

DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ABORDAGEM LUHMANNIANA |
FUNDAMENTAL RIGHTS: A LUHMANNIAN APPROACH

BÁRBARA D'ANGELES ALVES FAGUNDES

RESUMO | O objeto desse artigo é investigar o papel e a função dos direitos fundamentais na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, notadamente, na órbita do sistema do direito. Assim, consiste na análise do funcionamento dos direitos fundamentais e da integração destes dentro do desenho geral da teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Para isso, recorre à metodologia de revisão bibliográfica narrativa, utilizando obras pontuais do autor e dialogando-as com o acervo qualificado da pesquisa descritiva de outros autores.

PALAVRAS-CHAVE | Teoria dos sistemas sociais. Niklas Luhmann. Direitos fundamentais.

ABSTRACT | *The object of this article is to investigate the role and function of fundamental rights in Niklas Luhmann's systems theory, notably in the orbit of the system of law. Thus, it consists of an analysis of the functioning of fundamental rights and their integration within the general design of the theory of autopoietic social systems. For that, it uses the methodology of narrative bibliographic review, using specific works by the author and dialoguing them with the qualified collection of other authors' descriptive research.*

KEYWORDS | *Theory of social systems. Niklas Luhmann. Fundamental rights.*

1. INTRODUÇÃO

Diante do contexto social hipercomplexo de uma sociedade moderna policontextualizada, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos se insere em um contexto de pesquisa sociológica de caráter interdisciplinar, apta a fornecer um trato analítico aos problemas da modernidade.

Nessa proposta teórica, a sociedade passa a ser observada em função das comunicações entre os sistemas sociais, assim, a historicidade e a modificação conceitual da base de análise das contingências faz com que a teoria dos sistemas se insira como um marco pontual em um cenário de orfandade de teorias sociológicas.

Neste cenário, o presente estudo visa a investigar a natureza dos direitos fundamentais, verificando a sua forma de ser nessa teoria, que aplica o método funcional em sociologia que oferece bases teóricas e uma técnica de investigação inovadora para os direitos fundamentais e a sociedade como um todo.

Para alcançar esse objetivo, vale-se da metodologia de revisão bibliográfica narrativa, apoiada principalmente nos vernáculos, “O direito da sociedade”, “A sociedade da sociedade”, “A constituição como aquisição evolutiva” e “Os direitos fundamentais como instituição”, todos de autoria de Niklas Luhmann. Ainda, busca dialogar com esses textos com os teóricos nacionais em um debate qualificado, com base nos estudos de Pedron, Duarte Neto, Neuenschwander e Simioni.

2. A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

A sociologia clássica do final do século XIX e XX, marcada pelos contributos de Marx, Durkheim, Weber e Pareto, constituiu significável esforço para refletir sobre os fenômenos da sociedade e suas mudanças, compreendendo, respectivamente, teorias voltadas para a importância das

relações sociais e a sua ligação com a produção organizada de bens materiais; o conceito econômico de divisão do trabalho; a abstratização de teorias sociológicas por meio de uma teoria cíclica social; e a racionalização dos processos de concepção de sociedade.

Essa base teórica clássica tornou-se a fundamento para o desenvolvimento de um estudo da sociedade. Contudo, a “super teoria” de Niklas Luhmann surge em um contexto de fragilidade de teorias sociológicas, que mesmo após a evolução dada pela base teórica clássica, ainda não havia sequer construído uma teoria da sociedade moderna. Isso fez com que os estudos acerca do tema se restringissem a revisitar repetidamente os clássicos e fazer novas interpretações, ou mesmo se basear em procedimentos metodológicos e critérios normativos (Luhmann, 2007).

Ainda, antes que a teoria dos sistemas sociais autopoieticos se fizesse presente, a teoria do Sistema Geral de Ação, composta por Talcott Parsons no século XX, propõe integrar as contribuições feitas pela sociologia clássica e evolui-la em face de uma estrutura conceitual que abarca elementos culturais, sociais, psicológicos e orgânicos que intervêm em cada ação e se reúnem para formar um sistema integrado por meio do Sistema Social (Luhmann, 2007).

O impacto das contribuições de Parsons à sociologia do século XX foi grandioso e alcançou o ascendente teórico da teoria dos sistemas sociais, Niklas Luhmann, em especial, porque ele foi aluno do Parsons. Fundamentado na teoria parsoniana, Luhmann inaugura um pensamento *pós-ontológico* na sociologia, com a Teoria dos Sistemas Sociais que, em pretensão universal, assevera que a sociedade é composta não somente por indivíduos, mas por sistemas sociais comunicativos; assim, o autor propõe a redução de complexidade por intermédio dessa nova divisão, que pressupõe um modelo de sociedade baseado na diferenciação funcional.

