



## A CRISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE MODERNA: NOVAS PERSPECTIVAS PARA O PROBLEMA DA VIOLAÇÃO MASSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

DIEGO DE PAIVA VASCONCELOS

Prof. Adjunto do Departamento de Ciência Jurídicas da Universidade Federal de Rondônia - DCJ/UNIR.

Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ  
diego@unir.br

Bolsista PDSE Capes (Università Del Salento - It).

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo observar e descrever o sentido por trás de uma rotulada crise dos direitos fundamentais na contemporaneidade a partir da funcionalidade dos direitos fundamentais e os limites descritivos dos modelos teóricos tradicionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Crise. Funcionalidade. Limites.

**ABSTRACT:** The present work aims to observe and describe the meaning behind a so-called crisis of fundamental rights in contemporary times based on the functionality of fundamental rights and the descriptive limits of traditional theoretical models.

**Key Words:** Fundamental Rights. Crisis. Functionality. Boundaries.

### 1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais possuem forte carga semântica do pensamento tradicional antropocêntrico. Suas descrições têm forte influência do discurso iluminista legado pelos Setecentos e Oitocentos. Desde a apropriação dos “direitos humanos” pelo constitucionalismo liberal entre os séculos XVII e XVIII - e sua conseqüente positivação em forma de declarações de direitos (fundamentais), protegidos por garantias constitucionais - têm sido objeto de constantes debates sobre legitimidade, origem, significado e efetividade.

Para mudar a perspectiva dos direitos fundamentais fornecida pelo velho pensamento europeu o primeiro passo deve ser mudar as perguntas básicas que devem ser respondidas por uma teoria dos direitos fundamentais: e se ao invés de perguntar o que são, perguntássemos o que fazem e qual a sua função? Isso permitiria descortiná-los olhá-los por pelo avesso e a partir de si próprios.

A descrição tradicional dos direitos fundamentais tem matriz kantiana na qual o homem toma a dimensão de sujeito de direitos, dotado de uma espécie de razão, a razão prática - a vontade - e existindo como um fim em si mesmo. Essa significação de homem como pessoa e sua *dignidade* foram incorporadas na agenda política do liberalismo Setecentesco e ocupando lugar de relevo nas Cartas Constitucionais da modernidade.

O próprio conceito de indivíduo é uma construção da modernidade. Não estava presente na antiguidade clássica, seja no pensamento helênico, seja nas construções jurídicas romanas. É só a partir da segunda metade do século XVII que se constrói uma representação muito interessante que é a representação da ação enquanto movimento.<sup>1</sup> E é só a partir do conceito de ação que se constrói o conceito de indivíduos, pois se há uma ação, necessariamente há quem aja e, só assim, se pode então isolar o conceito de indivíduo e romper com a concepção organicista aristotélica e se propor um novo esquema do pensamento: indivíduo *versus* ação.

Kant constrói no século posterior o conceito de sujeito como a condição de quem pode prover a si mesmo e, ainda, o conceito de razão que de ali vai imperar *por todas as luzes* até a contemporaneidade. Através da construção do pensamento kantiano o direito *da natureza da natureza* se torna o *direito da natureza da razão* como referência universal a qual todos teriam acesso.

O modelo de direito construído pelo iluminismo é distinto do direito clássico. Esse é um direito eterno e imutável que se fundamenta em Deus ou na Natureza ou na Razão. Aquele, o novo direito dos novos tempos é um direito arbitrário no sentido que decorre de uma escolha, de uma decisão e, ainda, contingente e temporal. Por muito tempo se tomou a razão como fundamento dos direitos humanos, basta ver os textos das declarações de direitos dos séculos XVIII e seguintes, fundamentados por valores abstratos como liberdade, igualdade e justiça.<sup>2</sup> A evolução do pensamento jurídico não abandonou o problema do seu fundamento e da sua natureza. Por exemplo, um autor de vanguarda como Jack Donnelly afirma que a fonte dos direitos

---

<sup>1</sup> Um dos principais "framers" desse conceito foi Thomas Hobbes.

<sup>2</sup> Savigny, por exemplo, faz menção à lógica (razão) e à filosofia como fontes do direito. E utiliza a expressão *Volksgeist* para fazer referências à idiosincrasia de um povo, às suas características imanentes, que são fundantes de sua organização. Marx o critica por aquilo que reputou uma concepção organicista da sociedade e chama de frívolas suas postulações teóricas. O ponto estava em que para ele o direito seria uma manifestação histórica, mas com a formação de um todo orgânico. E por isso, codificar o direito seria bloquear suas transformações.



humanos é a *natureza moral do homem largamente* definida como necessidades cientificamente determináveis.<sup>3</sup>

Diante de desastres humanitários no curso dos séculos XX e XXI não é incomum ser apontada uma suposta crise dos direitos fundamentais face à sua massiva violação nos dias atuais. Seja no interior do cárcere no Urso Branco ou seja na Guerra da Ucrânia, os meios de comunicação difundem acontecimentos marcados pela violência extrema que violam os mais mezinhos direitos fundamentais que caracterizam as cartas constitucionais e declarações internacionais de direitos e as conquistas civilizatórias da modernidade.

