
Direitos fundamentais como instituição: contribuição para a sociologia política



Niklas Luhmann

João Vitor de Souza Alves (joaovitoralves@usp.br)

Aspectos biográficos – Niklas Luhmann

- **1927:** nasceu em Luxemburgo, Alemanha;
- **1946 – 1949:** cursou direito na Universidade de Friburgo;
- **1949 – 1962:** desempenhou a carreira de funcionário público em diferentes repartições governamentais;
- **1961 – 1962:** estada na Universidade de Harvard, quando estudou com Talcott Parsons;
- **1962 – 1965:** ministrou aulas na Universidade de Administração de Spyer;
- **1965:** assume o posto de docente no Centro de Investigação Social da Universidade de Münster;

Aspectos biográficos – Niklas Luhmann

- **1966:** conclui o doutorado em sociologia;
- **1967:** é habilitado a professor;
- **1968:** assume a cátedra de Theodor W. Adorno na Universidade de Frankfurt;
- **1969-1993:** atua como acadêmico da Universidade de Bielefeld;
- **1998:** falece em 06/11/1998, tendo produzido 60 livros e 377 artigos (SILVA, 2016, p. 29-42).

Apresentação da obra analisada

- “*Direitos fundamentais como instituição*: contribuição para a sociologia política” é o primeiro livro de Luhmann que vincula sociedade e teoria da diferenciação (TYRELL, 2010, p. 7);
- Dentre outros aspectos, o livro aborda a função dos direitos fundamentais no contexto da ordem social diferenciada (TYRELL, 2010, p. 7);
- A obra foi publicada em 1965, isto é, 20 anos após o fim da 2ª Guerra Mundial (TYRELL, 2010, p. 7);
- Reivindicação sociológica central do livro: a salvaguarda da diferenciação (DAMMANN, 2010, p. 22).

Direitos fundamentais

- O Estado Moderno (Estado constitucional): a transição do Estado absoluto para o Estado Liberal;
- Fatos históricos: as duas grandes revoluções ocorridas na segunda metade do século XVIII (a Revolução Francesa e a Revolução da Independência Americana);
- Constitucionalismo moderno: Constituições dos Estados Unidos da América (1787) e da França (1791);
- A **garantia dos direitos** e a **separação de poderes** figuram como verdadeiras condições de possibilidade para se falar em um regime político legítimo (art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789).
- Foi nesse contexto histórico que se apresentaram os pressupostos para, mediante a **Constituição**, estabilizarem-se relações de colaboração e conflito regulados entre o **sistema político** e o **sistema jurídico**, ensejando possibilidades de acoplamento estrutural entre estes (AMATO, 2014, p. 99-100);

Direitos fundamentais

- Em uma sociedade moderna e complexa, com diversos subsistemas parciais especializados, a burocracia estatal deve estar atenta aos seus limites e aos perigos da desdiferenciação (LUHMANN, 2010, p. 98);
- O **perigo da desdiferenciação** (o risco de politizar a maneira de ser da comunicação) está relacionado ao **processo de emancipação da sociedade** e ao postulado de **autonomia do sistema político**, isto é, trata-se de uma característica do próprio processo de diferenciação (LUHMANN, 2010, p. 99);
- Possíveis causas de instabilidade oriundas do sistema político (LUHMANN, 2010, p. 99-100):
 - indeterminação do que pode ser um problema que demande decisão política;
 - centralização do **poder** legítimo para as decisões vinculantes;
 - capacidade de utilização do **poder** para finalidades diversas;
 - o grau de abstração da racionalidade política e a peculiaridade da sua linguagem.

Direitos fundamentais

- A manutenção da diferenciação social precisa de **instituições** corretivas que se oponham ao perigo da desdiferenciação (LUHMANN, 2010, p. 100):
 - **Direitos fundamentais**; separação de poderes; diferenciação interna do sistema político entre política e administração;
- **Hipótese**: os direitos fundamentais “servem para manter um potencial de diferenciação e, nessa medida, para a estabilização de uma estrutura social diferenciada” (LUHMANN, 2010, p. 137);
 - Ex.: os direitos civis (direito à privacidade, liberdades de expressão, associação etc.) delimitam âmbitos sistêmicos em que é vedada a interferência do sistema político (AMATO, 2014, p. 99-100);
- Luhmann propõe uma análise sociológica dos direitos fundamentais: quais são os motivos?

Direitos fundamentais

- A doutrina jurídica sobre o Estado: dogmas legais, métodos de interpretação e a construção de uma dogmática artificial sobre partes dos direitos fundamentais (LUHMANN, 2010, p. 82);
- Alguns motivos para a escolha do tema (LUHMANN, 2010, p. 84):
 - A eventual dificuldade de encaixe dos direitos fundamentais em uma análise científico-experimental de caráter não-normativo;
 - Os direitos fundamentais estão no centro de interesse da dogmática;
 - Até o momento, com métodos puramente interpretativos, não foi criada uma teoria unificada de conexão do sentido entre a parte dos direitos fundamentais e outras disposições constitucionais.
- Direitos fundamentais como instituição?