Na concepção de Dário Rodríguez Mansilla, que apresenta a edição em espanhol da obra “La sociedad de la sociedad”, de Niklas Luhmann, a teoria proposta pelo autor se apresenta em um cenário de *orfandade* teórica da

sociologia, em que era extremamente necessário um trabalho que pudesse oferecer uma teoria confiável sobre a sociedade atual, assim,

A tarefa assumida, tal como o próprio Luhmann se colocou, consistia em desenvolver uma abordagem interdisciplinar que não estivesse ligada a conceitos setoriais, mas que fosse abstrata o suficiente para dar a devida conta de tudo o que é social, isto é, feito com o pretexto de universalidade, ainda que não fosse exclusivo. Essa afirmação de universalidade deve ser entendida, então, no sentido de que a teoria possa ser aplicada a todo fenômeno social, desde uma interação entre duas pessoas à sociedade mundial, e não em um sentido muito diferente de verdade absoluta ou única. Nada mais é do que a proposta de um programa de pesquisa unitário para a disciplina (Luhmann, 2007, p. 6, tradução nossa)¹.

Na construção da sua teoria, Luhmann apresentou um marco teórico que rompeu radicalmente com a herança da sociologia clássica, especialmente na eleição de novos conceitos para observar a sociedade. Como exemplo, têm-se as concepções de autopoiese; autoreferência; complexidade; paradoxo; diferenciação funcional e codificação.

O seu principal arcabouço teórico, por meio do qual são desenvolvidos esses conceitos, pode ser visualizado no *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (*A sociedade da Sociedade*), em que o autor oferece uma descrição da sociedade em uma teoria sociológica-científica multidisciplinar com termos originalmente cunhados pela e para a biologia.

A sociedade forma a base dos sistemas sociais, e por meio dela ocorre a produção e a reprodução dos demais sistemas sociais. Assim, os sistemas sociais são formados por mediante contextos comunicativos, só existindo em si mesmos e com uma função exclusiva, assim, estabelecem o seu fechamento com relação ao ambiente. Diante disso, os sistemas operam com o seu próprio código e por intermédio dele respondem aos estímulos do ambiente, esse

1 No original: "La tarea asumida, tal como el propio Luhmann se la planteaba, consistía en desarrollar un enfoque interdisciplinario que no estuviera atado a conceptos sectoriales, sino que fuera suficientemente abstracto como para dar debida cuenta de todo lo social, vale decir, elaborado con pretensiones de universalidad aunque no de exclusividad. Este reclamo de universalidad hay que entenderlo, entonces, en el sentido que la teoría ha de ser aplicable a todo fenómeno social, desde una interacción entre dos personas hasta la sociedad mundial y no en el sentido muy distinto de verdad absoluta o única. No es otra cosa que la propuesta de un programa de investigación unitario para la disciplina."

fechamento operacional é o que forma a necessária diferenciação funcional com o ambiente, que se apresenta pela funcionalidade de um código binário (Luhmann, 2007).

A complexidade do ambiente se apresenta aos sistemas como o impulsionador da complexidade, possibilitando o caráter evolutivo e afirmando a função do sistema da sociedade de redução de complexidades. Essa formação construtivista-evolutiva baseia-se em diferenças e não em objetos, como é claro diante das dicotomias sistema/ambiente, operação/observação e identidade/diferença, que denota a base paradoxal dos sistemas sociais (Luhmann, 2007).

Em face da diferenciação sistema/ambiente, o sistema torna-se autorreferencial, pois só responde aos estímulos do seu próprio código/diferença, e isso é essencial para que ocorra a autopoiese do sistema, o que quer dizer que o sistema é autônomo no nível estrutural e operacional. Nas palavras de Luhmann (2007, p. 46),

À medida que o sistema se desacopla do entorno, surgem espaços internos de liberdade – uma vez que a determinação do sistema pelo ambiente é suprimida. Bem entendida, a autopoiese é, então, acima de tudo, a produção de indeterminação interna no sistema, que só pode ser reduzida através da construção de suas próprias estruturas sistêmicas (tradução nossa).²

Para que a *autopoiese* dos sistemas se mantenha, é necessário que se dissolvam os paradoxos da distinção sistema/ambiente, que acaba passando também pela construção de novos paradoxos, os quais, por sua vez, tornam-se operacionais em função da inserção de condições de assimetria da circularidade e da autorreferência, dissolvendo o paradoxo e retornando ao sistema a sua condição de autopoiese (Neuenschwander, 1994).

Assim, a proposta de Luhmann para a sociologia sistêmica é a de que a ação não é mais a base dos fenômenos sociais, mas a *comunicação*; essa

2 No original: “Al desacoplarse el sistema de lo que luego queda como entorno, surgen espacios de libertad internos —dado que se suprime la determinación del sistema por parte del entorno. Bien entendida, la autopoiesis es, entonces, sobre todo, la producción de indeterminación interna en el sistema, que sólo puede reducirse a través de la construcción de estructuras sistémicas propias.”

pode ser visualizada com base em três concepções que a integram: 1) a informação; 2) torná-la conhecida; e 3) compreendê-la. Essa síntese de três seleções não pode se subdividida em ações, de modo que

A comunicação unitária acontece quando a terceira seleção ocorre, ou seja, quando o *ego* distingue entre a informação e o dar a conhecer proveniente do *alter*. A aceitação ou rejeição da oferta contida na comunicação não pertence à unidade de comunicação, mas inicia outra (Luhmann, 2007, p. 10, tradução nossa).³

