

BIBLIOTECA DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E TEORIA DO DIREITO

COORDENAÇÃO: FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

CONSTITUCIONALIZAÇÃO CORPORATIVA

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS,
ECONOMIA E EMPRESA



EDITORA AFILIADA

CONSELHO EDITORIAL DA BIBLIOTECA DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E TEORIA DO DIREITO

Artur Stamford da Silva
Clarice von Oertzen de Araujo
Fabiana Del Padre Tomé
Fernando Rister de Sousa Lima
Florence Cronemberger Haret
Francisco Carlos Duarte
Germano Schwartz
João Ibaixe Jr.
José Elias de Moura Rocha

Laffayette Pozzoli
Mara Regina de Oliveira
Marcelo Pereira de Mello
Marcio Pugliesi
Ricardo Tinoco de Góes
Tercio Sampaio Ferraz Jr.
Vittorio Olgiati
Willis Santiago Guerra Filho

Presidente do Conselho Editorial e Coordenador da Coleção:

Fernando Rister de Sousa Lima

ISBN: 978-85-362-4367-2



Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900

Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – **Escritório:** Av. da República, 47 – 9º Dtº – 1050-188 – Lisboa – Portugal

Loja: Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Centro Comercial
D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

2014.

p. (Biblioteca de Filosofia, Sociologia e Teoria
do Direito)

1. Direito. 2. Democracia. I. Título.

CDD
CDU

Visite nossos sites na internet: www.jurua.com.br e www.editorialjurua.com
e-mail: editora@jurua.com.br

Lucas Fucci Amato

CONSTITUCIONALIZAÇÃO CORPORATIVA

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS,
ECONOMIA E EMPRESA

Curitiba
Juruá Editora
2014

APRESENTAÇÃO DA BIBLIOTECA

O Brasil, como país periférico no sistema social global, atravessa um período histórico-social conturbado sob o âmagô editorial, em que o tecnicismo-dogmático de baixa consistência teórica e o pragmatismo-imediatista desenfreado assentam-se como principais atores do neo-capitalismo, a materializar-se, no contexto do mercado editorial, numa avalanche de publicações cujo intento é simplificar o insimplificável, com obras de repetição em massa, sem outro propósito qualquer do que atender a uma demanda de informação resumida. Sem menoscabo a esse público, a Juruá Editora e o Coordenador desta coleção – o Prof. Fernando Rister de Sousa Lima – saem na contramão dos catálogos a fim de cunhar espaço nesse mercado para trabalhos de verticalidade cognitiva, num diálogo com as disciplinas propedêuticas do Direito. Para tal mister, além de coragem, ousadia e forte sentimento de compromisso social, reclamou-se de guarida de um grupo seleta de intelectuais, que, prontamente, aceitaram formar o Conselho Editorial desta Biblioteca, cada qual, é verdade, com sua característica teórica, porém, todos ligados sob uma só família: “a pesquisa jurídica”!

BIBLIOTECA DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E TEORIA DO DIREITO

OBRAS JÁ EDITADAS:

1. **Introdução ao ordenamento jurídico:** um diálogo entre Norberto Bobbio e a doutrina brasileira – *Fernando Rister de Sousa Lima*
2. **O reexame necessário à luz da duração razoável do processo:** uma análise baseada na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy – *Rafael Sérgio Lima de Oliveira*
3. **Compêndio de ética jurídica moderna** – *Fernando Rister de Sousa Lima / Ricardo Tinoco de Góes / Willis Santiago Guerra Filho*
4. **Imigração e Fluência Cultural:** Dispositivos Cognitivos da Comunicação entre Culturas Legais – *Marcelo Pereira de Mello*
5. **Democracia Deliberativa e Jurisdição:** A legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas – *Ricardo Tinoco de Góes*

A minhas avós,

Emma e Nisa.

O puritano queria trabalhar em sua vocação; nós somos forçados a fazê-lo. Quando o ascetismo foi conduzido das celas monásticas para a vida cotidiana e começou a dominar a moralidade mundana, fez sua parte na construção do tremendo cosmos da moderna ordem econômica. Essa ordem é agora vinculada às condições técnicas e econômicas da produção maquinal que hoje determina as vidas de todos os indivíduos nascidos sob esse mecanismo, não apenas daqueles diretamente envolvidos na aquisição econômica, com uma força irresistível. Talvez a determine até que a última tonelada de carvão fossilizado seja queimada. Na visão de Baxter, o cuidado com os bens materiais deveria apenas repousar sobre os ombros do 'santo como um leve manto que pode ser posto de lado a qualquer momento'. Mas o destino ordenou que o manto se tornasse uma gaiola de ferro.

Desde quando o ascetismo incumbiu-se de remodelar o mundo e desenvolver seus ideais no mundo, os bens materiais ganharam um poder crescente e finalmente inexorável sobre as vidas dos homens como em nenhum período anterior da história. Hoje o espírito do ascetismo religioso – se em definitivo quem sabe? – escapou da gaiola. Mas o capitalismo vitorioso, já que repousa sobre fundamentos mecânicos, não precisa mais de seu suporte. Os tons róseos de seu sorridente herdeiro, o Iluminismo, parecem também estar irremediavelmente desaparecendo, e a ideia de dever na vocação de cada um ronda nossas vidas como o fantasma de crenças religiosas mortas. Onde a realização da vocação não pode ser diretamente relacionada aos mais altos valores espirituais e culturais ou quando, por outro lado, não precisa ser sentida simplesmente como uma compulsão econômica, o indivíduo geralmente abandona qualquer tentativa de justificá-la. No campo de seu mais alto desenvolvimento, nos Estados Unidos, a perseguição da riqueza, despida de qualquer sentido religioso e ético, tende a ser associada a paixões puramente mundanas, que frequentemente tomam o caráter de esporte.

Ninguém sabe quem viverá nessa gaiola no futuro, ou se ao final desse tremendo desenvolvimento profetas totalmente novos irão erguer-se, ou se haverá um grande renascimento de velhas ideias e ideais, nem tampouco uma petrificação mecanizada embelezada com uma espécie de convulsiva presunção. No último estágio desse desenvolvimento cultural, poder-se-á verdadeiramente dizer [com Goethe]: “Especialistas sem espírito, sensualistas sem coração; essa nulidade imagina ter atingido um nível de civilização jamais alcançado”.

(WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**, 1904-1905)

[...] a representação do mundo deve adaptar-se a essa evolução no plano estrutural e semântico renunciando em última instância à possibilidade de observar o mundo e com ele a toda certeza baseada no mundo.

(LUHMANN, Niklas. **A sociedade da sociedade**, 1997)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Rita e João, incondicionalmente.

Ao professor Marcelo da Costa Pinto Neves, referência primeira de reflexão jurídica, pela experiência de desfrutar de sua sabedoria desde o segundo dia de aula da graduação, 03-03-2009, nas aulas de Teoria Geral do Estado, nas quais apresentou de modo singular seu pensamento e o de Luhmann; por toda a orientação e encorajamento e pela sempre renovada “irritação” ao conviver com o brilhantismo de suas reflexões.