Direitos fundamentais

- O que são as instituições? (LUHMANN, 2010, p. 86)
 - “São expectativas de comportamento temporal, objetiva e socialmente generalizadas e, como tal, formam a estrutura dos sistemas sociais”;
 - Nessa medida, são possíveis objetos de posituação jurídica;
- O conceito de **direitos fundamentais como instituição** designa “não simplesmente um complexo de normas, mas um complexo fático de expectativas comportamentais que, vinculadas a uma função social, tornam-se atuais e, em geral, podem contar com consenso social” (LUHMANN, 2010, p. 85-86)
- Estrutura social $\neq$ semântica: o conceito de instituição acentua a **estrutura social**, tendo como referência a forma de diferenciação da sociedade (DAMMANN, 2010, p. 35);
- Palavras simbólicas dos direitos fundamentais: liberdade, igualdade etc. (LUHMANN, 2010, p. 86)
 - Simbolizam expectativas de comportamento institucionalizado;
 - Servem para mediar a sua atualização em situações concretas.

A fundamentação das decisões estatais: a igualdade perante a lei

- Questão inicial: os direitos fundamentais protegem a diferenciação social ou as funções dos direitos de liberdade e dos direitos de igualdade são tão heterogêneas ao ponto de não ser possível agrupá-las em uma concepção compacta? (LUHMANN, 2010, p. 267)
- Direitos de liberdade $\neq$ direito de igualdade: não está na função, mas nas esferas de ação regulamentadas: (LUHMANN, 2010, p. 268-269)
 - **Direitos de liberdade**: obrigam o Estado a respeitar e preservar a esfera de liberdade do cidadão;
 - **Direito de igualdade**: 1) o problema de referência é o agir do Estado, caso não respeite a exigência de uma sociedade diferenciada; 2) o cidadão adquire um direito subjetivo de igualdade para controlar e sancionar o dever primordial do Estado;
- Quais são os perigos que podem surgir quando a ordem social evidencia a formação de um subsistema para tomar decisões que vinculam? (LUHMANN, 2010, p. 268-269)
 - Que o cidadão se veja obrigado, em razão de decisões vinculantes, a um agir que não corresponde à estrutura social diferenciada;
 - Que as decisões do Estado não correspondam às exigências estruturais de uma ordem social diferenciada;

A fundamentação das decisões estatais: a igualdade perante a lei

- Como a dogmática interpreta a igualdade? (LUHMANN, 2010, p. 269-270)
 - Contexto de sentido previamente constituído;
 - Dois pontos de partida:
 - 1) é um direito fundamental de pretensão subjetiva contra o Estado;
 - 2) é um valor (pensado de maneira geral no componente de valor da justiça).
- A igualdade serve como princípio de generalização do direito objetivo (LUHMANN, 2010, p. 270);
- Doutrina da igualdade: não afirma que todos deveriam ter os mesmos direitos, mas sim que a ordem jurídica de uma sociedade diferenciada deve ser generalizada de acordo com as exigências estruturais;
 - Exemplo de exigência estrutural: a “*destemporización*” do direito; (LUHMANN, 2010, p. 271)

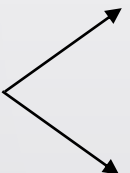
A fundamentação das decisões estatais: a igualdade perante a lei

- Tais necessidades sociais estruturais não são expressas facilmente a partir de um direito subjetivo de igualdade; (LUHMANN, 2010, p. 273)
- O princípio da igualdade foi reduzido a expressar o direito fundamental de "igualdade perante a lei"; (LUHMANN, 2010, p. 273)
- Tal formulação contempla outros aspectos, tais como: (LUHMANN, 2010, p. 273-274)
 - Vincular o legislador, que possui a tarefa de dar ao direito positivo uma forma que corresponda aos requisitos estruturais da ordem social generalizada;
 - Ampliação da possibilidade de defesa de todo direito subjetivo ao fazer com que o Tribunal Constitucional controle a atividade do Poder Legislativo;
- E a versão da igualdade como valor?

A fundamentação das decisões estatais: a igualdade perante a lei

- No plano valorativo, a ideia de busca da igualdade para evitar a desigualdade carece de maior aprofundamento; (LUHMANN, 2010, p. 274)
- Premissa metafísica: a natureza ou a ordem dos valores prescreveriam o que selecionar e tratar como igual, isto é, a ideia de igualdade decorreria da coisa mesma (LUHMANN, 2010, p. 275);
- **Perspectiva sistêmica:** a orientação pela comparação (esquema igual / desigual) (LUHMANN, 2010, p. 276-280);
 - Função especial: **exigir em cada tratamento desigual uma justificativa suficiente**, com critérios universais e específicos;
 - Contribuição: **consistência** (sistema) e **adequação** (complexidade do entorno).

