra nas diretrizes do constitucionalismo social, devendo, pois, ser afastado.

É que os direitos fundamentais insculpidos nas Constituições fazem parte do sistema do direito, sendo ‘apenas’ direito positivo<sup>318</sup>, razão pela qual não representam normas instrumentais decisórias imediatas. Na verdade, de acordo com o inescapável movimento autopoietico, eles possuem a função de manter um horizonte de possibilidades, promovendo a abertura de espaços de contingência indeterminados, indicando que seus significados devem passar, mais que na dimensão social *stricto sensu*, pela dimensão temporal e sua relação com a sociedade. De fato, “se observarmos exatamente a evolução de tais direitos, resta evidente que sua generalização, certamente social, mas também temporal, é possível apenas com os custos de seu "esvaziamento".”<sup>319</sup>

---

<sup>317</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 256/257, *Op cit.*

<sup>318</sup> DE GIORI, Raffaele. 2015, *Op cit.*

<sup>319</sup> CORSI, Giancarlo. 2001. p. 181, *Op cit.*

É preciso cuidado, porém, para não se vincular a busca desse sentido dos direitos fundamentais apenas no ponto de contato entre os subsistemas da política e do direito, mediante o acoplamento estrutural revelado pelas Constituições formais. Esse desiderato não é exclusivo do catálogo estruturado de direitos dispostos nas Cartas Políticas, que servem, a um só tempo, de referência para programas políticos e para interpretações jurídicas, ao fornecerem “esquemas de referência úteis para a estabilização das possibilidades do agir nessa sociedade moderna”<sup>320</sup>. A política e o direito, por óbvio, extrairão sentidos para os direitos fundamentais desse rol de símbolos, a partir de suas próprias seleções, inclusive, observando as irritações do ambiente.

Todavia, como já descrito no primeiro título desse trabalho, o processo de constitucionalização não se restringe ao Estado e à política institucionalizada, que, apesar de cumprirem importante papel na proteção dos direitos fundamentais, não são condição prévia para uma sociedade em funcionamento<sup>321</sup>. Na verdade, é algo possível de ser realizado por qualquer sistema social, já que cada um produz pré-condições para o bom funcionamento de terceiros e para a proteção dos direitos humanos<sup>322</sup>. Em suma: esse escopo pode ser alcançado pela contribuição de cada setor autônomo da sociedade.

Realmente, os direitos fundamentais, inclusive na sua aplicação nas relações privadas, devem levar em consideração suas funções no contexto social e não somente o exclusivo viés político-jurídico. Quer dizer, especialmente pela lente da sociologia sistêmica, é preciso que se amplie o raio de ação dos direitos fundamentais, a fim de atingir todos os setores autônomos da sociedade e não apenas o sistema político com seu meio do poder protagonizado pelo Estado. O modelo de legitimação para a criação de normas jurídicas exclusivamente pelos Poderes instituídos num Estado-nação e sua aplicação nas fronteiras territoriais nacionais já não cabe mais.

Com efeito, se todos os sistemas funcionais têm potencial para se auto constitucionalizarem, os direitos fundamentais precisam atuar de maneira customizada em cada um deles, percebendo suas lógicas intrínsecas e delimitando suas normatividades próprias, para, reajustando-as, adaptá-las à legalidade vigente<sup>323</sup>. Teubner argumenta que:

Em termos gerais: se as outras constituições sociais parciais – a constituição da economia, da ciência, dos meios de comunicação em massa e do sistema

---

<sup>320</sup> DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. **Rev. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 2017, 15, n. 20, p.324-340, jan./jun. p. 334.

<sup>321</sup> TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effect Revisited**: A Reply to Four Comments, 40 R & R 275 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:38:11 2020 SOURCE: ContentDownloadedfromHeinOnline.

<sup>322</sup> Id.

<sup>323</sup> TEUBNER, Gunther. 2011, *Op cit.*

de saúde – também formalizassem juridicamente seus próprios meios autônomos de comunicação, e isso hoje em escala global, então os direitos fundamentais da sociedade deveriam ser adaptados àquelas formas, com cuja ajuda cada um dos meios correspondentes é comunicado.<sup>324</sup>

Os diferentes contextos do direito constitucional de liberdade podem ser um exemplo ilustrativo da reespecificação ora analisada. Com efeito, o direito à liberdade, como tradicionalmente prevista nas Cartas Políticas de todas as nações democráticas, não pode ser comparado à liberdade contratual, um dos pilares do direito privado, que, por sua vez, difere da liberdade religiosa e essa da liberdade de expressão nos meios de comunicação em massa, especialmente, os viabilizados no âmbito da *internet*, a partir de intermediários privados. Em todos esses casos, cuida-se do direito constitucional à liberdade. Porém, ele deve ser descentralizado e reespecificado em face cada setor social funcional autônomo, segundo as lógicas, critérios e normatividades intrínsecas conforme o meio de comunicação singular de cada um.

Em que pese o efeito de terceiro ser um produto de operações que ocorrem dentro do direito, o conteúdo normativo de tais garantias institucionais só pode ser obtido externamente, a partir da autonormatividade da prática social. Os diversos sistemas sociais, a partir de seus próprios códigos, formulam normas internas, que não coincidem com a proteção individualmente desejada, mas merecem proteção devido ao seu caráter normativo-institucional. Daí a impossibilidade de uma concepção uniforme dos direitos fundamentais, a ser aplicada em todos os campos sociais. Urge a sua contextualização nas relações horizontais de maneira cuidadosa e sensível, adequando-se às normatividades próprias de cada instituição social autônoma em risco e não somente à normatividade interna do direito privado.

Somente nessa perspectiva pode-se assumir que a eficácia a horizontal dos direitos fundamentais pode ser caracterizada como indireta ou mediata, já que desprovida de conteúdo pré-estabelecido que possa ser aplicado, imediata ou diretamente, sobre as relações privadas.

---

<sup>324</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 259, *Op cit.*

### 3.5 Constitucionalismo social e as formas de eficácia dos direitos fundamentais nas relações horizontais

Como visto, a tradicional equação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve pender para a lógica do constitucionalismo social, através de um avanço adaptativo sobre as ideias de generalização e de reespecificação. Quer dizer, não se trata de generalizar os direitos fundamentais, inicialmente destinados ao Estado, para alcançar relações privadas, pela simples observação de um “efeito irradiador” sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive, o direito privado. Da mesma forma, a reespecificação dos direitos constitucionais que se pretende no constitucionalismo social não está atrelada à adequação de valores constitucionais às regras de direito privado, por intermédio de interpretação de cláusulas gerais ou de releituras de conceitos jurídicos indeterminados.

O prisma sobre o qual o constitucionalismo social joga suas luzes fragmenta o destinatário dos direitos fundamentais outrora monopolizados pelo Estado, expandindo-o em direção a todos os inúmeros sistemas parciais de comunicação social. Da mesma forma, a possibilidade de auto constitucionalização de cada sistema social autônomo implica no redirecionamento do sentido dos direitos fundamentais, que precisam se adequar às normatividades próprias e às particularidades de tais setores comunicativos.

Nessa toada, os conflitos privados merecem a atenção dos direitos fundamentais, sob a perspectiva de uma dupla eficácia: inclusiva, como garantia de participação; excludente, como defesa face os indevidos avanços dos subsistemas sociais autônomos. Quer dizer, os direitos fundamentais, para além de proteção individual frente ao “apetite” do Estado, funciona nos dois *fronts* da forma: inclusão e exclusão.

Realmente, a um só tempo auxiliam no estabelecimento de constituições civis próprias de cada setor social, através da facilitação de sua autonomização funcional e garantia de participação total de indivíduos ou grupos populacionais inteiros nesses subsistemas. De outro lado, promovem a defesa de indivíduos e de instituições do ambiente externo contra tendências expansivas de cada setor autônomo social. Nesse sentido, os direitos fundamentais delimitam as fronteiras entre os diversos subsistemas, propiciando, dessa forma, uma estabilidade dinâmica entre essas racionalidades. Na lição de Teubner, “Expansão e exclusão

não são opostas, mas sim duas dimensões das ameaças aos direitos humanos, sob diferenciação funcional.”<sup>325</sup>

### 3.5.1 Eficácia inclusiva (direitos de acesso)

Na teoria dos sistemas, centrada na comunicação, é primordial a questão da participação dos indivíduos e dos grupos populacionais no complexo funcional da sociedade moderna (sistema de ensino, de saúde, na economia, na política, no direito, etc.). Essa atribuição ficou a cargo da teoria da forma da inclusão/exclusão, embrionariamente pensada por Emile Durkheim<sup>326</sup>, seguido pelo desenvolvimento dado por Thomas H. Marshall, Talcott Parsons, Niklas Luhmann e, atualmente, aprofundada por autores como Rudolf Stichweh e Peter Fuchs. Em suma, estes autores apontam as circunstâncias de inclusão aquelas nas quais um indivíduo, ou uma população de um sistema social, é levado em consideração, é designado ou se torna objeto de interesse<sup>327</sup>.

Já a exclusão diz respeito a um não acontecimento (não aconteceu uma comunicação inclusiva) ou a uma rejeição explícita da mensagem. De toda sorte, porém, significará sempre que o processo comunicativo perante um ou vários sistemas funcionais não se aperfeiçoou. Não se trata, pois, de privação de recursos materiais, mas, sim, da impossibilidade de indivíduo ou grupos populacionais agirem dentro de um ou de vários processos comunicativos específicos.

Segundo Luhmann<sup>328</sup>, tanto a inclusão quanto a exclusão agem de maneira incongruente, não havendo que se cogitar de sincronização perante as diferentes esferas sociais. Quer dizer, a inclusão/exclusão num sistema funcional não impõe imediata inclusão/exclusão noutra(s). Ademais, a exclusão, para revelar um problema, não pode ocorrer de forma única e efêmera. A sua caracterização necessita de reiterados e repetidos episódios de impedimento de interação/participação em sistemas funcionais, por indivíduos ou grupos populacionais.

---

<sup>325</sup>Tradução livre para “Expansion and exclusion are not opposites, but rather two dimensions of threats to human rights under functional differentiation.” (TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effect Revisited: A Reply to Four Comments**, 40 R & R 275 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:38:11 2020 SOURCE: ContentDownloadedfromHeinOnline. p. 281).

<sup>326</sup>DURKHEIM, Émile. 1999, *Op cit.*

<sup>327</sup>FUCHS, Peter. **Adressabilität als Grundbegriff der soziologischen Systemtheorie**. Soziale Systeme. Zeitschrift für soziologische Theorie, 1997, 3/1, S. 57.

<sup>328</sup>LUHMANN, Niklas. (1988). **Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?** In: Soziologische Aufklärung 6, 2. Aufl. Wiesbaden: VS, p. 38-54.

Partindo dos estudos de Luhmann<sup>329</sup>, Bachur<sup>330</sup> salienta que o desenvolvimento da forma inclusão/exclusão passou por três momentos distintos, mas não dissociados, de “evolução não planejada”. Inicialmente pensada sem um lado reverso, a inclusão relacionava-se com a prestação progressiva da diferenciação funcional. Num segundo momento, houve a ligação da inclusão ao conceito de interpenetração, surgindo, então, a exclusão como condição de possibilidade da própria inclusão. Em seu último passo, inclusão/exclusão são fixadas como dois lados (interno e externo) da mesma forma. Nessa fase, introduziu-se a perspectiva de distinção entre pessoa e corpo, para expressar a diferença entre simbólico e simbiótico.

Com apoio em Stichweh<sup>331</sup>, Bachur<sup>332</sup> ressalva ainda que, após os textos da década de 1990, Luhmann<sup>333</sup>, influenciado pelas ideias de Fuchs<sup>334</sup>, acrescentou a sua teoria o conceito de endereçabilidade e, assim, ficaram claros os três níveis do conceito de inclusão/exclusão: i) o nível operativo da interpenetração como pressuposto operacional dos sistemas autopoieticos; ii) o nível empírico do acúmulo de exclusões como efeito colateral dos sistemas funcionais; e, iii) o nível discursivo da endereçabilidade como marcação das pessoas.

Importante acentuar que esses eixos propostos por Bachur trabalham de maneira concomitante, mas em relações assimétricas, com indiscutível superioridade do nível interpenetrativo sobre os demais. Isso porque a forma inclusão/exclusão diz respeito à participação dos indivíduos e/ou grupos populacionais nos sistemas funcionais e a interpenetração funciona exatamente no módulo operativo desses setores parciais, agindo como o acoplamento estrutural que liga o psíquico e o social, ou seja, a consciência e a comunicação. Assim, termina por ‘dominar’ o nível de endereçabilidade comunicativa das pessoas, que funciona exclusivamente como prestação interna aos sistemas sociais parciais. Enfim, ao contrário do que prega a teoria do discurso, a concepção da forma da inclusão/exclusão remete ao nível operativo da interpenetração como pressuposto operacional dos sistemas funcionais autopoieticos.

---

<sup>329</sup> Id. p. 38-54.

<sup>330</sup> BACHUR, Joao Paulo. **A performatividade da exclusão e as lutas por inclusão**: questões distributivas a partir da teoria de sistemas sociais. *Sociol. Antropol.* | Rio de Janeiro, v.10.01: 129 – 153, jan. – abr., 2020.

<sup>331</sup> STICHWEH, Rudolf. **Strangers, inclusions, and identities**. *Soziale Systeme. Zeitschrift für soziologische Theorie*, 8/1, S. 101-109. 2002, 103-104.

<sup>332</sup> BACHUR, Joao Paulo. p. 129 – 153, 2020, *ibidem*.

<sup>333</sup> LUHMANN, Niklas. 1988, p. 38-54, *Op cit.*

<sup>334</sup> FUCHS, Peter. **Adressabilitäts Grundbegriff der soziologischen Systemtheorie**. *Soziale Systeme. Zeitschrift für soziologische Theorie*, 1997, 3/1.

Importante salientar ainda que, como consequência da relação entre a forma inclusão/exclusão e a individualidade, surgem três possibilidades de entendimento sobre o ‘ser humano’. Pelo primeiro, ele é percebido em sua individualidade, que significa que cada um tem uma identidade diferente própria e desvinculada de heranças pré-definidas pelo passado de sua existência, como o pertencimento a um clã, tribo, casta ou família. Em outras palavras, a diferenciação social passa a ser formada por tipos distintos de comunicação e não entre diversos grupos estratificados compostos por ‘pessoas interias’. Também reluz a humanidade como sujeito detentor de direitos e, por isso, potencial ator de pretensões. Por fim, sob a perspectiva de “pessoa”, ou seja, constructo capaz de participar dos diferentes âmbitos da sociedade, através de inúmeras e independentes máscaras a serem utilizadas em cada um deles.

E qual seria, então, o papel dos direitos fundamentais diante desse cenário traçado pela teoria da forma da inclusão/exclusão?

Com o ‘truque da modernidade’, ocorrido entre os séculos XVI e XVIII, o poder político, desvinculando-se da moral, da religião, do militarismo e da economia, revelou sua autonomização como sistema funcional próprio da sociedade. Com isso, expandiu seu meio comunicativo de forma totalitária, sem ‘concorrência’, delimitando arbitrariamente o seu tímido ambiente. Surgem, então, excessivas pretensões de inclusão<sup>335</sup>, atizadas pelas características peculiares do sistema político, tais como centralização da tomada de decisões coletivas vinculantes, generalização do poder, ampliação da legitimidade sobre diversos temas, racionalidade própria pouco delimitada, entre outras.

Esse movimento do sistema político provocou o surgimento dos direitos fundamentais, pois “a manutenção da diferenciação social precisa de instituições corretivas e de bloqueio que se oponham a esse perigo”<sup>336</sup>. Realmente, eles são normalmente entendidos como balizas da diferenciação entre os diversos sistemas funcionais, sendo identificados como instrumentos de proteção, ou seja, ferramentas de defesa ou bloqueio contra dinâmicas totalizadoras entre os parciais meios de comunicação.

Na visão sociológica da inclusão, portanto, a eficácia dos direitos fundamentais depende da sua utilização como regras de acesso adequado dos indivíduos e/ou seus agrupamentos a todos os diferentes sistemas funcionais. Ou melhor, na sua atuação como

---

<sup>335</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 266, *Op cit.*

<sup>336</sup> Tradução livre para “el mantenimiento de la diferenciación social necesita instituciones correctivas y bloqueadoras que se opongan a este peligro.” (LUHMANN, Niklas (2009). **Los Derechos Fundamentales como Institucion.** Aportación a la sociología política. México: Universidad Iberoamericana/Colección teoría social. p. 8.

instrumentos aptos à reivindicação de sua inclusão daqueles atores, na medida em que ninguém é obrigado a participar de um ou de todos os sistemas sociais parciais. O que se pode assegurar através dos direitos fundamentais é a garantia de participação. Nesse sentido, Verschraegen afirma que

Os direitos humanos garantem, assim, que o indivíduo tenha acesso aos sistemas funcionais que permanecem abertos, protegendo assim o alto grau de mobilidade individual e abertura comunicativa sobre a qual a sociedade moderna é construída. (...) Em resumo, porque os direitos humanos possibilitam e legitimam a livre escolha do indivíduo, fortalecem a estrutura dominante da sociedade moderna, que se baseia na inclusão gratuita e na mobilidade individual.<sup>337</sup>

De fato, na sociedade mundial funcionalmente diferenciada, o que se pretende é garantir o potencial máximo de inclusão dos indivíduos e/ou grupos em todos os subsistemas de função. Até porque “Como indivíduo, a pessoa vive fora dos sistemas funcionais. Mas cada indivíduo deve ter acesso a todos os sistemas de funções se e na medida em que seu modo de vida requer o uso das funções da sociedade.”<sup>338</sup>

Entretanto, não há como se fornecer uma inclusão generalizada nos diversos sistemas diferenciais. O que se protege é a igualdade de condições de participação e liberdade de decisões durante essa participação, inclusive, a de não mais participar. Em outras palavras, “os Direitos Humanos são garantias, porque nada podem em relação à gestão real da inclusão e de suas consequências. Fixam as condições de generalização, ou seja, da indiferença em relação ao caso específico”<sup>339</sup>.

É sob a bussola que os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade certificam ao indivíduo a possibilidade de escolher qual(is), quando ou porque participar desse ou daquele sistema funcional. O indivíduo exerce sua individualidade ao escolher livremente suas próprias seleções comunicativas nos diversos sistemas funcionais, independentemente de

---

<sup>337</sup> Tradução livre para “Human rights thus ensure that the individual access to different function systems remains open, thereby protecting the high degree of individual mobility and communicative openness upon which modern society is built.” (VERSCHRAEGEN, Gert. (2019). **Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights**. In book: Making Human Rights Intelligible. Towards a sociology of human rights. Publisher: Hart Publishing, July 2019. (pp.61-80). [https://www.researchgate.net/publication/334545143\\_Differentiation\\_and\\_Inclusion\\_A\\_Neglected\\_Sociological\\_Approach\\_to\\_Fundamental\\_Rights/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/334545143_Differentiation_and_Inclusion_A_Neglected_Sociological_Approach_to_Fundamental_Rights/citation/download). Acesso em 16/09/2020. p. 73).

<sup>338</sup> Tradução livre para “As an individual, a person lives outside the function systems. But every individual has to have access to every function system if and so far as his or her mode of living requires the use of the functions of society.” (VERSCHRAEGEN, Gert. **Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory**, 29 J.L. & Soc'y 258 (2002). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:37:23 2020 SOURCE. Content Downloaded from HeinOnline. p. 266).

<sup>339</sup> DE GIORGI, Raffaele (2017). **Por uma ecologia dos direitos humanos**, R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.324-340, jan./jun. p. 327.



qualquer hierarquia, etnia, extratificação ou qualquer outra condição preestabelecida. Sua biografia funcional é fruto do exercício da liberdade de suas próprias escolhas.

Da mesma forma, o indivíduo possui a igualdade de participação ativa nos diferentes sistemas funcionais sociais que pretender interagir. Importante ressaltar que, sob a ótica da diferenciação sistêmica, o direito fundamental da igualdade implica que “apenas as expectativas funcionalmente específicas e os requisitos da função devem ser levados em consideração.”<sup>340</sup>. Em outras palavras, “Os direitos de igualdade garantem 'acesso igual' aos diferentes sistemas de funções, garantindo que apenas 'diferenças' ou 'desigualdades' específicas possam determinar a forma e grau de inserção”<sup>341</sup> nos diversos sistemas autônomos. No sistema jurídico, por exemplo, “é preciso que se trate da desigualdade dos casos jurídicos, e não da desigualdade dos homens.”<sup>342</sup>, razão pela qual

É constitucionalmente proibido favorecer ou prejudicar alguém em uma determinada função *porque* ele ou ela também assume outras funções, a menos que sejam específicos os motivos que tornam essa combinação significativa. Um empreendedor, portanto, não pode ser subsidiado porque é adepto de uma religião em particular; não se deve deixar um aluno passar porque seus pais pertencem à nobreza; mas a multa pode ser maior, porque o motorista é rico (já que a multa é relacionada ao nível de renda). Cada orientação em direção a uma estrutura pouco clara de combinação de papéis irrelevantes, um tanto aleatórios e meramente pessoais é uma violação do princípio da igualdade.<sup>343</sup>

A síntese do exercício pleno desses dois direitos fundamentais promove a inserção efetiva do indivíduo na ordem social como resultado semântico da diferenciação funcional, ou seja, a dignidade<sup>344</sup>. Isso é, ao invés do apego à ideia de direitos ontologicamente pertencentes, inerentes, invioláveis e eternos, a liberdade, a igualdade e, dessa forma, a dignidade, merecem atenção como produtos da diferenciação funcional que promovem a inclusão social.