Ao professor Orlando Villas Bôas Filho, pela orientação, atenção e incentivo, bem como pela oportunidade de compartilhar de seus múltiplos saberes e densas aulas.

Ao professor Celso Fernandes Campilongo, pela atenciosa e estimulante acolhida em meu percurso acadêmico e pelas precisas observações a este trabalho.

Aos colegas luhmannianos Pedro Henrique Ribeiro e Douglas Elmauer, pelos imprescindíveis estímulos e trocas de ideias e materiais.

À Universidade de São Paulo e à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

PREFÁCIO

Em Constitucionalização Corporativa: Direitos Humanos Fundamentais, Economia e Empresa, livro decorrente de estudo primeiramente apresentado (e aprovado *summa cum laude*) como tese de láurea na Universidade de São Paulo em 2013, Lucas Fucci Amato apresenta a coroação de diversos estudos de fôlego realizados durante sua graduação. Com ele, Amato marca sua entrada na discussão acadêmica de sociologia do direito contemporâneo inspirada pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann com uma produção teoricamente densa, consideravelmente ampla na discussão de literatura e nos temas abordados. O livro não ficou, com isso, apenas como uma junção de fragmentos. Há também argumentos próprios decorrentes de novas reflexões sobre discussões e trabalhos anteriores realizados por ele. Evidencia-se a presença de pensamento contínuo sobre problemas dentro de uma linha de pesquisa e de um estilo pessoal de argumentação capaz de processar grande quantidade de temas, discussões e literatura traduzindo-os para a linguagem da teoria dos sistemas e voltando-se para os problemas da análise em um processo de progressiva reflexão teórica.

Isso me é claro, pois pude acompanhar o trabalho de Lucas Amato mais de perto nos dois estudos de iniciação científica realizados sob minha orientação e com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), no período de setembro de 2010 a setembro de 2012, na Universidade de São Paulo. O conhecimento da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann – que não é encarado de forma meramente enciclopédica, nem apenas restrito ao âmbito do direito – estava presente desde aqueles estudos, que, por sua vez, já se voltavam para a relação da economia com direitos humanos (e culturais) no âmbito nacional e “para além do Estado”.

O esforço de Amato de pensar seu problema de pesquisa a partir das grandes discussões da teoria sociológica na qual a teoria luh-

manniana se insere (e, portanto, não a tomando apenas de forma dogmática, fechada ou irrefletida) foi consolidado nessa obra mais abrangente não apenas pelo capítulo primeiro, dedicado principalmente à tarefa de apresentar e discutir os pressupostos teóricos mais abrangentes da teoria dos sistemas sociais, mas também pela maneira pela qual a teoria dos sistemas é mobilizada e irritada transversalmente em toda a obra no contexto de discussões mais prominentes em outros “nichos” da literatura. Tal procedimento, corretamente, deixa de encarar a teoria de Luhmann de forma reducionista, como uma mera descrição (ou afirmação contrafactual?) do postulado da diferenciação funcional para o direito e passa a mobilizar também outras facetas de uma teoria que é muito mais abrangente, dinâmica e complexa. Como disse em outra oportunidade, a teoria de Luhmann “não é uma teoria de chegada, mas sim uma teoria de partida, aberta a novas incursões e alternativas”.

Ao enfrentar o tema de como encarar, por uma perspectiva sociológico-jurídica, a emergência de obrigações e responsabilidades relativas a violações de direitos fundamentais e humanos por corporações (organizações econômicas empresariais) como um problema de transconstitucionalismo (problemas constitucionais entre ordens nacionais, supranacionais, internacionais e transnacionais), Amato mobiliza a teoria dos sistemas neste sentido acima mencionado. Um exemplo disso é a forma como ele traz à tona a teoria das organizações em Luhmann em vista de suas relações com os sistemas funcionais em sua co-evolução – especialmente (mas não só) no âmbito transnacional e entre economia e direito. Isso lhe possibilita fazer algumas inserções com potencial inovativo no debate – e são esses pontos que parecem ser mais interessantes de serem mencionados em um prefácio.

Isso fica claro em sua consideração das cortes arbitrais como organizações que serviriam ao acoplamento estrutural entre direito e economia (“contratos”) no âmbito transnacional (p. 266-7); mas também por sua análise da tese luhmanniana (não isenta de controvérsias!) da relação entre organizações hierárquicas excludentes e crescimento do potencial de exclusão na sociedade moderna, à qual Amato soma considerações sobre burocratização e crescente importância das organizações na modernidade (passando de Max Weber a Marilena Chauí), culminando em uma noção de graduação da exclusão social e sua relação com a subintegração e sobreintegração na sociedade moderna (final do item 2.1, p. 123 e ss. e 139 e ss). Aqui é retomada a importância de uma esfera pública pluralista, da noção de direitos humanos fundamentais para

além do Estado (ou seja, de eficácia transversal) e a necessidade de uma redefinição de termos do debate como as oposições entre Estado/sociedade civil e direito público/direito privado.

Todos esses elementos são mobilizados para se pensar o papel das corporações em relação aos direitos humanos fundamentais e culminam em um diagnóstico crítico, com Martti Koskenniemi, de um “gerencialismo” (poder-se-ia dizer excludente e distante das fórmulas de contingência do direito e da política: justiça e legitimidade) em formas de governança privada e de “autocontenção” dessas ordens transnacionais autorreguladas, em um direito hiperespecializado decorrente de um processo de “cognitivização do direito” que se afasta da política e do próprio sistema jurídico ao se apropriar da semântica da economia (do “mundo corporativo” e da “cultura empresarial”) em seu operar (p. 212 e ss).

Amato não traz um quadro apenas negativo ou pessimista extremado, mas, com o enfoque nas corporações empresariais transnacionais, ele se mantém em um distanciamento crítico à governança e autorregulação transnacional. Argumenta serem insuficientes as propostas do que chamou de “expressão radical da estratégia do discurso constitucionalista” (p. 331), de Gunther Teubner, que seria orientada à autocontenção ou autolimitação do setor econômico. Sustenta que os “exemplos reais” sobre os quais essa teoria se baseia apontariam para ambivalências e, inclusive, para uma potencial ampliação da semântica da economia e do gerencialismo nestes âmbitos técnicos da governança privada (cf. p. 212 e ss e 231 e ss.), em um processo de “constitucionalização privada” que se assemelharia a uma constituição sem política e, ao invés de contribuir para a autolimitação da expansão do sistema econômico, contribuiria também paradoxalmente para o suporte de sua expansão.