A insuficiência dos instrumentos de observação e descrição das atuais teorias indicam esses fenômenos como crise dos direitos fundamentais. A palavra crise parece ser empregada diante da incapacidade descritiva dessas teorias. A partir dessa hipótese, a partir de uma teoria da sociedade e da teoria do direito fornecido que esta fornece, proponho olhar diverso sobre o problema para extrair descrições distintas sobre o problema.

## **2. UMA PERSPECTIVA DIVERSA DO DIREITO A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS**

Os direitos fundamentais são uma invenção da modernidade a partir da constitucionalização dos direitos humanos e de sua positivização em textos constitucionais e declarações. E, em regra, sob a etiqueta de crise é indicado aquilo que não se pode descrever, tem mais que ver com limites descritivos que propriamente com um rompimento ou abalo estrutural: minha hipótese é que a crise dos direitos fundamentais nos dias atuais é produzida muito mais pelos limites descritivos das teorias disponíveis que por qualquer outra razão.

Abordar o tema dos direitos fundamentais sob o instrumental fornecido por Luhmann (2002a) ou por Luhmann e De Giorgi em sua obra conjunta (2014) significa observar o problema a partir de uma teoria de alto e efetivo potencial descritivo. A Teoria da Sociedade (LUHMANN, DE GIORGI, 2014), por exemplo, despiu a

---

<sup>3</sup> "The source of human rights is man's moral nature, which is only loosely linked to the "human nature" defined by scientifically ascertainable needs. The "human nature" that grounds human rights says that beneath this we must not permit ourselves to fall. Human rights are needed not for life but for a life of dignity. "There is a human right to x" implies that people who enjoy a right to x will live richer and more fully human lives. Conversely, those unable to enjoy (the objects of) their human rights will to that extent be estranged from their moral nature". (DONNELLY, 2012, p.14)



linguagem teórica de seus velhos conceitos e propôs significativa transformação epistêmica. Nas palavras de Carlos Maria Cárcova (1998, p.176) trata-se de “uma teoria do mundo que inclui ela mesma”.

Enquanto grande parte das teorias dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é herdeira do iluminismo e do pensamento vétero-europeu, a Teoria da Sociedade aborda velhos problemas sob um novo prisma conceitual orientada a descrição “da estrutura social de uma sociedade que consolidou a diferenciação em base à função” (DE GIORGI, p.17). O pensamento tradicional de matiz ontológico se demonstrou incapaz de prover suficiente coerência na descrição da complexidade da contemporaneidade. Como afirma Nafarrate (LUHMANN, 2011, p.22) em sua nota introdutória à obra “Introdução à Teoria dos Sistemas”: “Este século [XX] tem sido especialmente rigoroso ao denunciar a insuficiência do pensamento tradicional: guerras, extermínio de povos, desastres ecológicos, decepções quanto à viabilidade das utopias”.

A principal marca da Teoria dos Sistemas e a Teoria da Sociedade é a substituição do esquema *sujeito-objeto* pela diferenciação social. Não mais se falará de sujeito ou mesmo de objeto, mas sim da diferenciação que promove um corte no mundo (*welt*) no qual de uma lado estará o sistema – capaz de se auto reconhecer – e do outro aquilo que o sistema que observa aponta como ambiente, mais complexo que o próprio sistema.<sup>4</sup> A contemporaneidade, na dimensão social, evidencia um processo de aumento da complexidade baseado na exclusão do homem da sociedade ao mesmo tempo em que esse último é homenageado com os títulos de indivíduo, cidadão e sujeito de direitos como denunciam os autores da Teoria.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> "La trasformazione più profonda, che costituisce insieme anche il presupposto ineliminabile per la comprensione di quanto segue, consiste in questo: che non parliamo più di oggetti ma di distinzione. Il rifiuto del concetto di oggetto ci permette non solo di rimarcare la distanza rispetto alle implicazioni connesse all'uso di schemi correlati a quel concetto, ma anche di evitare, negando ad essi fin dall'inizio qualsiasi spazio concettuale, quei presupposti di tipo sostanzialistico sui quali si è sorretta l'analisi sociologica, anche quando si sia svolta a livelli altamente formali". (LUHMANN, DE GIORGI, 2014, p. 16)