---

<sup>340</sup> Tradução livre para “only functionally specific role expectations and requirements should be taken into account.” (VERSCHRAEGEN, Gert. **Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory**, 29 J.L. & Soc'y 258 (2002). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:37:23 2020 SOURCE. Content Downloaded from HeinOnline. p. 279).

<sup>341</sup> Tradução livre para “The rights of equality ensure 'equal access' to the different function systems, in the sense that only specific 'differences' or 'inequalities' can determine the way and degree of inclusion.” (Id. p. 281).

<sup>342</sup> LUHMANN, Niklas. 2016. p. 313, *Op cit.*

<sup>343</sup> LUHMANN, Niklas. 2009, p. 179, *Op cit.*

<sup>344</sup> RISTER, Fernando/ FINCO, Matteo (2019). Teoria sistêmica e direitos humanos: o Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde. **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – Vol. 13, Nº 2, jul./dez.

Contudo, Teubner<sup>345</sup>, aderindo à tese de Luhmann<sup>346</sup>, reconhece a impossibilidade de se promover uma generalização tão ampla e abrangente a todos os setores funcionais da sociedade. Nem mesmo o sistema da política teria tal capacidade, já que, na modernidade, tais funções de inclusão foram diluídas entre os diversos sistemas sociais parciais, inexistindo uma instância centralizadora que supervisione a dinâmica de todos eles.<sup>347</sup>

Já para Holmes<sup>348</sup>, os direitos fundamentais, enquanto conjunto de valores, seriam apenas uma espécie de força simbólica ruidosa, “incapaz de produzir a oscilação interna de que apenas uma esfera pública ativa é capaz de gerar”. O raciocínio do autor busca apoio na consagração de um catálogo de direitos humanos pelo constitucionalismo norte-americano, respaldado na liberdade e na igualdade, mas que, por exemplo, permitiu a convivência ‘pacífica’ com o regime escravocrata até o ano de 1863. Por isso, para Holmes, somente a política e a democracia participativa (positiva) têm a capacidade de abrir novos níveis de inclusão social.

Aqui, porém, como sustentado acima, acolhe-se a tese de que os direitos fundamentais, especialmente representados pela liberdade e a igualdade, são promotores de inclusão dos indivíduos e/ou grupos populacionais nos diversos sistemas funcionais e garantidores de plena e ativa participação. Funcionam, inclusive, de forma evolutiva, impedindo que “o passado inunde o presente com seus detritos”<sup>349</sup>, ou seja, evitando que um indesejado retorno ao passado, com seus detritos e escombros acumulados pelo tempo, aqueles direitos seriam as próprias condições de possibilidade de assegurar a estabilidade da sociedade moderna, mantendo a sua abertura para o futuro. Segundo Di Giorgi, isso ocorre bloqueando a involução técnica da transformação de improbabilidades em possibilidades evolutivas.<sup>350</sup>

O resultado desse movimento é o que o aludido autor italiano denomina excedente de alteridade. Para explicá-lo, socorre-se do processo de “urbanização”, isto é, “transformar o

<sup>345</sup>TEUBNER, Gunther. 2016. p. 263, *Op cit.*

<sup>346</sup>LUHMANN, Niklas (2006). **La sociedad de La sociedad**. Tradución Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero. p. 630.

<sup>347</sup>Em sentido contrário, por exemplo, HOLMES “due to its internal differentiation in parties, groups, identities and tendencies, due to its capacity of handling a great amount of – ethnic, cultural, social, classist – interests and values, the democratic political system managed to be the only one that could function as an specialized system of searching for exclusion and the production of inclusion, thereby producing legitimacy. (...)the so-called societal dimension of human rights,195 does not seem to be enough to guarantee the same kind of observation of contingency that was possible within the political system of democratic constitutionalism.” (HOLMES, Pablo (2011). **The Rhetoric of Legal Fragmentation and its Discontents: Evolutionary Dilemmas in the Constitutional Semantics of Global Law**, in: Utrecht Law Review 7, pp. 134 e 137)

<sup>348</sup> Tradução livre para “unable to produce the internal oscillation that only an active public sphere is able to generate.” (Id. p. 137)

<sup>349</sup>DE GIORGI, Raffaele. 2017, 328, *Op cit.*

<sup>350</sup> Id.

ambiente externo da sociedade em ambiente interno da sociedade. Significa transformar aquele que é dado como natureza, naquilo que é construído como artificial.”<sup>351</sup>. Nesse sentido, o excedente de alteridade diz respeito ao que está no ambiente da sociedade (periferia), mas que deseja ser incluído (ir para o centro). Os direitos fundamentais devem atuar exatamente nesse mister, quer dizer, na regulação da abertura e do fechamento; no paradoxal processo de incluir, ainda que condicionalmente, o excedente de alteridade nos diversos sistemas sociais funcionais e, de forma simultânea e “inconsciente”, retroalimentar o fluxo de exclusão.

Os direitos fundamentais “oferecem as condições de inclusão e os núcleos semânticos em torno dos quais a política e o direito (subsistemas) são chamados a operar”<sup>352</sup>. E, como são cada vez mais reivindicados, devem ser continuamente redefinidos, expandidos ou ter seus sentidos reduzidos. Suas reespecificações nos mais diferentes contextos sistêmicos-funcionais devem ser perenes, principalmente, mas não somente, em face da política e do direito, já que “Essa dinâmica faz com que os direitos humanos possam permanecer flexíveis, isto é, não predeterminados, mutáveis, a fim de compreender novos casos, adaptar-se a situações concretas e a contextos culturais diferentes.”<sup>353</sup>. Em casos de desdiferenciação social ou obscuridade sobre as fronteiras entre sistema e ambiente, com o auxílio dos sistemas da política e do direito, eles podem reabrir, alargar ou estender em outro modo seus espaços de atuação<sup>354</sup>. O sistema político, por exemplo, pode adaptar-actualizar-inserir-selecionar sentidos através da elaboração de novas leis e normas, enquanto o sistema jurídico, através dos Tribunais (centro sistêmico), interpreta-as ao julgar os casos postos a sua apreciação, também criando sentidos normativos.

Todavia, a eficácia inclusiva dos direitos fundamentais deve ser observada com parcimônia e cuidado, sob pena de irregular e expansiva utilização e, assim, a produção o problema da hipertrofia de direitos, muito comum após a criação do *Welfarestate* (Estado de bem-estar) e a promessa constitucional de garantia (promoção) de direitos sociais (educação, saúde, assistência social, cultura, etc.) a todos os seres humanos. Esse drama vem sendo suportado, especialmente pelos países periféricos, onde o cumprimento de tais promessas constitucionais é praticamente impossível pelo Estado, o que vem gerando, progressiva e incessantemente, o aumento de demandas judiciais que reivindicam a promoção de tais direitos, entendidos pelos peticionários como direitos subjetivos.

<sup>351</sup> Id. p. 331.

<sup>352</sup> RISTER, Fernando/ FINCO, Matteo. 2019, p. 9, *Op cit.*

<sup>353</sup> Id. p. 10.

<sup>354</sup> DE GIORGI, Raffaele. p.324-340, 2017, *Op cit.*

Não por outra razão, no Brasil, especialmente pós-1988, tanto as organizações que se encontram no limite do sistema do direito, até as mais altas Cortes fincadas no seu centro, têm sido pressionadas a decidirem sobre tais pedidos, que, direta ou indiretamente, apelam para argumentos calcados na eficácia dos direitos constitucionais sociais e, assim, tentam convencer o sistema do direito de que tais “problemas” são de sua alçada. O argumento apresentado é de que a missão dos direitos fundamentais, estritamente protetiva quanto aos abusos do Leviatã, ‘evoluíram’ e tornaram-se plataformas jurídicas para reivindicação de ações sociais pelo Estado não-realizador. E, indiscutivelmente, tais teses têm sido acolhidas na grande maioria das decisões judiciais. Mas quais são as consequências disso a nível da teoria da forma da inclusão/exclusão e da função dos direitos fundamentais como garantia de participação máxima do indivíduo ou de grupos populacionais nos mais diversos sistemas sociais funcionais?

Um exemplo pode ser esclarecedor. Como cediço, desde juízes de início de carreira até o Supremo Tribunal Federal, já decidiram pela obrigação estatal ao fornecimento de fármacos e de tratamentos de saúde em demandas individuais, sob o argumento de que a saúde é um bem indisponível, sendo verdadeiro direito humano fundamental. Os custos financeiros de tais decisões e a inexistência de verba pública disponível e vinculada para o seu cumprimento são ignorados pelo sistema do direito. Até mesmo a ideia de se tratar de normas constitucionais programáticas, que exigem, portanto, a elaboração de regras específicas posteriores para que possam ter eficácia, é cinicamente ignorada. Isso não importa; trata-se de um dever do Estado e ponto final!

Para além da impossibilidade de decisões judiciais serem proferidas com apoio apenas em ideologias, apelos populacionais, aspectos morais, pressões de mídia, enfim, qualquer aspecto que não seja jurídico, o que se percebe é que ‘o tiro vem saindo pela culatra’. Com efeito, assim atuando, o Poder Judiciário brasileiro promove uma simples realização simbólica do direito social em questão, tapando os ouvidos e cobrindo os olhos para as novas comunicações que entoam do ambiente, deixando de processar a complexidade externa. Sistemicamente, cometem o pecado de abrir a operação do direito e fechar a sua cognição. O risco da desdiferenciação funcional-sistêmica atinge níveis preocupantes.

A consequência disto é que as decisões judiciais terminam por incluir uma minoria que pode acessar o sistema judicial e acabam excluindo a maioria da população que não tem o mesmo privilégio. Essa exclusão é amplificada na medida em que a maioria populacional desassistida suporta o prejuízo causado pela utilização dos poucos recursos orçamentários para o cumprimento desses comandos judiciais. Ocorre um aumento relevante de alocação de

alteridades, algo totalmente contrário à função ecológica dos direitos humanos<sup>355</sup>. Em suma: as decisões judiciais que procuram substituir a atuação do sistema da política, sob a égide de efetivarem direitos fundamentais, terminam provocando desdiferenciação sistêmica clássica e mais exclusão sistêmica do que inclusão, deturpando, dessa forma, a verdadeira função de tais direitos constitucionais, qual seja, a máxima garantia de participação do indivíduo ou de grupos populacionais nos mais diversos sistemas sociais.

De mais a mais, como se viu no primeiro título desse trabalho, para a tradicional doutrina constitucional, os direitos fundamentais são atrelados à proteção de valores supremos e exclusivos, estrategicamente elencados em posição privilegiada na maioria das constituições políticas. Todavia, apenas a partir da forma inclusão/exclusão dos sistemas sociais os direitos fundamentais podem se ligar à preservação de valores absolutos. Somente assimilando-se que a fundação desses valores acontece de maneira paradoxal, onde “se exclui a outra parte, aquela parte que é simplesmente negada e que faz aparecer o valor como único.<sup>356</sup>” é que tem sentido vinculá-los aos direitos fundamentais. O valor, numa visão sistêmica, pode ser encarado, portanto, como o ideal de inclusão que se persegue em cada sistema da sociedade moderna.

Enfim, a tarefa da jusfundamentalidade é exatamente assegurar uma efetiva inclusão dos indivíduos, grupos ou de toda uma população nos diversos sistemas funcionais de comunicação. Nesse escopo, Teubner aduz que a teoria do constitucionalismo social aponta para uma construção dos direitos fundamentais como contra instituições constitucionalmente garantidas nos setores parciais da sociedade, ou seja, eles atuam “não somente como limites dos sistemas funcionais perante a autonomia dos indivíduos, mas também como garantia de inclusão da população em sistemas sociais”<sup>357</sup>.

Visto dessa maneira, a eficácia inclusiva dos direitos fundamentais não distingue sua atuação em se tratando de relações privadas, pois também nesses casos promove a participação ampla do indivíduo nos diversos setores funcionais sociais. O exemplo citado por Teubner sobre a da neutralidade da *internet* é bastante ilustrativo. Nesse caso, os intermediários da rede (*google, facebook, instagran, etc.*) impõe condições e obstáculos (algoritmos ou medidas de bloqueio ou direcionamento, *verbi gratia*) que inviabilizam a completa, isenta e independente utilização, livre e igual, ao bem comum artificial e, atualmente, essencial, que é a *internet*. Agindo assim, esses atores privados se corrompem ao

---

<sup>355</sup> DE GIORGI, Raffaele. p. 324-340, 2017, *Op cit.*

<sup>356</sup> Id. p. 328.

<sup>357</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 262, *Op cit.*

código do sistema econômico, provocando a inclusão de poucos e a exclusão exagerada e injusta de muitos grupos de usuários ao redor do mundo.

Assim, nessa relação jurídica privada, os direitos fundamentais precisam garantir uma proteção adicional à regra universal de acesso e participação ativa de todos os usuários às infinitas possibilidades da *internet* e, com isso, promover a inclusão geral. Em resumo, “a eficácia horizontal em relação a terceiros na forma de um direito de acesso deveria fazer com que as obrigações de tolerância ou obrigações decorrentes de contratação sobreponham-se à propriedade privada da rede.”<sup>358</sup>.

### 3.5.2 Eficácia excludente (defesa contra avanços indevidos de instituições sociais)

Como já se afirmou nesse trabalho, as relações jurídicas sobre as quais os direitos fundamentais atuam não se limitam às disputas entre o Estado e a sociedade ou mesmo a uma ponderação entre direitos constitucionais de indivíduos, razão pela qual a natureza privada dos conflitos é irrelevante para a sua aplicação. Nem os atores que atuam nos polos das relações jurídicas em combate, nem o objeto (bem jurídico) tutelado, serão determinantes na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Na verdade, o efeito de terceiros deve levar em consideração a preservação das estruturas normativas particulares das instituições sociais autônomas que estão em risco e, não, servirem como simples transferência de normas de direito público para as relações de direito privado. Não se trata de mera ponderação no “choque” de direitos individuais subjetivos e a conseqüente negligência sobre as verdadeiras ameaças de extinção de instituições sociais. Essa a razão pela qual “A ampliação da dimensão dos direitos fundamentais sobre conflitos institucionais *horizontais*, compreendidos como privados, é um importante desdobramento dos direitos fundamentais, concomitantemente com a diferenciação da moderna sociedade”<sup>359</sup>.

Trata-se de uma perspectiva tão oposta à visão tradicionalmente proposta da dogmática constitucional, que o próprio discurso político pode precisar dos direitos fundamentais para se proteger contra as tendências colonizadoras de outros sistemas sociais,

---

<sup>358</sup> Id. p. 263/264.

<sup>359</sup> TEUBNER, Gunther. **Um caso de corrupção estrutural?** A garantia fidejussória prestada por membro da família no conflito entre lógica de Ação Incompatíveis. Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antônio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado). p. 324.

como o da economia. Uma inversão irônica de frentes! - dizem Graber e Teubner<sup>360</sup> -, vez que os direitos constitucionais, inicialmente imaginados para proteger os princípios liberais da liberdade econômica contra um Estado repressivo, podem, agora, ser utilizados para garantir a liberdade política contra influências expansivas do sistema da economia.

No exemplo dos protestos mundiais na *internet*, através dos domínios tipo 'CompanyNameSucks.com' e os conflitos que eles geram entre as entidades protestadoras e as empresas-alvo dos protestos, Teubner ensina que o efeito de terceiro não deve se orientar pelo tradicional prisma da individual-subjetividade dos direitos constitucionais. Até porque, em casos que envolvem *internet*, há dificuldades absurdas em se definir qual a Constituição, leis e demais normas que regerão o processo, bem como a jurisdição competente para tal.

Esses casos refletem bem a necessidade de compreender as violações aos direitos fundamentais para além dos levantes do poder social, representado pelo Estado. Ele é apenas uma parte relevante dos perigos que os direitos constitucionais estão expostos na sociedade. Todos os subsistemas sociais autônomos têm potencial para colocar em risco os direitos fundamentais, através do crescimento inflacionário de seus limites junto ao ambiente.

Por isso, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em sua dimensão institucional, tem por foco na preservação de uma esfera pública, atuando como barreiras contra ataques de processos comunicativos autônomos com racionalidades inconciliáveis e assimétricas em face de instituições sociais ameaçadas.

No citado exemplo do domínio descentralizado da *internet*, os chamados casos “CompanyNameSucks.com”, em que ONG’s ou outras organizações protetoras de direitos ambientais criam *sites*, com o objetivo de alertarem as pessoas para as infrações cometidas por empresas privadas transnacionais, a liberdade de expressão deve ser preservada, especialmente, em razão de descontrolados avanços da economia ou da política. Os direitos fundamentais têm, ali, a “função de evitar um totalitarismo digital que cria novas ameaças tanto à liberdade individual quanto autonomia institucional.”<sup>361</sup>

A ideia de função excludente dos direitos fundamentais também está exemplificada noutra situação reportada por Teubner, qual seja, a dos contratos em que são exigidas ruinosas garantias fidejussórias por membros de uma família<sup>362</sup>. Nesses casos, o autor sustenta que “não constituem um problema de paridade contratual perturbada, que pudesse

---

<sup>360</sup>GRABER, Christoph Beat & TEUBNER, Gunther. **Art and Money**: Constitutional Rights in the Private Sphere, 18 Oxford J. Legal Stud. 61 (1998). DATE DOWNLOADED: Mon Jun 8 19:50:06 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

<sup>361</sup>TEUBNER, Gunther. 2017, p. 201, *Op cit.*

<sup>362</sup>TEUBNER, Gunther. 2020, p. 306, *Op cit.*

ser compensada por intervenções do tribunal Constitucional.”<sup>363</sup>, mas, sim, de disputa entre sistemas funcionais sociais autônomos da família e da economia, representando um nítido conflito entre lógicas de ação incompatíveis. De fato, a exigência adicional pelo sistema da economia de prestações de garantia por membros de uma mesma família revela clara tentativa de expansão indevida da lógica e de corrupção de códigos binários de um sistema social (família) por outro (economia). Realmente, nesse exemplo, o sistema econômico procura sobrepor-se, pelo meio comunicacional do dinheiro, à ação solidária que deve imperar nas relações familiares.

Para Teubner, cuida-se de “colisão de lógicas de ação incompatíveis” que levam “a uma violação, em sua integridade, do espaço da comunicação intrafamiliar enquanto âmbito autônomo, pela racionalidade econômica.”<sup>364</sup>, razão pela qual vaticina que “no conflito entre instituições sociais reside a verdadeira problemática da garantia prestada por membro da família.”<sup>365</sup>. Especificamente nesses contextos de relações privadas, a tarefa que se apresenta ao efeito de terceiro é a de atenuar a “tendência de corrupção estrutural”, preparando “o Direito Constitucional e o Privado a reagirem contra conflitos destrutivos entre lógicas de ação incompatíveis”, por intermédio do desenvolvimento de “normas de incompatibilidade de cunho abstrato-geral” pelo sistema do direito<sup>366</sup>.

Cenários como esse desencadeiam a aplicação de sanções constitucionais, por intermédio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Em sua função excludente, protagonizam a proteção do ambiente da vida (família) contra a tentativa de colonização pela ação economicamente racional. A modalidade institucional dos direitos fundamentais se mostra exatamente no:

[...] espaço interno familiar, protegido por direitos fundamentais, no qual normas de solidariedade e expectativas de sacrifício mútuo são desenvolvidas, também sendo, porém, simultaneamente limitadas, é protegido contra sua corrupção estrutural por uma atividade economicamente racional.<sup>367</sup>

A eficácia excludente dos direitos fundamentais não elege a autonomia privada e liberdade individual como vetores adequados para dirimirem problemas de integridade entre a racionalidade econômica e sistemas sociais, como o da família. Assim como casos que envolvem engenharia genética e modernas técnicas de reprodução, v.g., também refletem

<sup>363</sup> Id. p. 306.

<sup>364</sup> Id. p. 309.

<sup>365</sup> TEUBNER, Gunther. 2020, p. 308, *ibidem*.

<sup>366</sup> TEUBNER, Gunther. 2020, p. 326-327, *ibidem*.

<sup>367</sup> Id. p. 312-313.



claramente a insuficiência dos mencionados princípios históricos do direito privado como ferramentas corretas para solução de questões extraordinariamente difíceis<sup>368</sup>. Apenas uma perspectiva institucional, com foco na eficácia excludente dos direitos fundamentais em relações privadas, tem chance de apresentar saídas aceitáveis, pois atraem o debate para o nível sociológico, de cariz sistêmico, mirando a integridade das comunicações e não os direitos individuais-subjetivos.

### **3.6 Os atores coletivos e as matrizes comunicativas anônimas como os novos destinatários dos direitos fundamentais**

Em resumo, a equação proposta pelas teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sugeridas pelo tradicional constitucionalismo de matriz liberal aponta a substituição do Estado do polo violador/ameaçador por uma pessoa física ou jurídica privada. Entretanto, essa abordagem do efeito de terceiro não se adequa à proposta apresentada pelo constitucionalismo social e a forma como observa as funções dos direitos fundamentais.

É que, com a aceleração da complexidade da sociedade global, experimentada a partir da segunda metade do século XX, houve uma quebra do monopólio do Estado como única ameaça à jusfundamentalidade. Sua eficácia horizontal é uma realidade de proporções globais, não podendo ser refém de uma simples relação entre agentes individuais. Nesse sentido, o constitucionalismo social elegeu as matrizes comunicativas anônimas e os atores coletivos como os verdadeiros destinatários do efeito de terceiro. Isso porque, ao contrário, do pensamento dogmático constitucional de origem liberal, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem por tarefa maior contra atacar o exercício abusivo do poder social, o que acontece por intermédio de atores coletivos ou de matrizes anônimas de comunicação.