Logo, a comunicação é a base fundante dos sistemas sociais autopoieticos, possibilitando a sua existência por meio das operações de observação e descrição. No entanto, como esses sistemas são criados e se sedimentam? Segundo Duarte Neto (2019), a existência e o surgimento de novos sistemas estão diretamente ligados e dependentes dos processos de comunicação. Já o surgimento desses sistemas e sua consequente diferenciação se dá por intermédio de um processo evolutivo, que se dá pelo incremento da complexidade social que:

[...] leva ao processo de diferenciação funcional como forma especializante de redução da complexidade. Os sistemas resultantes operam com base em distinções bivalentes, que são chamadas de códigos binários. Cada sistema tem seu próprio código binário original que intervém em todas as ações do sistema. [...] O surgimento de sistemas/subsistemas funcionalmente diferenciados e autônomos ocorre somente quando importantes tarefas socialmente relevantes precisam ser atendidas e estas não encontram respostas nos sistemas/subsistemas já existentes. A modernização potencializa tal novidade funcional da sociedade (Duarte Neto, 2019, p. 46-47).

Assim, a complexidade propulsionou a diferenciação funcional e estrutural como resposta crítica ao avanço da humanidade, com isso, os sistemas sociais foram surgindo em um processo evolutivo de diferenciação sistema/ambiente, fechamento operacional e autorreferência. Esse contexto de

3 No original: "La comunicación unitaria sucede cuando se produce la tercera selección, vale decir, cuando ego distingue entre la información y el darla-a-conocer provenientes de alter. La aceptación o rechazo de la oferta contenida en la comunicación no pertenece a la unidad de comunicación, sino que inicia otra."

evolução e surgimento dos sistemas sociais pode ser visualizado por meio de um percurso histórico, que compreende o surgimento e a consolidação dos sistemas da religião, política, ciência, artes, economia, moral, ética e, sobretudo, o sistema do direito, a ser estudado na nossa próxima seção.⁴

3. O SISTEMA DO DIREITO

Luhmann busca definir o sistema do direito por meio da delimitação dos seus limites, analisando-os com base no modo concreto, ou seja, fundamentado no objeto e não no observador. Isso significa dizer que o direito delimita a si mesmo, determina o que lhe pertence e o que não lhe pertence. Por esse viés, recusa-se a determinação “puramente analítica” do direito, e isso ocorre por meio do *locus* proporcionado pela teoria dos sistemas.

Dessa perspectiva do sistema observante, derivam-se duas modalidades: a observação jurídica, observada pelo jurista de dentro do sistema, que produz a autodescrição do sistema do direito, que só ocorre pela distinção com outros objetos; e a observação sociológica, que observa o direito de fora, fazendo uma descrição externa do sistema (Luhmann, 2016).

Assim, a proposta de Luhmann, ao construir a teoria do Direito da sociedade, é a de tecer um diálogo interdisciplinar no qual a observação externa realizada pela sociologia pode oferecer vantagens, tendo em vista que não estaria obrigada a respeitar normas internas. Portanto, o direito, observado pela perspectiva sistêmica sociológica, trabalha com perspectivas incongruentes, mas possui como condição de possibilidade de uma descrição científica o fato de que este objeto se auto-observa e se autodescreve.

Nesse contexto, o que existe como teoria do direito surge por intermédio das autodescrições do sistema jurídico, ao passo que Luhmann alerta:

4 Sobre o quadro histórico evolutivo dos sistemas sociais ver: PEDRON, Flavio Quinaud. Aula – Sociologia Jurídica – Teoria do Direito – Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. 2020. (2h03min30s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TyTc7KbeZUw>. Acesso em: 13 jul. 2020.

[...] porém, de modo algum isso significa que sejam teorias reflexivas, que descrevem a unidade do sistema, o sistema do direito, sua função e assim por diante para, então, extrair consequências e com elas suscitar expectativas. [...] O que há, em vez disso, são esforços para se obter consistência conceitual, tendo em vista uma verificação de princípios, conceitos ou regras de decisão e, portanto, a “amplificação” e então a correção de generalizações que foram muito ampliadas, sobretudo pelo sistema de regra e exceção (Luhmann, 2016, p. 10).

Contudo, a crítica feita pelo autor nessa forma de constituição da teoria é a de que se produziram numerosas teorias jurídicas, mas nenhuma teoria do direito que se preocupasse com a autoconceitualização do direito como direito, por isso, a sua proposta na teoria sistêmica é a de conceitualizar o direito como unidade, que vem na contramão do construto tradicional do direito diante da hierarquia das fontes do direito (eterno, natural, positivo), perspectiva que

[...] postula a necessidade de uma ordenação hierarquizada de modo dogmático e obscurece assim a visão paradoxal da unidade de uma multiplicidade. A unidade então poderá ser apenas uma diferença de níveis sociais (Luhmann, 2016, p. 17).

Assim, para delimitar o sistema do direito, Luhmann tem como ponto de partida o fato de que o sistema jurídico é um subsistema do sistema social, e a sua relação se dá de forma multifacetada, isto é, “por um lado, a sociedade é o ambiente de seu sistema do direito; por outro, todas as operações do sistema do direito são também operações na sociedade e, portanto, operações da sociedade.” Assim, o sistema do direito opera e comunica-se mediante limites erigidos pela sociedade (Luhmann, 2016, p. 29).

