

**X ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA**

**EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS,
CULTURAS JURÍDICAS E MOVIMENTOS SOCIAIS**

ADRIANA FASOLO PILATI

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

E271

Efetividade dos direitos humanos, culturas jurídicas e movimentos sociais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati; Andrés Gascon Mcuencia – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-019-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS, CULTURAS JURÍDICAS E MOVIMENTOS SOCIAIS

Apresentação

O X Encontro Internacional do CONPEDI em VALÊNCIA – ESPANHA, dedicado ao tema “Crise do Estado Social”. O encontro, além de outras questões, se propôs analisar as circunstâncias políticas, econômicas e jurídicas relacionadas às adversidades do modelo de Estado Social. A reflexão propôs-se ainda a explicar em que medida a crise econômica, iniciada em por volta de 2008, tem afetado a União Européia e a América Latina.

O Grupo de Trabalho Efetividade dos Direitos Humanos, Culturas Jurídicas e Movimentos Sociais I, contou com a apresentação de 10 trabalhos, os quais propuseram reflexões sobre a efetividade das instituições internacionais no âmbito governança global; a instituição dos direitos humanos e fundamentais na sociedade moderna pós Declaração Universal dos Direitos Humanos; a internacionalização dos direitos humanos e o contributo das empresas frente às políticas estatais de concretização desses direitos por meio do desenvolvimento sustentável; o uso de precedentes estrangeiros como instrumento de acesso à justiça em defesa da dignidade da pessoa humana; a crise da democracia na América Latina e a redemocratização dos sistemas políticos a partir dos movimentos sócias; a crise dos imigrantes na europa; a proteção da criança e adolescente com transtorno de déficit de atenção; a sociedade, seus movimentos e a influência nas culturas jurídicas; os fractais jurídicos das pessoas; e o caso palamara iribarne vs. Chile e sua importância na consolidação da garantia do princípio do juiz natural em face da jurisdição militar

As comunicações efetuadas pelos participantes, de forma geral, demonstraram preocupação com os horizontes democráticos, tanto na dimensão teórica como na sua práxis. Abordam a necessidade de se fortalecer o regime democrático e as simultâneas ameaças que alguns fenômenos atuais produzem aos direitos humanos.

Enfim, os conteúdos explorados nos artigos assinalam a inquietação com a dinâmica da participação e democracia e a efetividade dos direitos humanos, principalmente diante de culturas representada por minorias. A riqueza dos enfoques teóricos e os múltiplos espectros temáticos abordados refletem a importância da investigação e da imersão acadêmica dos Programas de Pós-Graduação em Direito nos principais problemas em torno dos direitos humanos, culturas jurídicas e movimentos. Mais uma vez se observou e a necessidade de

criar redes nacionais e internacionais de pesquisa para arraigar diagnósticos e a busca de soluções para os problemas levantados dentro de eixos de análise comprometidos com olhares, saberes e epistemologias próprias para atender a realidade jurídica do Brasil.

Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati - UPF

Prof. Dr. Andrés Gascon Mcuena - UV

**A INSTITUIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA
SOCIEDADE MODERNA PÓS DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS
HUMANOS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E
FUNDAMENTAIS: O PROBLEMA DA INCLUSÃO/EXCLUSÃO**

**THE INSTITUTION OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN MODERN
SOCIETY AFTER THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS AND
THE CONSTITUCIONALIZATION OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS:
THE PROBLEM OF INCLUSION/EXCLUSION**

**Adalberto Narciso Hommerding
José Francisco Dias Da Costa Lyra**

Resumo

No presente ensaio analisa-se a instituição dos direitos humanos e fundamentais, herança das revoluções e da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Faz-se breve estudo dos direitos humanos e fundamentais como instituição social capaz de limitar os efeitos destrutivos da lógica excludente do mercado e estabelecer uma comunicação legítima na sociedade. Posteriormente, apresenta-se a diferenciação funcional como a marca da sociedade moderna. O estudo aborda o problema da inclusão/exclusão. Apresenta algumas considerações sobre o relevante papel dos direitos humanos e fundamentais na sociedade moderna, instituição que se estabelece para garantir a inclusão.

Palavras-chave: Direitos humanos, Direitos fundamentais, Sociedade moderna, Inclusão, Exclusão

Abstract/Resumen/Résumé

This essay examines the institution of human and fundamental rights, inheritance of revolutions and the Universal Declaration of Human Rights of 1948. A brief study of human and fundamental rights is made as a social institution capable of limiting the destructive effects of the exclusionary logic of the market establishing a legitimate communication in society. Subsequently, functional differentiation is presented as the hallmark of modern society. The study addresses the problem of inclusion/exclusion. It presents some considerations about the important role of human and fundamental rights in modern society, an institution that is established to guarantee inclusion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Fundamental rights, Modern society, Inclusion, Exclusion

INTRODUÇÃO: A INSTITUIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE MODERNA: CONTRIBUTOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DA TEORIA CONSTITUCIONAL

No ano de 2018 celebraram-se os aniversários de 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e de 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Tais aniversários convocam a uma reflexão sobre os avanços e retrocessos na efetivação dos direitos humanos e fundamentais, uma vez que a sociedade global, sob os imperativos da *lex mercatoria* (LAPORTA, 2014), tem ciência de que o âmbito de proteção de tais direitos avança de forma ambígua e precária: sempre se encontra sujeita a retrocessos, numa espécie de opacidade (CÁRCOVA, 2006, p. 47) provocada pela semântica da globalização. Apesar de tudo, é possível afirmar que a humanidade tem, sim, o que comemorar, em especial pelo fato de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sucessora de diversas revoluções e declarações de direitos, do ponto de vista normativo, conseguiu dar um impulso fundamental para o desenvolvimento do Direito Internacional do homem, inspirando um conjunto de pactos, convenções universais e regionais, em diversos continentes, ainda que o mundo continue registrando a existência e vigência de vários regimes autoritários e ditatoriais que primam pelo desrespeito aos direitos fundamentais, impondo, portanto, incessante trabalho na defesa dos direitos humanos e fundamentais. A América Latina, nesse sentido, parece ser um ponto importante de observação para o observador externo, pois a região convive com os problemas da exclusão social e marginalidade (NEVES, 2018) e, por vezes, com o do autoritarismo político que nela teima em fincar pé. O patrimônio que nos é legado pela Declaração diz com a consolidação constitucional dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e de governança global, criando, pois, uma tradição que, mesmo enfrentando obstáculos em seu caminho, continua empurrando adiante o Estado de Direito, ainda que direitos humanos e fundamentais constantemente sejam violados, como vem ocorrendo em zonas de conflitos e nos estados totalitários, do que constitui exemplo o trato que é dado aos movimentos migratórios pela governança global. A consolidação da edificação do Estado de Direito, centrado na defesa da dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2015, p. 170), raiz da própria concepção da natureza e das funções dos direitos humanos e fundamentais, deve, em muito, à gênese evolutiva dos direitos do homem (BIELEFELDT, 2000, p. 107) expressada nas chamadas dimensões ou gerações de direitos (BOBBIO, 1992). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim, em que pese todas as críticas que lhe possam ser endereçadas, contém em seu pano de fundo uma filosofia que