<sup>5</sup> "Nella dimensione sociale si perviene ad acquisizione di maggiore complessità che poggiano sulla esclusione degli uomini dalla società e che vengono onorate con titoli come <<individuo>> e <<soggetto>>. Adesso gli individui non possono più essere collocati socialmente nella società, poiché ogni sistema di funzioni dipende dalla inclusione di tutti gli individui, ma l'inclusione si riferisce ormai solo alle operazioni. La società oscilla solo tra valutazioni positive (soggetto) e negative (<<home-copie>> (Stendhal), uomo di massa) delle chance che ha il singolo. Allo stesso tempo vengono idealizzante anche richieste orientate in senso contrario, come <<autorealizzazione>> e <<accordo>>. Il risultato che si può osservare è una sorta di de-naturalizzazione della dimensione sociale che, però, può essere utile all'autoriflessione della società come sistema della comunicazione. In modo corrispondente la società converte comunicazione più aspettative e più delusioni e produce,



A ideia mesmo de igualdade e desigualdade na complexidade da sociedade contemporânea não pode ser explicada ou compreendida por uma abordagem tradicional como aquela que se condicionou empregar para tratar de direitos fundamentais. Certos elementos básicos tornam possíveis formas distintas de interação social e, nesta lógica, é premente identificar a função dos direitos fundamentais. Indicar uma eventual crise dos direitos fundamentais significaria indicar uma incapacidade funcional, nesse sentido a proposta aqui é indicar a sua função e observar se efetivamente as mazelas humanitárias dos tempos atuais tem que ver com uma incapacidade funcional no âmbito dos direitos fundamentais.

### 3. A CRISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INCAPACIDADE DESCRITIVA DAS TEORIAS DO DIREITO

O vocábulo *crise* tem sua origem no grego antigo para designar o estágio avançado de uma doença que deixa o paciente diante da possibilidade da morte, mas, assim como o termo *revolução*, ganha um novo significado na modernidade para indicar uma condição de perigo, ruptura, desordem ou frustração. E é justamente nesse sentido de frustração que se denuncia uma crise contemporânea dos direitos fundamentais. As grandes promessas de um futuro de uma civilização justa e igual não se confirmaram e, muito pior, o presente se depara com graves violações dos mais básicos direitos.<sup>6</sup>

O fenômeno moderno da violação em massa dos direitos fundamentais é explicado como crise e anomalia. O uso do termo crise para designar o que acontece com os direitos fundamentais pressupõe uma concepção do que *deve ser* o direito, de um direito idealizado do qual se toma distância com o acontecer histórico.

---

principalmente nel sistema politico, una simbologia della autoillusione che mira proprio a ciò. Se la società non fosse largamente indifferente contro ciò che di fatto si verifica nella coscienza dei singoli uomini, essa non potrebbe sicuramente permettersi di produrre discordanze di questa portata". (LUHMANN, DE GIORGI, 2014, p. 315)

<sup>6</sup>“Dall antichità fino alla prima modernità la parola e il concetto si sono mantenuti nella lingua latina: *crisis* in medicina e *judicium maximum* in teologia. Ad esempio, Tommaso d’Aquino nel suo *Compendium Theologiae* (cap. 242) distingueva tre fasi temporali del giudizio formulato dal Figlio di Dio: il giudizio che riguarda il L’uomo durante la sua vita, quello nell’ora della sua morte e, in fine, il giudizio finale, dopo il ritorno di Cristo. La storia concettuale di *crisi* si è svolta, per così dire, sul piano dei linguaggi settoriali, ed è legata alle istituzioni della Chiesa o delle diverse facoltà universitarie. Dopo che la parola greca venne accolta nelle lingue volgari europee, cioè dopo la fine del Medioevo, se ne può registrare la successiva e crescente diffusione. Il concetto venne impiegato sempre più in vari ambiti: la politica, la psicologia, l’economia in via di sviluppo e infine la storia recentemente scoperta. Si può addirittura affermare che il concetto di *crisi* contribuì a fondare gli ambiti suindicati come scienze a sé stanti” (KOSELLECK, 2009, p. 97; 2012, p. 131).



As massivas violações a direitos fundamentais são violações das promessas constitucionais de um futuro distante da barbárie. O problema das (auto)descrições idealizadas do direito é, justamente, a concepção de um *a priori*, de um padrão do direito externo ao direito que impõe uma perspectiva moralizante: todo desvio é compreendido como algo absolutamente externo, negativo e corrompido. O que tem sido indicado como crise, inicialmente, se trata do rompimento entre normatividade e *realidade*: a reiterada frustração de expectativas generalizadas de comportamento e mais a violação como elemento constitutivo do direito moderno.

Só o direito moderno teve que enfrentar o futuro como problema, na antiguidade e no Medievo era tratado como certeza de um fim e não como horizonte aberto de expectativas. Koselleck (2007, p. 13, 15), por exemplo, chama atenção para o fato de que até o século XVI a história da cristandade foi, em larga medida, uma história de espera pelo fim do mundo. Entre os séculos XVI e XIX, contudo, teve lugar uma temporalização da história, ao término da qual resultou uma forma peculiar de aceleração, característica dos tempos modernos (KOSELLECK, 2007, p. 13, 15).<sup>7</sup>

A certeza de um fim dos tempos e seu julgamento final onde toda justiça divina seria distribuída foi substituído por foi substituído por um futuro aberto, um horizonte de possibilidades e esse problema é enfrentado no interior do direito - que se propõe a prover expectativas generalizadas de comportamento orientadas ao futuro. Tornou-se necessário, portanto, estabelecer os “vínculos” com o futuro de novas *formas*, como direito, risco e confiança.