A definição de ator coletivo passa por uma leitura conjunta da subjetividade, a partir da atribuição e da comunicação. Quer dizer, o sujeito de direito não possui subjetividade, mas ela lhe é atribuída a partir da sua adequada inserção em processos comunicativos. Trata-se, pois, de uma espécie de ficção dos diversos sistemas sociais, de um verdadeiro constructo social ligado à definição de “pessoa”. Nas palavras de Maranhão,

sujeito de direito não é aquele que possui determinadas características, necessárias e suficientes, de subjetividade, mas aquele ao qual se permite

---

<sup>368</sup> Id.

atribuir ou imputar subjetividade, a partir de feixes de comunicação nos quais se insere.<sup>369</sup>

A ideia é afastar o (pré)conceito, segundo o qual apenas indivíduos humanos podem portar subjetividade. Na verdade, o *status* de ficção jurídica e a sua qualificação como artefato comunicativo indica que a subjetividade pode ser atribuída às pessoas, às organizações formais, aos Estados ou outras coletividades. Importa é ter em mente que “Um ator coletivo não é um grupo de indivíduos, mas uma cadeia de comunicações.”<sup>370</sup>

O ator coletivo é, portanto, um artefato semântico com capacidade comunicativa dentro do sistema social. Não existem *per se*, sendo criados a partir de atribuições sociais (“pessoas”), variando, pois, de acordo com cada contexto social. As pessoas jurídicas empresariais, por exemplo, são atores coletivos, na medida em que representam resultado de processos de comunicação no mercado, sem os quais elas nada seriam que meros agrupamentos de contratos<sup>371</sup>. Da mesma forma, os movimentos sociais, que são influentes atores coletivos junto ao sistema da política, mas no sistema do direito, sequer, gozam de personalidade jurídica<sup>372</sup>. Nesse contexto, Teubner explica que

*O homo oeconomicus* é dotado de atributos de ator e de capacidades de ação racional que se distinguem claramente das orientações normativas do *homo juridicus*, das atitudes de poder e consenso do *homo politicus* e das exigências sociais do *homo sociologicus*.<sup>373</sup>

Essa multiplicidade de apresentações dos atores, tanto individuais, quanto coletivos, impõe ao sistema do direito a necessidade de definir critérios objetivos para a imputação da subjetividade. O escopo é reduzir a incerteza perante o outro, já que se cuida de “um problema de dupla contingência e de controle das expectativas em relações comunicativas”.<sup>374</sup> Por essa bússola, uma condição prévia estabelecida pelos sistemas sociais para o surgimento do ator coletivo é que os objetos comunicativos, quaisquer que sejam,

<sup>369</sup> MARANHÃO, Juliano. **O perfil do agente**: comentários a Gunther Teubner sobre personalidade de agentes eletrônicos. Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antônio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado) p. 79.

<sup>370</sup> TEUBNER, Gunther. **Agentes eletrônicos e grandes primatas**: da ampliação do *status* do ator no Direito e na política. Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antônio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado). p. 56.

<sup>371</sup> TEUBNER, Gunther. 2020, p. 57 *ibidem*.

<sup>372</sup> Id.

<sup>373</sup> Id. p. 68.

<sup>374</sup> MARANHÃO, Juliano. 2020, p. 82, *Op cit*.

revelam indicadores confiáveis de endereçabilidade.<sup>375</sup> É que a subjetividade “somente é conferida sob a condição de que para o sistema social haja motivos suficientemente bons para a suposição de realidade (!), que “por detrás” dos endereços sociais se escondam processos autorreferenciais de compreensão e potenciais de comunicação.”<sup>376</sup>. Assim, segundo Teubner, sistemas sociais só conferem subjetividade:

(1) quando têm motivo para supor operações de compreensão por detrás de seus artefatos comunicativos; (2) quando podem presumir que esses artefatos supõem o mesmo em seus parceiros; (3) quando o próprio sistema social concedente da subjetividade desenvolveu uma irritabilidade interna com relação às contribuições desses “sujeitos”.<sup>377</sup>

Importantes exemplos de atores coletivos que exercem poder social assimétrico são as “forças sociais intermediárias não estatais”, tais como os gigantes digitais (*Facebook, Google, Amazon, Instagan, etc.*) e as associações de empresas privadas globais (ICANN), que podem ser destinatários dos direitos constitucionais, em todas as suas dimensões, diante do potencial de causarem estragos nas estruturas sociais.

Já a matriz anônima ou processo de poder social anônimo é uma “dinâmica social desencadeada que é guiada por uma racionalidade unilateral, imprudente e ilimitada. Primeiro a racionalidade da política e, posteriormente, monetarização, juridificação, medicalização e midialização da sociedade moderna.”<sup>378</sup>. Essa abordagem traz uma nova perspectiva, segundo a qual não há necessidade de rastreamento e individualização do agente violador para que se possa promover a efetiva garantia de direitos.

As matrizes anônimas despersonalizadas (instituições, funções, sistemas, redes, discursos, etc.) representam, pois, processos sociais anônimos, autônomos, independentes e específicos, que são responsáveis pelas violações aos direitos constitucionais. Essas matrizes diferenciam-se de outros atores coletivos, na medida em que não são personificadas como coletividades.<sup>379</sup>

Percebe-se, assim, que as funções dos direitos fundamentais, quais sejam, proteção de fronteiras funcionais contra colisões dos sistemas sociais, garantia de participação da

<sup>375</sup> FUCHS, Peter (2003). **Der Eigen-Sinn des Bewußtseins**. Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen National bibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

<sup>376</sup> TEUBNER, Gunther. 2020, p. 37, *Op cit.*

<sup>377</sup> Id. p. 37.

<sup>378</sup> Tradução livre para “, an unleashed social dynamics which is guided by a one-sided, reckless and limitless rationality, first the rationality of politicisation, later of the monetarisation, juridification, medicalisation and medialisation of modern Society.” (TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effect Revisited: A Reply to Four Comments**, 40 R & R 275 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:38:11 2020 SOURCE: Content Download ed from HeinOnline. p. 282)

<sup>379</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 272, *Op cit.*

“pessoa” nesses diferentes setores especializados e a preservação do sistema humano das destrutivas irritações de seu ambiente social, somente podem ser destinadas aos especializados meios de comunicação (matrizes anônimas) ou aos atores coletivos. Ações temerárias promovidas pontualmente, sem qualquer articulação, por indivíduos, organizações ou instituições em geral não são casos que atraíam a eficácia da jusfundamentalidade, cabendo ao direito infraconstitucional fornecer saídas adequadas para tais ilegalidades. Nas palavras de Teubner,

Se uma violação dos direitos humanos é cometida por atos de poder, transações monetárias, declarações cognitivas, tratamentos médicos, processos judiciais e decisões ou atos da nova mídia, isso cria a diferença decisiva entre violações de direitos humanos não relacionadas às funções em contextos de funções. Não a orientação funcional unilateral da violação, mas a equipe altamente especializada *meio de comunicação* em que a violação ocorre, cria o sistema específico de ameaças aos direitos humanos.<sup>380</sup>

Assim, contrariando o entendimento que historicamente domina a dogmática constitucional, as ameaças e lesões causadas por atores privados a direitos subjetivos de outros atores privados circunscrevem-se a problemas de responsabilidade civil e/ou penal, mas não aos direitos fundamentais. O direito subjetivo do ator privado, o bem jurídico violado ou a sua posição hierárquica na Constituição política não possuem ligação direta com as funções dos direitos fundamentais. Há uma clara diferença entre direitos subjetivos (relações jurídicas não constitucionais) e direitos fundamentais (relações constitucionais).

A defesa que Teubner faz da passagem dos direitos fundamentais horizontais de uma abordagem centrada nos direitos individuais para defesas contra ameaças de matrizes comunicacionais diz respeito à necessidade de se abandonar o método de ponderação, baseado no equilíbrio desses direitos entre os atores individuais conflitantes, para uma perspectiva que avalia as consequências no nível institucional.<sup>381</sup> Quer dizer, não se cuida de eleger a prioridade entre os valores constitucionais envolvidos numa disputa, mas, sim, avaliar as repercussões que a decisão a ser tomada provocará sobre as autonomias dos sistemas sociais ou à integridade da “pessoa” ou mesmo à preservação do ser humano envolvido na ‘irritação’ matricial anônima.

---

<sup>380</sup> Tradução livre para “Whether a human rights violation is committed by acts of power, monetary transactions, cognitive statements, medical treatments, judicial decisions or acts of the new media, this creates the decisive difference between those non-function-related human rights violations in function contexts. Not the one-sided functional orientation of the violation, but the highly specialised medium of communication in which the violation occurs, creates the system specific endangerments to human rights.” (TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effect Revisited: A Reply to Four Comments**, 40 R & R 275 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:38:11 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline. pp. 281-282

<sup>381</sup> Id.

Por isso, distanciando-se da teoria filosófica de Kant, que sustenta um subjetivismo, sólido e compacto, Teubner propõe um novo formato para a equação do efeito de terceiro, mediante o qual sugere o fim do monopólio do ‘indivíduo-vítima’, devendo os direitos fundamentais ser fragmentado e, ao mesmo tempo, reagrupado nas suas três possíveis dimensões<sup>382</sup>: direitos fundamentais institucionais, direitos fundamentais pessoais e direitos fundamentais humanos<sup>383</sup>.

### 3.7 As dimensões dos direitos fundamentais segundo o constitucionalismo social

#### 3.7.1 A dimensão institucional (regras de colisão)

Como se anotou no tópico anterior, Teubner avançou na teoria sistémico-estrutural de Luhmann, ao observar que a expansão desmensurada pode acontecer entre/sobre todos os subsistemas funcionais autônomos (religião, direito, economia, ciência, etc.), não sendo apropriado restringir a aplicação dos direitos fundamentais apenas ao meio de comunicação do poder, ligado ao sistema da política. De fato,

Através de seu próprio fechamento operativo, sistemas funcionais criam uma esfera para si mesmos, na qual são livres para intensificar sua própria racionalidade sem levar em consideração outros sistemas sociais ou, de fato, respeitar seu ambiente natural ou humano. Eles fazem isso pelo tempo que puderem; isto é, desde que seja tolerado pelo ambiente.<sup>384</sup>

Teubner retira o foco dos direitos fundamentais das atividades do Estado, como agente de avanços abusivos sobre os demais subsistemas não-políticos, e amplia-o para todos os âmbitos da sociedade. Essa a razão pela qual se defende que, se em Luhmann os direitos fundamentais seriam Instituições com funções societais, ou seja, instrumentos jurídicos protetores de avanços injustificados do poder político (Estado, enquanto instituição) em face

<sup>382</sup> Numa visão próxima a de Teubner, Fischer-Lescano afirma que os “Direitos constitucionais podem ser vistos como polivalentes, protegendo tanto as esferas individuais de ação quanto as sociais esferas de ação contra as tendências expansionistas do Estado. Em particular, podemos distinguir:

(1) os direitos constitucionais predominantemente orientados para proteger a esfera de ação do indivíduo (direito ao indivíduo liberdade e direito à dignidade pessoal);  
 (2) aqueles que protegem simultaneamente esferas de ação individuais e sociais (liberdade de opinião, de arte, de educação, de pesquisa); e  
 (3) aqueles que protegem predominantemente uma esfera autônoma de ação social (propriedade, família, direitos constitucionais políticos). (FISCHER-LESCANO, Andreas. **Subjektlose Rechte**. in: **KJ Kritische Justiz**, page 475–496. KJ, Volume 50 (2017), Issue 4, ISSN: 0023-4834, ISSN online: 0023-4834, <https://doi.org/10.5771/0023-4834-2017-4-475> Browse Volumes and Issues: KJ Kritische Justiz. Acesso em 16/07/2020. p 25).

<sup>383</sup> TEUBNER, Gunther. 2020, p. 274, *Op cit.*

<sup>384</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. 2012, p. 112, *Op cit.*

dos demais subsistemas diferenciados, em Teubner, eles são instituições societais, quer dizer, mecanismos jurídicos de salvaguarda de qualquer subsistema da sociedade contra sinalizações de expansionismos que revelem perigo às autonomias diferenciadas de outro(s) subsistema(s) da sociedade.<sup>385</sup>

Percebe-se, assim, que Teubner adota a teoria de que não somente o Estado (ou o poder político) é o potencial causador de ameaça ou de corrupção a bens e interesses considerados jusfundamentais. Por esse prisma, os conflitos entre direitos constitucionais são comuns e nascem da busca dos sistemas sociais em ampliar o raio de atuação de seus respectivos códigos e meios comunicativamente diferenciados, o que acarreta o perigo de subversão dos demais. É o que ele denominou de autocompulsão dos sistemas sociais para o crescimento<sup>386</sup>. Nessa perspectiva, Teubner estabelece a dimensão institucional dos direitos fundamentais da seguinte forma:

Tratar os direitos constitucionais como uma instituição coletiva significa, portanto, um relacionamento bilateral em que os processos sociais recebem garantias de autonomia para impedir que sejam dominados pelas tendências totalizantes de outros processos sociais. Nesta dimensão coletivo-institucional, os direitos constitucionais funcionam como regras de conflito de leis que operam dentro do conflito entre racionalidades opostas de diferentes partes da sociedade.<sup>387</sup>

Importante anotar que a utilização que se faz aqui do termo coletivo-institucional segue a esteira do pensamento de Helmut Ridder, a quem Teubner acompanha, defendendo uma teoria dos direitos constitucionais não pessoais que visam a liberdade específica de um campo social através da organização desse campo<sup>388</sup>. Ladeur, tomando os conflitos entre liberdade de opinião e direitos personalíssimos como exemplo, lembra que, desde a década de 1960, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão já percebia um caráter institucional dos direitos fundamentais, dando-lhes uma perspectiva funcional das liberdades, em detrimento de uma ideia de direitos constitucionais individuais negativos. Com isso – salienta Ladeur – as organizações de imprensa, mesmo em suas relações privadas, exercem uma função pública, diante de sua responsabilidade sobre a formação de opinião<sup>389</sup>.

Dessa forma, os direitos fundamentais devem ser entendidos como instituições coletivas, funcionando como regras de conflito de leis e facilitadores de diferenciação social.

---

<sup>385</sup>TERRINHA, Luiz Heleno. 2018, *Op cit.*

<sup>386</sup> TEUBNER, Gunther. 2011, *Op cit.*

<sup>387</sup> TEUBNER, Gunther. 2017, p. 237, *Op cit.*

<sup>388</sup> Id.

<sup>389</sup> LADEUR, Karl-Heinz. **A relação entre direito público e normas sociais no constitucionalismo — nacional, europeu e global**. Revista UNB. v. 2 n. 1 (2016): janeiro - Abril. pp. 12-26.

Com efeito, numa sociedade global fragmentada, na qual os diversos setores funcionais disputam espaço, os conflitos entre suas racionalidades institucionalizadas assumem uma nova roupagem, adquirindo a forma de colisões sistêmicas. A solução para tais conflitos não passa pelo tradicional formato proposto pelas normas positivas, oriundas das atividades dos Estados-nação e orientadas pela lógica da política.

Nesse aspecto, visto que não existe um Estado global, nem um equivalente funcional mundial que possa canalizar toda produção normativa, inclusive constitucional, resta aos diversos sistemas sociais autônomos a produção de normas que garantam a diferenciação funcional. Para isso, essas matrizes comunicacionais anônimas precisam “formular padrões de direitos fundamentais para os quais ambos os atores estatais e não estatais possam ser responsabilizados e especificar sistemas específicos de condições de tal forma que a inclusão livre e igual é permitida.”<sup>390</sup>. Até porque as autolimitações sistêmicas não são produzidas de fora para dentro, mas a partir das lógicas intrínsecas de cada setor autônomo da sociedade.

A auto constitucionalização dos regimes jurídicos supranacionais é uma saída para regular conflitos transnacionais privados, de modo que os atores possam estabelecer, eles próprios, os métodos e mecanismos de resolução de suas próprias demandas (tribunais arbitrais de instituições reguladoras oficiais internacionais, por exemplo). Porém, neste mister, os regimes globais privados não podem se distanciar dos direitos fundamentais, de forma que suas funções sistemicamente definidas providenciam uma “positivação societal” dessa jusfundamentalidade nas esferas sistêmico-sociais em causa.

Na verdade, deve-se utilizar um novo direito de colisão, norteado pela tolerância entre os fragmentos sociais disputantes, com foco na contenção de danos. Não se trata de decidir a respeito de uma sobreposição entre esses representantes de diferentes racionalidades sociais, mas, sim, ter parâmetros para se chegar a um acordo suportável. A ideia é que os conflitos sejam resolvidos nos contextos sociais próprios, garantindo-se o máximo possível a convivência desses setores sociais sem que haja perda de autonomia.<sup>391</sup> De uma forma mais clara, Teubner afirma que

A solução heterárquica de conflitos conhece, no fundo, apenas duas formas: para se internalizar os conflitos em si nos processos de decisão dos regimes

---

<sup>390</sup> Radução livre para “formulate fundamental rights standards to which both state and non-state actors can be held accountable and specify system specific conditions in such a way that free and equal inclusion is permitted.” (VERSCHRAEGEN, Gert. (2019). **Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights**. In book: Making Human Rights Intelligible. Towards a sociology of human rights. Publisher: Hart Publishing, July 2019. (pp.61-80). [https://www.researchgate.net/publication/334545143\\_Differentiation\\_and\\_Inclusion\\_A\\_Neglected\\_Sociological\\_Approach\\_to\\_Fundamental\\_Rights/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/334545143_Differentiation_and_Inclusion_A_Neglected_Sociological_Approach_to_Fundamental_Rights/citation/download). Acesso em 16/09/2020. p. 77).

<sup>391</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. p.105-155, 2012, *Op cit.*

colidentes ou para os externalizar em negociações inter-regimes. Ou os conflitos são alocados nas constituições próprias dos regimes ou na cooperação entre eles. Entregar as colisões a fóruns jurídicos próprios do regime ou a um fórum entre os regimes e fora do direito.<sup>392</sup>

Os direitos fundamentais servem, pois, à convivência improvável em meio aos conflitos inter sistêmicos e inter discursivos provocados pelas divergências entre expectativas normativas, valores e interesses dos componentes sociais. A ideia de direitos humanos emerge no dissenso estrutural da sociedade moderna e serve, justamente, para conciliar a sua convivência<sup>393</sup>. Nesse caso, a resposta normativa dos direitos fundamentais a esses dissensos estruturais pressupõe a “institucionalização de procedimentos abertos à heterogeneidade cultural, à complexidade sistêmica e à pluralidade discursiva da sociedade mundial, que venham a garanti-los.”<sup>394</sup>.

Na dimensão institucional, portanto, os direitos fundamentais funcionam como atenuadores das tendências autodestrutivas das racionalidades sistêmicas, com o escopo de evitar que surjam casos de colisões sistêmicas. Nessa função institucional-coletiva, atuam como regras de conflito de leis (normas de colisão) e facilitadores de diferenciação social, evitando, assim, a totalização de racionalidades parciais autônomas da sociedade.

Essa nova visão repercute de forma drástica na concepção do efeito de terceiros. De fato, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais consiste em ampliar e direcionar seu raio de atuação em face de todos os meios de comunicação com tendências expansivas que promovam riscos a quaisquer das dimensões dos direitos fundamentais, furtando-se à tímida atuação sobre relações privadas individuais que atentam contra valores constitucionais.

Realmente, havendo uma nociva expansão de sistemas sociais diferenciados que resultem em conflitos inter sistêmicos e tenham origem em relações privadas, apenas com a utilização da “experiência acumulada em redes relacionais práticas entre os indivíduos”<sup>395</sup> como fonte produtora de soluções de tais demandas, o efeito de terceiros pode ser corretamente compreendido. Isso porque, presumidamente, mais eficazes do que qualquer intervenção estatal para a formação e estabilização de expectativas recíprocas entre atores privados. Por esse olhar, necessário deixar de lado o modelo estatocêntrico de direitos fundamentais, para anunciá-los como instrumentos garantidores da auto organização e auto

<sup>392</sup> TEUBNER, Gunther. 2016, p. 286, *Op cit.*

<sup>393</sup> NEVES, Marcelo. N.º 4, 2005, *Op cit.*

<sup>394</sup> Id. p. 9.

<sup>395</sup> LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo Resende. **Entre Teorias e Espantalhos**. Deturpações Constitutivas na Teoria dos Princípios e novas abordagens. CAMPOS, Ricardo (Organizador) *Crítica da Ponderação. Método Constitucional entre a Dogmática jurídica e a Teoria Social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 137.



coordenação horizontal dos indivíduos inseridos numa rede de relações práticas, nas quais reciprocamente se observam, com o objetivo de estabilização.<sup>396</sup>

Um interessante e ilustrativo episódio ocorrido no final dos anos oitenta do século passado na Itália foi noticiado por Graber e Teubner<sup>397</sup> como representativo de uma controvérsia privada que somente poderia ter sido adequadamente dirimida por uma observação institucional-coletiva dos direitos fundamentais. Cuida-se do caso Federico Fellini contra Silvio Berlusconi, no qual o primeiro arguiu que, enquanto criador do filme *Otto e Mezzo*, teve seu constitucionalmente previsto “direito moral pessoal” violado diante dos “inúmeros comerciais que interromperam o fluxo das mensagens artísticas do filme e distorceram sua integridade como uma obra de arte.”<sup>398</sup> Por essa razão, requereu que um Tribunal italiano proibisse as interrupções comerciais na TV durante a exibição da referida película.