estabelece ser a luta pelos direitos humanos uma tarefa constante, séria e sempre urgente, em todos os cantos do planeta (HERRERA FLORES, 2004, p. 65-101). Os direitos humanos, nesse sentido, constituem um critério fundamental para a legitimação do poder pelo combate ao arbítrio e a insegurança. Na síntese, os direitos humanos e a Declaração Universal representam condições de possibilidade para a proteção de uma vida digna, reforçada normativamente pela gramática dos direitos humanos e fundamentais (SARLET, 2012, p. 30) que impõem uma obrigação moral ao Estado de levá-los a sério, respeitando-os. Respeitem-se, pois, os direitos humanos e fundamentais, na medida em que constituem um lugar formal de luta contra o arbítrio do poder e, do ponto de vista substancial, a possibilidade de concretização de determinados valores articulados em diferentes gerações (HAARSCHER, 1997, p. 123). Daí a oportunidade de uma reflexão de cunho mais sociológico acerca da efetivação dos direitos fundamentais nas sociedades, notadamente para destacar quais são os bloqueios que a impedem. Para tal fim, a distinção entre *Constituição normativa* (no aspecto material e formal) e *Constituição empírica* (válida e efetiva), utilizada por Dieter Grimm (2006, p. 39), pode aí ter espaço. Não constitui novidade alguma o fato de que o Estado ampliou e materializou suas tarefas ante a crescente complexidade e diferenciação das relações sociais, comprometendo-se com a justiça social e abandonando a tradicional função de mero garantidor da liberdade individual. Noutras palavras, o Estado, hoje, cumpre a importante função de mediar as relações sociais com o mercado (GRIMM, 2006, p. 40-41), evitando a *colonização do mundo da vida* (HABERMAS, 2003, p. 46) a partir da busca de um complicado *justo equilíbrio*, do que resulta a necessidade de incremento das suas funções com as devidas prestações sociais e econômicas que, numa palavra, correspondem à *inclusão*. O problema, no entanto, é que essas novas funções regulativas, principalmente no que diz com as políticas de redistribuição, não vieram devidamente acompanhadas do aumento da capacidade de ordenação do Estado. Ao contrário, o cenário atual, tanto no âmbito nacional como no global, apresenta-se fragmentado (TEUBNER, 2005), na medida em que o Estado, no âmbito do poder decisório, passa a concorrer com forças sociais poderosas, com os novos agentes sociais não oficiais, tais como a mídia, os grupos de protestos e as organizações privadas (GRIMM, 2006, p. 62-65). Como o Estado não é capaz de prover integralmente os direitos humanos e fundamentais (TEUBNER, 2016) – já que os implementa parcial e limitadamente –, passa, então, a concorrer com outros sistemas parciais, em especial o sistema econômico, perdendo, portanto, em termos de validade (GRIMM, 2006, p. 185-187) no que diz com o sistema de Direito. Esse tipo de observação não impede se possa assumir a ideia de que o Estado constitucional, que varia de região para região, efetivamente tenha uma *vocação*

cívica e universal (HÄBERLE, 1998, p. 67) centrada primordialmente na jurisdição constitucional, na concepção dos direitos humanos e fundamentais e na cultura política. Essas instituições constituem verdadeiros patrimônios da humanidade, na medida em que a democracia e os direitos humanos e fundamentais acabam modelando o perfil material e processual do bem comum estatal, domesticando, na medida do possível, o mercado. É por essa ótica que, ao discorrer sobre o significado da Revolução Francesa de 1789, Peter Häberle (1998, p. 37) aponta que a teoria do Estado constitucional, entendida como uma ciência cultural, nas suas três dimensões (histórica, atual e futura), está inserida numa linha de continuidade. A teoria da Constituição, para Häberle, é uma ciência dos Estados constitucionais, na qual aportam os direitos do homem e do cidadão: os fins próprios do Estado social de Direito, da cultura e da democracia liberal. Logo, a Constituição não só constitui e delimita o poder, mas o próprio contexto cultural, pois não é uma ordem direcionada exclusivamente para juristas - via processo de interpretação -, senão que atua como guia para o cidadão e os grupos sociais: é expressão de uma cultura dinâmica. Portanto, as constituições vivas respondem a uma construção da interpretação aberta da sociedade, marco para a reprodução cultural dos povos (HÄBERLE, 1998, p. 45-46), mesmo sob os influxos da diferenciação social e do aumento da complexidade. Por esse viés, então, os direitos humanos e fundamentais apresentam-se como uma *instituição social* que se relaciona com o desenvolvimento civilizatório da sociedade na medida em que estabelecem uma verdadeira comunicação assentada no ideal do bem comum, consolidando-se como uma estrutura social da sociedade que atende à função de condensar um conjunto de expectativas de comportamento sociais minimamente consensuais e que são fundamentais para a manutenção da coesão social, ou seja, um direito a segurança, que Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 291-335) denomina de direito à proteção por meio de prestações normativas e materiais, exigência que decorre do princípio da dignidade da pessoa, necessária em face de uma realidade social marcada pelo pluralismo e pelo dissenso, notadamente sobre questões morais. Logo, a instituição dos direitos humanos e fundamentais – que, para Niklas Luhmann (2010, p. 85-86), mais que um feixe de normas, simboliza um conjunto de expectativas de comportamentos institucionalizados (tais como a liberdade de expressão, a proteção da propriedade privada, a igualdade, os direitos sociais, dentre outros) - servem para atualização/resolução de situações concretas (DENNINGER; GRIMM, 2007, p. 53), integrando, portanto, a estrutura dos sistemas sociais (LUHMANN, 2010, p. 85-85). Com efeito, em ordens sociais complexas como a sociedade atual, que experimentam diferenciação funcional, os sistemas sociais, como, por exemplo, o sistema político e o sistema jurídico,