Se antes, no fim haveria sempre a distribuição da justiça, com a modernidade e o desencantamento do mundo, a violação toma uma novo contorno. Fora os problemas de legitimação, da busca pela origem, as teorias descritivas do direito moderno tiveram que enfrentar desde cedo o problema de sua violabilidade. O moderno sistema do direito se incumbiu de planificar o futuro e, com isso, possibilitar seu próprio funcionamento. O sistema jurídico é uma das *formas* pelas quais a sociedade moderna estabelece vínculos com o futuro.

---

<sup>7</sup> Reinhart Koselleck é foi um dos mais proeminentes e relevantes intelectuais do do final do século XX e em obras como *Crítica e Crise e Futuro* Passado Koselleck se pode acessar um nova visão sobre a produção dos grandes condensados de sentido do do iluminismo: a semântica e os conceitos que possibilitaram grandes transformações sociais entre os séculos XVII e XVIII. Ele vê os intelectuais do Iluminismo como um grupo desenraizado e irreal de espectadores que semearam as sementes das tensões políticas modernas que floresceram pela primeira vez na Revolução Francesa.



Os direitos humanos e os direitos humanos fundamentalizados em declarações e constituições foram tratados pelo Iluminismo do Setecentos como grandes promessas<sup>8</sup> da política e do direito, orientadas justamente à planificação do futuro, ou, em termos kantianos, à busca pela *paz social* (KANT, 1983, p. 197-199). E nesses termos a violação do direito toma uma nova dimensão: a violação de uma perspectiva de futuro. O conceito de direitos fundamentais se refere a uma contingência que caracterizou o direito constitucional desde seu surgimento: a positivação dos direitos humanos em catálogos no interior dos textos constitucionais ou declarações formais a partir do fim dos Setecentos.

O problema dos direitos humanos e dos direitos fundamentais com seu percurso histórico a partir do século XVIII inaugurou um novo tema para os tribunais e decisões que recorrentemente torna evidente a constituição paradoxal do direito. A violação era tão evidente como problema que nem mesmo os positivistas (normativistas) com sua distinção fato/norma puderam fugir dela. Apenas excluíram artificialmente a violação do direito (fato) do direito (norma) com a estratégia de distinguir entre fato e norma.<sup>9</sup>

A violabilidade e a violação do direito foram temas enfrentados, muitas vezes, como problema que afeta o direito e não como um problema interior ao direito, como algo que está fora e não como algo que está dentro, como problema de ordem fática e não de ordem normativa. Basta ver que as primeiras declarações falavam em direitos inalienáveis e invioláveis, ainda que essas declarações tenham sido produzidas em cenários fosse de terror ou de escravidão. Todos os dias o direito e os

---

<sup>8</sup> “Formulando mais precisamente minha tese: observa-se nesses séculos, uma temporalização da história, em cujo fim se encontra uma forma peculiar de aceleração que caracteriza a nossa Modernidade. Nossas indagações serão dirigidas à especificidade do assim chamado início dos tempos modernos. Para isso, nos limitaremos à perspectiva que se descortina daquele futuro concebido pelas gerações passadas, dito mais concisamente a partir do futuro passado” (KOSELLECK, 2007, p. 23, tradução minha).

<sup>9</sup> Essa autorreferência ou autorrecursividade do direito que Luhmann se reportou como seu fechamento operacional não foi jamais ignorado por Kelsen. O moderno recurso à norma hipotética fundamental foi um artifício para interromper a paradoxal circularidade de um direito que não tem direito de ser direito. Porém, a ideia de que uma norma jurídica se funde, isto é, se constitui a partir de outra precedente era presente no pensamento kelseniano. Esse artifício, como empregado por Kelsen, cria uma circunscrição chamada normatividade como forma da existência absolutamente distinta da faticidade. O direito fica reduzido a normas produzidas a partir de normas, e a violação fica restrita ao universo dos fatos, absolutamente alheia de seu papel na dinâmica dos direitos. Desse modo, qualquer construção teórica sobre os direitos humanos e fundamentais a partir dessa concepção vai encontrar grandes óbices à observação do problema.



direitos fundamentais são violados. E mesmo assim, há séculos continuamos "esperando" ou esperançando por eles.