Sobre o fechamento operacional, este atravessa a questão da operatividade pela distinção sistema/ambiente, substituindo as teorias positivistas que apontavam para estruturas (regras, normas, textos), como arcabouço de definição do Direito. Desta forma, observa-se que o sistema se fia em suas próprias operações e em função delas reproduzem-se, com isso, o sistema determina o que a ele pertence e o que pertence ao ambiente (Luhmann, 2016).

O ambiente tem apenas a função de produzir irritações no sistema, e o sistema somente interpreta essas irritações em face da sua própria linguagem, com isso, delineia-se a codificação do sistema (Pedron, 2010).

O direito atua como estabilizador de expectativas de comportamento na sociedade, e se vale da codificação binária de um valor positivo — lícito, e de um valor negativo — ilícito. Por conseguinte, para que a diferenciação sistema/ambiente e o fechamento operativo do sistema funcionem, é necessário que a codificação binária atue em conjunto com a especificação da função do direito. Desse modo, Luhmann (2016, p. 35) explica:

Caso um jurista queira reconhecer se uma comunicação pertence ou não ao sistema do direito, ele terá sempre de provar se a referida comunicação se ordena em conformidade ou discrepância com o direito e, por conseguinte, se entra no domínio do código do direito. Só mesmo essas duas aquisições, função e código, tomadas em conjunto, atuam de modo a fazer que as operações específicas do direito se diferenciem claramente de outras comunicações e, nessa medida, com margens de erro apenas marginais, possam se reproduzir a partir de si mesmas.

Assim, esses requisitos remontam o sistema ao caráter autopoietico, desse modo, consegue alcançar a necessária redução de complexidade. Essa estrutura operacional delineada por Luhmann, de todo, constitui-se na indicação de que a autolimitação/autopoiese do sistema certifica a sua autonomia, e isso delineia-se pela independência do sistema e isenta-o de subordinações de outros sistemas e de outros elementos do próprio sistema (juízes, advogados etc.) (Luhmann, 2016).

Após o esclarecimento acerca da proposta dos sistemas sociais e do funcionamento do direito, avança-se no estudo da proposta central desta pesquisa, que é a de investigar o lugar dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria sistêmica. Para isso, expõe o entendimento de Luhmann do que é uma Constituição — que vai no perfeito oposto da concepção semântica de que esta é um contrato social ou estatal; evidenciando a necessária relação com o sistema político nesse ínterim.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DOS SISTEMAS

4.1. A Constituição como acoplamento estrutural entre Direito e Política

A Constituição apresenta-se como o elemento essencial na validade do direito, atuando como vetor de ordenação do código *direito/não direito*. Ainda, por meio da atuação da Constituição que o direito pode se caracterizar plenamente como um sistema social, pois, permite o fechamento operacional do direito mediante o seu reingresso no sistema (Pedron, 2010).

Luhmann compreende a constituição como uma *aquisição evolutiva* — que não se confunde com progresso —, mas como “consequência do processo evolutivo de diferenciação, seleção e estabilização”. Assim, a constituição apresenta-se como uma ferramenta de manutenção da autonomia do direito, dados os paradoxos e tautologias diante da circularidade da comunicação dos aspectos formais e estruturais do texto constitucional (Duarte Neto, 2019, p. 340).

O paradoxo da Constituição se revela por intermédio da sua forma de acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito, de modo que isso confere fundamento político ao Direito e fundamento jurídico ao poder político simultaneamente. Como consequência, para o Direito, o fundamento da Constituição está na Política e, por sua vez, na acepção da Política, o fundamento da Constituição está no jurídico. Essa relação paradoxal se torna inofensiva tanto ao Direito quanto à Política em função da *transcendentalização* política do Direito Constitucional — no sistema jurídico —, e no sistema político se resolve pela *transcendentalização* jurídica da Constituição, como bem explica Simioni (2008, s.p):

[...] diante do paradoxo da Constituição que está, ao mesmo tempo, dentro e fora do Direito, pode-se observar como a sociedade opera assimetrias para tornar inofensivo esse paradoxo. Para o Direito, a Constituição é política, mas para a política, a Constituição é jurídica. E assim, o paradoxo da autoconstituição da Constituição – ou o paradoxo da Constituição sem um

fundamento além de si mesma -, torna-se inofensivo tanto para o Direito como para a política.

Assim, a Constituição assume um projeto de desparadoxalização do direito, invisibilizando a questão em função do contexto de que o sistema jurídico, além de se sancionar pela execução factual de suas operações, mediante inclusão e exclusão, distingue, nas operações, o que é direito e o que não é. Por isso, o eventual uso de outra codificação poderia ocorrer, mas essa deixaria de ser uma operação do direito. Com efeito, essa questão se reflete na positividade do direito, o que significa: “[...] o direito só possa ser criado pelo próprio direito e não *ab extra* pela natureza ou pela vontade política” (Luhmann, 1996).