especializam-se para cumprir uma determinada função. Nesse aspecto, espera-se do Direito que mantenha as expectativas normativas quanto à sua possível violação, mantendo, assim, a vigência do ordenamento jurídico. Já à política compete programar, finalisticamente, o Estado, dispondo sobre fins e programas sociais que devem ser observados pela administração estatal, cumprindo que se destaque que a sociedade já não dispõe de um órgão central (nem mesmo o Estado moderno dispõe de tal protagonismo), o que se dá pelo processo de fragmentação em curso (inclusive do próprio Direito). Assim, o poder de tomada de decisões vinculantes termina por deslizar para os demais sistemas sociais da sociedade, que passam a se orientar por determinadas prestações sociais. Sob essa perspectiva, na atual ordem industrial e burocrática, os direitos fundamentais consolidam-se como uma instituição que permite uma comunicação aberta à diferenciação e à alteração, a fim de se atender às novas demandas sociais da atual sociedade tecnológica e lidar com os riscos que ela produz diante do avanço científico. Para Luhmann (2010, p. 99), a garantia de liberdade não é outra coisa senão a garantia de possibilidade da comunicação, que deve poder externar-se nos diversos sistemas sociais que ordenam a vida em sociedade. Por isso os direitos fundamentais, que estão intimamente ligados ao desenvolvimento civilizatório da sociedade, impedem que as comunicações se orientem por fins particularistas e ilegítimos da burocracia estatal, vedando o fenômeno da desdiferenciação do sistema, que pode ocorrer, por exemplo, quando o Direito é politizado ou passa a atender a indevidas injunções econômicas, religiosas etc., perdendo, assim, a sua autonomia. No limite, na lógica luhmanniana, os direitos humanos e fundamentais cumprem a importante função corretiva e bloqueadora do perigo da perda da autonomia funcional do sistema jurídico, preservando a comunicação como forma de garantir a institucionalização dos direitos e garantias constitucionais, em defesa das garantias de liberdade do atuar social (GRIMM, 2006, p. 89). Nessa perspectiva, segundo Luhmann, em uma ordem social diferenciada, os direitos fundamentais devem generalizar a comunicação em quatro esferas: a) preservando a autonomia e a representação pessoal da pessoa; b) garantindo o respeito à formação de expectativas confiáveis de comportamento social; c) permitindo a satisfação das necessidades econômicas; d) preservando a possibilidade de participação e tomada de decisões coletivas. Logo, a partir de tais generalizações, evita-se a corrupção do sistema: indevidas intromissões de um sistema em outros subsistemas sociais (LUHMANN, 2010, p. 115-117). Em suma, a instituição dos direitos humanos e fundamentais, nas suas perspectivas *subjetiva* e *objetiva* (PEREZ LUÑO, 2004, p. 25-26), possibilitou que tais direitos transitassem do marco negativo (defesa da liberdade), abrindo-se a uma dimensão nova, a objetiva ou prestacional, que os impele a se irradiar, inclusive, às

relações de direito privado (eficácia contra terceiros) (SARMENTO, 2006), não mais se direcionando, portanto, exclusiva e unilateralmente, contra o Estado, já que passam a se tornar normativos para toda a ordem social, reclamando, inclusive, deveres de atuação estatal. Daí o destaque que a doutrina confere, por exemplo, ao denominado *princípio da proporcionalidade*, cuja função é a de proteger direitos humanos e fundamentais. No limite, a instituição dos direitos fundamentais abarca, além da proteção individual do indivíduo, determinados princípios morais, decisivos à ordem social (LUHMANN, 2010, p. 322), servindo de base, por exemplo, às teorias da legislação, que defendem a necessidade de os legisladores assumirem a responsabilidade política de respeitá-los, e às teorias da decisão, que auxiliam os juízes no processo argumentativo que leva à decisão dos casos concretos (LUHMANN, 2010, p. 323-330; GRIMM, 2006, p. 69). Apesar do reconhecimento do caráter normativo da instituição dos direitos humanos e fundamentais, da consolidação do Estado de Direito e da importância dada à jurisdição constitucional – o que se pode constatar diariamente na experiência cotidiana e na realidade jurídico-política –, a crescente complexidade da atual sociedade tecnológica e informacional parece apresentar mais uma fonte de problemas. É que o progresso científico e técnico produz efeitos relevantes no âmbito dos direitos humanos e fundamentais, em especial porque criam novas fontes de risco (humano e social) e porque introduzem uma série de ameaças às liberdades garantidas pelos direitos fundamentais que, segundo Dieter Grimm (2006, p. 166-167), não dispõem de sensores para avaliar os custos externos, restando relativizado, por exemplo, o princípio da reserva da lei. Para Grimm, a validade dos direitos fundamentais não se explica a partir de um imperialismo da disciplina jurídico-constitucional, mas, sim, desde um ponto de vista de uma mudança de relação na liberdade individual, que se dá pela absoluta necessidade. Nessa perspectiva, podem ser apontadas como relevantes tanto a engenharia genética como a Internet e as novas formas tecnológicas de comunicação, a monetarização da questão social, a questão ambiental (SARLET, 2017), dentre outras. A complexidade social, como se sabe, é impulsionada pela técnica e pela ciência. Isso produz um déficit do autogoverno social, motivo pelo qual o desenvolvimento da liberdade nos diversos âmbitos (ou sistemas sociais) fica dependente da ação estatal. Não é por outra razão que os direitos humanos e fundamentais se convertem em princípios retores das organizações e instituições públicas ou privadas: instituições de ensino, empresas de comunicação e radiodifusão, empresas, fábricas etc. (GRIMM, 2006, p. 165-166), concorrendo, portanto, com outras instituições sociais na formatação da vida em sociedade. Veja-se que, com a diferenciação social e o surgimento de sistemas sociais complexos, o Estado somente possui meios indiretos de controle e

planificação social. Assim, tal perda de poder pode colocar em perigo os direitos humanos e fundamentais, que, então, ficam sem medidas protetivas do Estado, esvaziando-se, com isso, sua validade ou eficácia. Quando isso ocorre, o Estado não mais consegue promover, diretamente, a inclusão da população na órbita das prestações dos sistemas sociais parciais (GRIMM, 2006, p. 187-188), passando a depender, portanto, da colaboração dos demais sistemas da sociedade, restando a garantia dos direitos jogada num espaço ambivalente e incerto. Veja-se que isso, no entanto, não abala a sua relevância, mas, paradoxalmente, destaca a importância do sistema de direitos. No fim das contas, é possível afirmar que, na sociedade moderna, além da ação estatal e da sensibilidade dos sistemas sociais, a inclusão depende, em grande medida, do *sucesso pessoal*. Daí o porquê de no Brasil e na América Latina, em face de uma *marginalização generalizada* (ou exclusão), a Constituição não se concretizar fática e normativamente, adquirindo, ao contrário, um simbolismo negativo, postergando a efetivação de segurança em termos de direitos humanos e fundamentais. E daí também por que a efetiva validade da instituição dos direitos humanos e fundamentais na modernidade, especialmente na periferia, depende, em larga medida, da superação do metacódigo inclusão/exclusão, destacadamente pelo fato de que a inclusão é dependente do agir social experimentado pelo indivíduo nos diversos subsistemas sociais, não repousando mais, centralmente, na ação estatal. Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar as transformações sociais experimentadas pela sociedade moderna no seu processo evolutivo, partindo da sociedade tribal e chegando na sociedade diferenciada estruturalmente, para, segundo, tentar demonstrar que em sociedades diferenciadas a efetivação dos direitos fundamentais somente se dá com a inclusão das pessoas no âmbito dos sistemas parciais, operação mediatizada pelo código inclusão/exclusão. O texto é desenvolvido a partir do método dialético, pela análise das dimensões históricas, da integração entre os fenômenos, da contradição e da transformação, possibilitando uma interpretação dinâmica e contextualizada da realidade (PRODANOV; FREITAS, 2013). No tocante aos procedimentos metodológicos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental, explorada a partir da técnica de conteúdo, incluindo os processos de pré-análise (organização do material colhido), descrição analítica (estudo dos referenciais teóricos colhidos) e interpretação referencial (relação do material referencial com as variáveis, totalidade e contexto dos temas analisados) (BARDIN, 1979). Busca-se averiguar, dentro da perspectiva sistêmica, o desafio do Estado de bem-estar na modernidade em enfrentar o problema da exclusão, que se dá, de forma grave, nos países periféricos, comprometendo a efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