A partir dessa chave é que Amato analisa as ideias de Teubner da “politização” ou “democratização interna” da economia, especialmente pela ótica do seu objeto de estudo: as corporações empresariais que, apesar de estarem emaranhadas em diversas ordens normativas do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, seriam organizações “protagonistas do direito (econômico) transnacional”. Segundo Amato, a “democratização” (vista de forma cética – cf. nota 1.625; ver também p. 174-5) ou “sensibilidade ecológica” desse setor (principalmente no âmbito transnacional) seria menos pensada apenas como autolimitação econômica pelo Medium do dinheiro ou pela autoirritação da cisão entre uma esfera espontânea e uma esfera profissional na economia (no senti-

do de Teubner na obra *Verfassungsfragmente [Fragmentos Constitucionais]*, mas antes como uma democratização “administrativa”, ou seja, no âmbito dessas organizações (corporações empresariais), “que haveriam de inserir em seus processos decisórios aberturas a deliberações externas à própria organização” (p. 340).

Nesse sentido, Amato argumenta que além da estratégia de Teubner da busca de “isomorfismos constitucionais” na sociedade mundial, caberia pensar, com o transconstitucionalismo, em momentos de diálogos sobre problemas transconstitucionais (principalmente sobre direitos humanos) entre ordens diversamente estruturadas – nem todas elas apresentando paralelos com estruturas análogas à constituição em sentido clássico (p. 337). Assim, ele vê com certo ceticismo a crença otimista de que códigos de conduta seriam suficientes para conter a expansão da racionalidade da economia na forma de uma constitucionalização ou democratização interna, colocando também a importância dos diálogos transconstitucionais (p. 186-7) e a pressão de diversas ordens – nacionais, internacionais e transnacionais (e também com a União Europeia como único exemplo claro de ordem supranacional) – para que direitos humanos sejam respeitados, motivo pelo qual ele realiza também uma breve análise da dogmática de previsão de obrigações e responsabilidades às corporações empresariais nessas diversas ordens, no início do Capítulo Terceiro do livro.

Neste momento, aliás, ele retoma, de forma distanciada e crítica, os problemas da noção de “constitucionalização” do direito como descrição em todas as ordens do sistema jurídico de níveis múltiplos da sociedade mundial. Isso não apenas pelos problemas conceituais de se utilizar o conceito de constituição de forma metafórica ou expandida, mas também por demonstrar que tal constitucionalização poderia, inclusive, agir de forma desdiferenciante principalmente no âmbito transnacional, em relação ao código forte da economia e sua semântica. A esse propósito, Amato apresenta diversas “dúvidas” (p. 331-4) e afirma que a chamada constitucionalização corporativa poderia funcionar de modo ambivalente, tanto no sentido da manutenção da autonomia do direito em relação à economia, quanto no sentido de sua desdiferenciação em relação a ela.

O que me parece importante ressaltar é que a noção de problemas constitucionais que se tornam relevantes para diversas ordens do sistema jurídico de níveis múltiplos, como possibilitadores de diálogos transconstitucionais, parece ser um mecanismo de análise que não so-

brecarrega o conceito de constituição (ou constitucionalização de ordens específicas) nem o torna vago, permitindo uma análise mais diferenciada das questões constitucionais que se impõem às corporações em relação a suas violações em sede de direitos fundamentais e humanos. Amato se aproxima dessa argumentação ao tratar do tema do que chamou de “direitos humanos fundamentais” como um problema constitucional que, primeiramente relevante para as constituições nacionais, torna-se relevante também para outras ordens.

À análise luhmanniana de que os direitos fundamentais serviriam para manter a diferenciação funcional da sociedade contra o perigo da desdiferenciação, principalmente pela economia e pela política, e à análise de Teubner dos direitos humanos também como sensibilidade ecológica em relação ao ambiente, soma-se, como já defendi em outras obras, a questão da inclusão de pessoas em uma ordem jurídica nacional (direitos fundamentais) e nos sistemas sociais da sociedade mundial (direitos humanos) – sendo a diferença entre eles, do ponto de vista sociológico, uma diferença de abrangência.

Ainda que Amato argumente, com razão, que a economia pareça ser um sistema social de código forte (apontando para a sua força no direito transnacional tanto por impor a semântica forte do “mundo corporativo” quanto por contar com atores fortes – “corporações empresariais”) e que os direitos fundamentais sociais não podem ser diferenciados dos direitos fundamentais políticos e civis como se apenas os primeiros exigissem uma prestação efetiva do Estado de direito que mobilizasse custos e recursos (p. 158 e ss), restaria a questão de compreender por que tais “direitos humanos fundamentais” – como o direito social por ele mencionado, mas também o direito ambiental – são ainda “fracos” (quando em comparação àquelas violações escandalosas típicas de direitos humanos – como o genocídio, por exemplo) e encontram baixa institucionalização no âmbito transnacional, onde enfrentam as formas “fortes” do direito econômico – e aqui principalmente, segundo Amato, a autorregulação transnacional no âmbito de grandes corporações.

Os problemas de se voltar em demasiado para uma estratégia de buscar “estruturas isomórficas de constitucionalização” na aposta de uma democratização interna de determinados sistemas sociais parecem ser mais evidentes quando se toma como ponto de análise o sistema econômico, de modo que as proposições abrangentes de processos de “constitucionalização” e de autolimitação interna parecem ser duvidosas, principalmente sem o correspondente de uma esfera pública pluralista e

abrangente dentro do âmbito de procedimentos do Estado Democrático de Direito. É de se esperar que a hipertrofia no âmbito transnacional da racionalidade expansiva das corporações empresariais, tal como argumenta Amato, possa ser tematizada pelos diálogos e (o processamento de) conflitos transconstitucionais entre cortes de diversas ordens do sistema jurídico mundial multicêntrico ou de níveis múltiplos, uma vez que não há plausibilidade – nem desejo! – de que possa haver algo como um Estado Mundial.

Marcelo Neves

*Professor Titular de Direito Público da
Universidade de Brasília (UnB)*

*Visiting Senior Research Fellow da Universidade de Glasgow, Escócia
Livre-docente de Filosofia do Direito, Teoria do
Direito e Direito Constitucional Comparado na
Universidade de Friburgo, Suíça.*

SUMÁRIO

Introdução	21
-------------------------	----

Capítulo 1

Sociedade, Direito e Direitos Humanos Fundamentais na Teoria dos Sistemas Sociais	37
--	----

1.1 Pressuposto epistemológico: o conhecimento como construção sistêmica operacional	39
1.2 Comunicação, estrutura e semântica nos sistemas sociais.....	45
1.3 Evolução, diferenciação funcional, complexidade e contingência	53
1.4 O sistema jurídico	75
1.5 Direito positivo e Estado Democrático de Direito.....	84
1.6 Constitucionalismo e direitos fundamentais.....	99

Capítulo 2

Economia, Direitos Humanos e a Emergência da Constitucionalização Corporativa	119
--	-----