No pensamento de Kelsen (1998, p. 238), o problema da violação aparece tratado de modo muito significativo: uma norma que não seja passível de sua violação não terá qualquer validade; enquanto uma norma relativamente ineficaz até certo ponto pode ser reputada válida.<sup>10</sup> A ideia de que uma norma jurídica se constitui a partir de outra precedente, por exemplo, cria uma circunscrição como modo da existência absolutamente distinta da faticidade. A violação fica restrita ao universo dos fatos, absolutamente alheia de seu papel na dinâmica dos direitos dentro do pensamento positivista. Qualquer construção teórica sobre os direitos humanos e fundamentais a partir dessa concepção vai encontrar grandes óbices à observação do problema da violabilidade do direito como a outra parte do direito e para fugir deste paradoxo precisa recorrer a fórmulas abertas como *crise* para explicar o que acontece no mundo.

No pensamento luhmanniano, direitos fundamentais como propriedade, liberdade de opinião, igualdade, entre outros “simbolizam expectativas generalizadas de comportamento institucional e atualizáveis nas situações concretas” (LUHMANN, 2002a, p. 44-45, tradução minha).<sup>11</sup> Dizer que direitos fundamentais são instituições

---

<sup>10</sup> “A eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade. Isto tem de ser bem acentuado, pois não falta ainda hoje quem procure identificar a validade do Direito com a sua eficácia. É-se levado a tal identificação pelo fato de ela parecer simplificar substancialmente a situação teórica. Esta tentativa, porém, está necessariamente condenada ao fracasso. Não só porque – como se depreende do que antecede – também uma ordem jurídica ou uma norma relativamente ineficazes, quer dizer, ineficazes até certo ponto, podem ser consideradas como válidas, e uma norma absolutamente eficaz, que nem sequer pode ser violada não é tida por válida porque nem sequer é considerada norma; mas especialmente porque, se se afirma a vigência, isto é, a específica existência do Direito, como consistente em qualquer realidade natural, não se está em posição de compreender o sentido próprio ou específico com o qual o Direito se dirige à realidade. E pelo qual precisamente se contrapõe a essa realidade que – apenas se se não identifica com a vigência do Direito – pode ser conforme ou contrária ao Direito. Assim como é impossível, na determinação da vigência, abstrair da realidade, assim também é impossível identificar a vigência com a realidade. Se no lugar do conceito de realidade – como realidade da ordem jurídica – se coloca o conceito de poder, então o problema da relação entre validade e eficácia coincide com a existente entre Direito e força – bem mais corrente. E, então, a solução aqui tentada é apenas a formulação cientificamente exata da antiga verdade de que o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela. É – no sentido da teoria aqui desenvolvida – uma determinada ordem (ou ordenação) do poder” (KELSEN, 1998, p. 238).

<sup>11</sup> “Ad un’osservazione sociologica i diritti fondamentali appaiono come un’istituzione. In sociologia tale concetto non indica semplicemente un complesso di norme, ma un complesso di reali aspettative di comportamento, che sono attualizzate nel contesto di un ruolo sociale e che possono comunque contare sul consenso sociale. Il catalogo dei diritti fondamentale, comprendente le voci <<proprietà>>, <<libertà di opinione>>, <<uguaglianza>> ecc., e i corrispondenti articoli della costituzione, simbolizzano aspettative di comportamento istituzionalizzate e attualizzabile nelle situazioni concrete. Di conseguenza l’istituzionalizzazione dei diritti fondamentali è in primo luogo un fatto, rispetto al quale



significa defini-los como expectativas de comportamento generalizadas em todas as dimensões: temporal, social e material;<sup>12</sup> e somente sob este aspecto constituem objetos de possível e eventual posituação (LUHMANN, 2002a, p. 45)<sup>13</sup>.

Se observamos com atenção o que acontece na sociedade e tomarmos como referência o problema do comportamento e do agir torna-se mais fácil compreender que o problema do direito não é impor a todos que hajam da mesma maneira, mas, ao revés, de que "todos que agem diversamente possam convergir no esperar da diversidade [...] a coordenação não se alcança no plano do agir, mas no plano das expectativas " (Luhmann, tradução minha 2002a, p. 139). A coordenação dos comportamentos não pode ser alcançada por meio de um nivelamento ou adequação das ações.

Da perspectiva da Teoria da Sociedade, a unidade do direito está sua constituição paradoxal, na sua forma: direito-não direito. Essa distinção (direito-não direito / recht-unrecht) é a *forma* pela qual o direito se manifesta e o problema de sua violação pode ser enfrentado não como problema alheio ao direito, mas como parte dele: o direito se produz a partir do não direito e o não direito se produz a partir do direito. Enfrentar o paradoxo ao invés de desviar-se dele é o que proporciona a teoria dos sistemas observações, no mínimo, inovadoras sobre as estruturas do sistema jurídico. Ao deixar de lado a distinção fato/norma, a normatividade do direito toma outro sentido. Nestes termos, as expectativas produzidas pelo sistema jurídico são contrafactuais, mantêm-se hígdas apesar de sua violação, não têm grande disposição ao aprendizado: são normativas.