A Constituição oferece, então, o *locus* adequado para que o sistema jurídico realize o seu fechamento operacional, sendo a forma com a qual o sistema reage à sua própria autonomia. O que assegura essa natureza são as regras de coalizão, que garantem o primado da Constituição, as disposições de alterabilidade/não alterabilidade do texto, a previsão de controle de constitucionalidade do direito, a sua instância constituinte e sua vontade vinculante de *per se*, “a constituição conhece a si própria” (Luhmann, 1996, p. 5).

Nesse contexto, a relação entre Direito e Política diante da constituição necessita de uma circularidade autorreferencial dos sistemas, presente em face das exigências de um fundamento moral das interpretações constitucionais. Contudo, é pelos postulados morais e dos valores fundamentais que as margens de interpretação se expandem e a estrutura do direito/não direito, cravada no ordenamento jurídico, é alvejada de incertezas. Isso ocorre por se estar diante de dois sistemas acoplados estruturalmente pela Constituição, por isso, eles tendem a estar em constante atrito, daí que: “Para não aparecer como política, a interpretação da Constituição torna incerto o ordenamento jurídico” (Luhmann, 1996, p. 17).

Desse modo, acoplamento estrutural e irritações são termos que se condicionam de maneira recíproca, em vista disso, a separação operativa entre

os sistemas é necessária, sobretudo quando se afirma a autopoiese destes. As operações dos sistemas são identificadas separadamente e com o auxílio dos seus próprios códigos. A Política alcança essa autonomia mediante a distinção entre poder e subordinação, tal como pela codificação da autoridade no binômio governante/oposição. O sistema jurídico a realiza por meio do lícito/ilícito.

Por fim, fala-se em uma “Constituição de Estado”, que trata questões da autorreferência do direito e da autorreferência da política; e que, como aquisição evolutiva, tal Constituição somente cumpre a sua função pelo fechamento operacional e pelo fechamento operativo dos sistemas político e do Direito. Acerca disso, explica Luhmann:

Com relação a isso, a Constituição conformadora e determinadora do Estado assume um sentido diferente em ambos os sistemas: para o sistema jurídico, é uma lei suprema, uma lei fundamental; para o sistema político, é um instrumento político no duplo sentido de política instrumental (modificadora de decisões) e de política simbólica (não modificadora de situações) (Luhmann, 2016, p. 378).

Até aqui, fica clara a função da Constituição como acoplamento estrutural dos sistemas do Direito e da Política, mas e como se encaixam os direitos fundamentais? Essa pergunta será respondida com base na obra: Os direitos fundamentais como instituição, de Niklas Luhmann. Mas antes, para o completo esclarecimento da dogmática, é necessário um excursão por outra forma de acoplamento estrutural do Direito, agora em comunicação com o sistema da moral — os direitos humanos.

4.2. Os Direitos Humanos como acoplamento estrutural entre a moral e o Direito

O processo de diferenciação da sociedade em relação ao seu ambiente se deu em um ambiente de diferenças que produzem diferenças e reentram formas, cujo reflexo desse processo de autoidentificação pode ser visto no modo como a humanidade dos homens foi descrita na evolução social. Como explica Neuenschwander (1994),

Isso até o ponto em que a diferença entre sociedade e humanidade foi assinalada como sendo não uma diferença, mas uma unidade. Paradoxalmente, foi precisamente quando a sociedade descreveu a natureza dos homens como única, indivisível (e o homem foi, finalmente, representado como *individuum*) que a sociedade descreveu-se como resultado da vontade dos homens: e isso sem que a ninguém causasse surpresa que, não obstante as vontades fossem concorrentes, o mundo não fosse exatamente como “pensado”.

Segundo Luhmann, os direitos humanos advêm da complexidade das relações, e estão essencialmente ligados à complexidade social, apresentando-se como elementos necessários à abertura estrutural da sociedade moderna para o futuro. Assim, como função sistemática, os direitos humanos mantêm aberto o futuro das reproduções autopoieticas diversificadas do sistema (Neuenschwander, 1994).

Ainda, os direitos humanos representam uma forma de inclusão social do homem na sociedade dada a centralização desses direitos no sistema jurídico, sob a forma de critérios de inclusão e de exclusão social. A sua pretensão na história possui uma carga, ao mesmo tempo, política e jurídica, carregando consigo conceitos análogos, fundados para a política e para o direito, como a natureza, Deus, razão, soberania (Neuenschwander, 2013).

Em sua acepção moderna, os direitos humanos surgem em um contexto de decadência do antigo direito natural europeu e guarda especial relação com as construções sociocontratuais, mantendo-se pelo Estado de direito — o direito com base nos contratos estatais. Com isso, exige-se dos Estados responsabilidade política na observação dos direitos humanos, “enquanto os próprios direitos aparecem como exigências de composição e de implementação do direito” (Luhmann, 2016, p. 458).