2.1 Economia, organização, diferenciação e exclusão	120
2.2 Economia, política e direitos humanos fundamentais	142
2.3 A construção de um constitucionalismo societal.....	161
2.3.1 A tese de Sciulli	162
2.3.1 A tese de Teubner	168
2.4 Um conceito institucional e ecológico de direitos fundamentais	175
2.5 Constitucionalismo corporativo	184
2.6 Explorando a semântica da constitucionalização corporativa	189

- 2.6.1 As dicotomias em desconstrução: Estado/sociedade civil e direito público/direito privado..... 189
- 2.6.2 Estrutura e semântica da constitucionalização corporativa: cognitivização, despolitização e economicização do direito ... 211

Capítulo 3

Constitucionalização Corporativa: a Programação Complexa do Sistema Jurídico	257
3.1 Sobre a observação da constitucionalização corporativa: programas e doutrinas	258
3.2 O direito “multiordenado”	263
3.2.1 As várias ordens jurídicas na constitucionalização corporativa.....	275
3.3 Obrigações e responsabilidades: a transversalidade da constitucionalização corporativa.....	288
3.3.1 Eficácia privada dos direitos humanos fundamentais	297
3.3.2 Algumas considerações sobre as formas de reparação das violações: questões criminais, civis e processuais	318
3.4 Constitucionalização corporativa: questões persistentes	324
Conclusão	335
Referências	345
Índice alfabético	365

INTRODUÇÃO

Em 5 de dezembro de 1783, Immanuel Kant ressaltaria o lema do iluminismo (“*Sapere aude! Tem coragem de fazer uso do teu próprio entendimento [...]*”) e diria que “[p]ara este esclarecimento [Aufklärung], porém, nada mais se exige senão liberdade. E a mais inofensiva entre tudo aquilo que se possa chamar liberdade, a saber: a de fazer um uso público de sua razão em todas as questões”¹. E concluiria: o pensamento livre

*atua em retorno progressivamente sobre o modo de sentir do povo (com o que este se torna capaz cada vez mais de **agir de acordo com a liberdade**), e finalmente até mesmo sobre os princípios do **governo**, que acha conveniente para si próprio tratar o homem, que agora é mais do que simples **máquina**, de acordo com a sua dignidade*².

Mas Max Weber, o grande teórico da burocracia, conclui seu escrito sobre **A ética protestante e o espírito do capitalismo**, originalmente publicado entre 1904 e 1905, com um diagnóstico sombrio: o da “gaiola” ou “jaula de ferro” e do esmaecimento do “risinho herdeiro” do capitalismo, o Iluminismo, tipicamente nos Estados Unidos³. Ao desfecho de um período de guerra, em 1944, Adorno e Horkheimer concluiriam em Los Angeles os escritos da **Dialética do Esclarecimento**, na qual vislumbraram no Esclarecimento (ou Iluminismo – *Aufklärung*) a persecução incessante do objetivo “*de livrar os homens do medo e de investi-los na posição de senhores. Mas a terra totalmente esclarecida resplandece sob o signo de uma calamidade triunfal. O programa do esclarecimento*

¹ KANT, 1985, p. 100, 104 (destaques no original).

² KANT, 1985, p. 116 (destaques no original).

³ WEBER, 2003, p. 181-2.

era o desencantamento do mundo. Sua meta era dissolver os mitos e substituir a imaginação pelo saber”⁴. Entretanto,

*[h]oje, quando a utopia baconiana de ‘imperar na prática sobre a natureza’ se realizou numa escala telúrica, tornou-se manifesta a essência da coação que ele atribuía à natureza não dominada. Era a própria dominação. É à sua dissolução que pode agora proceder o saber em que Bacon vê a ‘superioridade dos homens’. Mas em face dessa possibilidade, o esclarecimento se converte, a serviço do presente, na total mistificação das massas*⁵.

No prefácio à edição alemã de 1969, os autores reavaliaram seu *diagnóstico de tempo*:

*Não nos agarramos sem modificações a tudo o que está dito no livro. Isso seria incompatível com uma teoria que atribui à verdade um núcleo temporal, em vez de opô-la ao movimento histórico como algo de imutável. O livro foi redigido num momento em que já se podia enxergar o fim do terror nacional-socialista. Mas não são poucas as passagens em que a formulação não é mais adequada à realidade atual. E, no entanto, não se pode dizer que, mesmo naquela época, tenhamos avaliado de maneira excessivamente inócua o processo de transição para o mundo administrado. [...] O desenvolvimento que diagnosticamos neste livro em direção à integração total está suspenso, mas não interrompido; ele ameaça se completar através de ditaduras e guerras. [...] A ideia de que hoje importa mais conservar a liberdade, ampliá-la e desdobrá-la, em vez de acelerar, ainda que indistintamente, a marcha em direção ao mundo administrado, é algo que também exprimimos em nossos escritos ulteriores*⁶.

A dedicatória da obra a Friedrich Pollock, que estudara as formas totalitárias de “capitalismo de Estado”⁷, tal como a soviética, reverbera na noção de “mundo administrado”.

A racionalização finalística potencializada pela especialização das esferas de valor é um processo histórico entendido desde Weber como característico da modernidade – peculiarmente destaca-se o processo

⁴ ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 17.

⁵ ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 46.

⁶ ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 9-10.

⁷ POLLOCK, 1990, esp. p. 72-3.

de burocratização: a expansão da organização burocrática como “*o meio de poder tecnicamente mais desenvolvido*”⁸. Esse processo teria atingido seu ponto culminante na metade do século XX, quando Adorno e Horkheimer apontaram o capitalismo de Estado ou o “mundo administrado” como a convergência dos Estados capitalistas de bem-estar social com os Estados totalitários de esquerda e direita, todos atuando com base em uma interseção estrutural entre os sistemas político e econômico, interseção esta procedimentalizada pela planificação econômica⁹. Surge então a noção de “mundo administrado” como expressão da expansão a tal ponto da racionalidade finalística que esta teria criado uma sistemização total da sociedade, enfraquecendo a razão comunicativa (voltada ao entendimento intersubjetivo) diante da razão instrumental e estratégica, uma razão tecnicada que leva à reificação da pessoa (exemplar na ação estratégica). Correspondentemente, reforça-se a pretensão de verdade (ciência) como a única válida em uma sociedade tecnológica, ao mesmo tempo em que são desvalorizadas as esferas de valores organizados segundo uma função expressiva (arte) ou normativa (moral)¹⁰. A resposta de Habermas a tal diagnóstico será criticar os céticos modelos funcionalistas de Marx e de seu contemporâneo (de Habermas) Niklas Luhmann¹¹ e propor um modelo normativo de ética procedimental “*que se alimenta da ‘eticidade democrática’ dos cidadãos e da cultura política liberal*”¹². Para Habermas, apesar da dominância da razão instrumental e estratégica¹³ na forma de comunicação de massa, esta ainda dependeria de um fundamento no consenso e no entendimento intersubjetivo, havendo aí mesmo um espaço para a ação comunicativa¹⁴.

⁸ WEBER, 2009b, p. 224-5 (destaque no original).