---

non può trarre in inganno neanche l'inserimento di tali diritto nel testo costituzionale. È nostra intenzione esaminare questo fatto a partire dalla sua funzione nell'ordine sociale moderno (vale dire non solo sulla base del suo supposto normativo)" (LUHMANN, 2002a, p. 44-45).

<sup>12</sup> "[...] el derecho se presenta como una forma relacionada con el problema de la tensión entre dimensión temporal y dimensión social y es el que permite soportarla - aun en condiciones de incremento evolutivo de la complejidad social. No están todavía decididos los límites en los que es posible soportar esa tensión, ni cuánto tiempo más podrá durar. La forma del derecho, sin embargo, se encuentra en la combinación de dos distinciones: expectativas-normativas/expectativas-cognitivas y la distinción del código derecho/no derecho" (LUHMANN, 2005, p. 188).

<sup>13</sup> Luhmann (2002a, p. 45) explica que com o tempo e como componentes estruturais "pongo la questione della loro funzione nell'ordine sociale che, a sua volta, consente di controllare dal punto di vista concettuale il processo di positivizzazione". A tese luhmanniana de que a dogmática dos direitos fundamentais possa se beneficiar de uma análise estrutural-funcionalista se funda justamente sobre esta correlação (LUHMANN, 2002a, p. 45). Ainda segundo Luhmann (2002a, p. 51, tradução minha) "Heller, através de sua definição de estado como "unidade organizada de ação e de decisão, havia já caracterizado com precisão esta redução da ordem política a específicas funções".



Luhmann (2002a, p. 278-279) reparte em quatro distintas direções as funções de tutela desempenhada pelos direitos fundamentais: (i) a constituição da personalidade; (ii) a generalização das expectativas de comportamento; (iii) a satisfação das necessidades econômicas; e, por fim, (iv) a decisão vinculante dos problemas.<sup>14</sup> Como explica, em uma sociedade funcionalmente diferenciada esses *interesses comunicativos* se encontram todos juntos ao mesmo tempo, não separados em tempo e espaços diversos.<sup>15</sup>

Sobretudo, os direitos fundamentais asseguram elevadas expectativas normativas com densa carga semântica. Se tomarmos a constituição desses direitos como referência, a violabilidade é uma característica constitutiva.<sup>16</sup> De acordo com sua normatividade, direitos fundamentais existem a partir de sua violabilidade e permitem a produção de excedentes de alteridade e a manutenção da diferenciação funcional. Operam uma abertura em direção ao futuro e tornam possível suportar sua complexidade ao custo da produção de expectativas de futuros que podem ou não se confirmar.

Como já dito, anteriormente, se deve ter em conta a função dos direitos fundamentais e avaliar se essa função tem sido alcançada para saber se passam por uma eventual crise, se passam por algo que pode lhes pôr diante de seu fim .

Os direitos fundamentais são conquistas evolutivas da sociedade moderna que promovem as condições de estabilização da forma de diferenciação social da modernidade operando a partir da ocultação de seus paradoxos constitutivos. Consistem em estratégias discursivas de construção legítima da desigualdade e tornam possível a virtualização do outro como outro. A função dos direitos

---

<sup>14</sup> "Le speciali funzioni di tutela svolte dai diritti fondamentali erano state ripartite in quattro direzioni: la costituzione della personalità, la generalizzazione delle aspettative di comportamento, il soddisfacimento dei bisogni economici e le decisioni vincolanti dei problemi. Negli ordini non differenziati gli interessi comunicativi sopra indicati possono trovarsi insieme, non separati e distinti. Negli ordini sociali differenziati assumono una forma particolare, che li rende separabili e conoscibili: la personalità è individualizzata, e aspettative di comportamento sono civilizzate, il soddisfacimento dei bisogni economici è regolato dal denaro e le decisioni vincolanti sono affidate alla burocrazia statale, che è collegata alla società in parte direttamente, in parte attraverso i processi di costituzione del potere politico. La domanda, che ci poniamo, è se e come questo accomodamento strutturale possa essere fondato dalla teoria sociologica" (LUHMANN, 2002a, p. 278-279).

<sup>15</sup> "[...] nessas ordens sociais diferenciadas assumem uma forma particular, que lhes são separáveis e cognoscíveis: a personalidade é individualizada, e expectativas de comportamento são civilizadas, a satisfação das necessidades econômicas é regulada pelo dinheiro e as decisões vinculante são confiadas à burocrazia estatal" (LUHMANN, 2002a, p. 278-279, tradução minha).