1 A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL COMO AQUISIÇÃO EVOLUTIVA DA SOCIEDADE MODERNA

Em se adotando a ideia de que a modernidade é um processo inconcluso, um projeto inacabado, não havendo, pois, que se falar em seu fechamento ou em sua abertura para uma nova fase (HABERMAS, 2000; HABERMAS, 2003, p. 44-63; HABERMAS, 1983) - como pretendem os partidários da semântica da pós-modernidade (HARVEY, 2008, p. 45-109) -, é possível afirmar que a sociedade experimenta um vertiginoso aumento na sua complexidade. O gigantismo do mercado global (envolvendo o consumo de mercadorias, padrões culturais e trocas de informações; comunicação global e cultura de massas) (BECK, 2006, p. 71) e o protagonismo inédito dos *mass media* (LIPOVETSKY, 2004) consolidam, assim, a sociedade mundial globalizando-a também no que diz com os riscos. Esse processo evolutivo da sociedade, do ponto de vista sociológico, corresponde ao conceito de diferenciação social (LUHMANN, 2005): aquisições evolutivas que distinguem as sociedades atuais das predecessoras; distinção essa que repousa no desenvolvimento pleno (a completa industrialização operacionalizada nos países centrais). Trata-se de uma nova ordem que, em face da diferenciação funcional, padece da existência de grandes relatos (LYOTARD, 2006), tais como o fundamento teológico da existência do mundo – que se perde -, fragmentando-se os códigos morais em prol de pequenos jogos de linguagem e se caracterizando pelo surgimento de sistemas parciais na sociedade. Para Niklas Luhmann (2007, p. 483-484), em razão da riqueza histórica das sociedades pré-modernas e da diversidade de suas configurações empíricas, todo o intento de classificar a sociedade a partir de afirmação de etapas estaria, pois, fadado ao fracasso. Por tal razão, Luhmann utiliza o conceito de diferenciação sistêmica na busca de uma abertura às possibilidades evolutivas; vale-se do conceito de formas de diferenciação, operando uma distinção que separa os âmbitos sistema/entorno. Logo, poder-se-ia afirmar e comprovar que em todo o sistema social deve existir uma forma de dominação predominante, que distribui as possibilidades de evolução do sistema e de diferenciações adicionais. Assim, as denominadas sociedades segmentárias ou tribais surgem pelo fato de que a sociedade se articula em sistemas parciais, que são, em princípio, igualitários, formando-se reciprocamente. Tal composição, de certa forma, pressupõe a constituição de famílias, unidade artificiais que encobrem diferenças naturais de sexo, idade etc. Nesse modelo, a família ou a tribo constituem a forma da diferenciação da sociedade, bastando para a constituição do sistema a reprodução demográfica. As unidades, então, formam-se em três planos: família, povoados e tribos. Segundo Luhmann (2007, p.

506-511), na diferenciação segmentária, os indivíduos ocupam uma posição fixa na ordem social, que não se altera, não havendo possibilidade de carreira ou ascensão social. A inclusão dá-se, então, pela comunicação e integração nos grupos sociais (diferença entre o familiar e o desconhecido, que é o inimigo). Nas sociedades tribais, que se formavam dentro de limites estreitamente especificados (um mundo pequeno), a diferenciação funcional, portanto, repousava na dicotomia entre o familiar (família/tribo) e o desconhecido (inimigo), sendo o controle social exercido por base religiosa, magia e respeito aos deuses (LUHMANN, 2007, p. 511-512). Com o surgimento das desigualdades ou a partir da quebra da base de reciprocidade, que provocava exclusão dos indivíduos do grupo social, viria a surgir, então, as denominadas sociedades estratificadas. Luhmann, nesse particular, refuta a conclusão no sentido de que a causa do surgimento da estratificação seja somente o aumento da densidade demográfica (crescimento da população) ou o volume da sociedade (ARON, 2008, p. 472). Para ele, o fator mais relevante foi a reversão das situações do princípio da igualdade da ordem segmentária, o que teria provocado conflitos e confrontos bélicos, ou no interior das próprias tribos, ou de umas contra as outras (LUHMANN, 2007, p. 521). A deformação das regras de reciprocidade, portanto, é que teria impulsionado a evolução da sociedade a uma nova ordem. É que, com a formação de grandes reinos, nos quais se mesclam as diversas formas de diferenciação baseadas nas desigualdades, vem surgir a diferença centro/periferia da estratificação, bem como a ideia de um domínio sustentado na burocracia, conferindo-se legitimidade de poder aos dominadores. Forja-se, assim, uma nova ordem social organizada em estratos, com um império do aparato burocrático, inclusive com a formação da burocracia dos cargos. Em tal ordem, porém, a posição ocupada pelos indivíduos já não é tão fixa como nas segmentárias, havendo certa mobilidade, o que possibilita certo acesso à educação e à carreira social, embora se mantenha a propriedade privada das terras pela nobreza (LUHMANN, 2007, p. 534-535). Sob o domínio da estratificação, a inclusão dos seres humanos, então, dá-se de acordo com sua classe social, que fixa as inclusões e exclusões a respeito dos sistemas parciais: só pode pertencer a um estrato social quem é excluído dos outros. Também, sob tal orientação, já há certa independência da ordem econômica com relação à ordem doméstica a partir da criação de comunidades de provisão e distribuição, com uma diferença sensível entre nobreza e gente comum, ou seja, de seres com dignidade e de seres sem dignidade, estabelecendo-se, portanto, uma relação assimétrica (LUHMANN, 2007, p. 545-555). As sociedades funcionalmente diferenciadas ou modernas, por sua vez, estabelecem-se pelo processo evolutivo da alta complexidade que liquida os vínculos temporais e sociais do velho mundo, cuja integração social passa a ser mediada agora por