⁹ BLOTTA, 2010, p. 70.

¹⁰ BLOTTA, 2010, p. 71-3, 290-1.

¹¹ Cf. HABERMAS, 1997a, p. 66-82.

¹² HABERMAS, 1997b, p. 323.

¹³ Segundo HABERMAS (1999a, p. 367, destaques no original): “*A uma ação orientada ao êxito chamamo-la instrumental quando lhe consideramos baixo o aspecto de observância de regras técnicas de ação e avaliamos o grau de eficácia da intervenção que essa ação representa em um contexto de estados e sucessos; e a uma ação orientada ao êxito chamamo-la estratégica quanto lhe consideramos baixo o aspecto de observância de regras de escolha racional e avaliamos seu grau de influência sobre as decisões de um oponente racional*”. NEVES (2008, p. 75-6) nota que se pode entender que na racionalidade instrumental há a coordenação de objetos como meios para a consecução de fins, enquanto na racionalidade estratégica são mobilizadas as relações interpessoais (em última análise, as pessoas) como meio ou condição para a realização de determinados fins (egoísticos).

¹⁴ BLOTTA, 2010, p. 74.

Mas será possível, desconstruindo distinções tradicionais, construindo e reconstruindo outras formas¹⁵, enraizar uma análise dos direitos humanos (talvez a expressão mais acabada do “espírito” do Iluminismo) em uma teoria sociológica que, como a de Luhmann, vê os ideais emancipatórios iluministas como poeira de uma velha semântica europeia e não reconhece um “mundo da vida” como espaço para a formação de consenso intersubjetivo?¹⁶ Ainda: será possível deslocar a análise do totalitarismo integrador da política para a economia e suas organizações? Afinal, não irá o perigo do totalitarismo para além do próprio sistema político?¹⁷ De que forma convivem os direitos humanos e as organizações empresariais, frutos de um mesmo contexto formador?

Em meio a tais questionamentos, este trabalho trata da emergência, para as organizações econômicas (especialmente as empresariais), de obrigações e responsabilidades decorrentes de violações de direitos humanos (e) fundamentais – tal é o processo descrito como de *constitucionalização corporativa*. Não se trata, portanto, da constitucionalização da “ordem econômica” nas constituições nacionais, nem da busca de isomorfismos entre a constituição nacional e estruturas autorregulatórias e mecanismos jurídicos de sociedades comerciais. Antes, o processo de constitucionalização corporativa denota a emergência da problemática tipicamente constitucional dos direitos humanos fundamentais em diversos tipos de ordem jurídica (nacionais, internacionais, transnacionais etc.) – na esteira da teoria do *transconstitucionalismo*¹⁸ –, mas tematiza especificamente a correspondência desses direitos a obrigações e responsabilidades de organizações econômicas/ empresariais (“corporações”). Vale desde já mencionar que o início do tratamento jurídico da temática das

¹⁵ Sobre o construtivismo epistemológico luhmanniano, cf. LUHMANN, 2007a. Para uma visão sintética do “projeto” teórico luhmanniano, cf. NEVES, 2009a.

¹⁶ LUHMANN, 2007b, p. 616: “*Não será buscar com um olhar para trás e querer carregar-se de esperança – pois de outro modo não haveria – com conceitos que a história já desmentiu? [...] No seguinte não se trata de chegar por outro caminho a um quadro mais favorável da sociedade moderna; sobretudo renunciaremos a trocar conceitos como planificação, direção ou ética com projetos que – por sua proximidade com a práxis – se lhes parecem. Sabemos demasiado pouco – como para decidir – sobre a forma de conduzir as ações. Isto só pode suceder nos sistemas funcionais [e] para seu âmbito respectivo. Naturalmente isso não significa abster-se dos assuntos práticos, embora seja bom permanecer ante esses intentos na posição de observador dos observadores e assim perceber que é que sucede quando alguém reclama planificação ou ética para si, com o propósito de introduzir novas diferenças na sociedade*”.

¹⁷ Cite-se aqui o clássico estudo de GOFFMAN (2010) sobre as “instituições totais” nos sistemas sanitário, religioso e jurídico (“manicômios, conventos e prisões”), observadas nos anos 50.

¹⁸ NEVES, 2009b.

obrigações empresariais relativas aos direitos humanos remonta ao trabalho da Organização das Nações Unidas nos anos 70, focado em corporações transnacionais¹⁹; hoje, porém, as diversas ordens jurídicas apresentam possibilidades de tangenciamento da questão. Mas, antes de prosseguir, três esclarecimentos terminológicos são já necessários: quanto à “corporação”, “direitos humanos (e) fundamentais” e “societal”.

Tendo-se em vista que o termo “empresa” é juridicamente uma qualificação de um tipo de atividade²⁰ – pelo menos no conceito da legislação brasileira²¹ –, e não propriamente um tipo de organização, preferiu-se estipular o termo “corporação”²² como referência às organizações empresariais, juridicamente construídas enquanto pessoas jurídicas desenvolvedoras de tal atividade (genericamente, a produção de bens e serviços para o mercado)²³; a personificação jurídica tem por fito primordial

¹⁹ ČERNIČ, 2010, p. 9.

²⁰ Este seria o “perfil funcional” de empresa, no sentido de ASQUINI, 1996, p. 116-7.

²¹ Código Civil (Lei 10.406/02), art. 966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

²² A adoção dessa denominação, por um lado, não se confunde *totalmente* com o corporativismo enquanto forma ou ideologia política – afinidade que havia na classificação, por ASQUINI (1996, p. 122-5), da empresa, segundo seu “perfil corporativo”, como “instituição”. As experiências corporativistas paradigmáticas do século XX, como o fascismo italiano, romperam com o ideal liberal da relação direta entre cidadãos (indivíduos) e Estado, baseando-se em “classes”, coletividades e instituições ou associações “intermediárias” (como as sindicais). Devidamente historicizadas tais experiências históricas autoritárias ou totalitárias, o “poder” contemporâneo das corporações (organizações empresariais) guarda afinidades com aquelas. A referência a “governos privados” ou a um “novo medievalismo” ou “neofeudalismo” associado às corporações transnacionais como centros de poder e direito o revelam. Para um panorama desse tema, cf. FARIA, 2004. Para uma análise sobre o corporativismo, cf. SCHMITTER, 1974.

²³ Código Civil, art. 44 (redação atual): “São pessoas jurídicas de direito privado: “[...] I – as associações; [...] II – as sociedades; [...] III – as fundações; [...] IV – as organizações religiosas; [...] V – os partidos políticos. [...] VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada”. A empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) também são pessoas jurídicas de direito privado. Para a Constituição de 1988, art. 173 (com redação dada pela Emenda Constitucional 19/98): “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários [...]*”.

a separação do patrimônio dos proprietários em relação ao patrimônio da organização empresarial, bem como a respectiva limitação das obrigações e responsabilidades dos sócios²⁴. Já Weber²⁵ registrara que “[d]enomina-mos empresa uma ação contínua que persegue determinados fins” e que

[a] realização mais racional da ideia da personalidade jurídica de associações é a separação total entre a esfera jurídica dos membros e uma esfera jurídica da associação independentemente constituída: determinadas pessoas, designadas de acordo com regras, são as únicas que se consideram legitimadas para obrigar e autorizar a associação. Mas estas relações jurídicas não afetam a pessoa e o patrimônio dos membros individuais, não são consideradas contratos deles, mas referem-se juridicamente ao patrimônio, totalmente separado, da associação.