Por conseguinte, o acoplamento estrutural entre Direito e moral por meio dos direitos humanos pode ser visualizado nos valores morais presentes nas fases de positivação e de aplicação dos direitos humanos. A moral preocupa-se com a justiça, explícita pelo código binário justo/injusto ou bom/mau, ela fornece o substrato axiológico para os direitos humanos serem incorporados ao ordenamento jurídico (Zanon Junior, 2010). Nessa proposta, ao passo que cumprir os direitos humanos é um ato moral, simultaneamente se cumpre um comando de justiça, sendo os direitos humanos parâmetros para a legitimação de justiça (Pedron, 2020).

A moral insere-se no emprego das condições de estima ou falta de estima nas comunicações da sociedade, em um contexto de “moralização” de temas, nesse caso, a moralização dos direitos humanos. Sem a pretensão de esgotar a temática, na relação Direito e moral inserida em uma perspectiva de moral jurídica, o que se tem na proposta é o contrário de imperativos ou questões do gênero, de modo que:

Na vida em sociedade o ser humano seleciona – a partir de um repertório muito limitado de possibilidades de ação diante da abundância de possibilidades desconhecidas – aquele agir que lhe propiciará maior capacidade de adaptação (aceitação). Afinal, por mais que o ser humano se caracterize por sua complexidade e contingência, na vida em sociedade se estabilizam expectativas (*Erwartungen*). Aquele que sabe o que esperar, por mais que hajam os riscos não elimináveis, tem maior tolerância sobre as inseguranças das expectativas que podem ser realizadas. Nessa perspectiva, norma tem a função de estruturação de expectativas (Silva, 2016, p. 19).

O problema aqui a ser exposto é que esses direitos possuem também uma base paradoxal, em que a sua validade se inicia com a violação e completa-se com a indignação. Esse histórico de constantes violações marcou e acompanhou os direitos humanos em grande parte do seu trajeto, revelando a necessidade da sua positivação. Em especial, porque, para Luhmann, os direitos humanos obtêm o seu significado prático em função da sua forma como direito positivo (Silva, 2016). Por outro lado, porque o conceito de direitos humanos, inserido no contexto moralizante do código justo/injusto ou bom/mau,

é um obstáculo para o entendimento no sistema do Direito, já que este atua em face de outra binariedade (Pedron, 2020).

Assim, os direitos humanos passam pelo crivo da Constituição, e positivam-se pelo código direito/não-direito, e sua subdivisão como lícito/ilícito. Diante disso, é que podemos falar de direitos fundamentais na teoria dos sistemas sociais (Pedron, 2020).

4.3. Os direitos fundamentais como instituição

A proposta sociológica de Luhmann para os direitos fundamentais é a de confrontar o tratamento dogmático e de consagração moral de valor intocável dispensado a estes em razão de estarem normatizados em Lei Fundamental. Pelo contrário, o autor pretendeu, por intermédio da sua pergunta sobre a função, “tratar o sagrado como uma variável para encontrar o significado de sua realidade em suas condições de substituição”⁵ e superar conceitos imutáveis supremos em um campo variado de novas possibilidades (Luhmann, 2010, p. 81).

Inicialmente, a acepção de direitos fundamentais perpassa por diferentes óticas até chegar à proposta referida, como, por exemplo, por volta de 1800, quando se inclinava para o entendimento destes como um programa geral de valores ligados às diretrizes da política. No século XX, falava-se no direito como uma realização de “valores” que se convertem positivamente na forma de direitos fundamentais, esses, entendidos como “documentos de uma atitude valorativa geral a qual o direito se compromete a serviço do homem.” (Luhmann, 2016, p. 424).

De outra forma, fala-se do nascedouro dos direitos fundamentais, dado o entendimento de que o Estado atua como instrumento de realização da liberdade sob a forma de direitos, o que exige a mudança de paradigma. Aqui,

5 No original: “Trata lo sagrado como variable”.

a necessidade de fundamento — que possui raízes na distinção entre ser e pensar —, divide a realidade social em esfera de Estado e esfera de sociedade. Assim, nas palavras de Luhmann (2010, p. 104),

Os direitos fundamentais nasceram nessa situação histórica de transição que vai da idéia hierárquica de leis à dicotomia entre Estado e sociedade. Eles testemunham uma profunda reorientação que vai de um antigo pensamento ético vinculante a uma nova mentalidade de exigir direitos, com a qual a doutrina da política e do Estado reage à destruição de seus fundamentos da verdade por meio da rigorosa concepção científica da era moderna (tradução nossa).⁶

Contudo, essa vertente não adequa de forma eficaz os direitos fundamentais em sua função, mas fornecem ao máximo a possibilidade de um sistema heurístico de pensamento. A função desses direitos não pode ficar vinculada ao modelo de hierarquia de leis e, muito menos, ao modelo de separação entre Estado e sociedade.

Para isso, Luhmann propõe fertilizar a dogmática interpretativa mediante uma teoria funcional dos sistemas, a qual infere que os direitos fundamentais estão longe de ser meras normas suprapositivas que são impostas ao Estado como um direito. Aqui, são elementos essenciais na função do Estado, assumindo a função de uma *instituição*, elemento que transcende a mera concepção de um complexo normativo, e designa-se como um complexo factual de expectativas comportamentais (Luhmann, 2010).