organizações, e não mais pelo coletivo das classes sociais. Logo, os indivíduos já não mais podem ser distribuídos por famílias ou classes sociais, pois não é possível colocar um indivíduo dentro de um único sistema parcial, como, por exemplo, o direito, a política ou a economia. É por esse motivo que Luhmann irá afirmar que a sociedade não é constituída por indivíduos (são conceituados como o entorno da sociedade), senão por sistemas parciais, que possuem uma função e identidade próprias, atuando com autonomia e dependência com relação ao seu entorno e aos demais sistemas. Nesse sentido, cada sistema de função tem a ver com o entorno da sociedade, diferenciando-se para cumprir uma função específica. Daí o porquê de se poder falar em uma primazia funcional, que renuncia a uma hierarquia vinculante para os demais sistemas (LUHMANN, 2007, p. 586-592). No pensamento sistêmico luhmanniano, a sociedade moderna é extremamente complexa, notadamente pelo fato de que convive com uma crescente diferenciação funcional. Forjam-se, no seu processo evolutivo (considerando-se a sociedade como um sistema total e abarcador), subsistemas parciais que possuem a função de reduzir a alta complexidade. Com a ajuda da teoria da *autopoiesis* social (ou do fechamento operacional de cada sistema, com o objetivo de adquirir mais informação e condensar conhecimento), é que os sistemas parciais, então, estarão em condições de enfrentar a sua própria complexidade. Assim, ao Direito (e seu código *Recht/Unrecht*) corresponde a função de manter as expectativas normativas contra eventuais desenganos; à economia (e seu código oferta/escassez), a função de regular os preços e o próprio mercado; à política (e seu código governo/oposição), a função de programar a sociedade e/ou os fins sociais da política governamental. A *autopoiesis*, portanto, é um princípio formador de um sistema. Por isso que, para Luhmann, na dimensão social, a aquisição de maior complexidade é aquela que se apoia na exclusão operativa dos homens da sociedade, cumprindo a cada sistema funcional refletir a inclusão de todos os indivíduos unicamente pelas suas próprias operações (LUHMANN, 2007, p. 605-606). Em suma, os sistemas funcionais observam as suas próprias operações, já que, na Economia, por exemplo, podem-se identificar, mutuamente e por meio das regras do mercado, os preços que se formam; na política, filtram-se todas as informações veiculadas pela opinião pública; na ciência, podem-se observar as publicações e os artigos, e assim por diante. Os sistemas funcionais, portanto, é que estabelecem suas respectivas formas e oportunidades de auto-observação (LUHMANN, 2007, p. 607-609). Não é por outra razão que o conceito de diferenciação social desempenha um papel fundamental à Sociologia para representar o sistema da sociedade, que já não pode mais ser descrita a partir de um sentido unitário último (LUHMANN, 1998, p. 167-168). No resumo, é possível afirmar que o primado da

diferenciação social, como forma de diferenciação sistêmica, tornou-se autoevidente (TORRES JÚNIOR, 2013, p. 219-248), e isso de tal maneira que os sistemas sociais estão em condições de dispensar qualquer fundamento externo, pois são os subsistemas sociais que passam a cuidar dos problemas fundamentais da sociedade. As formas anteriores, em especial a divisão por classes sociais, somente contam, então, como diferenciações secundárias, deixando em aberto o lugar da desigualdade social (TORRES JÚNIOR, 2013, p. 219). Por isso – e aqui a lição é emprestada de Marcelo Neves – é que o aumento da complexidade está intimamente relacionado à diferenciação social da sociedade moderna, sendo possível afirmar que a própria evolução da sociedade se relaciona com a diferenciação funcional, que é a resposta racional a tal processo evolutivo na sociedade moderna (TORRES JÚNIOR, 2013, p. 200). Nessa perspectiva, a coordenação social dá-se pelo recurso dos sistemas sociais e dependente do efetivo acesso a ditos subsistemas da sociedade (LUHMANN, 2007, p. 47-48). Logo, o Estado de bem-estar, que se caracteriza em conferir um rol extenso de direitos fundamentais à população, para sua legitimidade e eficácia necessita também da incorporação da população aos distintos sistemas funcionais da sociedade. Aqui, o problema todo repousa no fato de que cumpre, individualmente, às pessoas, sob o signo da igualdade, habitar o sistema da religião, da economia, da ciência, da educação, da política etc., mesmo vivendo fora deles. A sua existência social ou o seu modo de vida reclamam acesso a tais sistemas funcionais. Por essa razão a pretensão de efetivação dos direitos humanos e fundamentais é formulada pelo princípio sociológico da inclusão, já que a incorporação (ou controle social) da população global aos sistemas sociais passa pela atuação dos diversos sistemas funcionais. Sob essa perspectiva, a realização do princípio da inclusão por meio da política estatal, fundamento do Estado de bem-estar, somente pode ocorrer com a crescente incorporação de necessidades e interesses do povo na esfera dos temas políticos realizáveis (LUHMANN, 2007, p. 48-50).

2 O ESTADO DE BEM-ESTAR E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: A QUESTÃO SOCIAL E O PROBLEMA DA EXCLUSÃO

A inclusão, explica Luhmann (2007, p. 50-42), é um *princípio aberto*. Com o advento do Estado de bem-estar e a conseqüente positivação dos direitos humanos e fundamentais, resta assentado que toda pessoa merece atenção política. O problema é que não se diz *como* se dá essa atenção. Por isso a atividade política tem de seguir tematizando e selecionando interesses, seguindo o princípio da *compensação das desigualdades* ocasionadas

pelo processo de modernização, buscando a igualdade e a segurança, enfim, o bem-estar da sociedade. Cumpre à política estatal, pela inclusão, mesmo que não possa garantir uma pretensão jurídica a todos os aspectos da vida, conferir claridade a tais pretensões, procurando, sob condições de alta complexidade social, combinar um avanço na realização política, na produtividade econômica e no progresso científico; enfim, buscar o desenvolvimento com os repertórios de possibilidades de vida pessoais. O tema da integração social, porém, é substituído pela distinção inclusão/exclusão, na medida em que as condições de inclusão variam de acordo com a diferenciação da sociedade, que, como visto, já não pode mais ser orientada de forma hierárquica ou linear, tal como ocorria nas sociedades tradicionais. Em tempos modernos, portanto, as inclusões tornam-se mais individualizadas (seguindo o princípio da igualdade/liberdade), o que termina por passar a impressão de que a sociedade moderna oferece uma plena inclusão a todos os seres humanos. Na complexidade moderna, a inclusão depende, todavia, de oportunidades de comunicação altamente diferenciadas (LUHMANN, 2007, P. 490-491), o que implica reconhecer que as desigualdades sociais tendem a aumentar significativamente, podendo chegar a formas radicais de exclusão, tais como a invisibilidade social ou a negativa de reconhecimento. Em uma sociedade fundada na comunicação, a exclusão – e aqui a lição é de Rudolf Stichweh (2013, p. 51-73) - significa que um indivíduo não mais é considerado destinatário de operações comunicativas. É o que ocorre, por exemplo, em determinadas regiões, tais como o Brasil e a América Latina, que não desenvolveram suficientemente (com autonomia) os sistemas funcionais parciais (NEVES, 2018, p. 99). Quem estuda Niklas Luhmann sabe que ele se inspira no conceito de *forma*, de Spencer Brown (LUHMANN, 2013, p. 15-50). Brown destaca que nas observações é indicado um dos dois lados de uma distinção, sempre pressupondo que a indicação de um pressupõe o outro (algo que é excluído). A integração social, por esse prisma, dá-se pela distinção inclusão/exclusão (sem um sentido de unidade, de uma integração forjada no contrato social ou de um consenso moral fundante). A inclusão, assim, é o outro lado da forma exclusão, definida a partir de uma distinção do observador (LUHMANN, 2007, p. 492). A inclusão, então, é a *face interna* de uma forma, cuja face externa é a exclusão (LUHMANN, 1998, p. 171-172). Logo, somente se pode falar em inclusão se houver exclusão, ou seja, relacionando a diferença inclusão/exclusão. Por outro ponto de vista, a inclusão relaciona-se com o modo ou a maneira de indicar o contexto comunicativo dos seres humanos, relevantes politicamente, referindo-se ao modo com que são tratados como *pessoas*. Portanto, na sociedade moderna, a forma inclusão/exclusão é um supercódigo que orienta, primariamente, toda e qualquer observação da sociedade