Os empresários (pessoas naturais) também estão inseridos na problemática discutida neste trabalho, mas – em comparação com o problema da imputação de deveres a pessoas jurídicas e de sua responsabilização – as construções legislativas, jurisprudenciais e dogmáticas, como as noções de risco, as pretensões indenizatórias por danos morais e materiais e as responsabilidades administrativa, civil e criminal, já tornam muito mais simples a inserção daqueles sujeitos no polo passivo das pretensões envolvendo direitos humanos fundamentais. Também estão inseridas na discussão as pessoas naturais ou jurídicas que desenvolvem atividade econômica considerada não empresarial, mas civil²⁶. Por outro

²⁴ ČERNIČ, 2010, p. 10.

²⁵ 2009a, p. 32; 2009b, p. 47.

²⁶ Não são empresa, por expressa exclusão legal, as seguintes “atividades econômicas civis”: 1) as atividades desenvolvidas por “quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (Código Civil, art. 966, parágrafo único). Assim, mesmo que um profissional liberal (médico, advogado, engenheiro) ou artista contrate trabalhadores para auxiliá-lo em sua atividade, não será empresário. Isso só ocorre quando tal profissional, ainda que continue a exercer o seu ofício propriamente dito, passe a ter uma ampla dedicação à gerência de uma (considerável) estrutura de fabricação de bens ou de prestação de serviços, gerindo finanças, materiais, pessoas (trabalhadores contratados), passando então a ser considerado empresário; 2) as atividades de agricultura, pecuária e extrativismo, exceto se se requerer sua inscrição no registro das empresas (Junta Comercial). Trata-se, pois, de uma opção de o exercente de atividade rural ser considerado empresário (rural), desde que se registre (CC, art. 971). Essa situação é diferente da do empresário “comum” (urbano), que assim é considerado independentemente de registro, bastando preencher as condições destacadas para a definição de empresa (o empresário “urba-

lado, há pessoas jurídicas que não são sociedades – como as associações e fundações –, mas que podem também estar inseridas no sistema econômico (mesmo que se entenda serem organizações “sociais” ou “sem fins lucrativos”), suscitando dificuldades semelhantes às que aqui se vislumbra com foco nas organizações empresariais. A imputação de deveres e responsabilidade subjetiva ou objetiva a essas estruturas é decerto um dos pontos de interesse alçados à centralidade nos casos em que as corporações (e seus trabalhadores, administradores e acionistas?) se envolvem em violações de direitos humanos²⁷.

Outra definição que se deve estipular é a de direitos humanos fundamentais. Histórica e dogmaticamente, os direitos fundamentais são vinculados às constituições (estatais nacionais), com suas raízes liberais no século XVIII e socialistas nos séculos XIX e XX, enquanto os direitos humanos se entendem como construídos pela ordem internacional do segundo pós-guerra. Ocorre, porém, que, embora institucionalmente atendam a diferentes arcabouços e também se estruturam juridicamente de forma diversa (v.g., pela promulgação de uma constituição, de um lado, pelo costume, por convenções, declarações e tratados internacionais, de outro), atendem a uma mesma “função”, tanto em relação ao sistema jurídico, em particular, quanto em relação à sociedade, globalmente considerada. De outro lado, deve-se iluminar a presença de questões envolvendo direitos fundamentais não mais apenas em ordens nacionais e na ordem internacional, mas também em ordens privadas, setoriais, supranacionais e transnacionais. Em vista de tal multiplicidade de ordens jurídicas e da função genericamente comum desempenhada pela categoria de direitos analisada, justifica-se a preferência pela expressão “direitos humanos fundamentais” neste trabalho, embora se vá também utilizar as

no” sem registro é considerado “empresário irregular”, apenas não podendo gozar de certos benefícios); 3) as atividades desenvolvidas por cooperativas, forma de sociedade civil disciplinada pelo Código Civil, arts. 1.093 a 1.096, e pela Lei 5.764/71.

²⁷ ČERNIČ (2010, p. 11) afirma empregar um conceito “fluido” de corporação, tomando por base as definições da ONU (2003) nas Normas sobre as Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outras Empresas com Relação a Direitos Humanos, segundo as quais (em seu § 20): “*O termo ‘corporação transnacional’ refere-se a uma entidade econômica que opera em mais de um país ou a um conjunto de entidades econômicas que operam em dois ou mais países – qualquer que seja sua forma jurídica, seja no seu país sede seja no país de atividade, seja tomada individualmente, seja coletivamente*”. Ademais, em seu § 21, tais normas complementam seu âmbito de aplicação: “*A expressão ‘outra empresa [business enterprise]’ inclui qualquer entidade de negócios, independentemente da natureza internacional ou doméstica de suas atividades, incluindo corporação transnacional, contratante, subcontratado, fornecedor, licenciado ou distribuidor; a corporação, a parceria ou outra forma jurídica usada para estabelecer a entidade de negócios; a natureza da propriedade da entidade*”.

expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, indiferentemente. Não se está, frisa-se, utilizando a categoria de “direitos humanos fundamentais” para descrever um pretense cerne ou núcleo duro dos direitos humanos²⁸, mas sim como categoria a mais geral possível de referência a essa temática jurídica transversal às diversas ordens.

Finalmente, deve-se esclarecer o uso dos termos “social” e “societal”. Por um lado, a constitucionalização corporativa é trabalhada como uma tese derivada das análises sobre o “constitucionalismo societal”²⁹. Por outro, será preferido o termo “societal” em referência à sociedade como sistema social mais amplo ou ao ambiente social de determinado subsistema social de que se esteja tratando (o ambiente social extrajurídico – econômico, político etc. –, no caso do direito, por exemplo). Assim também, a referência a “social” deve ser entendida no sentido da diferença dos sistemas sociais (que autoproduzem comunicação) em relação a outros sistemas (biológicos, psíquicos, físicos, químicos). Neste sentido, “social” também pode se referir à sociedade ou ao ambiente de determinado sistema social parcial. O que se procura frisar é que, consoante a perspectiva teórica adotada, a sociedade divide-se em sistemas funcionais (a economia, a política, o direito, a educação, a saúde, a arte) – não se trabalha, portanto, com uma bipartição entre Estado e sociedade ou com uma tripartição entre economia, política e sociedade (já que econo-