<sup>16</sup> Ver: MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **A formação do conceito de direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2013.



fundamentais consiste na manutenção da diferenciação social, na manutenção da diversidade em contraposição às tendências de uma "fusão simplificativa" dos múltiplos sistemas sociais (Luhmann, 2002a, pp. 182-183).<sup>17</sup> Permitem representações de sentido que tornam possíveis as condições operativas do próprio direito, constituindo os confins do próprio direito em face de outros subsistemas. São vazios de qualquer sentido, mas permitem o preenchimento semântico a cada decisão, permitem decidir nessas bases.

Efetivamente, a manutenção das democracias procedimentais do ocidente são altamente dependentes dos direitos fundamentais e das constituições para manutenção das diferenças entre direito, política e economia, por exemplo. Até este momento essa função tem sido alcançada e a diferenciação social mantida estável e modelo de uma sociedade diferenciada em base a função continua sendo característico de nossa sociedade. Os indivíduos assistem atônitos à pressões ambientais sobre essas *formas*, é verdade, desastres humanitários de uma parte e movimentos autoritários e populistas de outras, porém isso não significa eventual disfuncionalidade dos direitos fundamentais ou mesmo da constituição.

## CONCLUSÃO

Um tempo no qual o discurso humanista e antropocentrista convive com uma explosão da violência urbana, guerra intolerância a diferenças (religiosas ou étnicas), autoritarismo e populismo não pode ser abordado sem se levar em conta os paradoxos típicos da modernidade. O desenvolvimento econômico, social, político e propriamente dos meios *de* comunicação nos últimos 80 (oitenta) anos também impactaram o direito com o aumento da complexidade social.

A super ou hiper complexidade é um dado da modernidade. Para Luhmann e De Giorgi (2014, p.315-316), o primado das diferenciações funcionais é a forma de sociedade moderna" (tradução nossa). E forma não significa nada além da via pela qual a sociedade moderna (re)produz internamente a sua unidade e a distinção com

---

<sup>17</sup> "[...] la funzione dei diritti fondamentali consiste soltanto nel mantenere la differenziazione sociale, vale a dire, mantenere la diversità delle distinte direzioni di generalizzazione della struttura comunicativa in contrapposizione alle tendenze verso una fusione esemplificativa, preventivamente da parte del sistema politico (come naturalmente anche da parti di altri sottosistemi della società" (Luhmann, 2002a, pp. 182-183).



a qual possa o observador observar a sua própria unidade como a unidade do que é distinto.<sup>18</sup>

A *realidade social* segundo a teoria dos sistemas sociais não pode ser observada de fora para dentro porque o observador não está fora da realidade ou fora da sociedade, mas sim dentro. O observador, por isso mesmo, é parte do fenômeno que observa, assim qualquer *explicação do mundo* é sempre autorreflexiva, autorreferente, recursiva e circular. Observar é indicar uma diferença, portanto é a diferenciação do meio. Segundo Luhmann (1990, p. 47), "a teoria geral dos sistemas sociais pretende abarcar todo o campo da sociologia e por isso quer ser uma teoria sociológica universal". É através da função desenvolvida em cada sistema que se pode diferenciá-lo, uma vez que a sociedade moderna pode ser descrita como um grande sistema social estruturado primordialmente sobre a base de uma diferenciação social (LUHMANN, 1998, p. 26).

Assim, o sistema jurídico surge de sua diferenciação do meio; e sua produção não se sujeita a qualquer controle externo. "O sistema realiza suas operações com total autonomia, mas ele está adaptado ao seu ambiente externo" e continuam o "acoplamento estrutural é perfeitamente compatível com a clausura do sistema, já que intervém somente ao nível das estruturas, e não ao nível da autorreprodução" (LUHMANN, DE GIORGI, 2014, p.315-316). Indicam possíveis *irritabilidades* que podem surgir e serem sentidas pelos sistemas.

Essas irritações, como pode ser o caso dos direitos fundamentais, só se manifestam quando as crises existentes no ambiente o qual elas se inserem passam a ser percebidas por elas, ou seja, vem ao encontro dessa expectativa normativa, pois,

---

<sup>18</sup> "Dobbiamo fermarci a queste indicazioni che non possiamo svolgere fino in fondo. Qui esse intendevano solo spiegare ed illustrare con alcuni esempi, quale sia la portata della riorganizzazione della società nel senso della differenziazione funzionale. Non si tratta affatto di un fenomeno parziale, di qualcosa che possa essere inteso nel senso della distinzione habermasiana tra sistema e mondo della vita, secondo cui si concede che i sistemi, qualunque cosa di essi poi si voglia pensare, esistono comunque e sono anche necessari. Naturalmente un primato della differenziazione funzionale non porta al fatto che, solo per questo, vengano eliminate le differenziazione segmentarie o la formazione di strati. Al contrario: possibili segmentazioni (per esempio sulla base dell'organizzazione) e di disuguaglianze che si rafforzano da se stesse (per esempio), le disuguaglianze che esistono tra paesi industrializzati e paesi in via di sviluppo) crescono con la complessità del sistema della società: esse scaturiscono proprio dal fatto che i sistemi di funzioni, come il sistema dell'economia o il sistema dell'educazione, usano le uguaglianze o le disuguaglianze come momento della razionalità delle proprie operazioni, e così incrementano tanto le uguaglianze quanto disuguaglianze. Il primato della differenziazione funzionale è la forma della società moderna. E forma non significa altro che: la differenza con la quale la società moderna produce internamente la sua unità e la distinzione con la quale essa può osservare la sua propria unità come unità di ciò che è distinto". (LUHMANN, DE GIORGI, 2014, p. 315-316).