Apenas por um viés institucional-coletivo dos direitos fundamentais esse caso poderia encontrar uma sólida solução constitucional, já que não há viabilidade jurídica para o pedido anotado por Federico Fellini numa perspectiva individual-subjetiva da jusfundamentalidade. As teorias clássicas dos direitos constitucionais liberais seriam incapazes de acolher o pedido principal da ação judicial, porque não vislumbrariam um problema entre indivíduo e o Estado. Com efeito, somente pela lente institucional dos direitos fundamentais o conflito reflete disputas entre os meios comunicativos do belo e do dinheiro, ou melhor, como o patrocínio da arte pode representar uma expansão abusiva do sistema econômico e, assim, atrair a aplicação dos direitos fundamentais como limitador de tal dinâmica.

Ajuda a absorver a diferença entre as visões dogmáticas e sociológicas dos direitos fundamentais perceber que eles atuam, simultaneamente, como protetores à livre expressão personalista do artista (dimensão individual da liberdade) e garantidores de respeito do sistema econômico ao sistema da arte. Como explica Teubner,

ao mesmo tempo, a liberdade de arte é um direito fundamental que se preocupa com o discurso da própria arte. A arte, nesse sentido, é um auto-processo comunicativo reprodutivo que inclui todos os tipos de comunicação e observações de distinções artísticas, desde a criação de artefatos artísticos até sua apreciação pelo público e sua crítica.<sup>399</sup>

---

<sup>396</sup> VESTING, Thomas. 2016, *Op cit.*

<sup>397</sup> GRABER, Christoph Beat & TEUBNER, Gunther. 1998, *Op cit.*

<sup>398</sup> Id. p. 61.

<sup>399</sup> Id. p. 67.

Problema semelhante ocorre quando a economia também assume uma posição inflacionária sobre o sistema da educação, forçando, através de financiamento de universidades e outras instituições, que o ensino e a pesquisa sejam realizados com objetivos distorcidos, isso é, com foco na utilidade econômica dos resultados gerados. Instituições religiosas ou políticas também praticam, com razoável frequência, expedientes parecidos, impondo, ainda que indiretamente, a fé a ideologia como fatores de desestabilização do sistema da educação.

Da mesma forma, as pesquisas acadêmicas sobre novos fármacos, financiadas por grandes empresas farmacêuticas transnacionais revelam ambientes propícios para que se concretizem ameaças às integridades estruturais de instituições sociais ligadas à pesquisa científica e à prestação de cuidados à saúde. De fato, as pressões que a indústria farmacêutica promove sobre os estudos clínicos produzem distorções sistêmicas graves, maculando suas racionalidades sociais próprias. E essa espécie de corrupção sistêmica tem uma gravidade gigantesca, pois “À luz das atividades mundiais das grandes empresas farmacêuticas e da globalização da pesquisa acadêmica, trata-se de um conflito com as dimensões transnacionais.”<sup>400</sup>.

Essas disputas não afetam os direitos fundamentais individuais do cientista e do paciente que experimenta fármacos ineficazes ou até prejudiciais a sua saúde. Trata-se, acima de tudo, de um conflito entre setores sociais e seus meios comunicativos (dinheiro, liberdade acadêmica e direito à saúde), que reivindica solução a partir da aplicação funcional dos direitos fundamentais, em sua dimensão institucional.

Nesse sentido, o escopo da jusfundamentalidade é preservar as condições de possibilidade para que os subsistemas sociais mantenham a autonomia de seus respectivos discursos. A eficácia pretendida pelos direitos fundamentais, como instrumento de proteção do sistema corrompido, passa por um “arranjo legal que não é moldado na forma legal de um 'direito', mas em um equivalente em diferentes formas legais.”<sup>401</sup>. No caso da arte, por exemplo, isso pode levar, inclusive, à necessidade de proteção do produto artístico contra mutilações de sua integridade pelo próprio artista criador ou seus herdeiros.

---

<sup>400</sup> HENSEL, Isabel. & TEUBNER, Gunther. (2016). **Horizontal fundamental rights as conflict of laws rules: How transnational pharmagroups manipulate scientific publications.** 10.1017/CBO9781316411230.007. p. 141.

<sup>401</sup> GRABER, Christoph Beat & TEUBNER, Gunther. 1998, p. 72, *Op cit.*

### 3.7.2 A dimensão pessoal

Além da função de manutenção da diferenciação comunicacional social, mediante a imposição de normas de colisão sistêmica, também caberia aos direitos fundamentais à proteção das consciências dos indivíduos? O constitucionalismo social acena positivamente.

Nessa perspectiva, segundo Teubner, os direitos fundamentais observam os “setores de autonomia de comunicação no interior da sociedade, os quais são atribuídos não às instituições, mas aos artefatos semânticos “pessoas””<sup>402</sup>, isso é, um ponto de atribuição de ação. Em outras palavras, se na dimensão institucional, a missão dos direitos fundamentais é estabelecer normas de colisão entre os diferentes e expansivos sistemas sociais funcionais, aqui a proteção jusfundamental foca na preservação da integridade da pessoa, enquanto artefato semântico, em face de ataques das matrizes comunicacionais anônimas. Mas o que isso realmente significa?

A resposta passa pela análise do papel da “pessoa” na “relação” entre os sistemas autocontínuos sociais e humanos (psíquico ou psicológico e orgânico), inclusive, na posição de ambientes recíprocos uns dos outros. É que, apesar de não se comunicarem e se desenvolverem sem interferência direta de seu ambiente, tais sistemas são mutualmente relevantes em suas respectivas construções, especialmente através da interpenetração e das escolhidas tomadas a partir do que foi recolhido “lá fora”<sup>403</sup>.

O objeto da dimensão pessoal dos direitos fundamentais é exatamente a “instituição móvel” das fronteiras entre esses dois sistemas (social e humano). Nesse mister, isso é, para que esses limites sistêmicos se mantenham sólidos e ao mesmo tempo dinâmicos, é necessário que se determinem marcações, sem as quais a integridade das diferenciações entre (sub)sistemas sociais e o sistema humano (psique/corpo) seria abalada, comprometendo, assim, suas autonomias e autorreferencialidades.

Essa tarefa é bastante tormentosa. Traçar as divisas entre comunicação e psique/corpo, ou mais precisamente, entre os subsistemas sociais de comunicação (política, direito, ciência, economia, etc.) e o ambiente humano exige uma clara diferenciação entre a ficção social e “realidade”. Consequentemente, entre expectativas sociais e expectativas psicológicas. Para isso, imprescindível um constructo, que representa as “expectativas comunicativas de ação

---

<sup>402</sup> TEUBNER, Gunther. 2016, p. 274, *Op cit.*

<sup>403</sup> FUCHS, Peter. 2003, *Op cit.*

construídas que derivam seu significado peculiar da tensão entre motivos psicológicos, por um lado, e comportamento social, por outro.”<sup>404</sup>.

Nesse mister, a teoria dos sistemas elegeu como “constructo” a figura da “pessoa”, um endereço social, uma estrutura específica de comunicação, um esquema através do qual a comunicação se fornece com a possibilidade de irritação em relação às unidades ambientais.<sup>405</sup> A “pessoa” seria, pois, o nome do lugar lógico (endereço) em que um sistema social pode ser “perturbado” por um dos sistemas humanos em seu ambiente<sup>406</sup>. As “pessoas”, portanto, transformam as comunicações em ações<sup>407</sup>.

Dessa forma, tendo em vista a inacessibilidade entre os sistemas sociais e humanos (psíquicos e orgânicos), o artefato “pessoa”, através de jogos linguísticos, surge num nível emergente, proporcionando “ciclos perturbatórios aproximados”<sup>408</sup> de irritações/ruídos massivos plenamente inteligíveis à consciência. Quer dizer, “por meio da máscara da “pessoa”, os sistemas sociais contatam os seres humanos”<sup>409</sup>. São, assim, “artefatos de observadores com os quais o não observável é interpretado e transferido para o nível emergente de contato entre sistemas”<sup>410</sup>. Com isso, “o subsistema pode direcionar água estrangeira para suas usinas, por assim dizer”<sup>411</sup>.

Esse movimento impertinente entre os sistemas sociais e a consciência (ambiente) é recíproco, simultâneo e sempre seletivo nas duas vias, já que os endereços sociais usufruem da forma inclusão/exclusão e, assim, tornam-se relevantes para a comunicação como “pessoas”.<sup>412</sup> De fato, enquanto a comunicação perturba a consciência a partir de impressões

---

<sup>404</sup>Tradução livre para “Bestehen aus kommunikative konstruierten Handlungserwartungen, die ihre eigentümliche Sinn gerade aus Bedeutung aus den Spannungsverhältnis zu psychischen Motiven einerseits und sozialem Verhalten andererseits beziehen” (TEUBNER, Gunther/ HUTTER, Michael. **Der Gesellschaft fette Beute: Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen**, in: Peter Fuchs, Andreas Göbel (Org.), *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?* Suhrkamp, Frankfurt, 1994, p. 110-145. Disponível na internet em <https://core.ac.uk/download/pdf/14502716.pdf>. Acesso em 16/10/2020. P. 114.

<sup>405</sup>FUCHS, Peter. 2003, *Op cit.*

<sup>406</sup>TEUBNER, Gunther/ HUTTER, Michael. **Der Gesellschaft fette Beute: Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen**. In: Peter Fuchs, Andreas Göbel (Org.), *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?* Suhrkamp, Frankfurt, 1994, p. 110-145. Disponível na internet em <https://core.ac.uk/download/pdf/14502716.pdf>. Acesso em 16/10/2020.

<sup>407</sup>LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie** - 4. Aufl. - Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

<sup>408</sup>TEUBNER, Gunther. 2016, p. 269, *Op cit.*

<sup>409</sup>Id.p. 269.

<sup>410</sup>LUHMANN, Niklas. 1991. p. 159, *Op cit.*

<sup>411</sup>Tradução livre para “Und so kann das Subsystem sozusagen fremde wasser auf seine Muhlen leiten.” (TEUBNER, Gunther/ HUTTER, Michael. **Der Gesellschaft fette Beute: Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen**, in: Peter Fuchs, Andreas Göbel (Org.), *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?* Suhrkamp, Frankfurt, 1994, p. 110-145. Disponível na internet em <https://core.ac.uk/download/pdf/14502716.pdf>. Acesso em 16/10/2020. p. 118.

<sup>412</sup>FUCHS, Peter. 2003, *Op cit.*

racionais pessoais<sup>413</sup>, automaticamente permite ser atida pelas “respostas” de seu ambiente e, assim, (re)produz significado específico internamente. Essa interação – frize-se - ocorre por intermédio das “pessoas”, que promovem um “processo circular de percepção recíproca ocorre através dos limites do sistema psicológico e social.”<sup>414</sup>. Essa dupla acessibilidade<sup>415</sup> reflete “o acoplamento estrutural de operações comunicativas com as operações psicológicas que são executadas simultaneamente.”<sup>416</sup>.

Esse “constructo”, representado pelo artefato semântico “pessoa”, não representa uma universalidade aplicável a toda sociedade. Ao contrário, a teoria dos sistemas anuncia que todos os subsistemas sociais possuem uma racionalidade específica e, utilizando-se de eventos comunicacionais, sedimentam as expectativas formuladas em seus próprios códigos. Agem, pois, como verdadeiros filtros de mensagens a serem fixadas pelo uso de sinais, com o objetivo de distingui-los de seu ambiente. Essa a razão pela qual “Os indícios de um sistema de comunicação diferenciado só fazem sentido dentro do sistema observado porque pressupõem a existência da “distinção condutora” de forma autorreferencial.”<sup>417</sup>. Nas lições de Fuchs

As pessoas, portanto, não são sistemas ou objetos ou mesmo sujeitos, mas estruturas comunicativamente eficazes que limitam (marcam) qual comportamento das pessoas (mortais) é apropriado, esperado e compatível e qual comportamento é percebido como surpreendente e então também marcado (ou seja, na estrutura › Pessoa ‹ embutida).<sup>418</sup>

Nesse cenário, percebe-se que a chave para a preservação das fronteiras entre os subsistemas sociais e seu ambiente está nos códigos inerentes e nas racionalidades específicas. Realmente, a comunicação nesses subsistemas sociais depende da mediação da racionalidade, que ajusta a seletividade específica do subsistema em face de seu ambiente. Trata-se, pois, de “uma relação ambiental específica, ou seja, a relação entre consciência

---

<sup>413</sup> TEUBNER, Gunther/ HUTTER, Michael. 1994, p. 110-145, *Op cit.*

<sup>414</sup> Tradução livre para “Dabei spielt sich ein zirkularer Prozeß wechselseitiger Wahrnehmung über die Systemgrenzen des psychischen und sozialen ein” (Id. p. 119).

<sup>415</sup>FUCHS, Peter. 2003, *ibidem*.

<sup>416</sup>TEUBNER, Gunther/ HUTTER, Michael. 1994, p. 110-145, *ibidem*.

<sup>417</sup>Tradução livre para “Die Zeichen eines ausdifferenzierten Kommunikationssystems ergeben nur innerhalb des beobachteten Systems sinn, weil sie die Existenz der “Leitunterscheidung” auf selbstreferentiell voraussetzen.” (Id. p. 116).

<sup>418</sup>Tradução livre para “Personen sind mithin nicht Systeme oder Objekte oder gar Subjekte, sondern kommunikativ wirksame Strukturen, die limitieren (markieren), welches Verhalten von (sterblichen) Leuten passend, erwartbar, anschlussfähig ist und welches Verhalten als überraschend aufgefaßt und dann mitmarkiert (also in die Struktur ›Person‹ eingebaut) werden muß.” (FUCHS, Peter (2003). **Der Eigen-Sinn des Bewußtseins**. Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar. p. 30.)

e um determinado sistema social.”<sup>419</sup>, onde a “pessoa” age com eficiência nessa distinção dinâmica entre sistema e ambiente.

Partindo, portanto, dos códigos inerentes de cada subsistema social, extraem-se as tarefas de suas racionalidades específicas, que, por sua vez, dão origem aos diversos constructos de “pessoas” (*homo oeconomicus, juridicus, politicus*, etc.), legítimos pontos de contato entre o social e o exterior. Esses mecanismos de atribuição de personalização dos subsistemas sociais têm por escopo filtrar a desordem do ambiente (consciência). Eles auxiliam na reconstrução sistêmica interna de expectativas psicológicas externas.

Com efeito, Luhmann afirma que “a pessoa é uma forma específica de observação que reage ao problema da “emergência circular de dupla contingência”<sup>420</sup>. Quer dizer, sendo a “pessoa” uma forma de distinção entre pessoa e não-pessoa, ela atuaria na redução da incerteza seguidamente reanimada pela dupla contingência, diante da complexidade. Esse processo – sinaliza Fuchs - ocorre com o auxílio da forma inclusão/exclusão, incorporado ao esquema da “pessoa”.<sup>421</sup>

Em face da improbabilidade da ratificação comunicativa do significado socialmente esperado prevista por Niklas Luhmann, todo significado comunicado precisa ser aceito ou rejeitado. Para facilitar essa tarefa, surgem instituições, que condicionam sistematicamente a aceitação de suposições razoavelmente improváveis através de “*meios de comunicação simbolicamente generalizados*, como dinheiro, poder, amor, verdade”<sup>422</sup>.

Tratando especificamente do problema da subjetividade jurídica à luz da teoria sistêmica, Juliano Maranhão faz a seguinte relação entre dupla contingência, “pessoas” e os diferentes sistemas sociais:

“um problema de dupla contingência e de controle das expectativas em relações comunicativas, nas quais, ao invés de uma investigação subjetiva, deve-se buscar uma imputação objetiva como solução para a incerteza perante o outro. Tendo em vista que o homem tem diferentes apresentações em diferentes sistemas sociais, por exemplo, *homo economicus, homo*

---

<sup>419</sup>Tradução livre para “eine spezifische Umweltbeziehung, eben auf das verhältnis Beziehung zwischen Bewusstsein und einem bestimmten sozialen System.” (TEUBNER, Gunther/ HUTTER, Michael. **Der Gesellschaft fette Beute: Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen**, in: Peter Fuchs, Andreas Göbel (Org.), *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?* Suhrkamp, Frankfurt, 1994, p. 110-145. Disponível na internet em <https://core.ac.uk/download/pdf/14502716.pdf>. Acesso em 16/10/2020, p. 120.)

<sup>420</sup> LUHMANN, Niklas (1995). **Die Form »Person«**, in: ders. *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, p. 148/149.

<sup>421</sup> FUCHS, Peter. 2003, *Op cit.*

<sup>422</sup> Tradução livre para “symbolisch generalisierten Kommunikationsmedien wie etwa Geld, Macht, Liebe, Wahrheit” (Id. p. 105).

*politicus* etc., deve o sistema jurídico desenvolver seus próprios critérios para definir como se deve, objetivamente, imputar subjetividade.”<sup>423</sup>

Diante do exposto, conclui-se o equívoco que permeia a tradicional teoria dos direitos fundamentais, que, a partir de um âmbito pessoal de autonomia, equiparam as pessoas e os humanos (corpo/psique). Isso porque, enquanto os seres humanos são “unidades vivas e pulsantes no ambiente da comunicação”, a “pessoa” é “a designação do local lógico em que um sistema social cria “máscaras de personagem”, as quais remetem internamente a processos humanos e não humanos em seu ambiente, gerando assim a possibilidade de serem perturbadas por estes a partir de fora, sem jamais, porém, ter a capacidade de alcançá-los ou incorporá-los”<sup>424</sup>.

Assim é que Teubner defende que a dimensão pessoal dos direitos fundamentais atua na “identificação dos diferentes marcos fronteiros para que as peculiaridades dos atentados limítrofes ameaçadores da integridade sejam reconhecidas.”<sup>425</sup>. De fato, como pontos de atribuição, essas “pessoas” laboram como “postos de fronteira, onde existem contatos permanentes com as dinâmicas relevantes em seu ambiente”, estabelecendo “o contato da comunicação para fora, para processos pulsantes que se realizam no ambiente da comunicação.”<sup>426</sup>.

E esses postos de fronteira, segundo Teubner, encontram-se “nos diferentes constructos de pessoas dos sistemas parciais: *homo politicus, oeconomicus, juridicus; organisatoricus, retalis, etc.*”<sup>427</sup>. Isso porque cada um deles é dotado de atributos especiais e específicos que os distinguem, tais como as orientações normativas do *homo juridicus*, as atitudes de poder e consenso do *homo politicus* e das exigências sociais do *homo sociologicus*, e assim por diante.

Somente, pois, com a evolução dos códigos e programas ao longo do tempo, os sistemas sociais atingem suas atribuições intrínsecas nos constructos “pessoas”, talhando, em face de projeções de psicologias próprias, “suas ações, capacidades, responsabilidade, intenções, finalidades de ação ou preferências.”<sup>428</sup>. Até porque somente pode ser considerada uma “pessoa” completamente desenvolvida se tiver plena liberdade, sendo responsável por suas próprias decisões e comportamentos. De fato, a expressão máxima da própria

<sup>423</sup> MARANHÃO, Juliano. 2020, p. 82, *Op cit.*

<sup>424</sup> TEUBNER, Gunther. 2020, p. 65, *Op cit.*

<sup>425</sup> TEUBNER, Gunther. 2016, p. 269, *Op cit.*

<sup>426</sup> TEUBNER, Gunther. 2020, p. 65, *ibidem.*

<sup>427</sup> TEUBNER, Gunther. 2016, p. 269, *ibidem.*

<sup>428</sup> TEUBNER, Gunther. 2020, p. 69, *ibidem.*

personalidade depende da garantia do exercício da liberdade em todas as suas vertentes, tais como “liberdade de pensamento, consciência e religião, o direito de liberdade de opinião e expressão, o direito à liberdade de assembleia e associação, direito à participação política, trabalho, educação, e assim por diante.”<sup>429</sup>.

A dimensão pessoal dos direitos fundamentais, ao tempo em que garantem a atualização e preservação dos marcos fronteiriços entre sistemas sociais e “pessoas”, atuam também como garantidores das dimensões simbolicamente expressivas de ação livre. Preocupam-se, assim, com o direito geral ao “livre desenvolvimento da pessoa”<sup>430</sup> e a consequente “participação do indivíduo nas diferentes atividades comunicativas dos subsistemas da sociedade.”<sup>431</sup>

### 3.7.3 A dimensão humana

Como observado em tópicos anteriores, segundo lição de Teubner, os direitos fundamentais possuem três diferentes dimensões. Pela dimensão institucional, funcionam como regras de colisão, evitando que, diante da agitada dinâmica da sociedade moderna, os diversos setores autônomos corrompam os códigos próprios alheios, através de irregulares movimentos expansivos e, com isso, colonizem uns aos outros. Já pela dimensão pessoal, os direitos fundamentais promovem o livre desenvolvimento da “pessoa”, entendida como um artefato semântico; mera construção da comunicação social interna (endereço e conglomerado de expectativas), com o objetivo de favorecer a participação do indivíduo nas diferentes atividades comunicativas dos subsistemas da sociedade. Neste tópico, chega-se à análise da mais surpreendente dimensão dos direitos fundamentais suscitada por Teubner: a dimensão humana.

De início, importante dizer que, pela perspectiva do constitucionalismo social, de cariz sistêmico-estrutural, também a dimensão humana dos direitos fundamentais é bastante

---

<sup>429</sup> Tradução livre para “freedom of thought, conscience, and religion, the right to freedom of opinion and expression, the right to freedom of peaceful assembly and association, the right to political participation, work, education, and so on.” (VERSCHRAEGEN, Gert. **Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory**, 29 J.L. & Soc'y 258 (2002). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:37:23 2020 SOURCE. Content Downloaded from HeinOnline. 275).

<sup>430</sup>LUHMANN, Niklas. LUHMANN, Niklas (2009). **Los Derechos Fundamentales como Institucion.** Aportación a la sociología política. México: Universidad Iberoamericana/Colección teoría social. p. 79.