²⁸ Este é o uso de ČERNIČ (2010, esp. p. 16-7, 59-71) na redução dos direitos humanos a um mínimo denominador comum consensual para o campo das obrigações e responsabilidades relacionadas à atividade corporativa (daí a nota da fundamentalidade, no uso do autor), abarcando o direito à segurança (que abrangeria os direitos de não sofrer tortura ou qualquer tratamento desumano ou degradante, morte arbitrária, detenção arbitrária, desaparecimento forçado, estupro, escravidão sexual, execução extrajudicial, genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e outras violações de direito humanitário internacional e outros crimes internacionais), alguns direitos “trabalhistas” (proibição do trabalho forçado ou análogo à escravidão e do trabalho infantil) e o direito à não discriminação (ou à igualdade). Cf. JÄGERS, 2002, p. 51-74, esp. p. 73 e 247. JÄGERS (2002, p. 46-7) destaca que o Comitê de Direitos Humanos da ONU considerou como normas peremptórias pertencentes ao direito internacional costumeiro as seguintes disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: proibição da escravidão, da tortura, de tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante, de privação arbitrária da vida, de discurso de ódio nacional, racial ou religioso, liberdades de pensamento, consciência e religião, direito ao casamento e direito das minorias à fruição de sua própria cultura; frequentemente, segue o autor, também se considera como *ius cogens* o direito à vida, a proibição da tortura e do tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante, a proibição da discriminação racial ou qualquer outra, a proibição da escravidão e do respectivo comércio. Note-se ainda o art. 4, § 2º do citado Pacto, a elencar direitos que não permitiriam derrogação mesmo em casos de emergência.

²⁹ SCIULLI, 1992; TEUBNER, 2012.

mia e política são subsistemas da sociedade). Assim se evita o uso de “social” tanto como um referente vazio, um não espaço ao qual se remetem questões na verdade tidas como marginais (“problemas sociais”/ “bem-estar social”) diante de âmbitos estruturados (a política e a economia), quanto como uma marca valorativa genérica³⁰ (solidarismo) ou uma referência ideológica (ao socialismo e/ ou à socialdemocracia). “Societal” também não se confunde com “societário”, referência às sociedades comerciais.

Quanto à metodologia do trabalho, não se trata de um estudo dogmático-jurídico, mas antes de uma investigação sociológica ou jurídico-sociológica, cuja perspectiva poderia ser definida como “externa moderada”³¹ – confere atenção às categorias propriamente jurídicas e à concepção interna de seus códigos e programas, mas os problematiza de um ponto de vista também externo. O limiar teórico aqui explorado é a teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann, em diálogo com outras correntes sociológicas, bem como com autores jurídicos que desenvolvem construções conceituais a partir da elaboração luhmanniana. A observação e descrição de semânticas e estruturas da sociedade em geral – mas que se corporificam em formas semânticas e estruturais especificamente jurídicas – é o limiar não só metodológico mas também epistemológico do estudo³². O construtivismo, ademais, não é concebido, neste paradigma teórico, como um *modus operandi* tão somente da observação e descrição científica (sociológica inclusive), mas também de todos os sistemas sociais observados por si mesmos ou por outros³³: trata-se antes de uma descrição das próprias formas de operação dos sistemas autopoieticos, *i.e.*, das operações de observação e descrição (registro de observação) dos sistemas sociais (cuja unidade elementar é a comunicação, e o meio é o sentido), psíquicos (baseados na consciência e tendo como meio o sentido) ou biológicos (fundados na vida)³⁴. Tal postulado refere-se a uma rejeição das dicotomias sujeito cognoscente/ objeto do conhecimento e ser/ pensar; portanto, a um explícito afastamento da ontologia e do idealismo tradicional, regulados pela questão: “*como pode o conhecimento verificar a existência de um objeto fora de si?*”³⁵, real, existente indepen-

³⁰ LUHMANN, 1997c, p. 75: “*Em princípio, portanto, não é de admirar que também a sociologia tenha dificuldades para designar a unidade de seu objeto. Devemos falar de ‘social’? Mas este conceito é muito amável, muito amigável, muito amoroso. Onde ficaria, neste caso, o associal, o crime, a anomia de Durkheim?*”

³¹ KERCHOVE; OST, 1988, p. 29-30.

³² Sobre a indissociabilidade entre teoria e metodologia, cf. KOSKENNIEMI, 1999.

³³ Cf. TEUBNER, 1989.

³⁴ LUHMANN, 2007a, p. 61.

³⁵ LUHMANN, 2007a, p. 55. Assim, reconhece-se “*a relação circular com o objeto (!)*” (LUHMANN, 2007b, p. 7), o que torna possível uma teoria sociológica autológica da

dentemente da própria operação cognitiva. A teoria dos sistemas autopoieticos adere a uma teoria do conhecimento radicalmente construtivista, para a qual “*o conhecimento só é possível porque não há acesso à realidade externa*”³⁶, contínuo de materialidade que não obedece às setorializações e sistematizações, às distinções e aos fechamentos criados pelos sistemas autopoieticos em sua autorreprodução³⁷.

Consciência e sociedade acoplam-se estruturalmente pela linguagem, por uma coordenação de signos seja linguística, seja artística (“*objetos que sendo coisas perceptíveis podem enriquecer-se com sentido social*”³⁸). Nos sistemas sociais e psíquicos, que reproduzem o *medium* sentido³⁹, certas irritações⁴⁰ são processadas internamente ao sistema (isto é, construídas por sua rede ou cadeia autorreferencial de comunicações) como informações, conformando sentido. Para facilitar sua autopoiese, *i.e.*, o enlace de suas comunicações, tais sistemas desenvolvem uma memória, que lhes permite “*dispor dos resultados das seleções passadas como estado presente [...]*”⁴¹. A memória do sistema, como regulação entre o que reter e o que esquecer, registra sua história, ou seja, que comunicações levar em consideração no encadeamento das próximas comunicações⁴². Se a memória apresenta-se, em relação a cada sistema, como “*faculdade de discriminar entre esquecer e recordar*”, a cognição é

sociedade, fundada no “*paradoxo de uma comunicação sobre a sociedade na sociedade*” (LUHMANN, 2007b, p. 8, destaques no original): “*Uma sociedade que se descreve a si mesma o faz desde dentro, ainda que pareça fazê-lo desde fora. [...] Quando a comunicação de uma teoria da sociedade se realiza como comunicação, ela altera a descrição do objeto e com isso o objeto assumido na descrição. [...] Ademais, o intento de descrever a sociedade não se pode fazer fora da sociedade: faz uso da comunicação, ativa relações sociais e se expõe à observação na sociedade. [...] A descrição deve, pois, apreender seu objeto como objeto que se descreve a si mesmo*”. (LUHMANN, 2007b, p. 4-5)

³⁶ LUHMANN, 2007a, p. 55 (destaque no original).