(LUHMANN, 1998, p. 191; NEVES, 2014, p. 180-183). Em uma breve síntese, ao se entender que a sociedade moderna, estruturalmente, experimenta uma diferenciação funcional, tendo, por isso, que renunciar a uma regulação uniforme e central, ou a um controle social centralizado no Estado, confiando, portanto, a inclusão (ou reconhecimento) das pessoas na sociedade a seus subsistemas parciais (explicando: a participação no sistema econômico é regida por meio da renda e propriedade; a formação das famílias, a cargo das próprias pessoas e do seu desejo de se unirem; a relevância política, ao exercício da capacidade política ativa - eleitor – ou passiva), será possível entender, também, que a inclusão já não mais é regulada de maneira socialmente unitária, uma vez que cada sistema funcional individual regula as suas próprias formas de inclusão. Por sua vez, a exclusão, que também é multidimensional, não decorre, então, de uma segregação compacta, tais como a de negros, pobres ou desempregados. Ao contrário, a exclusão é uma realidade cumulativa nas sociedades globais (STICHWEH, 2013, p. 58). Sob essa ótica, o código inclusão/exclusão refere-se ao modo pelo qual os seres humanos – no contexto comunicativo e no acesso aos subsistemas sociais – adquirem significado ou relevância social, predicando, em suma, a forma com que os seres humanos são tratados como *pessoas* (LUHMANN, 2007, p. 500-501; GARCÍA BLANCO, 2012, p. 43-71). Não é por outra razão que, desde os princípios da Idade Moderna, confere-se, cada vez mais, uma vital importância à política de inclusão, germe do Estado de bem-estar e representativa do processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais. A importância da inclusão, assim, repousa na resposta que se dá à diferenciação social, entendida como uma resposta racional que busca reduzir a crescente complexidade da sociedade mundial, podendo, no entanto, revelar-se insuficiente, fracassando, com isso, a diferença ou a distinção que se pretendia realizar (NEVES, 2012, p. 200). Nessa perspectiva, a título de exemplificação, vale destacar o caso do Brasil, onde se convive com uma complexidade desorganizada e com sérios problemas sociais, tais como a corrupção política e seu populismo patrimonialista (FERRAJOLI, 2014, p. 29), o tráfico de drogas, o aumento da criminalidade e dos delitos violentos contra a pessoa, que chegam, em alguns casos, à edificação de um verdadeiro Estado paralelo; problemas, diga-se, talvez mais complicados do que aqueles enfrentados pelos países de modernidade central (NEVES, 2012, p. 201), tais como imigração, terrorismo e desemprego. No caso da América Latina e, em especial, no do Brasil, o que se percebe, portanto, é uma incapacidade dos sistemas sociais para enfrentar e reduzir adequadamente a complexidade, que, à evidência, não é ordenada racionalmente. A pobreza e a miséria, em contextos como o latino-americano, produzem uma grande indiferença em face do código jurídico (*Recht/Unrecht*). Daí por que não parece ser

adequado interpretá-las como uma predileção pela criminalidade (NEVES, 2012, p. 191), mas, sim, como *indiferença*, como *complexidade não organizada*. A pergunta, portanto, que deve ser feita é a que é colocada por Luhmann: o que significa para o sistema jurídico (e também para a polícia) e para o sistema político - como organizações vinculadas à forma inclusão/exclusão - o fato de que, no âmbito da exclusão, tenha havido a perda de sua vinculação aos princípios do Estado de Direito, passando, assim, a vivenciar um agir social em desacordo com a lei? Eis aí um caminho, quem sabe, para a Sociologia, para a Filosofia do Direito e para a ciência jurídica: prestar atenção no trato da inclusão e na sua *sombra lógica*, que é a exclusão. Afinal, nas sociedades modernas, no âmbito da exclusão, há seres humanos que não são considerados pessoas, mas *meros corpos* (NEVES, 2012, p. 193). A conclusão, por conseguinte, é a de que, sob os influxos da exclusão - e nesse particular Luhmann exemplifica a percepção de um observador quando passeia por uma grande cidade brasileira, possivelmente se referindo ao Rio de Janeiro e suas favelas, notadamente quando vislumbra a arquitetura social e a separação e aglomeração de pessoas -, as pessoas não conseguem dispor de competência social para acessar os subsistemas sociais. Com isso, a sociabilidade termina por adquirir outra forma, alterando a própria comunicação, produzindo - o que é mais grave - um *adestramento* da percepção da exclusão, o que pode influenciar comportamentos de riscos, violência, surgimento de outros valores e certa indiferença no tocante à consideração da vida alheia. Com o bloqueio da comunicação, as coordenações dos sistemas funcionais deixam de ser procedentes, liberando-se, assim, as *forças instintivas primárias* (NEVES, 2012, p. 194-195). Dito de outro modo - e aqui se concorda com Luhmann uma vez mais -, a exclusão priva as pessoas do acesso aos sistemas funcionais, negando a elas o reconhecimento elementar, reduzindo-as a um mero corpo, ou seja, a uma vida sem significação social, introduzindo, com o bloqueio da comunicação, uma nova sociabilidade e outros valores, tais como a violência e a selvageria, ou seja, os instintos pulsionais. É bem verdade que a sociedade moderna e sua diferenciação funcional incluem, sob o princípio da igualdade, o acesso de todas as pessoas aos sistemas prestacionais da sociedade. Com isso, de certa forma, não se poderia mais falar em exclusão, ao menos nos países centrais. Atualmente, no entanto, já é possível vislumbrar, no cenário global, uma periferização de tais países, o que leva a se admitir, como o faz Luhmann, que até mesmo países industrializados e em desenvolvimento contam hoje com uma deficiente autonomia dos sistemas funcionais, com a exclusão de determinadas pessoas da rede protetora do Estado de bem-estar, o que, dependendo da radicalidade da exclusão, pode fazer com que sejam reduzidas a uma mera existência corporal.