Como esclarece o autor, somente em função dessa medida é que se pode admitir as instituições como objetos de posituação legal, e, ao mesmo tempo, essas instituições inserem-se no ambiente social como componentes estruturais na pergunta pela sua função, ao passo que permite por intermédio disso o controle intelectual do seu processo de posituação legal (Luhmann, 2010).

6 No original: 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, con la cual la doctrina de política y Estado reacciona a la destrucción de sus fundamentos de verdad mediante la concepción científica rigurosa de la edad moderna.

Os direitos fundamentais são oriundos do desenvolvimento civilizatório da sociedade, em especial, do percurso dos direitos humanos na história, que influenciou diretamente na consolidação desses direitos (Lyra, 2019). No entanto, embora a influência histórica, direitos humanos e direitos fundamentais são completamente opostos, e isso se afirma sobretudo pela atitude de neutralização de tendências involuntárias de origem dos direitos humanos. Isso significa que os direitos fundamentais atuam de modo a impedir que as comunicações sociais sejam encaminhadas às finalidades da burocracia estatal, em uma prestação funcional específica, que privilegia outros sistemas na consecução de seus interesses e outras fontes de poder da sociedade.

Essa distinção manifesta-se como uma diferença temporal e de substituição paradigmática em duas formas. A constituição surge ao direito como substituto funcional da noção de direito natural, com isso, ela o positiva. Ainda, há uma paradoxal função de criação e de limitação de liberdades, consentidas aos sistemas do Direito e da política, que reflete na diferença terminológica segundo a qual os direitos fundamentais são os direitos de liberdade positivados em uma ordem jurídico-concreta, fundada em um Estado.

Sob a diferença temporal, explica Neuenschwander (2008, p. 42, grifos do autor):

O direito, sobretudo “os direitos” constitucionalmente estabelecidos são válidos porque, fundados na Constituição, deixam-se projetar para o futuro de tal forma que, exatamente por isso, podem ser “efetivados” no presente.

Deste modo, a função desempenhada pelos direitos fundamentais se contrapõe ao dos direitos humanos, assim, cumpre o papel de realizar a manutenção da diferenciação social pelo seu caráter corretivo e de bloqueio, evitando a desdiferenciação funcional do sistema (Luhmann, 2010). Como explica Duarte Neto (2019), a desdiferenciação é o perfeito oposto da diferenciação funcional, ela acarreta a homogeneização do sistema. Isso significa que é um processo que leva à perda da autonomia, e ocorre motivado

pelas corrupções de códigos, instrumentalização ou colonização de um sistema por outro, e outros danos correlatos à perda da autopoiese do sistema.

Aqui, os direitos fundamentais atuam de forma impeditiva à corrupção do sistema político, pressupondo um estado de desenvolvimento da sociedade que existia anteriormente. A sua função, diretamente ligada aos meios de comunicação social, pressupõe a sua multiplicidade, o que significa dizer que eles não podem ser reduzidos a uma fórmula ideológica ou dogmática única. Por sua feita, a ordem social diferenciada deve fornecer o substrato para que os direitos fundamentais cumpram a sua função de generalizar a comunicação em quatro vertentes: 1) na autoapresentação (autonomia) da pessoa; 2) na formação de expectativas comportamentais confiáveis; 3) na satisfação econômica das necessidades; e 4) nas tomadas de decisão coletivamente vinculantes (Luhmann, 2010).

Como explica Lyra (2019), a função de preservação das comunicações é uma forma de garantir a institucionalização dos direitos e das garantias constitucionais, atuando em defesa das garantias de liberdade do atuar social.

Em uma acepção inicial (negativa), o Estado apresenta-se como a pré-condição de toda a liberdade, e os direitos fundamentais são estabelecidos para garantir a liberdade do Estado. Na organização estatal, a liberdade pode ser “racionalmente regulável” como um programa de decisão, que vem em resposta à criação de uma contrainstância — aqui entendida como monopólio de ameaça à liberdade, cuja repressão pressupõe a conquista positiva que pode ser efetivamente alcançada no papel da liberdade. O papel do Estado torna-se o de apreender essa ameaça à liberdade e dispersá-la na sociedade de maneira difusa e inapreensível de liberdade, tornando-a decidível (Luhmann, 2010).

Esse parâmetro se modifica, ampliando a *instituição* para uma dimensão positiva, alterando o foco unilateral dedicado ao Estado:

Em suma, a instituição dos direitos fundamentais, nas suas perspectivas subjetiva e objetiva, possibilitou que ditos direitos transitassem do marco negativo (defesa da liberdade), abrindo-se a uma dimensão nova – a objetiva

(prestacional) –, que o impele a irradiar-se, inclusive, às relações de direito privado (eficácia contra terceiros), não mais se direcionando – exclusiva e unilateralmente – contra o Estado, senão que envolvem normativos a toda ordem social, reclamando, inclusive, deveres de atuação estatal, conferindo, em suma, destaque ao princípio da proporcionalidade com uma intensa função protetora dos direitos fundamentais (Lyra, 2019, p. 252).

O processo de diferenciação e especificação do Estado como sistema de ação singular na sociedade, reflete no simbolismo dos direitos fundamentais. A diferenciação estrutural da sociedade é uma condição de possibilidade do Estado e não o contrário, já a dignidade e a liberdade nesse contexto se apresentam como patrimônios de direitos pré-estatais (*patrimonios-de-derechos preestatales*).