<sup>431</sup> Tradução livre para “participate in the different communicative subsystems of society.” (VERSCHRAEGEN, Gert. **Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory**, 29 J.L. & Soc'y 258 (2002). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:37:23 2020 SOURCE. Content Downloaded from HeinOnline. 275).



díspar dos dogmas lançados pela visão liberal a respeito das violações aos direitos humanos. É que, ao contrário do alardeado pela referida concepção jurídico-política sobre os direitos constitucionais, não se cuida de problemas originados de relações entre atores políticos (Estado *vs* cidadão), ou seja, do tipo pessoa *vs* pessoa. Na verdade, “trata-se de relações entre processos de poder anônimos, por um lado, e corpos feridos e de almas machucadas de outro”<sup>432</sup>.

Dito de outro modo, na sua dimensão humana, os direitos fundamentais não atuam sobre casos em que seres humanos são ameaçados por outros seres humanos ou mesmo por pessoas jurídicas, privadas ou não. A isso interessam os direitos subjetivos individuais e a legislação infraconstitucional. À jusfundamentalidade importam as agressões suportadas pelos seres humanos pelas dinâmicas recursivas dos processos comunicativos anônimos, denominadas por Teubner de “matrizes anônimas”. Ou seja, dizem respeito à dimensão humana dos direitos fundamentais apenas as ameaças à integridade psicofísica dos seres humanos singulares, provocadas por processos comunicativos anônimos e autônomos.<sup>433</sup>

Para se entender melhor essa diferenciação sugerida por Teubner, necessário recordar que, para a teoria sistêmica, que dá substrato a seu constitucionalismo social, “pessoa” e indivíduo/ser humano, esse formado por psique e corpo, são bastante diferentes. E esse exatamente o equívoco do modelo liberal dos direitos fundamentais, isto é, compreendê-los “como âmbitos pessoais de autonomia, que procede a uma equiparação fatal entre “psique/corpo”, por um lado, e “pessoa”, por outro.”<sup>434</sup>. Na verdade, apenas levando-se a sério essa distinção é que pode ser corretamente absorvido o sentido da dimensão humana dos direitos fundamentais. De fato,

Quando, todavia, se leva a distinção a sério, quando se entende “pessoa” como mera construção da comunicação social interna (endereço e conglomerado de expectativas), por um lado, e consciência e corpos como unidades vivas e pulsantes no ambiente da comunicação, por outro, fica claro, então, que a equiparação humanista de artefatos semânticos com seres humanos concretos não faz justiça precisamente ao próprio ser humano.<sup>435</sup>

Realmente, ao contrário das tradicionais visões sociológicas, que veem no ser humano o mínimo elemento social, para a teoria sistêmica, há uma exclusão radical dos seres

<sup>432</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 272, *Op cit.*

<sup>433</sup> Id. p. 273.

<sup>434</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 284, *ibidem.*

<sup>435</sup> TEUBNER, Gunther. **A Matriz Anônima**: Violação de Direitos Humanos por Atores “Privados” Transnacionais. Tradução: Pedro Henrique Ribeiro e Ricardo Campos. In CAMPOS, Ricardo (Organizador) *Crítica da Ponderação. Método Constitucional entre a Dogmática jurídica e a Teoria Social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 284.

humanos (psique e corpo) da sociedade, provocada pelo fechamento operacional desses sistemas. Com isso, impede-se que a comunicação atinja a consciência e vice-versa, persistindo apenas irritações recíprocas. Todavia, essa separação não impede que os humanos sejam ameaçados, atingidos ou lesados pela comunicação social, já que ela

pode ser utilizada de forma produtiva pelos seres humanos, para a sobrevivência. Ela pode, porém, também ser usada contra esses mesmos seres humanos – e é esse o ponto no qual os direitos fundamentais se tornam relevantes – e ameaçar sua autopreservação ou até mesmo extinguir sua existência (...). Nessas externalidades negativas da comunicação, em seu potencial ameaçador de vidas e de consciências, encontra-se o cerne da problemática dos direitos humanos.<sup>436</sup>

Não há como esconder, porém, que exista uma dificuldade em se definir quando existe uma ultrapassagem dos limites sistêmicos entre comunicação e consciência e, conseqüentemente, quando deve ser exigida a atuação dos direitos fundamentais na sua dimensão humana. Até porque, se os reflexos das explorações dos sistemas sociais são sentidos pela psique e pelo corpo do indivíduo ofendido que paira no ambiente da sociedade, as vozes dessa dor suportada não são ouvidas pelas matrizes comunicacionais violadoras, já que inexistem formas de “tradução” direta que as internalizem na sociedade.

Diante desse quadro, poder-se-ia perguntar: como pode a sociedade “fazer justiça” às pessoas reais, se as pessoas não são suas partes, estando fora da comunicação, podendo, assim, no máximo, irritá-las ou destruí-las?<sup>437</sup> Deixando claro que as dificuldades para solucionar essa questão são enormes, Teubner, no limite, sustenta que somente na forma de uma justiça negativa ou um ‘*second best*’ haveria a possibilidade dos direitos fundamentais coibirem práticas sociais ‘desumanas’. Para ele, a chance dos conflitos sistema(sociedade)/ambiente(humanos) serem percebidos pelo sistema do direito seria “por meio de sensores inadequados de irritação, reconstrução e *re-entry*”<sup>438</sup> e, com isso, conseguir-se uma proibição jurídica condensada numa autolimitação comunicativa. Por esse motivo, Teubner aduz que a justiça que os direitos fundamentais, em sua dimensão humana, podem proporcionar é a

direcionada ao afastamento de situações injustas, não à perfeição de situações justas. Ela é apenas princípio contrário à lesão comunicativa, sem que jamais possa ser dito positivamente quais seriam os requisitos de uma comunicação “justa aos seres humanos”.<sup>439</sup>

<sup>436</sup> Id. 285.

<sup>437</sup> TEUBNER, Gunther. 2011, *Op cit.*

<sup>438</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 279, *Op cit.*

<sup>439</sup> Id. p. 279.

Os problemas dos direitos humanos devem ser repensados, assim, como problemas de sensibilidade ecológica da comunicação<sup>440</sup>. Isso porque, como o abismo que separa a sociedade dos seres humanos é intransponível, a forma da inclusão perde qualquer função, já que impossível cogitar-se de participação humana nos sistemas sociais e, muito menos, no seu acesso a recursos sociais, como o poder, riqueza, conhecimento, etc. A inclusão atinge apenas o indivíduo ou grupos populacionais, sendo impensável em relação ao ser humano.

Como possível solução para isso, Teubner chega a propor que o sistema do direito eleja a responsividade como meio mais próximo de concretização da reverberação dos atritos entre seres humanos e sistemas sociais de comunicação<sup>441</sup>. Nesse caso, ter-se-ia um mal-entendido produtivo dentro do direito, que acontece quando “a doutrina jurídica trata as teorias sociais como “desafios” externos, mas, em vez de descartá-las em isolamento esplêndido, as reconstrói dentro de si.”<sup>442</sup>. Apesar de extensa, importante transcrever a seguinte lição esclarecedora de Teubner:

Em um exame complexo, o direito deixa-se desafiar pelas análises externas de problemas das teorias sociais, mas isso apenas se elas são passíveis de utilização conforme os próprios critérios de seleção do direito; então, ele as reconstrói internamente em sua própria língua, na qual ele pode, assim, conciliar problemas e soluções entre si. Somente quando esse processo de reconstrução coloca a argumentação jurídica em uma posição na qual ela possa distinguir dentro do direito entre normas e fatos, entre conceitos jurídicos e interesses sociais, é que se alcança um ponto no qual o direito é capaz de levantar a questão da adequação social<sup>443</sup>

Seguindo essa ferramenta (responsividade), haveria uma transferência de conhecimento entre teorias que orbitam no ambiente do sistema jurídico e, até mesmo, da sociedade, que, ao serem reconstruídos como desafios internos ao direito e, assim, aplicados diretamente a seu sistema. Nessa toada, padrões dos direitos fundamentais, em sua dimensão humana, poderiam ser implementados para solucionar conflitos entre matrizes anônimas e indivíduos (psique/corpos), orientando seletivamente as sanções a serem aplicadas sobre tais violações.

Por essa razão, nos conflitos entre sistemas de comunicação e seres humanos, os direitos fundamentais, em sua dimensão humana, não são “uma reação aos problemas de distribuição internos da sociedade, mas antes uma resposta a problemas que transcendem a

---

<sup>440</sup>TEUBNER, Gunther. 2016, *Op cit.*

<sup>441</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito e teoria social: três problemas.** Tradução do alemão de Patrícia da Silva Santos. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 27, n. 2.

<sup>442</sup> Id. p. 88.

<sup>443</sup> TEUBNER, Gunther. v. 27, n. 2. p. 87, *Op cit.*

sociedade”<sup>444</sup>. Na verdade, nessa dimensão, os direitos fundamentais teriam a função de proteger os “direitos intrínsecos” (*Eigenrechte*) de seus ambientes social e humano, isso é, exigências do ambiente que são internamente reformuladas por tal racionalidade intrínseca.<sup>445</sup>, em face de ataques de matrizes comunicacionais anônimas.

Apesar da inafastável diferença entre seres humanos (psique/corpo) e sociedade, não há como negar que, mesmo de forma indireta, os primeiros produzem comunicação. Todavia, trata-se de comunicação espontânea, impossível de ser direcionada ou controlada, sendo consequências incontroláveis dos processos (psíquicos e orgânicos) protagonizados pelos seres humanos. Essa comunicação natural torna-se independente assim que produzida, revelando sentido desvinculado de sua origem e que pode tanto auxiliar na sobrevivência dos seres humanos, como prejudicá-los, dificultando, senão auto implodindo, sua incolumidade e sobrevivência. E exatamente nesse momento os direitos fundamentais se tornam imprescindíveis, diante dos potenciais ameaçadores dessas externalidades negativas da comunicação incontrolável. Eles devem garantir as “expectativas protetivas diretamente relacionadas à psique e ao corpo de algum indivíduo cujo grito da dor e de desespero ecoaria na dimensão transubjetiva.”<sup>446</sup>

De fato, apesar de não se comunicarem racionalmente, o sistema social tem tendência de irritar profundamente o seu ambiente (indivíduo/humano), inclusive, com potencial de destruição. Quando a autoconservação dos processos físico-psíquicos fica ameaçada por setores funcionais sociais, corpo e psique ativam seus “direitos latentes intrínsecos”<sup>447</sup>, que garantem a preservação de sua integridade e identidade frente às perturbações destrutivas da comunicação sistêmica.<sup>448</sup>

No momento em que isso acontece, ou seja, quando o sofrimento psíquico e a dor corporal são tamanhos que instigam os “direitos latentes” dos seres humanos, inicia-se um contra-ataque em direção aos setores sociais, que, por sua vez, serão irritados, desencadeando novas diferenciações. A resistência da psique e do corpo maltratado, por meio da reivindicação e do protesto, somente se torna realidade se ela própria se expressa na

<sup>444</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 283, *Op cit.*

<sup>445</sup> Id.

<sup>446</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. 2020, p. 337/338, *Op cit.*

<sup>447</sup> Teubner explica que, para ele, ao contrário de “direitos vivos” - no sentido de Ehrlich - que podem afetar fenômenos sócio-jurídicos, direitos latentes afetam afirmações de identidade de sistemas psíquicos. Não são, portanto, direitos no sentido jurídico, político ou moral, mas antes como tendências de autopreservação de uma diferença em relação a seu ambiente. (TEUBNER, Gunther. **A Matriz Anônima: Violação de Direitos Humanos por Atores “Privados” Transnacionais**. Tradução: Pedro Henrique Ribeiro e Ricardo Campos. In CAMPOS, Ricardo (Organizador) *Crítica da Ponderação. Método Constitucional entre a Dogmática jurídica e a Teoria Social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 287)

<sup>448</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 286, *Op cit.*

comunicação, produzindo as mensagens sociais da violência física e do sofrimento da alma. Assim, os conflitos comunicativos são apenas ressonâncias sociais de conflitos externos, meras reconstruções de conflitos do ambiente dentro da comunicação.<sup>449</sup>

E a atual fragmentação social mundial aumenta a pulverização dos meios comunicacionais com potencial de produzir grave perturbação fora da sociedade, promovendo ameaças e lesões aos corpos e consciências. Com efeito, as matrizes comunicacionais empoderaram-se de autonomia, menosprezando fronteiras pré-estabelecidas em relação aos seres humanos, que pendiam para uma prioridade aos ditos “direitos latentes”. Isso provoca o problema das múltiplas fronteiras entre sistemas sociais/ambiente humano, cada qual com suas racionalidades próprias<sup>450</sup>.

Realmente, ao tentar expandir, irregular e setorialmente, os territórios de sentidos, esse movimento de remarcação de fronteira social-sistêmica com o ambiente dos seres humanos, antes centralizada apenas no poder político, trazem consigo novos perigos e ameaças à integridade de seus corpos e consciências. É esse ciclo perturbador formado pelas dinâmicas recursivas entre as seletivas irritações promovidas pelas “pessoas” ao ambiente formado por corpo/psique e as massivas respostas remetidas aos sistemas sociais, que revelam as piores explorações suportadas pelos indivíduos, sendo os alvos dos direitos fundamentais, na sua dimensão humana.

Percebe-se, pois, que a inacessibilidade orientada dos seres humanos (psique/corpo) à comunicação sistêmica justifica, inclusive, a diferença entre as dimensões não-institucionais dos direitos fundamentais. É que, enquanto a dimensão pessoal vincula-se às garantias de liberdades comunicativas, através dos artefatos intrassociais das “pessoas”, a dimensão humana cuida da preservação da integridade físico-psíquica dos seres humanos externos à sociedade em face de malogradas irritações comunicacionais.

---

<sup>449</sup> Id. p. 287.

<sup>450</sup> Teubner fala de múltiplas instituições sociais, cada qual construindo fronteiras com seus ambientes humanos: a fronteira política/indivíduo, economia/indivíduo, direito/indivíduo, ciência/indivíduo. (TEUBNER, Gunther. **A Matriz Anônima: Violação de Direitos Humanos por Atores “Privados” Transnacionais**. Tradução: Pedro Henrique Ribeiro e Ricardo Campos. In CAMPOS, Ricardo (Organizador) *Crítica da Ponderação. Método Constitucional entre a Dogmática jurídica e a Teoria Social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

### **3.8 A procedurização na forma de autorregulamentação regulada: Um modelo de concretização da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**

Como se notou, segundo o constitucionalismo social, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser observada a partir de uma radical guinada no modelo liberal, em direção à proteção das três dimensões dos direitos fundamentais (institucional, pessoal e humana), atuando ora como regras de colisão sistêmica, ora como garantias de participação inclusiva, ora como barreiras à insuportáveis irritações provocadas pelos sistemas sociais a seu ambiente psíquico-físico, em face de ameaças e ataques de atores coletivos ou matrizes anônimas de comunicação social apontadas.

Por esse ângulo, fica claro que a concretização da eficácia dos direitos fundamentais não acontece no modelo de simples transferência de normas do direito público para o universo das relações jurídicas particulares. A partir de uma visão coletiva-transubjetiva, o efeito de terceiro, além de possuir novos destinatários (atores coletivos e matrizes comunicativas anônimas), reivindica adequados instrumentos de proteção da jusfundamentalidade. Nesse contexto, defende-se que o mais indicado seja o uso de organizações não-estatais de decisão previamente definidas e processos já estabelecidos e legitimamente produzidos pela autonormatividade das práticas sociais, diante de uma seleção efetuada conforme o contexto específico de cada caso concreto.

Com isso, no que tange à prática jurídica, o deslocamento da proteção dos direitos fundamentais contra o exercício abusivo do poder privado do nível individual-subjetivo para o patamar coletivo-transubjetivo provoca uma modificação nas searas de decisão das disputas. Deixa-se de lado as ações jurídicas individualmente promovidas, em prol da utilização de organizações não-estatais de decisão e de processos pré-estabelecidos como forma de preservação de todas as dimensões da jusfundamentalidade.

Assim é que, havendo, por exemplo, uma nociva expansão de sistemas sociais diferenciados que resultem em conflitos inter sistêmicos e tenham origem em relações privadas, deve ser utilizada a “experiência acumulada em redes relacionais práticas entre os indivíduos”<sup>451</sup>, como fonte produtora de soluções de tais demandas. Isso porque, presumidamente, mais eficazes do que qualquer intervenção estatal para a formação e estabilização de expectativas recíprocas entre atores privados. Por esse olhar, repita-se, ao se distanciar do modelo estatocêntrico, os direitos fundamentais funcionam como instrumentos

---

<sup>451</sup> LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo Resende. 2016. P. 137, *Op cit.*

garantidores da auto organização e auto coordenação horizontal dos indivíduos inseridos numa rede de relações práticas, nas quais reciprocamente se observam, com o objetivo de estabilização.<sup>452</sup>

Esta aplicação dos direitos fundamentais em face de regulamentos privadamente produzidos fará com que sua vacuidade de sentido possa ser preenchida num contexto organizado, ou seja, no interior de procedimentos. Isso ocorre porque os direitos fundamentais possuem sua peculiaridade “na artificialidade com a qual a realidade é desconstruída e reconstruída, permitindo que se chegue a uma decisão.”<sup>453</sup>. São, assim, “garantes da auto-organização vicinal de campos de sentido da sociedade que estão sobrepostos uns em relação aos outros.”<sup>454</sup>.

Os conflitos privados internacionais entre âmbitos sociais autônomos, por exemplo, estão sendo redirecionados do Poder Judiciário do país ‘X’ ou ‘Y’, para os Tribunais Arbitrais ou outros organismos de resolução de disputas eleitos por associações privadas transnacionais. As soberanias nacionais distanciam-se do espaço público em direção à arena privada; de Estados-nações para regimes transnacionais.<sup>455</sup> No âmbito dos conflitos na *internet*, por exemplo, isso fica bastante nítido no caso das forças sociais intermediárias não-estatais que dominam o próprio código digital. Para isso, criaram normas privadas próprias, desprovidas de qualquer legitimidade político-democrática, mas que no mundo digital possuem total validade e eficácia, regulando plenamente as relações contratuais firmadas com seus usuários, tendo por base apenas essas normas unilateralmente impostas, que possuem força superior as de cláusulas contratuais comuns.

O fato é que, como no caso do subsistema digital, estas “quase legislações próprias”, firmadas com base num desproporcional poder assimétrico nas relações privadas, comparáveis àquelas existentes entre Estados e cidadãos, somente poderão ser combatidas quando os Tribunais, nacionais e/ou transnacionais, e as Cortes Constitucionais, estabelecerem parâmetros de uma emergente constitucionalização social e transnacional de regimes parciais. Dessa análise, poderão surgir diversos encaminhamentos a nível legislativo nacional e de acordos internacionais, de paradigmas jurisprudenciais e de normas de governança privadas, por exemplo. A partir disso, o efeito de terceiro será aplicado para promover uma rigorosa revisão judicial desses regulamentos privados unilaterais, com o estabelecimento dos “direitos constitucionais implicados pelas formas assimétricas de

---

<sup>452</sup> VESTING, Thomas. 2016, *Op cit.*

<sup>453</sup> CORSI, Giancarlo. n.º 39, 2001. p. 178, *Op cit.*

<sup>454</sup> TEUBNER, Gunther. 2016. p. 256, *Op cit.*

<sup>455</sup> TEUBNER, Gunther. 2017, p. 195, *Op cit.*

pedidos privados no mundo digital.”<sup>456</sup>. A emergência desses processos, prévia e privadamente estabelecidos, exsurge como facilitador da “transformação das expectativas normativas correspondentes em norma jurídica válida referente aos direitos humanos.”<sup>457</sup>

No caso de suas violações, o paradigma individual dos direitos fundamentais leva a um desnecessário e pouco produtivo apego à lei politicamente estabelecida e, conseqüentemente, aos Tribunais estatais como searas ideais de resolução de conflitos. Além disso, uma vez que pelo modelo judicial ordinário, o ator privado pode escolher aforar ou não a ação judicial, a sociedade não pode ficar refém exclusivamente de uma decisão individual, para ser socorrida das afrontas constitucionais nela ocorridas.

Trata-se de um modelo equivocado, porque, como visto, as ameaças sofridas pela jusfundamentalidade somente podem ser corretamente dirimidas por numa perspectiva coletiva e institucional. Ou seja, pelo viés constitucional-sociológico, os direitos fundamentais não podem ser atribuídos a meros interesses individuais, que podem ser solucionados por processos judiciais isolados, com repercussão apenas no caso concreto. Apenas se houver potencial de influência na sociedade de uma forma sistêmica e estrutural, ou seja, perante quaisquer dos diferentes setores sociais (legal, político, econômico, religioso, etc.) é que se pode cogitar a aplicação/eficácia dos direitos fundamentais. Essa a razão que leva Madsen e Verschraegen a afirmarem que:

[...] a crença no sistema de tribunais é baseada em um pressuposto mentiroso de legitimidade e competência (...) Em vez de assumir que a lei é o único instrumento com o qual as violações dos direitos humanos podem ser combatidas, a abordagem sociológica chama a atenção para os pré-requisitos sociais mais amplos de condições de proteção dos direitos humanos.<sup>458</sup>

A ideia é aproveitar-se das questões discutidas em disputas privadas em temas institucionais dentro deste litígio individual. A dificuldade para que isso ocorra, porém, é gigantesca, pois não existe qualquer fórmula legal unificada para tal. Nessa linha de raciocínio, conclui-se que o papel das leis não deve ser o de eleger conteúdos substanciais

<sup>456</sup> Tradução livre para “constitutional rights implicated by the asymmetric forms of private ordering in the digital world”. (Id. p. 205).