3 ALGUMAS CONCLUSÕES

1) A diferenciação funcional, característica marcante da sociedade moderna, exige que os sistemas e seus aparatos organizativos funcionem, isto é, que sejam capazes de organizar a complexidade existente no seu entorno, na medida em que somente com a autonomia funcional é que o sistema pode estruturar-se para absorver a complexidade (LUHMANN, 1998, p. 37). É a autorreferência funcional que permite ao sistema do direito se diferenciar do subsistema da política (delimitando a legalidade dos fins e objetivos políticos do Estado), do sistema da economia (e sua relação oferta/escassez), enfim, dos demais sistemas parciais da sociedade, conferindo-lhe condições para operacionalizar, pela aplicação da Constituição e realização dos direitos humanos e fundamentais (LUHMANN, 2010, p. 99), o *acoplamento estrutural* entre a política e o Direito. É pelo acoplamento estrutural que o Direito pode programar a política ou conferir fins políticos ao sistema jurídico. Isso se dá pela interpretação e aplicação dos princípios constitucionais e também pelo que se convencionou chamar judicialização da política (LUHMANN, 2007, p. 615-625). Para que o sistema, todavia, possa cumprir suas funções, não pode ser invadido por outro sistema, fenômeno que ocorre, por exemplo, quando o sistema jurídico passa a ser colonizado pela economia ou quando a política é capturada pelo mercado, fato que se pode vislumbrar atualmente no cenário da globalização. Há que se cuidar para que a dita integração econômica do mundo – que, a nosso ver, também é importante - não se transforme num novo *jogo de violência e poder*, consoante a advertência de Friedrich Müller (2006, P. 208-218). Para Müller, a captura da política pelo mercado é uma aplicação abstrata e brutal dos modelos econômicos e da ideologia dominante dos países centrais, o que leva à exclusão contingentes gigantescos de pessoas que passam a se tornar supérfluas, excluídas, deixando tais indivíduos e grupos, portanto, de ser integrados comunicativamente no modelo representativo da democracia. Por essa ótica, a globalização pode prejudicar as economias desenvolvidas e pode ser fatal para as sociedades em transição, pois o capital acaba atropelando os governos e parlamentos, em especial em questões vitais, como, por exemplo, as de proteção ambiental, avolumando, assim, os problemas tradicionais não resolvidos, tais como aumentando a desigualdade, os desastres ecológicos, a violência, o terrorismo (MÜLLER, 2006, p. 215) etc. Isso corresponde ao estado de corrupção sistêmica, que priva o sistema de sua autonomia e produz exclusão, na medida em que as redes de interesses privados ou setoriais, notadamente econômicas, passam

a decidir sobre as políticas de inclusão, com sérios prejuízos aos direitos humanos e fundamentais (LUHMANN, 1998, p. 186).

2) A diferenciação da sociedade moderna em numerosos subsistemas, que atuam de forma autônoma, em especial o sistema econômico e o mercado global, pode terminar por colocar em xeque o Estado-nação, minando sua forma organizacional, uma vez que o que realmente é relevante já não mais pode ser limitado material e territorialmente, notadamente a ecologia e o trabalho global. É o deslocamento rumo à desmaterialização da produção, à desterritorialização no aparelho de controle, à desnacionalização da ideia de soberania, reduzindo, significativamente, as possibilidades de decisões vinculativas do Estado. Em suma, a diferenciação sistêmica ou funcional da sociedade já não é mais uma construção intelectual despida de realidade, como pontua Böckenförde (2000, p. 110). Ao contrário, é o retrato da sociedade atual. A discussão sobre a efetivação dos direitos humanos e fundamentais, portanto, deve estar atenta para essa orientação sociológica, que sinaliza que o desenvolvimento da sociedade industrial se caracteriza por uma crescente diferenciação em numerosos sistemas e processos de ação, que conduziram e seguem conduzindo a um aumento da interdependência entre todos os âmbitos da vida com relação a sistemas e organizações, tornando as decisões políticas mais difíceis, afetando, dessa forma, a capacidade de decisão do Estado e a própria democracia. Cada um dos sistemas parciais da sociedade - a economia, a ciência, a comunicação, a saúde, o ensino etc. - procura influenciar, a partir de sua lógica, o sistema político, na busca da satisfação de seus próprios interesses, exigindo do Estado regulações abarcantes (e sempre limitadas) para manter o equilíbrio (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 110-112). O problema é que, nesse quadro de fragilidades com que se apresenta o Estado, a instituição dos direitos humanos e fundamentais assume uma função emergencial de defesa de uma vida digna, condição de afirmação de um Direito Constitucional inclusivo, solidário (SARLET, 2006, p. 335). Afinal, o *ethos* democrático, além de cobrar vigência dos princípios estruturantes da democracia (liberdade e igualdade democrática), também exige respeito aos direitos humanos e fundamentais (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 113-121). É bem por isso que da imprensa e dos meios de comunicação de massas, por exemplo, pode-se cobrar, como um direito fundamental, o devido acesso à informação ou a preservação da privacidade (como ocorre, *v.g.*, no que diz com o direito ao esquecimento, a ficar só etc.), que poderá ser não só exigido do Estado, mas, também, das empresas privadas (SARLET; MARTOS, RUARO, 2016). É por isso que ao sistema econômico devem-se impor limitações ecológicas como direito de gerações futuras (ou dever das atuais) e sociais (direitos laborais). Também é por isso que do Estado é legítimo

reivindicar direitos prestacionais sociais, tais como a saúde ou a educação, no afã de garantir a dignidade da pessoa humana, como forma de política de redistribuição e reconhecimento, compensando, com isso, as desigualdades econômicas e sociais. Afinal de contas, como adverte Ingo Wolfgang Sarlet, não há dignidade respeitada e protegida onde as pessoas estejam submetidas a uma intensa instabilidade jurídica, social, econômica e política, ou seja, estejam despidas de um mínimo de segurança e tranquilidade para tocar adiante seus projetos de vida; não há dignidade respeitada e protegida quando as pessoas não podem confiar e ter expectativas duradouras nas instituições sociais porque estas não lhes garantem sequer um mínimo existencial ou uma segurança em termos de direitos sociais (SARLET, 2006, p. 299-300), por exemplo. Por isso é possível afirmar que os direitos humanos e fundamentais – conformados pela proporcionalidade (BERNAL PULIDO, 2013, p. 90) -, efetivamente, integram a estrutura social da sociedade. Daí a relevância que possui a ideia de que decisões minimamente consensuais devem ser estabelecidas porque são elas que dão vida à dimensão social, configurando as condições de vida, da Constituição.