A fundamentação das decisões estatais: a igualdade perante a lei

- Sistema político: um sistema de processamento de informações que contempla vários **limites**, sob os quais fluem determinadas comunicações: **sistema** $\longleftrightarrow$ **entorno**; (LUHMANN, 2010, p. 282)
 - Dois limites: formação de poder (direito de voto) + produção de decisões vinculativas (princípio da igualdade);
- O tratamento desigual do cidadão deve ser fundamentado; (LUHMANN, 2010, p. 283)
- Sistema político 
 - Política
 - Administração do Estado de Direito
- O fluxo de informações nas fronteiras entre a política e a administração serão controlados **juridicamente** (mais um filtro para as desigualdades impossíveis de fundamentar no processo de construção do consenso político);

A fundamentação das decisões estatais: a igualdade perante a lei

- Função da igualdade como princípio estrutural das decisões do Estado: (LUHMANN, 2010, p. 286)
 - **Impede**, na medida em que se torne efetivo, a **formação de redes pessoais**;
 - **Determina quem decide**, especialmente aquele que traça o programa de decisões;
 - **Suporta a separação de funções**;
 - Pertence ao contexto geral do problema da **diferenciação social**.

- Direitos fundamentais (LUHMANN, 2010, p. 292)
 - preservam a separação entre as esferas comunicativas da sociedade;
 - eles próprios, por meio dessa diferenciação, são preservados.

Sociologia e dogmática dos direitos fundamentais

- Quem trata de direitos fundamentais não pode ficar restrito aos direitos fundamentais (LUHMANN, 2010, p. 313);
- A sociologia alcança uma racionalidade que resulta de comparar abstratamente outras possibilidades de ação (LUHMANN, 2010, p. 315);
- Tal ampliação de horizonte exige, em contrapartida, uma decisão racional; (LUHMANN, 2010, p. 315)
- A **pesquisa sociológica** (orientada para descoberta e comparação de sistemas) e a **dogmática** (tomar uma decisão mais rápida e calculável) possuem tarefas distintas; (LUHMANN, 2010, p. 317)
- A dogmática dos direitos fundamentais está aberta para este intercâmbio de ideias? (LUHMANN, 2010, p. 318)

Sociologia e dogmática dos direitos fundamentais

- Dogmática jurídica: direito fundamental —→ cidadão x Estado —→ decisão em conflito;
- E o alto grau de congruência de interesses entre Estado e cidadão?
- Para Luhmann, a dogmática pode admitir esta congruência sem alterar essencialmente a sua orientação;
- Desta forma, a situação do processo é projetada na ordem social, de modo que os pontos de vista da decisão são refletidos a partir da ordem social (LUHMANN, 2010, p. 318-319);
- Conexão entre dogmática e sociologia: uma nova leitura da versão legislativa dos direitos fundamentais?

Sociologia e dogmática dos direitos fundamentais

- A análise sociológica dos direitos fundamentais deveria possibilitar uma **legislação** que assuma a **responsabilidade política** e que esteja mais atenta aos **problemas/fatos**; (LUHMANN, 2010, p. 323)
 - Ex.: as leis de imprensa não servem apenas para delimitar a liberdade de imprensa, mas também para estabelecer a liberdade de imprensa (LUHMANN, 2010, p. 323)
- As análises sociológicas podem ajudar a dogmática legal a: (LUHMANN, 2010, p. 323-324)
 - reconhecer a complexidade dos direitos fundamentais;
 - depositar na legislação a carga de explicação e detalhamento por parte dos tribunais;
- Neste cenário, presumivelmente, a **dogmática aprenderá a compreender o seu próprio significado e o sentido das decisões** sobre as normas de direito positivo que interpreta, **olhando para as funções sociológicas e as possibilidades de resolver os problemas de outra maneira** (LUHMANN, 2010, p. 326)

Reflexões finais

- No âmbito dos direitos fundamentais, sem negar as ligações evidentes que existem entre o direito e a política, faz-se importante avaliar os limites do sistema jurídico e do sistema político (CAMPILONGO, 2011, p. 98).

-	SISTEMA POLÍTICO	SISTEMA JURÍDICO
FUNÇÃO	Tomar as decisões que vinculem a coletividade	Garantir expectativas normativas, expectativas de direitos
CÓDIGO COMUNICACIONAL	Maioria/minoria e governo/oposição	Lícito/ilícito e legal/ilegal
PROGRAMA	Teleológico, finalístico e de objetivo	Condicional

- Essa distinção de funções pode servir como um instrumento de afirmação dos direitos fundamentais (CAMPILONGO, 2011, p. 102)

Referências

AMATO, Lucas Fucci. *Constitucionalização corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa*. Curitiba: Juruá, 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAMMANN, Klaus. Los escritos de Luhmann sobre los Derechos Fundamentales. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010, p. 12-78.

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

SILVA, Artur Stamford da. *10 lições sobre Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2016.

TYRELL, Hartmann. Teoría de la sociedad y diferenciación funcional. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010, p. 7-11.