<sup>457</sup> NEVES, Marcelo. **Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 2004. p. 53/75.

<sup>458</sup> Tradução Livre para “a belief in the courts system is founded on an underlying assumption of both legitimacy and competence (...) Rather than assuming that the law is the only instrument with which human rights violations can be fought, the sociological approach draws attention to the broader societal preconditions for human rights protection.” (MADSEN, Mikael & VERSCHRAEGEN, Gert. (2019). **Making Human Rights Intelligible: An Introduction to Sociology of Human Rights**. [https://www.researchgate.net/publication/334544852\\_Making\\_Human\\_Rights\\_Intelligible\\_An\\_Introduction\\_to\\_Sociology\\_of\\_Human\\_Rights/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/334544852_Making_Human_Rights_Intelligible_An_Introduction_to_Sociology_of_Human_Rights/citation/download). Acesso em 15/09/2020. p. 11).



específicos. Ao contrário, o ideal é que isso fique a cargo dos procedimentos nela previstos, ou seja, a prioridade normativa legislativa deve ser a definição de parâmetros para que cada sistema social possa promover sua autorregulamentação.

A intervenção da lei *stricto sensu* deveria ter por objetivo orientar e induzir um modelo de autorregulação que assegurasse um equilíbrio de forças e interesses entre os sistemas sociais envolvidos nas disputas privadas. Em outras palavras, esse padrão de autorregulação, “induz a intervenção do Estado para garantir uma paridade de armas, necessária a reflexão sobre as ferramentas regulatórias”<sup>459</sup>.

As garantias mais significativas de autonomia discursiva podem ser encontradas na “procedimentalização” dos direitos constitucionais.<sup>460</sup> Não se trata de abandonar totalmente as possíveis formas de solução de conflitos previstas pelas normas estatais para os casos que envolvem violações de direitos fundamentais em relações privadas. “A experiência histórica dos direitos constitucionais dirigidos pelo Estado é um elemento que deve ser levado em consideração”<sup>461</sup> ao se observar a eficácia horizontal, sendo “uma posição legítima ao lado das possíveis soluções dos conflitos de regime global”<sup>462</sup>.

Todavia, como bem observam Abboud e Campos, no futuro, as relações privadas, especialmente aquelas travadas no âmbito da *Internet*, não serão alvos de uma regulação direta do governo, mas, sim, de uma ação legislativa indireta, já que “as condições de possibilidade de regulação de âmbitos complexos como do mundo digital, pode ser encontrada no instituto da autorregulação regulada”<sup>463</sup>. Realmente, caberá ao Estado a formulação de uma regulação mínima, que deve garantir a implementação de *standarts* de direitos fundamentais nos diversos dos setores sociais autônomos. Ao comentarem sobre a autorregulamentação no âmbito da *internet*, Abboud e Campos observam que:

---

<sup>459</sup> MOLINARO, Carlos Alberto/ SARLET, Ingo Wolfgang. **Apontamentos sobre direito, ciência e tecnologia na perspectiva de políticas públicas sobre regulação em ciência e tecnologia**. GILMAR FERREIRA MENDES - MINISTRO STF, INGO WOLFGANG SARLET. Série "Direito Inovação e Tecnologia" - Direito, Inovação e Tecnologia - Volume 1. Saraiva. Kindle Edition. (KindleLocations 2571-2573).

<sup>460</sup> GRABER, Christoph Beat & TEUBNER, Gunther. 1998, *Op cit*.

<sup>461</sup> Tradução livre para “the historical experience of state-directed constitutional rights is an element to be taken into consideration.” (HENSEL, Isabell and TEUBNER, Gunther. **Horizontal Constitutional Rights as Conflict of Laws Rules: How Transnational Pharmagroups Manipulate Scientific Publications** (May 4, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2432632> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2432632>. p. 19).

<sup>462</sup> Tradução livre para “a legitimate position alongside the potential solutions of the global regime conflicts.” (Id. p. 19).

<sup>463</sup> ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. **A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: Regulação de redes sociais e proceduralização**. In: Fake News e Regulação. Organização GEORGES ABOUD, NELSON NERY JR. E RICARDO CAMPOS Coleção Direito e Estado em Transformação – 1 2.a edição revista, atualizada e ampliada 1.a edição: 2019. Saraiva, Kindle Edition. (KindleLocations 3.979).

[...] o problema do constitucionalismo tradicional em limitar a ação estatal passa, no capitalismo de plataformas, a ser o de concretizar *standarts* de direitos fundamentais dentro dessas esferas privadas, nas quais não mais a relação tradicional Estado/sujeito se coloca em primeiro plano, mas a relação privado/privado.

A autorregulação regulada atua como uma forma de direito proceduralizado e, especificamente, no terreno das relações jurídicas particulares, incorpora elementos da auto-organização do setor privado e as próprias racionalidades ou dinâmicas dos meios comunicativos.

Como lembra Wielsch<sup>464</sup>, a vinculação da autorregulação privada aos direitos fundamentais através de processo garantidor não é novidade no âmbito das decisões do Tribunal Constitucional alemão. Especificamente nos casos de punições promovidas pelos intermediários da *internet*, reivindica-se a aplicação das regras do “*due process*” a particulares, numa tentativa de proteger os direitos fundamentais mediante exigências de transparência da regulação interna e da instituição de processos participativos, o que poderia acontecer, por exemplo, com a “criação de direitos de audiência, de possibilidades de interferência na investigação dos fatos, de regulações processuais e, por fim, pela vinculação ao exame da questão por tribunais (arbitrais).”<sup>465</sup>.

Exemplo de proceduralização, a autorregulação regulada seria uma nova modalidade pertencente ao direito administrativo, que promove uma cooperação, uma sinergia reflexiva, entre os atores e/ou subsistemas sociais e o Estado regulador. Nessa re-união, dar-se protagonismo à auto-organização dos setores privados, restando às esferas públicas uma dupla função. A primeira (Legislativo e Executivo) de previamente estabelecer limites e fronteiras de regulamentação particular e, posteriormente, fiscalizar sua aplicação em processos internos (Judiciário), com foco na “qualidade de processos auto-organizados.”, especialmente, no que tange a *standarts* como transparência da regulação e do elemento do “*due process*”<sup>466</sup>. Quer dizer, em que pese essa alteração de papel do Estado regulador, a orientação a ser seguida no exercício desses seus dois momentos funcionais passa, obrigatoriamente, pelo respeito aos direitos fundamentais.

No núcleo da autorregulamentação regulada encontra-se o reconhecimento de que o Estado não tem a expertise ou conhecimento intrínseco necessários para compreender o

<sup>464</sup> WIELSCH, Dan. **Os ordenamentos das redes: Termos e condições de uso – Código – Padrões da comunidade.** *In:* Fake News e Regulação. Organização GEORGES ABOUD, NELSON NERY JR. E RICARDO CAMPOS Coleção Direito e Estado em Transformação – 1 2.a edição revista, atualizada e ampliada 1.a edição: 2019. Kindle Edition.

<sup>465</sup> Id. KindleLocations 3.501.

<sup>466</sup> Id.

objeto disputado nas relações privadas e, portanto, não está abalizado a produzir regulamentação específica para dirimir corretamente os conflitos que surgem nesses meios sociais. Ou seja, “o modelo da autorregulação regulada responde ao déficit de conhecimento, gerando procedimentos (proceduralização) e uma abertura temporal do direito para lidar com uma sociedade cada vez mais complexa.”<sup>467</sup>

Ademais, esta hipercomplexidade da sociedade, especialmente dos subsistemas cognitivos, revela uma dinâmica efervescente, impossibilitando que o peso da máquina burocrática consiga acompanhar a quase instantânea evolução do conhecimento. Percebendo esse problema, o Estado compartilha sua função normativa com os setores sociais específicos, recolhendo-se à posição de demarcador e guardião das fronteiras protetivas dos direitos constitucionais. Realmente, em disputas privadas que envolvem temas altamente especializados, há conscientização do Poder Público normatizador de que esses:

[...] conflitos não podem mais ser solucionados por juízes externos, senão por formas procedurais modulares de viabilização de descrições e soluções de problemas que precisam ser encontradas em um contexto liquefeito que se encontra para além dos conceitos limítrofes tradicionais.”<sup>468</sup>

Essa decisão dentro do procedimento administrativo, que irá dirimir os complexos conflitos sociais disputados por atores privados, será tomada com base na auto regulamentação gerada pelo próprio setor social privado (direito privado regulador<sup>469</sup>), através de um constante processo de aprendizagem, que “vai além da mera audiência e está estruturada em agregar o conhecimento distribuído entre os participantes, suas expectativas e suas avaliações, e fazer com que elas adentrem a formação das normas.”<sup>470</sup>

Apesar dessa imposição privada de procedimentos para a dissolução de conflitos, que “reúnem competências quase legislativas, quase executivas e quase judicativas”<sup>471</sup>, - repita-se -, existem limites, contornos claros a essas auto normatizações sociais. Eles estão discriminados nos regulamentos produzidos pelo Estado (*lato sensu*) e precisam ser inspirados nos direitos fundamentais, especialmente a sua dimensão institucional-transubjetiva-coletiva. Segundo essa ideia, Wielsch afirma que:

<sup>467</sup> ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. 2019. KindleLocations 4.266, *Op cit.*

<sup>468</sup> LADEUR, Karl-Heinz. **Por um novo direito das redes digitais Digitalização como objeto contratual, uso contratual de “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de Cyber Courts.** In Fake News e Regulação. Organização GEORGES ABBOUD, NELSON NERY JR. E RICARDO CAMPOS Coleção Direito e Estado em Transformação – 1 2.a edição revista, atualizada e ampliada 1.a edição: 2019. Kindle Edition. (KindleLocations 4.664).

<sup>469</sup> Id.

<sup>470</sup> Id. (KindleLocations 4.750).

<sup>471</sup> WIELSCH, Dan. KindleLocations 2.900, *Op cit.*

[...] o Direito estatal, em condições de crescente insegurança, assumiria sua própria responsabilidade garantidora, permitindo justamente que os direitos fundamentais de terceiros tornem-se normativamente vinculantes para detentores do poder privados (...) Objetivamente, portanto, trata-se de controles constitucionais de Direito não legislativo.<sup>472</sup>

A utilização da organização e processo como ferramentas mais eficientes para a proteção dos direitos fundamentais nos casos de conflitos que envolvam atores privados tem como caso paradigmático o direito da mídia tradicional. Isso se deve ao fato de que, nesse setor social específico (mídia de massas), a impessoalidade dos direitos fundamentais encontrou seus primeiros ecos na institucionalização do direito à liberdade de opinião/expressão. Com esse entendimento, o viés subjetivista começou a perder espaço, liberando caminho para a inserção da organização e do processo como mecanismos adequados para o enfrentamento da questão do efeito de terceiro. A partir das demandas privadas que são travadas na arena da *internet*, vislumbrou-se mais nitidamente a necessidade de se ampliar esse modelo para todos os cenários particulares em que se discutam direitos fundamentais. Importante ressaltar, inclusive, que, essa dimensão coletivo-institucional dos direitos fundamentais revela a necessidade de se customizar a organização e o processo no contexto de cada um dos diversos setores sociais.

Realmente, já não são mais novidade os casos em que ONG`s ou outras organizações protetoras de direitos ambientais criam *sites* na *internet* com o objetivo de alertarem as pessoas para as infrações cometidas por empresas privadas transnacionais. Os exemplos mais comuns são aqueles que utilizam o formato '*CompanyNameSucks.com*'. Nesses casos, as empresas privadas lesadas têm tomado providências no sentido de cancelarem ou se apropriarem dos nomes desses domínios, com amparo no direito à propriedade, enquanto as ONG`s e demais organizações defendem o direito fundamental à liberdade de expressão. Trata-se de uma clara disputa entre direitos fundamentais numa relação jurídica privada. A querela cinge em saber se a retirada dessas páginas virtuais da *internet* por ordem das empresas proprietárias das marcas que compõe os domínios dos *sites* viola a área central da liberdade de expressão na *internet*.

Com este pano de fundo fático, Teubner explica que a decisão sobre esta colisão de direitos fundamentais deve acontecer dentro de formatos organizacionais e processos próprios do setor social (mídia digital), certamente, estruturados de modo a serem capazes de restaurar a integridade violada da liberdade de opinião no chamado setor privado. Nessa linha, o palco

---

<sup>472</sup>Id. (KindleLocations 3.447).

escolhido para a resolução da disputa não vem sendo o Poder Judiciário, nem as normas pretensamente descumpridas são leis *stricto sensu* de nenhum país. Na verdade, esses casos têm sido resolvidos perante órgãos transnacionais não-estatais, que possuem normas de condutas próprias. É que em questões ligadas à *internet*, a ICANN (*Internet Corporation for Assigned names and numbers*)<sup>473</sup>, uma associação internacional que possui um centro de arbitragem credenciado junto à Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), tem sido o palco principal. Eis, portanto, um exemplo concreto em que o efeito de terceiro é promovido no âmbito de organização não estatal e segundo processo pré-estabelecido em normas privadas, ou seja, pela proceduralização na forma de autorregulamentação regulada.

---

<sup>473</sup>Segundo definição contida no próprio site (icann.org), A ICANN é uma organização global como poucas outras, com uma história igualmente rara. Sua missão é ajudar a garantir uma Internet global estável, segura e unificada. Sua estrutura de baixo para cima define sua saída de uma organização mais convencional e ajudou a ICANN a se tornar um participante importante no ecossistema da Internet. (tradução livre)

## CONCLUSÃO

Como afirma Elmauer, “De modo não muito distinto ao do período que marca o estabelecimento da sociedade moderna, bem como da diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, vivemos na atualidade uma fase de radical transformação do constitucionalismo.”<sup>474</sup>. De fato, com o aprofundamento da globalização, o constitucionalismo iniciado na modernidade, fundado no monopólio jurídico-político do Estado-nação territorialmente delimitado, experimenta uma grave crise, diante do seu enfraquecimento interno, aliado a uma pressão por novas formas de constitucionalização para além de suas fronteiras. Em outras palavras, o Estado deixou de ser o *locus* privilegiado de solução dos problemas constitucionais<sup>475</sup>.

Esse cenário de esvaziamento do excessivo caráter monopolista estatal outrora predominante e a conseqüente desvinculação condicional da Constituição como sua Lei Fundamental impede que a tradicional dogmática constitucional de perfil liberal-moderno apresente adequada percepção desses fenômenos. Isso porque vinculada a características que bloqueiam a produção de respostas adequadas às dinâmicas sociais, tais como o estatocentrismo, limitação espacial/territorial, hierarquia jurídica e uma percepção individual-subjetiva dos direitos fundamentais.

A consolidação da globalização aprofundou a fragmentação e a complexidade social, revelando a policontexturalidade mundial e os indicativos de heterarquia e horizontalização de relações transnacionais. Com isso, a lente da teoria dos sistemas sociais apresenta-se como a única capaz de perceber corretamente tais mudanças, bem como suas repercussões sobre o direito e o constitucionalismo. Isso porque observa a diferenciação funcional dos sistemas sociais e suas distinções interssistêmicas perante seu ambiente como eixo principal a ser percorrido pelo constitucionalismo.

Nesse escopo, o seletivo percurso autopoietico, que une fechamento operacional e abertura cognitiva, almeja uma incessante, e ao mesmo tempo inalcançável, estabilização sistêmica, onde as expectativas sociais possam se concretizar. Essa autorreferencialidade e recursividade dos processos e das operações internas dos sistemas mira a produção de sentido

---

<sup>474</sup> ELMAUER, Douglas. **Sociedade global e fragmentação constitucional**: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. Direito. UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, 1 abr. 2016. p. 13.

<sup>475</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 256.

a ser generalizado, sendo, pois, característica fundamental da diferenciação social, que somente se revelou de maneira clara, com a chegada da modernidade.

De fato, até a primeira metade do século XVIII, especialmente na Europa, o sistema social era baseado na estratificação, nobiliarquia e verticalidade. Não havia distinção perceptível, muito menos paridade, entre os sistemas sociais, o que justificava as penalidades legais apenas àqueles que formavam a base piramidal da sociedade e a preservação e sucessão do poder político em razão de laços familiares. Apenas com as revoluções burguesas, houve o abandono institucional dessa forma de distinção social medieval, em benefício de uma diferenciação funcional social total.

Isso porque essa ‘evolução social’, calcada num relevante aumento de complexidade produzido pela economia burguesa, potencializou as variações, dificultando, sobremaneira, as seleções e, por fim, as estabilizações. Nesse horizonte, as incertezas sobre as operações comunicativas impuseram o aprofundamento das distinções funcionais internas da sociedade. Surgiram, assim, a partir de processos de *re-entry* (reentrada), diversos (sub)sistemas sociais comunicativos, autônomos e funcionalmente especializados.

O Estado moderno surgiu, pois, como instrumento da diferenciação funcional. Ele atuou, exatamente, como resposta à necessidade de se unificar e centralizar, num espaço geográfico previamente definido (território), a Autoridade Pública, o exército, as finanças e, principalmente, o ordenamento jurídico, além de criar uma burocracia exclusivamente dedicada a tais funções. Sem isso, a desdiferenciação funcional-sistêmica não teria sido abandonada e o sistema do direito ainda estaria submisso ao poder político.

De fato, o positivismo jurídico foi a chave encontrada pelo Estado para destravar a ruínosa relação de submissão perante o poder político, patrocinada pelo direito natural na pré-modernidade. Com o positivismo, o Estado - agora de direito -, além conseguir unificar e centralizar a produção de normas jurídicas, deu autonomia ao sistema do direito, que passou a ser imposto/aplicado em face do soberano e das demais castas (clérigos, nobres, cavaleiros, etc.) que formavam o ápice da sociedade.

Por essa razão, o Estado atraiu para si a ideia de que a validade jurídica seria fruto exclusivo de uma de suas atividades, a decisória, representada pelo Poder Legislativo. Ou seja, apenas o Estado soberano poderia, através do poder político legítimo, produzir normas jurídicas (direito).

Todavia, mesmo com a ascensão do positivismo e o fortalecimento do Estado, a relação entre política e direito ainda não havia pacificado. Por esse motivo, ao final das revoluções do século XVIII, percebeu-se a urgência em se criar instrumento capaz de

estabilizar e legitimar a diferenciação e a interdependência entre aqueles sistemas sociais. Nascia a Constituição moderna-liberal, verdadeira lei fundamental do Estado, que lhe organiza o funcionamento, ao tempo em que lhe impõe limites ao exercício do poder político, especialmente ao fragmentá-lo em três esferas separadas e harmônicas.

Além disso, as Constituições modernas garantiram as liberdades individuais, através da proclamação dos direitos fundamentais. De fato, após as revoluções burguesas do final do século XVIII, passou a prevalecer a garantia de plena liberdade das atividades sociais, que deveriam ser preservadas de qualquer intervenção estatal. Quer dizer, a dimensão constitucional, na verdade, importaria à sociedade tão somente como instrumento garantidor dos direitos fundamentais (especialmente a liberdade e a igualdade), àquela época, vinculados à proteção contra possíveis arbítrios e abusos do Estado. Com isto, as diversas atividades sociais passaram a ser atribuídas aos próprios indivíduos, que poderiam exercê-las livremente, sem qualquer interveniência das instituições sociais, conforme garantia insculpida na Constituição do Estado.<sup>476</sup>

Para a teoria dos sistemas sociais, entretanto, a Constituição nada mais é que um acoplamento estrutural entre o direito e a política, que tem por função preservar a diferenciação funcional e autonomia entre esses subsistemas. Ao mesmo tempo, esse acoplamento estrutural proporciona a relação inter sistêmica, com acessibilidade por via da abertura cognitiva e a conseqüente seleção de ruídos e irritações ambientais que façam sentido no interior e cada subsistema. Pela Constituição, os sistemas político e jurídico experimentam uma maior liberdade para se relacionarem, pois há intransponíveis limites operacionais que garantem uma aceleração de aprendizados mútuos, com base em trocas de experiências, sem que isso represente risco de perda de autonomia funcional.

Foi, portanto, na modernidade que esse acoplamento estrutural da Constituição proporcionou ao sistema do direito alcançar o mesmo patamar que o sistema da política, encerrando uma hierarquia medieval. De fato, pela teoria sistêmica, fundamentada na diferenciação funcional, não há espaço para submissão ou supremacia entre os subsistemas sociais.

Ademais, sendo um acoplamento estrutural, a Constituição tem um perfil camaleônico, variando sua definição de acordo com o observador que lhe observa. Quer dizer, para o observador do sistema do direito, trata-se de lei fundamental, suprema; para o

---

<sup>476</sup> LUHMANN, Niklas. 2016, *Op cit.*



observador posicionado no outro sistema, um instrumento da política instrumental ou simbólica.

Da mesma forma, também há variação dos sentidos das normas constitucionais. É que a Constituição tem por função construir pontes entre sistemas autopiéticos, cognitivamente abertos. Portanto, quer por causas sistêmicas internas, quer por reflexos de seu ambiente, a Constituição sempre busca a estabilização de sentidos de suas normas. Disso resulta a afirmação de que a Constituição deve ser considerada uma aquisição evolutiva da sociedade.<sup>477</sup>

Atualmente, ao contrário do cenário social encontrado na época das revoluções burguesas do século XVIII, em que o acoplamento estrutural da Constituição se limitava à regulação do contato entre os sistemas jurídico e político, há forte tendência de surgimento de ‘Constituições intrínsecas’ de cada sistema social autônomo (ciência, religião, saúde, arte, etc.), que se definem pela operacionalidade diferenciadora de um certo âmbito social com relação às expectativas, regras e instituições, exigindo, para isso, conformidade das respectivas normatividades.