3) Na ordem social moderna, caracterizada pelo excesso de possibilidades, pela complexidade social, somente podem usufruir de um sistema de direitos e garantias as pessoas que se encontrem incluídas nos sistemas prestacionais da sociedade. Também a liberdade e a autonomia reclamam a satisfação das mínimas necessidades materiais a fim de que as pessoas possam obter visibilidade social, sob pena de a existência do indivíduo vir a se resumir a uma existência meramente corporal, despida de significado social ou visibilidade. Logo, somente estão em condições de manter expectativas e relações de confiança com relação ao *Outro* e demais instituições aqueles que conseguem romper o limiar da linha de pobreza e da marginalidade social. Efetivamente, o supercódigo da inclusão/exclusão mediatiza o acesso aos demais sistemas sociais, o que se revela problemático porque em sociedades diferenciadas passa-se a exigir em demasia da personalidade individual. É aqui que se avulta a relevância da *multifuncionalidade* dos direitos humanos e fundamentais, na medida em que possibilitam ir além dos direitos de liberdade, chegando também no âmbito das condições materiais para uma existência digna. Os direitos humanos e fundamentais também possuem o potencial de estabelecer uma comunicação social dotada de um razoável consenso, impossibilitando, por exemplo, que o Estado, em nome de emergências (neo)econômicas ou por meio da demonização dos custos dos direitos, se isente de suas funções protetora e prestacional. Enfim, não custa insistir que, na modernidade, ninguém consegue realizar uma plena inclusão sem uma transformação nas suas condições de vida e da própria infraestrutura social. Tampouco é possível equalizar as consequências do progresso técnico-científico sem

transformar ou regular as condições dos sistemas parciais. No limite, nem do desenvolvimento da personalidade e nem da ação autônoma dos sistemas sociais pode-se obter o necessário equilíbrio. Daí a imprescindibilidade do Estado no sentido de desenvolver políticas públicas que possam servir como medidas facilitadoras (GRIMM, 2006, p. 189-190) a propiciar a inclusão. É bem verdade que o Estado, sob os influxos sistêmicos, deve renunciar, em vários âmbitos, a sua atividade organizadora. No mínimo, limitá-la. O mercado, por exemplo, é um fato social e, como tal, tem de ser tratado. Intervir, por vezes, pode não ser a melhor forma para resolver os problemas da economia, que, em princípio, se autorregula. Noutras palavras, excessiva interferência do Estado noutros sistemas, como é o caso da Economia, da religião etc., leva à colonização destes por aquele, o que também não leva a qualquer ponto de equilíbrio do sistema social. Não é menos verdade, porém, que o Estado ainda dispõe de uma importante parcela de poder que lhe permite estabelecer, especialmente, no sistema privado, medidas não imperativas, explorando, via informação e comunicação, as capacidades das organizações públicas ou transformando os marcos jurídicos que condicionam as organizações privadas (os novos atores sociais), operacionalizando, por exemplo, a constitucionalização da *lex mercatoria*, via eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Assim, os ditos reguladores da sensibilidade do direito, consoante Andreas Fischer-Lescano (2017, p. 119), devem ser ajustados de maneira que o direito desenvolva um *sensor* para a violência que reside na supressão do mínimo existencial socioeconômico, na precarização de demais parcelas da população, na falta de esperança dos *indignados*.

4) Por fim, é possível concordar com Dieter Grimm (2006b, p. 86) no sentido de que, na atualidade, o *cansaço* dos direitos humanos e fundamentais - que caem na suspeita de um individualismo exacerbado brechador do desenvolvimento, a ponto de se sugerir a sua redução à medida correta dos direitos de liberdade (ou liberalismo), esgotando-se, portanto, na garantia da esfera individual de liberdade contra ações estatais - não retira sua condição de merecedores de proteção. É somente com a sua proteção que se pode desenvolver a liberdade e autonomia em diversas áreas da sociedade, tais como a própria economia, a ciência, a arte, a imprensa etc., evitando-se, com isso, sua instrumentalização política e, sobretudo, a sua comercialização. Como ensina Grimm (2006b, p. 90-91), a culpa pela inquietante desintegração da sociedade não pode ser procurada nos direitos fundamentais; ao contrário, são eles que, a partir das necessidades pessoais e sociais, ainda se constituem em ponto de referência externo à racionalidade técnica, capaz, dessa forma, de submetê-la a um controle crítico e suportável. Logo, os direitos humanos e fundamentais *não devem ser colocados dentro de uma dispensa histórica que se possa abrir em datas comemorativas*; eles são

indispensáveis porque, além de defender a dignidade da pessoa humana, são trincheiras aos desafios que a humanidade vivenciará.

REFERÊNCIAS

- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luiz Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1979.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução de Dankwart Bernsmülle. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 18. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.
- CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2006.
- DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. *Força de direito*. Tradução de Maurício Palma et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- GARCÍA BLANCO, José María. La exclusión social en la teoría social de Niklas Luhmann. Século XXI. In: *Revista de Ciências Sociais*, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 43-71, jan./jun. 2012.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Tradução de Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, 2006.
- HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad e futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen et al (Org.). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 1983.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeleichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2000.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 18. ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.
- HERRERA FLORES, Joaquín. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín;

- CARVALHO, Salo (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 65-101.
- LAPORTA, Francisco J. Governanza y softlaw: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional. In: RUIZ MIGUEL, A. (ed.). *Entre Estado y cosmópolis*. Derecho y justicia en un mundo global. Madrid: Trotta, 2014, p. 41-82.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A inovação destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. Tradução de Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mauro Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Tradução de Josteo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.
- LUHMANN, Niklas. Inclusão/exclusão. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p. 15-50.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Tradução de Silvia Pappé e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el estado de bienestar*. Madrid: Alianza, 2007.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2006.
- MÜLLER, Friedrich. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.208-218.
- NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- NEVES, Marcelo. *La constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento*. In: Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, [S.l.], n. 37, p. 180-183, 2014.
- NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. v. 1. Lisboa: Almedina, 2015.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.
- PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.
- PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Org.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- RODRIGUEZ M., Dario. Los límites del Estado en la sociedad mundial: de la política al derecho. In: LIMA, Marina C. A. (Org.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 25-63.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As assim chamadas dimensões dos direitos fundamentais e a contribuição de Paulo Bonavides. In: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (Org.). *Democracia e direito fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 388-410.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. Dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Org.). *Constituição de democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 291-335.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Org.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang; NASCIMENTO, Leandro Maciel do. Algumas notas acerca da vinculação de particulares aos direitos fundamentais no direito constitucional norte-americano e sua possível aplicação no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). *Direitos Humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 127-158.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p. 51-73.
- TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2005.
- TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TORRES JÚNIOR, Roberto Dutra. O primado da diferenciação funcional e a contingência das estruturas de desigualdade social. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p. 219-248.