Aqui, acentua-se o papel da Constituição (albergada em acoplamento estrutural do Direito e da política) na recepção desse *instituto*, na forma de direitos positivados pelo código do lícito/ilícito. Esse papel, sobretudo, configura-se como núcleo intransponível no ordenamento jurídico, recebendo direta proteção mediante o controle de constitucionalidade (Mendes; Henriques; Pedron, 2019).

Em termos finais e gerais, o que se extrai, é uma teoria que aplica o método funcional em sociologia, oferecendo bases teóricas e uma técnica de investigação inovadora para os direitos fundamentais e a sociedade como um todo.

5. CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi o apresentar a forma de ser dos direitos fundamentais na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, para tanto, traçou uma lógica linear que perpassou pela compreensão da proposta dos sistemas sociais autopoieticos, pelo delineamento do sistema do direito, pelos acoplamentos estruturais presentes no caminho para a definição dos direitos fundamentais, e, por fim, pelo instituto em si.

Diante disso, ficou evidenciado que os direitos fundamentais são fruto da afirmação histórica dos direitos humanos, e são apresentados por Luhmann como *instituição*, na função de um complexo factual de expectativas comportamentais. Por sua vez, a Constituição é o documento que recepciona esses direitos por intermédio do código do lícito/ilícito, por conseguinte, apresenta-se na forma de um acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política, possibilitando o fechamento operativo desses sistemas.

Esses direitos exibem no sistema operativo do direito a codificação do lícito e do ilícito para pertencerem à positivação da Constituição, e, o que de curioso se percebe é que essa forma de estruturação dos direitos pode servir enquanto um contraponto às teorias que pregam a existência de conflitos entre direitos fundamentais. Aqui, um dos indivíduos presentes estará em situação de legalidade e o outro não estará. Essa dicotomia é o que possibilita a paradoxização do direito, por isso, mesmo não deve ser desparadoxada.

REFERÊNCIAS

DUARTE NETO, João Carneiro. **Política e Direito: disfuncionalidades sistêmicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il futuro della Costituzione**. Tradução Menelick de Carvalho Netto; Giancarlo Corsi; Raffaele De Giorgi. Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución; aportación a la sociología política**. Ciudad de México: Universidade Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins fontes, 2016.
LYRA, José Francisco Dias da Costa. A instituição dos direitos fundamentais na sociedade moderna após a declaração universal dos direitos humanos e constitucionalização dos direitos fundamentais: o problema da inclusão/exclusão. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 46, n. 146, Junho,

2019. Disponível em:

<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1028>. Acesso em: 14 jul. 2020.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de Justiça europeia**. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Dissertação (mestrado), 1994.

MENDES, J.; HENRIQUES, R.; PEDRON, F. O controle de constitucionalidade como mecanismo assecuratório dos direitos fundamentais à luz da teoria discursiva do Direito de Habermas. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 6, n. 01, p. e248, 12 jul. 2019. Doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i01.248>. Acesso em: 22 jul. 2020.

NEUENSCHWANDER, Juliana Magalhães. **A formação do conceito de Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2013.

NEUENSCHWANDER, Juliana Magalhães. O paradoxo dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p.29-64, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/30694/19812>. Acesso em: 13 jul. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud. A Função dos Tribunais Constitucionais para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Direito Público**, [S.l.], v. 3, n. 11, jan. 2010. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1331/797>. Acesso em: 14 jul. 2020.

PEDRON, Flavio Quinaud. Aula **Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**. 2020. (2h03min30s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TyTc7KbeZUw>. Acesso em 13 jul. 2020.

SILVA, Artur Stamford da. Moral da Sociedade. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas: vol. 4, n.1, 2016. Doi: <http://dx.doi.org/10.18316/2318-8081.16.19>. Acesso em: 21 jul. 2020.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Constituição, Estado Constitucional e Paradoxo: centro de controle e direção de uma sociedade policêntrica. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição especial, 2008. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/eec1f4133e53d07e431c8a4ab8956ca4.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Direitos humanos e moral: os valores morais nas fases de positivação e de aplicação dos direitos humanos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 21 jul. 2020.

SUBMETIDO | *SUBMITTED* | *SOMETIDO* | 30/03/2025

APROVADO | *APPROVED* | *APROBADO* | 30/06/2025

REVISÃO DE LÍNGUA | *LANGUAGE REVIEW* | *REVISIÓN DE LENGUAJE*

Emanuelle Araújo Martins Barros

SOBRE A AUTORA | *ABOUT THE AUTHOR* | *SOBRE EL AUTOR*

BÁRBARA D'ANGELES ALVES FAGUNDES

Faculdade Anhanguera Unopar, Guanambi, Bahia, Brasil.

Mestre em Direito pelo Centro Universitário dos Guararapes. Pós-graduanda em Direito Público pela Legale. Pós-Graduanda em Perícias Criminais e Medicina Legal pela Legale. Professora. E-mail: baahfagundes@hotmail.com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7992-6759>.