Diante disso, é indiscutível a urgência na promoção de um constitucionalismo social a nível global, mediante o qual as demandas das diversas esferas sociais autônomas possam ser atendidas na forma e tempo adequados. Como se anotou mais acima, a ideia de constitucionalizar todos os ramos sociais autônomos parte da impossibilidade de uma Constituição político-jurídica-territorial responder de maneira condizente e tempestiva a todos os pleitos a ela direcionados. Ou seja, é necessário que os regimes sociais produzam normas jurídicas de forma relativamente autônoma e parcialmente desvinculada do poder político do Estado-nação, criando uma espécie de direito global, ordenamento normativo *sui generis*, fruto de reflexões setoriais próprias. Enfim, no atual estágio da sociedade global, tende-se para a multilateralização do constitucionalismo.<sup>478</sup>

Essa a principal ideia de Constitucionalismo da sociedade (*Gessellschaftskontitutionalismus*) ou constitucionalismo social, proposto por Teubner. Isso é, afastar qualquer proposição reducionista de que a Constituição seja necessariamente atrelada

---

<sup>477</sup> LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione comeacquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 9 dez. 2013).

<sup>478</sup>ELMAUER, Douglas. 2016, p. 11-43, *Op cit.*

ao poder político e ao Estado-centrismo. Na verdade, prega-se a revelação de que as ordens sociais parciais devem ser constitucionalizadas, de acordo com suas funções e estruturas, passando a produzir, de forma descentralizada, suas próprias normas de regência, em busca de estabilização de expectativas.

O Estado perde sua centralidade e superioridade hierárquica, transferindo para a sociedade várias tarefas, dentre as quais, a exclusividade na produção de normas (policentralidade), inclusive, as constitucionais, que, paulatinamente, passam a ser obra de uma multiplicidade de setores sociais. Abandona-se a perspectiva de um ponto centralizador de axiomas jurídicos em face de uma de multiplicidade reflexiva de comunicações constitucionais, que são produzidas em diversos contextos<sup>479</sup>. Há, assim, um entrelaçamento dos códigos normativos privados e públicos.

Essa auto regulação ocorre porque a análise reflexiva dos diferentes discursos sociais ignora a existência de um centro e uma periferia, razão pela qual há a possibilidade de constitucionalização de acordo com o ponto do observador. Em outras palavras, inexistindo um único local privilegiado e específico para a correta descrição social, os regimes autônomos não-estatais, como a economia, a religião, a ciência, a arte, etc., enfim, todos os subsistemas sociais, movimentam-se no sentido de validação, não apenas de suas próprias normatividades, mas de uma autoconstitucionalização.

Entretanto, é necessário não cair na armadilha de acreditar que todas as normas produzidas pelos sistemas sociais autônomos podem ser, automaticamente, qualificadas como constitucionais e não como meras regulamentações que ensejam juridificação. A condição para a constitucionalização de normas próprias dos setores sociais é o acúmulo de uma policontextualidade reflexiva de dupla observação (primária e secundária).

A diferenciação da sociedade moderna teve início com a autonomia do sistema político, que logo adotou uma tendência expansionista sobre seu ambiente, ao ampliar indevidamente seu raio de atuação. Com isso, o sistema político prejudicou a integridade da indispensável diferenciação social, proporcionando o surgimento dos direitos fundamentais como verdadeiros instrumentos de preservação da integridade sistêmica e de veto à desdiferenciação social funcional.

Em consequência a essas lições do constitucionalismo social, os direitos fundamentais precisaram ser reposicionados, privilegiando a preservação da diferenciação social em detrimento da tradicional visão de proteção de posições jurídicas individuais. De fato, os

---

<sup>479</sup>TONET, Fernando. 2018, *Op cit.*

direitos fundamentais, agora ancorados numa teoria social, passaram a ser enxergados meios de autopreservação de uma diferença sistêmica em relação a seu ambiente.<sup>480</sup>

Com efeito, especialmente na segunda metade do século XX, amplificaram-se as tendências totalizantes dos inúmeros sistemas sociais, especialmente, em razão do aumento das assimetrias entre setores normativos e os cognitivos. Com isso, houve a superação do monopólio do sistema da política como único sistema social com potencial colonizador e, assim, promotor de desdiferenciação funcional, como outrora defendido por Luhmann. Na verdade, seguindo as ideias de Teubner, são flagrantes os inflacionários movimentos de outros campos de ação, tais como a tecnologia, a ciência e a economia, e o conseqüente alargamento de possibilidade de setores sociais expansionistas, o que remete a uma urgente reconstrução dos direitos constitucionais, com foco em três premissas.

Primeiro, a função dos direitos fundamentais não se restringe a proteger as liberdades individuais, mas, sim, toda e qualquer expressão/discurso, inclusive não-individual, de liberdade na sociedade. Afora isso, os direitos constitucionais não têm como destinatários apenas as ações de Estado, sobressaindo-se, igualmente, contra as intrusões de outros atores coletivos e sistemas sociais expansivos. Dessa forma, a jusfundamentalidade não lida exclusivamente com relações de poder estatal, sendo eficaz contra qualquer meio de comunicação com tendências desintegradora de outros setores funcionais sociais.

Essas premissas atraem a questão sobre a validade dos direitos fundamentais em nível mundial e sua conseqüente aplicação em disputas transnacionais entre atores privados, o contexto apresentado pelo constitucionalismo social acena para um protagonismo de órgãos decisórios não-estatais, como os tribunais internacionais de arbitragem, em detrimento de um modelo de validade impostos pela tradicional dogmática constitucional ligada ao positivismo e o poder do Estado-nação, baseado apenas limites territoriais.

Com efeito, é no âmbito dos regimes transnacionais que os direitos fundamentais revelam sua validade, concretizada a partir da reiteração de julgamentos de casos concretos, onde os disputantes participam ativamente na construção de normas próprias e customizadas, as quais, porém, não podem suprimir os limites funcionais-sistêmicos.

Portanto, a validade e aplicação global dos direitos fundamentais não encontra apoio no universalismo do direito natural, dos princípios gerais do direito ou das normas do direito comparado. Nem mesmo no argumento sustentado por Gardbaum sobre o *status* constitucional das normas internacionais de direitos fundamentais ou da teoria da expansão

---

<sup>480</sup>TEUBNER, Gunther. 2016. p. 287, *Op cit.*

dos direitos fundamentais para além dos territórios dos Estados-nação, defendida por Ladeur e Viellechner. Também não se cuida de uma validade que se revela apenas no momento que ocorre uma lesão concreta àquilo que se percebe como direitos fundamentais, consoante sustentado por Luhmann; ou da troca de experiências constitucionais entre as diversas racionalidades parciais, regionais, locais ou mundiais, proporcionada pelo mecanismo transversal registrado pelo transconstitucionalismo proposto por Neves.

Na verdade - reitere-se - a validade dos direitos fundamentais está atrelada à atividade decisória dos diversos órgãos decisórios dos regimes parciais, os quais, auxiliados pelas partes conflitantes e tendo auxílio em legislações nacionais, princípios gerais de direito, regras internacionais, jurisprudências próprias, costumes mercantis, entre outras normativas, definem as fronteiras sistêmicas ao realizarem o sentido da jusfundamentalidade aplicável ao caso concreto.

Essa ideia está em franca consonância com uma concepção uma visão sistémica-comunicativa refletida no constitucionalismo social, onde os direitos fundamentais são repensados na sua impessoalidade, ou seja, transcendendo uma soberania do sujeito de direito subjetivo<sup>481</sup>. Necessário, pois, desvincular-se da equivocada ideia dos direitos constitucionais como um feixe de proteção de valores e bens disputados, ameaçados ou violados em relações entre atores privados.

Da mesma forma, ou seja, distanciando-se do clássico ângulo da dogmática constitucional de origem liberal, que aponta para a proteção dos indivíduos frente ao Estado, uma adequada compreensão dos direitos fundamentais em face das relações conflituosas entre particulares, a partir da teoria social, exige a assimilação de duas pré-condições que alteram o sentido da sua eficácia.

De início, em vez de se limitar à proteção contra o poder na sociedade, que é equivalente ao poder do Estado, “os direitos constitucionais devem ir muito mais longe e precisam ser direcionados a todos os meios de comunicação com tendências expansivas.”<sup>482</sup>. É nesse sentido de viragem paradigmática que Teubner aponta a primeira

---

<sup>481</sup> Sobre o tema, importante a perspectiva de Vesting, para quem a subjetividade acontece no entrelaçamento de redes de “relações de vizinhança”. O sujeito culturalmente inserido, partindo de uma moldura prévia de “sistemas de sentidos e práticas significantes”, exercita os direitos fundamentais como instrumentos de “interconexão e intermediação entre indivíduos”, formando, assim, um quadro de vizinhança. O sujeito da jusfundamentalidade “deixa de ser indivíduo para ser a rede de relações e comunicação cultural e socialmente inserida que preexiste e enquadra o indivíduo.” (VESTING, Thomas. **Vizinhança - Direitos Fundamentais e sua Teoria na Cultura das Redes**. Tradução Pedro Henrique Ribeiro. CAMPOS, Ricardo (Organizador) *Crítica da Ponderação. Método Constitucional entre a Dogmática jurídica e a Teoria Social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 229-230).

<sup>482</sup> VESTING, Thomas. 2016. p. 200, *Op cit.*

pré-condição para uma vinculação dos atores privados à jusfundamentalidade: a generalização dos meios de comunicação, ao invés de ordem de valores.

Além disso, de um formato individualista, focado na ponderação e equilíbrio entre direitos subjetivos de atores privados, os direitos fundamentais evoluíram para uma dimensão institucional-transubjetiva-coletiva, passando a enfrentar conflitos estruturais maciços dentro da sociedade<sup>483</sup>. Com isso, chega-se à segunda pré-condição, isso é, a urgência de uma reespecificação dos direitos fundamentais, que devem ultrapassar os limites da mera contextualização/adaptação entre normas constitucionais e o direito privado, direcionando-se em face de todos os meios de comunicação expansionista, como forma de garantir a preservação das estruturas normativas particulares do sistema autônomo e instituições sociais que estão em risco<sup>484</sup>.

Esse é um reflexo do aprofundamento da fragmentação, do pluralismo jurídico e da policontextualidade, que fortalecem a tendência de privatização de funções públicas e de recuo do Estado interveniente<sup>485</sup>, reclamando, assim, uma maior atenção à eficácia dos direitos fundamentais nas esferas privadas, âmbito privilegiado de conflitos de lógicas funcionais incompatíveis. A eficácia horizontal da jusfundamentalidade, assim, reivindica uma atuação em face de tendências expansivas de sistemas sociais funcionais, estendendo-os para além do Estado, ao atingirem

[...] contextos dos regimes de governança privada, dentre os quais se contariam as empresas do setor de mídia, instituições de educação, entidades de classe e outras associações profissionais, as organizações não governamentais quase autônomas e as organizações internacionais.<sup>486</sup>

Por esse paradigma, a eficácia dos direitos fundamentais apresenta uma nova configuração, dividindo-se em funções inclusiva e excludente. Pela primeira, os direitos fundamentais, enquanto contra instituições constitucionalmente previstas, têm a tarefa de garantir uma efetiva participação (acesso) de indivíduos, grupos, ou mesmo de toda uma população, nos diversos sistemas funcionais de comunicação. Já pela eficácia excludente, a jusfundamentalidade atua como barreiras protetoras da integridade da esfera pública em razão de avanços injustificados de processos comunicativos autônomos, evitando, assim, a perniciosa desdiferenciação social.

---

<sup>483</sup>TEUBNER, Gunther. 2017, *Op cit.*

<sup>484</sup>Id.

<sup>485</sup>TEUBNER, Gunther. 2020, *Op cit.*

<sup>486</sup> TEUBNER, Gunther. 2020, p. 32, *Op cit.*

Nesse diapasão, não há sentido tratar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais como método de ponderação entre disputas de direitos subjetivos de atores privados<sup>487</sup>. Partindo das irregulares tendências expansivas dos sistemas funcionais da sociedade, fica nítida a inocuidade da discussão do efeito de terceiros sob a perspectiva de sopesamento de direitos subjetivos que se chocam numa relação privada. Sob o viés defendido por Teubner, não se cogita a eficácia horizontal dos direitos fundamentais pela lente míope de incidência, direta ou indireta, da Constituição política sobre demandas nascidas de ordinária lesão perpetrada por membros da sociedade. Nesses casos, as normas competentes para solução dos conflitos são as de caráter infraconstitucionais, independentemente da gravidade da ação ou omissão provocada ou da posição qualificada do bem jurídico atingido no texto constitucional (vida ou liberdade, por exemplo).

Pelo cenário alhures, percebe-se que a discussão do efeito de terceiros não gira em torno da possibilidade de aplicação de normas de direito constitucional em lides que tratam de relações particulares; não só porque a distinção entre público e privado não passa de uma miragem, ou porque a ilusão de uma hierarquia normativa rígida já não entrega resultados satisfatórios para os conflitos globais. Na verdade, principalmente em razão do aumento da complexidade da sociedade, as diferenças entre o contexto do remetente e o contexto do destinatário são tão grandes que tornam qualquer transferência de normas no sentido estrito impossível<sup>488</sup>.

A missão do efeito de terceiros somente pode ser, correta e completamente, entendida com uma reconstrução separada dos direitos fundamentais, através do distanciamento da proteção dos direitos individuais subjetivos em favor de uma aproximação às instituições ameaçadas por diferentes conflitos intrassociais. Realmente, aqui reside o verdadeiro obstáculo a ser superado pelo efeito de terceiros: solucionar conflitos entre instituições coletivas na sociedade.

Em outras palavras, a nova equação do efeito de terceiro desgarrar-se das relações jurídicas pretensamente simétricas entre indivíduos ou entre indivíduo e coletividade, para atingir as indiscutíveis relações assimétricas entre seus ‘novos’ destinatários, ou seja, atores coletivos e matrizes comunicativas anônimas (organizações formais, sistemas, discursos, redes e funções) em suas tentativas de expansões ilegítimas sobre os direitos fundamentais. Com efeito, tendo sempre à frente o objetivo de evitar a desdiferenciação social, especificamente em face de ataques de atores coletivos ou de expansionismos inflacionários

---

<sup>487</sup>LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo Resende. 2016. p. 60, *Op cit.*

<sup>488</sup>TEUBNER, Gunther. p. 193, 2017, *Op cit.*

dos diversos setores funcionais ou matrizes anônimas, os direitos fundamentais atuam três diferentes dimensões: institucional, pessoal e humana.

A dimensão institucional dos direitos fundamentais proporciona uma eficácia horizontal que atua como “norma de colisão” entre racionalidades parciais da sociedade (arte, família, religião, ciência, mídia de massa, economia, etc.), com o escopo de proteger suas respectivas integridades de tendências totalizantes umas das outras e, assim, facilitar a diferenciação social. Em outras palavras, têm a função de evitar a totalização de racionalidades parciais autônomas da sociedade, razão pela qual, o efeito de terceiros deve ser ampliado e direcionado contra todos os meios de comunicação com tendências expansivas que promovam riscos aos direitos fundamentais.

Já pelo segundo viés, os direitos fundamentais garantem proteção à integridade do artefato semântico ‘pessoa’, ou seja, um ponto de atribuição móvel, responsável pela manutenção das fronteiras entre os sistemas humano (psique/corpo) e sistemas sociais comunicativos. A jusfundamentalidade atua, portanto, na preservação das corretas marcações que definem, de maneira firme e ao mesmo tempo dinâmica, as diferenciações entre os subsistemas sociais de comunicação (política, direito, ciência, economia, etc.) e o ambiente humano. Se na dimensão institucional a ‘vítima’ dos avanços sistêmicos seria outro processo comunicacional, aqui a proteção dos direitos fundamentais recai sobre o artefato ‘pessoa’ e, conseqüentemente, promove sua almejada eficácia inclusiva.

Por fim, os direitos fundamentais fornecem segurança àqueles que habitam o ambiente da sociedade (psique e corpo) das prejudiciais irritações que os sistemas comunicacionais podem, reflexivamente, provocar, causando-lhes dor física e/ou sofrimento emocional. Isso ocorre porque, apesar de não se comunicarem racionalmente, as irritações perpetradas pelos sistemas comunicacionais têm um alto potencial destrutivo sobre o seu ambiente humano. A integridade psicofísica do ser humano que habita o ambiente social é o objeto de preservação dos direitos fundamentais, em face das ameaças e violações provocadas por processos comunicativos anônimos e autônomos.

Vale ressaltar, ainda, que, como os “direitos fundamentais específicos devem ser atribuídos a cada dimensão não na base de um para um, mas com uma multiplicidade de sobreposições”<sup>489</sup>, urge se analisar, caso a caso, qual(is) jusfundamentalidade(s) está(ão) sendo violada(s) e, com isso, fixar a(s) núcleo(s) central(is)da(s) dimensão(ões) sobre a(s)

---

<sup>489</sup> Tradução livre para “fundamental rights are to be allocated to these dimensions not on the basis of one-to-one, but with a multiplicity of overlaps.” (TEUBNER, Gunther. **Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect**, 40 R & R 191 (2011). p. 212.

qual(is) repercute(m). Ou como afirma Teubner, “ainda mais importante é, então, diferenciar cuidadosamente as três dimensões em cada um dos direitos fundamentais e atentar à suas formas jurídicas extremamente distintas e condições de efetivação.”<sup>490</sup>.

Isso porque, os direitos fundamentais vão agir de formas diferentes a depender se se cogita de um conflito na dimensão institucional, onde se almeja a proteção da integridade de setores contra ameaças de expansão corruptiva comunicacional de outros sistemas; ou se se cuida de ataque sistêmico à dimensão pessoal, em que se pretende a preservação do artefato social contra a exclusão de um ou mais campos de ação; ou, por fim, se se pretende afastar as prejudiciais irritações provocadas pelos sistemas comunicacionais ao ser humano localizado no ambiente da sociedade.

Enfim, essa transposição do cenário constitucional clássico dos direitos fundamentais, calcado na indivisível relação entre indivíduo/direitos subjetivos/poder/Estado, para uma teoria social, de viés institucional-transubjetivo-coletivo, passa pela reconstrução das disputas horizontais. Isso acontece pela observação de que atores coletivos ou matrizes comunicacionais da sociedade possuem tendências expansivas sobre instituições funcionais sociais, ‘pessoas’ ou indivíduos/humanos. Tendo em vista o alto nível de complexidade da sociedade mundial, potencializado pela consolidação da globalização pós-1989, apenas com a incorporação dessa nova equação proposta pelo constitucionalismo social é que o efeito de terceiro pode ser adequadamente compreendido.

Ademais, o prisma até aqui defendido dos direitos fundamentais, ao contrário do que se poderia pensar num primeiro momento, não almeja uma “consolidação permanente de estruturas sociais contra tendências de mudança política”<sup>491</sup>, mas, sim, um dinâmico processo sócio-legal de normatização que é sujeito a mudanças constantes.

Na verdade, como visto, em disputas particulares que refletem choques entre instituições representativas de setores sociais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais passa pela promoção de regras que evitem a perda de integridade sistêmica. Nesses cenários, a proceduralização, através da auto-regulamentação regulada, apresenta-se como formato indicado para solucionar sobreposições ilegítimas de sistemas sociais. Um exemplo claro é o viés de publicação, sugerido por Teubner e Hansel como modelo de auto-regulamentação regulada para enfrentar problemas com a manipulação de pesquisas científicas transnacionais sobre fármacos. Sua eficácia estaria no fato de que são:

---

<sup>490</sup>TEUBNER, Gunther. 2016, p. 275, *Op cit.*

<sup>491</sup> Tradução livre para “permanent existence of social structures against tendencies of political change.” (TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution**, 3 Italian L.J. 193 (2017). p. 199)



Registros acessíveis ao público que são criados de forma vinculativa, que registram completamente os estudos desde o início, a fim de garantir transparência e inspeção durante todo o processo de pesquisa. (...). Com a publicação, a evolução do sistema científico desenvolveu um mecanismo de seleção, que seleciona resultados relevantes para o sistema dentre as variações da atividade de pesquisa em andamento.<sup>492</sup>

Por isso, as reações às violações dos direitos fundamentais, inclusive, políticas e jurídicas, “não podem ser uniformes, devendo ser cuidadosamente escolhidas de acordo com as especificidades do meio.”<sup>493</sup>. A escolha da organização “competente” e do processo “adequado” para garantir a integridade daquela jusfundamentalidade exige uma reflexão acerca dos detalhes do caso concreto, com especial foco no estabelecimento de dados sobre o direito constitucional ameaçado ou violado, bem como o seu núcleo duro a ser protegido contra expansionismos de subsistemas parciais autônomos e a identificação dos pretensos violadores e violados.<sup>494</sup>

O resultado desse processo não-judicial terminará por desembocar no Poder Judiciário, especialmente nas suas Cortes Constitucionais, que filtrarão excessos e incongruências, extraindo conteúdo válido de normas constitucionais sociais-privadas produzidas sem participação estatal. Consequentemente, isso provocará encaminhamentos de acordos internacionais, projetos legislativos, paradigmas jurisprudências e eixos de governança privada, etc., que, num segundo momento, serão utilizados na resolução de novos casos em que se reivindique o efeito de terceiro. Forma-se, assim, um ciclo infinito.