é o próprio sistema que poderá provocar transformações na sua estrutura e não outro. Ora, se não há interesses sociais entre as partes envolvidas (garantidor e beneficiário), tampouco haverá manifestação da sociedade que possa provocar as mudanças legais e as cobranças exigíveis para a atuação das garantias. A resposta para uma crise dos direitos fundamentais só pode ser alcançada por ganhos descritivos a partir de um marco teórico apto a uma representação da sociedade capaz de responder àquilo que se põe como problema.

Os direitos fundamentais são violáveis, sim, ou seja são passíveis de violação e mesmo no fim do século XVII em plena euforia de suas declarações as violações ocorriam nos arredores de Paris ou da Filadélfia. A visão iluminista e romântica de direitos inalienáveis e invioláveis tinha que ver mais com discurso político e com produção de consenso que, propriamente, com uma descrição científica da natureza desses direitos. A força dos direitos fundamentais não está em sua festejada inviolabilidade, mas justamente na capacidade de mesmo diante de sua violação manterem-se hígidos, ou seja, na normatividade das expectativas que é capaz de produzir. A força normativa dos direitos fundamentais é sua resistência contrafática.

O mundo, efetivamente, passa por um momento que talvez possa ser melhor explicado pela posterioridade. Realmente, há fortes pressões ambientais sobre as constituições e seus direitos humanos fundamentalizados, há violações massivas e reiteradas. Sem embargo, a resistência contrafática das expectativas produzidas a partir do direito podem ser observadas inclusive pelos discursos de denúncia da crise dos direitos fundamentais e o sistema jurídico tem desenvolvido instrumentos e estratégias, não para sanar o problema da violação, mas para fortalecer os mecanismos de manutenção das expectativas, ou que outra coisa seriam as novas tutelas dos direitos fundamentais? Ou que outra coisa seria a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional?



## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª Edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BROWN, George Spencer. **The Laws of Form**. 1 ed. New York: The Julian Press, 1972.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A Opacidade do Direito**. São Paulo: LTr, 1998.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; & BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: ITESO/Anthropos, 1996.  
DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória** – trad. De Guilherme Leite Gonçalves – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. **Los Derechos Fundamentales en la Sociedad Moderna**. Trad. Javier Espinoza de los Monteros. Ciudad de Mexico: Fontamara, 2015.

DE GIORGI, Raffaele. **Scienza Del Diritto e Legittimazione (con un poscritto del 1998)**. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998.

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights: in theory and practice**. 2o edition, New York: Cornell University Press, 2012, p. 14.

GRIFFIN, James. **On Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2011.

JELLINEK, Georg. **La Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino**. Trad. Damiano Nocilla. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

KOSELLECK, Reinhart. **Critique and crisis: enlightenment and the pathogenesis of modern society**. [*Kritik und Krise. Eine studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*]. Studies in contemporary German social thought. Cambridge: The MIT Press, 1988.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passato: per una semantica dei tempi storici**. Trad. Anna Marietti Solmi. Bologna: CLUEB, 2007.

KOSELLECK, Reinhart. **Il vocabolario della modernità**. Trad. Carlo Sandrelli. Bologna: Il Mulino, 2009

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. 1. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas & DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della Società**. 11 ed. Milano: Franco Angeli, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia**. Trad. Jostx Beriaín e José María García Blanco. Valladolid: Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad (Das Recht Der Gesellschaft)**. 2 ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Herder/Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. 1. ed. New York: Columbia University Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. [Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie]. Trad Stefano Magnolo. Bari: Edizioni Dedalo, 2002a.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad (Das Gesellschaft Der Gesellschaft)**. 1 ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Herder/Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Trad. Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. 1 ed. . Barcelona - Buenos Aires - Ciudad de Mexico: Paidós, 1990.

VON BERTALANFFY, Ludwig. **Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimentos e aplicações**. Trad. Francisco Guimarães. 8 ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

VON BERTALANFFY, Ludwig. **The History and Status of General Systems Theory**. The Academy of Management Journal, Vol. 15, No. 4, General Systems Theory (Dec.,1972), 407-426.Em:<http://links.jstor.org/sici?sici=0001-427328197212%2915%3A4%3C407%3ATHASOG%3E2.O.C0%3B2-4>. Consultado em 23 de abril de 2016.