Por fim, convém salientar que o Estado é partícipe da solução para os conflitos privados que envolvam os direitos fundamentais, na medida em que deve, sempre, promover políticas públicas que: a) incentivem a proteção à integridade dos sistemas sociais envolvidos em disputas privadas (eficácia excludente); b) garantam o máximo de participação de

---

<sup>492</sup> Tradução livre para “Publicly accessible registers of studies and results are set up on a binding basis, which fully record studies from their inception in order to ensure transparency and inspection throughout the entire research process. (...) With publication, the evolution of the science system has developed a selection mechanism that selects system-relevant results from among the variations of ongoing research activity.” (HENSEL, Isabell/TEUBNER, Gunther. **Horizontal constitutional rights as conflict of laws rules: How transnational pharmagroups manipulate scientific publications.** 10.1017/CBO9781316411230.007. pp. 151 e 156).

<sup>493</sup> Tradução livre para “cannot be uniform but must be carefully tailored to the specificities of the medium.” (TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effect Revisited: A Reply to Four Comments**, 40 R & R 275 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:38:11 2020 SOURCE: ContentDownloadedfromHeinOnline. p. 282.

<sup>494</sup> Segundo FISCHER-LESCANO, isso pode ocorrer, também, com o uso de acoplamentos entre sistemas societais, processualização ou pela internalização da decisão (FISCHER-LESCANO, Andreas. **Crítica da Concordância Prática.** Tradução: Ricardo Campos, Pedro Henrique Ribeiro e Octaviano Padovese de Arruda. CAMPOS, Ricardo (Organizador) **Crítica da Ponderação. Método Constitucional entre a Dogmática jurídica e a Teoria Social.** São Paulo: Saraiva, 2016).

indivíduos nos sistemas sociais (eficácia inclusiva); c) preservem a incolumidade do sistema extra social (psique/corpo) contra irritações agressivas do sistema social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges/CAMPOS, Ricardo. **A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: Regulação de redes sociais e proceduralização**, in Fake News e Regulação. Organização GEORGES ABBOD, NELSON NERY JR. E RICARDO CAMPOS Coleção Direito e Estado em Transformação – 1 2.a edição revista, atualizada e ampliada 1.a edição: 2019. Saraiva, Kindle Edition. (KindleLocations 3.979).

ALEXI, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BACHUR, Joao Paulo. **A performatividade da exclusão e as lutas por inclusão: questões distributivas a partir da teoria de sistemas sociais**. Sociol. Antropol. | Rio de Janeiro, v.10.01: 129 – 153, jan. – abr., 2020.

BALESTERO, Gabriela Soares. **A Autopoiese da Política e do Direito em Luhmann e o Papel do Julgador**. UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina, v. 11, n. 2, Set. 2010. p. 48.

BARALDI, CORSI & ESPOSITO, **Glosario sobre la teoria Social de NiklasLukann**. traducción de Miguel Romero Perez, Carlos Vijajohos; bajo Jadirección de JavierTorres Nafarrate. Universidad Iberoamericana, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Emst-Wolfgang, "*GrundrechtstheorieundGrundrechtsinterpretation*", NJW27 (1974), p. 1.530, citado por ALEXI (Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na Jurisdição Constitucional. Pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites**. Tese De Doutorado (Linha De Pesquisa Do Programa De Doutorado Da UnB - Constituição, Processo e Teoria Constitucionais, Direitos Fundamentais) Orientador: Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes. junho de 2008.

BRUNKHORTS, Hauke. **Rumo a uma nova ordem global: vinte anos após 1989 e além**. In: RBCS, vol. 26, n. 77 out. 2011, pp. 25-30. acesso em 12/05/2020 em [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092011000300004](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000300004).

CAMPOS, Ricardo. **A metamorfose do direito global para uma genealogia do direito além do estado nacional no limiar do século XIX**. In: Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas. Coordenação Pedro Fortes, Ricardo Campos, Samuel Barbosa. / 1ª edição. / Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.

CAMPOS, Ricardo; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira, **A tirania dos meios na sociedade global**. Jurisprudência sociológica. *in* Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antonio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado).

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. **Revista Latino-Americana de Direito Constitucional**. Del Rey, Jan/Jun, 2004.

CANTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**, 1ª ed. Belo Horizonte: *Initia Via*, 2012.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **O papel da estruturação de esferas de liberdade na modernidade**. Jurisprudência sociológica. *in* Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antônio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado).

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Tradução de Juliana Neuenschwander Magalhães. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n.º 39 (2001).

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DARRIEUX, Rodolfo Scotelaro Porto. A constituição e o papel do Estado na modernidade nas concepções de Émile Durkheim e Max Weber o processo sócio-histórico e o controle social em perspectiva comparada. Instituto de Estudos Sociais e Políticos – IESP/UERJ. **Revista Eletrônica de Ciência Política** v. 10, n. 1 (2019), 77-90 DOI: 10.5380/recp.v%vi%i.58439 <https://revistas.ufpr.br/politica/> ISSN: 2236-451X.

DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: La Buena Fé**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000.

DI GIORGI, Reffaele. **Los derechos fundamentales en la sociedad moderna** Presentación y Ed. de Javier Espinoza de los Monteros México, 2015.

DI GIORGI, Reffaele. **Por uma ecologia dos direitos humanos**, R. Opin. Jur., Fortaleza, 15, n. 20, p.324-340, jan./jun, 2017.

DIMOULIS, Dimitri/ MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direito privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013.

DÜRING, Günter. *Apud.* DUQUE, Marcelo Schenk. Direito privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão social do trabalho**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELMAUER, Douglas. Transconstitucionalismo: Do acoplamento estrutural à racionalidade transversal. **Rev. Fac. Dir.** Univ. São Paulo v. 108 p. 855 - 864 jan./dez. 2013.

ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. Direito. UnB - **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 2, n. 2, p. 11-43, 1 abr. 2016.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; LIMA, Renata Albuquerque. Teoria constitucional em mutação: perspectivas do constitucionalismo contemporâneo frente aos desafios da globalização e transnacionalidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 118-141, Set.-Dez., 2017 - ISSN 2238-0604 [Received/Recebido: Out. 03, 2016; Accepted/Aceito: Mar. 30, 2017] DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1585>.

FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p.105-155, jan./mar. 2012.

FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. **Crítica da Concordância Prática**. Tradução: Ricardo Campos, Pedro Henrique Ribeiro e Octaviano Padovese de Arruda. CAMPOS, Ricardo (Organizador) **Crítica da Ponderação. Método Constitucional entre a Dogmática jurídica e a Teoria Social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FUCHS, Marie-Christine. O efeito irradiante dos direitos fundamentais e a autonomia do direito privado: a “decisão Lüth” e suas consequências. Tradução de Patrícia Cândido Alves Ferreira e Otavio Luiz Rodrigues Jr.. **Revista de Direito Civil Contemporâneo** | vol. 16/2018 | p. 221 - 232 | Jul - Set / 2018 | DTR\2018\19396.

FUCHS, Peter. **Adressabilität als Grundbegriff der soziologischen Systemtheorie**. Soziale Systeme. Zeitschrift für soziologische Theorie, 1997, 3/1, S. 57.

FUCHS, Peter **Der Eigen-Sinn des Bewußtseins**. Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen National bibliografie, 2003. detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

GARDBAUM, Stephen, **Human Rights and International Constitutionalism** (2009). Ruling the world? Constitutionalism, international law and global government, Jeff Dunoff and Joel Trachtman, eds., Cambridge University Press, 2009, UCLA School of Law Research Paper No. 08-01, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1088039>. Acesso em 14/10/2020.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. Saraiva, 2013.

GRABER, Christoph Beat & TEUBNER, Gunther, **Art and Money**: Constitutional Rights in the Private Sphere, 18 Oxford J. Legal Stud. 61 (1998). DATE DOWNLOADED: Mon Jun 8 19:50:06 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

GUIBENTIF, Pierre. **For a Sustainable World Society by the Self-Constitutionalization of Differentiated Social Systems**, 93 Droit et Societe 455 (2016), Mar 31 16:44:19 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline. Acesso em 25/05/2020.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Síntese, v. 16.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Ed. Mestre Jou: São Paulo, 1968.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Trad. Ignacio Gutierrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

HENSEL, I. & TEUBNER, GUNTHER. (2016). **Horizontal fundamental rights as conflict of laws rules**: How transnational pharmanorms manipulate scientific publications. 10.1017/CBO9781316411230.007.

HOLMES, Pablo (2011). **The Rhetoric of Legal Fragmentation and its Discontents**: Evolutionary Dilemmas in the Constitutional Semantics of Global Law, *In*: Utrecht Law Review 7.

JOBIM, Rosana De Souza Kim; JOBIM, Márcio Félix. Os Direitos Fundamentais E O Contrato: A Perspectiva De Claus-Wilhelm Canaris. **Revista de direito privado** | VOL. 83/2017 | P. 161 - 178 | NOV / 2017 | DTR\2017\6769.

JÚNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. Territorialidade, soberania e constituição: as bases institucionais do modelo de estado territorial soberano. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19 - n. 1 - jan-abr 2014.

KJAER, Poul F. **Transnational Normative Orders**: The Constitutionalism of Intra- and Trans-Normative Law, 20 Ind. J. Global Legal Stud. 777 (2013). FONTE: Conteúdo baixado da HeinOnline Data da transferência: Ter 31 de março 14:32:03 2020.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LADÉUR, Karl-Heinz e VIELLECHNER, Lars. **Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes**, in: Archiv des Völkerrechts 46 (2008), p. 42-73. *Apud* TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LADÉUR, Karl-Heinz. A relação entre direito público e normas sociais no constitucionalismo — nacional, europeu e global. **Revista UNB**. v. 2 n. 1 (2016): Janeiro - Abril. pp. 12-26.

LADÉUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo Resende. **Entre Teorias e Espantalhos**. Deturpações Constitutivas na Teoria dos Princípios e novas abordagens. CAMPOS, Ricardo

(Organizador) *Crítica da Ponderação. Método Constitucional entre a Dogmática jurídica e a Teoria Social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo Resende. **Por um novo direito das redes digitais Digitalização como objeto contratual, uso contratual de “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de Cyber Courts**. In: Fake News e Regulação. Organização GEORGES ABOUD, NELSON NERY JR. E RICARDO CAMPOS Coleção Direito e Estado em Transformação – 1 2.a edição revista, atualizada e ampliada 1.a edição: 2019. Kindle Edition.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Há limites econômicos ao 12 camelo?** Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antonio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado).

LINDENBERGH, Siewert D. **Fundamental Rights In Private Law, Anchors Or Goals In A Globalizing Legal Order?** Publicado em Michael Faure e Andre van der Walt, Globalização e Direito Privado, O caminho a seguir, Edward Elgar, Cheltenham, Reino Unido, 2010, Capítulo 11.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione comeacquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 9 dez. 2013).

LUHMANN, Niklas. **Wieist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?** In: *Soziologische Aufklärung* 6, 2. Aufl. Wiesbaden: 1988, VS.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: editora tempos brasileiros, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Los Derechos Fundamentales como Institucion. Aportación a la sociologia política**. Universidad Iberoamericana/Colección teoría social. 2010: Oak Editorial.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie** - 4. Aufl. - Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Die Form »Person«**, in: ders., *Soziologische Aufklärung* 6. Die Soziologie und der Mensch, 1995, Opladen.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **La sociedade de la sociedade**, Título em alemán: Die Gesellschaft der Gesellschaft Traducción: Javier Torres Nafarrate bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla, y estilístico de Marco Ornelas Esquinca y de Rafael Mesa Iturbide. 1a. Edición em español, 2006.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução do original em alemão: Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Revista Themis**, Fortaleza, v 3, n. 1, p. 153-161, 2000.

Madsen, Mikael & Verschraegen, Gert. (2019). **Making Human Rights Intelligible: An Introduction to Sociology of Human Rights**. In book: Making Human Rights Intelligible Towards a Sociology of Human Rights (pp.1-22). [https://www.researchgate.net/publication/334544852\\_Making\\_Human\\_Rights\\_Intelligible\\_An\\_Introduction\\_to\\_Sociology\\_of\\_Human\\_Rights/link/5d307f52299bf1547cc201ba/download](https://www.researchgate.net/publication/334544852_Making_Human_Rights_Intelligible_An_Introduction_to_Sociology_of_Human_Rights/link/5d307f52299bf1547cc201ba/download). Acesso em 15/09/2020.

MARANHÃO, Juliano. **O perfil do agente**: comentários a Gunther Teubner sobre personalidade de agentes eletrônicos. Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antônio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado)

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na *Internet*: Acesso em 08/12/2020.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. – (Série IDP) 1. Direito constitucional - Brasil 2. Direito constitucional I. Branco, Paulo Gustavo Gonet II. Título III. Série.

MOLINARO, Carlos Alberto/ SARLET, Ingo Wolfgang. **Apontamentos sobre direito, ciência e tecnologia na perspectiva de políticas públicas sobre regulação em ciência e tecnologia**. GILMAR FERREIRA MENDES - MINISTRO STF, INGO WOLFGANG SARLET. Série "Direito Inovação e Tecnologia" - Direito, Inovação e Tecnologia - Volume 1. Saraiva. Kindle Edition. (KindleLocations 2571-2573).

NIPPERDEY, Hans Carl. **A Dignidade Humana**. *apud*. ALEXI, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

NEVES, Marcelo. **Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 2004

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). acesso em 21/05/2020.



NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

QUEIROZ, Marisse. **O Direito como sistema autopoietico**: contribuições para a Sociologia Jurídica. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. 24. 2010. p. 8. [https://www.researchgate.net/publication/47427021\\_O\\_Direito\\_como\\_sistema\\_autopoietico\\_contribuicoes\\_para\\_a\\_Sociologia\\_Juridica](https://www.researchgate.net/publication/47427021_O_Direito_como_sistema_autopoietico_contribuicoes_para_a_Sociologia_Juridica). Acesso em 28/10/2020.

REINHARDT, J. (2020). Conflitos de direitos fundamentais entre atores privados: “efeitos horizontais indiretos” e pressupostos de proteção de direitos fundamentais. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, 13(41), 59-91. <https://doi.org/10.30899/dfj.v13i41.819>. Acesso em 02/02/2021.

RENNER, Moritz, **Zwingendes transnationales Recht**: Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates (Baden-Baden: Nomos, 2010), 91 ss., 199 ss., *Apud* TEUBNER, Gunther. **Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect**, 40 R & R 191 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 11:44:03 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

RISTER, Fernando / FINCO, Matteo (2019). Teoria sistêmica e direitos humanos: o Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde. **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – Vol. 13, Nº 2, jul./dez.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

RUGGIE, John Gerard. **Territorialidade e além: problematizando a modernidade nas relações internacionais**. Fonte: Organização Internacional, vol. 47, No. 1 (Winter, 1993), pp. 139-174. Publicado por: The MIT Press URL estável: <http://www.jstor.org/stable/2706885>, Acesso: 03-10-2017 17:56 UTC.

SALIM, Jacqueline Malta e SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 8(1): p. 94-107.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol. 36, out-dez. 2000.

SARMENTO, Daniel e GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushtsky, 1976.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A comunicação do poder em Niklas Luhmann. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**.

STEINMETZ, Wilson. **Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direito**. Interpretação constitucional. Org. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: 2005. p 11-53.

STICHWEH, Rudolf. **Strangers, inclusions, and identities**. Soziale Systeme. Zeitschrift für soziologische Theorie, 8/1, S. 101-109. 2002.

TERRINHA, Luís Heleno. Da Sociedade da Constituição à Constituição da Sociedade. O constitucionalismo societal e os seus contributos para a compreensão do Direito Constitucional como sistema comunicativo mundial, **Revista Jurídica AAFDL** 30 (2016).

TERRINHA, Luís Heleno. **Direitos Fundamentais e a Ordem Coletiva**. Teorias não subjectivistas da jusfundamentalidade. Porto: Universidade Católica Editora, 2018.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução do alemão José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, Gunther. El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho. **Cuadernos de filosofía del derecho**, ISSN 0214-8676, Nº 25, 2002, pags. 533-571. [www.researchgate.net/publication/28066572](http://www.researchgate.net/publication/28066572). Acesso em 21/05/2020.

TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**. Tradução do alemão: Peter Naumann. Revisão técnica: Dorothee Susanne Rüdiger. Impulso, Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003. [https://siposg.furg.br/selecao/download/1065/Teubner2003\\_PluralismoJrco.pdf](https://siposg.furg.br/selecao/download/1065/Teubner2003_PluralismoJrco.pdf). acesso em 21/04/2020.

TEUBNER, Gunther. **La constitucionalización de la sociedad global**. In: El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global. Lima: ARA Editores. 2005.

TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution**, 3 Italian L.J. 193 (2017). DATE DOWNLOADED: Mon Jul 6 17:57:53 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. Tradução do alemão de Patrícia da Silva Santos. Tempo Social, **revista de sociologia da USP**, v. 27, n. 2.

TEUBNER, Gunther. **Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect**, 40 R & R 191 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 11:44:03 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

TEUBNER, Gunther; HUTTER, Michael. **Der Gesellschaft fette Beute: Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen**, In: Peter Fuchs, Andreas Göbel (Org.), Der Mensch – das Medium der Gesellschaft? Suhrkamp, Frankfurt, 1994, p. 110-145.

Disponível na internet em <https://core.ac.uk/download/pdf/14502716.pdf>. Acesso em 16/10/2020.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effect Revisited**: A Reply to Four Comments, 40 R & R 275 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:38:11 2020 SOURCE: Content DownloadedfromHeinOnline.

TEUBNER, Gunther. **A Matriz Anônima**: Violação de Direitos Humanos por Atores “Privados” Transnacionais. Tradução: Pedro Henrique Ribeiro e Ricardo Campos. *In*: CAMPOS, Ricardo (Organizador) *Crítica da Ponderação. Método Constitucional entre a Dogmática jurídica e a Teoria Social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Alienações do Direito**: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. *Jurisprudência sociológica. In: Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas*. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antonio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado).

TEUBNER, Gunther. **O projeto da Sociologia Constitucional**: estímulos do Constitucionalismo de Estado nacional. *Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas*. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antônio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado).

TEUBNER, Gunther. **Agentes eletrônicos e grandes primatas**: da ampliação do *status* do ator no Direito e na política. *Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas*. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antônio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado).

TEUBNER, Gunther. **Um caso de corrupção estrutural? A garantia fidejussória prestada por membro da família no conflito entre lógica de Ação Incompatíveis**. *Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas*. Organizadores: Gunther Teubner; Ricardo Campos; Sérgio Antônio Ferreira Victor; tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes – São Paulo: somos educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado).

TEUBNER, Gunther. **A Constituição de Mais-Valias Não Econômicas**. Tradução feita pelo Ministro Gilmar Mendes e pelos Professores Ricardo Campos e Victor Fernandes de artigo publicado originalmente no Verfassungsblog, em 3 de maio de 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-constitution-of-non-monetary-surplus-values>.

THORNHILL, Chris. **Constitutional Law from the Perspective of Power**: A Response to Gunther Teubner. 20 Soc. & Stud legal. 244 (2011). ALWD 6a ed. Heinonline.

TONET, Fernando. **Entre Cila e Caríbdis**: O árduo cominho do constitucionalismo sistêmico. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Vale dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, 2018.

VERSCHRAEGEN, Gert. **Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State**, 40 R & R 216 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:36:32 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

VERSCHRAEGEN, Gert. **Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights**. *In*: book: Making Human Rights Intelligible. Towards a sociology of human rights. Publisher: Hart Publishing, July 2019. (pp.61-80).[https://www.researchgate.net/publication/334545143\\_Differentiation\\_and\\_Inclusion\\_A\\_Neglected\\_Sociological\\_Approach\\_to\\_Fundamental\\_Rights/citation/download](https://www.researchgate.net/publication/334545143_Differentiation_and_Inclusion_A_Neglected_Sociological_Approach_to_Fundamental_Rights/citation/download). Acesso em 16/09/2020.

VERSCHRAEGEN, Gert. **Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory**, 29 J.L. & Soc'y 258 (2002). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:37:23 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP: linha direito comparado).

VESTING, Thomas. **Vizinhança - Direitos Fundamentais e sua Teoria na Cultura das Redes**. Tradução Pedro Henrique Ribeiro. CAMPOS, Ricardo (Organizador) Crítica da Ponderação. Método Constitucional entre a Dogmática jurídica e a Teoria Social. São Paulo: Saraiva, 2016.

VIANA, Ulisses Schwartz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann. Complexidade e contingências no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2015.

VIANA, Ulisses Schwarz. Judicialização da política ou politização do Direito: sintomas de disfuncionalidades na política e no Direito. **Revista Conceito Jurídico** - [www.zkeditora.com.br](http://www.zkeditora.com.br). Acesso em 08/08/2020.

VIELLECHNER, Lars, **Responsiver Rechtspluralismus**, 51 Der Staat 559 (2012). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:46:17 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

WALKER Neil, **The Idea of Constitutional Pluralism**, 65 Mod. L. Rev. 317 (2002). FONTE: Conteúdo baixado da HeinOnline, Data da transferência: Qui 23 Abr 13:57:26 2020.

WEBER, Max. **Ciência e Política - Duas Vocações**. Tradução de Leonidas Hegenberg e de Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2006.

WIELSCH, Dan. **Private Governance of Knowledge: Societally-Crafted Intellectual Properties Regimes**, 20 Ind. J. Global Legal Stud. 907 (2013). DATE DOWNLOADED: Tue Apr 14 18:55:36 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.

WIELSCH, Dan. **Os ordenamentos das redes: Termos e condições de uso – Código – Padrões da comunidade**. *In*: Fake News e Regulação. Organização GEORGES ABOUD, NELSON NERY JR. E RICARDO CAMPOS Coleção Direito e Estado em Transformação – 1 2.a edição revista, atualizada e ampliada 1.a edição: 2019. Kindle Edition.