³⁷ Para LUHMANN (2007b, p. 72), “*toda construção e manutenção de limites de um sistema – e isto é válido naturalmente também para os seres vivos – pressupõe um contínuo de materialidade que não se conhece nem respeita esses limites [...]*”. Assim também se entende que “*para o sistema os ‘objetos’ sejam sempre referências; de nenhum modo, portanto, coisas dadas no mundo exterior, senão unidades estruturais da autopoiese do sistema, quer dizer, condições de prosseguimento da autopoiese*”. (LUHMANN, 2007b, p. 71)

³⁸ LUHMANN, 2007b, p. 30. Cf., também, LUHMANN, 2007b, p. 73, 79.

³⁹ LUHMANN, 2007b, p. 27-8: “*O sentido é então um produto das operações que o produzem e não uma qualidade do mundo devida a uma criação, fundação ou origem. Não há então uma idealidade separada do viver e do comunicar fáticos*”.

⁴⁰ LUHMANN, 2007b, p. 87.

⁴¹ LUHMANN, 2007b, p. 29.

⁴² LUHMANN, 2007b, p. 67.

a “*faculdade de enlaçar novas operações às recordadas; pressupõe que mediante o esquecimento se liberam capacidades do sistema, embora também que novas situações possam levar a recorrer seletivamente a condensações de operações passadas*”⁴³.

As formas de sentido a serem estabilizadas têm uma origem contingente⁴⁴ e apresentam-se como um “*excedente de remissões acessível a partir do sentido atualmente dado*”⁴⁵. Após a seleção das irritações que ganharão valor informativo, portanto, existe uma condensação das formas (distinções) mais reutilizáveis⁴⁶ enquanto referências recursivas, as quais vêm a formar identidades⁴⁷, que são então generalizadas, permitindo “*ordenar as recursões de tal maneira que em todo processamento de sentido se possa recuperar e antecipar o que é utilizável reiteradamente*”⁴⁸. Assim é que se opera o equilíbrio dinâmico entre redundância e variação⁴⁹, dando aquela consistência ao sistema⁵⁰ e esta, possibilidades de renovação e pluralização, ainda que altamente seletivas⁵¹.

Embora os sistemas dependam de uma base material para seus acoplamentos operacionais (autopoiese)⁵² e estruturais⁵³, esta base só tem relevância para os sistemas sociais a partir da comunicação, já que, enquanto não são comunicação, permanecem no ambiente da sociedade⁵⁴. Um sistema social – tanto a sociedade quanto seus sistemas sociais funcionais – opera por meio de e leva em consideração apenas o que é comuni-

⁴³ LUHMANN, 2007b, p. 90.

⁴⁴ LUHMANN, 2007b, p. 30.

⁴⁵ LUHMANN, 2007b, p. 32.

⁴⁶ LUHMANN, 2007b, p. 82.

⁴⁷ LUHMANN, 2007b, p. 28.

⁴⁸ LUHMANN, 2007b, p. 29. Uma das formas generalizadas são os códigos de preferência dos sistemas funcionais (lícito/ ilícito, ter/ não ter), meios de comunicação simbolicamente generalizados (cf. LUHMANN, 2007b, p. 52).

⁴⁹ Cf. LUHMANN, 2007b, p. 35.

⁵⁰ LUHMANN, 2007b, p. 42: “*Aqui, portanto, consistência não significa outra coisa que produção de suficientes redundâncias, por conseguinte, tratamento detalhado das informações*”.

⁵¹ LUHMANN, 2007b, p. 40: “[...] o sistema não se deixa irritar de maneira arbitrária, senão de maneira altamente seletiva; quer dizer, deixa estimular-se à variação”.

⁵² LUHMANN, 2007b, p. 3.

⁵³ LUHMANN, 2007b, p. 74 (destaque no original): “*Os acoplamentos estruturais necessitam de uma base de realidade que seja independente dos sistemas autopoieticos acoplados – embora obviamente isso só não explique a função do acoplar estruturalmente. Em outras palavras, os acoplamentos pressupõem um contínuo de materialidade (energia), um mundo que funciona fisicamente, mas onde não se inscrevem os limites do sistema*”.

⁵⁴ LUHMANN, 2007b, p. 96-7.

cado e, dessarte, integra-se em sua rede autorreferencial de comunicações (fechamento operacional⁵⁵). A realidade fática é pressuposta⁵⁶ (como horizonte⁵⁷), mas o que tem valor sistêmico, integrando-se à autopoiese de cada sistema, é a realidade por este construída (internamente, com valor operacional para o próprio sistema), assim de modo contingente, ainda que não arbitrário⁵⁸, mas certamente “*como algo também possível de outra maneira*”⁵⁹, já que depende da eleição, pelo observador, “*de uma forma, de uma distinção, de um contexto*”⁶⁰, que não são asserções referentes ao ser, mas sim construções sistêmicas⁶¹. A realidade apreendida pelo sistema é um “resultado de provas de consistência” dentro deste realizadas, ainda que resulte de um acoplamento estrutural com outro sistema (localizado no ambiente daquele); o mecanismo do acoplamento estrutural acaba inclusive por reforçar a autopoiese dos sistemas acoplados: a autoconstrução de suas próprias realidades operacionais⁶².

Nos termos desta teoria luhmanniana dos sistemas sociais autopoéticos (delineada no capítulo 1), a metodologia deste estudo poderia ser definida então a partir da prevalência de uma “observação de segundo grau” do sistema jurídico⁶³, considerando que é “*o objeto da teoria jurídi-*

⁵⁵ LUHMANN, 2007b, p. 68: “*Por ‘fechamento’ não se entende isolamento termodinâmico, senão unicamente fechamento operacional; quer dizer, as operações próprias possibilitam-se recursivamente pelos resultados das próprias operações*”. LUHMANN rejeita assim, explicitamente, os postulados da teoria clássica dos sistemas (abertos), que os concebia como estruturas de regulação de transferências ou fluxos, relacionando sistemas e seus ambientes por *inputs/ outputs* e retroalimentação (2007b, p. 76), o que significava “*deduzir a adaptação do sistema ao ambiente a partir das relações causais entre sistema e entorno*” (2007b, p. 99).

⁵⁶ LUHMANN, 2005, p. 151; 2002a, p. 92: “[...] *nenhum sistema cognitivo pode desistir de supor a existência de uma realidade, pois, se toda cognição pudesse ser apresentada como construção própria e ser reduzida à manipulação da distinção entre autorreferência e heterorreferência, essa própria distinção apareceria como paradoxo e entraria em colapso. A heterorreferência não passaria de uma variante da autorreferência. A ideia de realidade assegura, pela sua própria ambivalência, a autopoiese das operações cognitivas. Pode tratar-se de uma ilusão ou do ‘princípio da realidade’, no sentido da psiquiatria: o importante é que o sistema, em suas operações cognitivas, é forçado não o tempo todo, mas apenas em caráter excepcional, a se decidir entre um meio externo, como ele de fato é, e o meio interno, como ele o vê*”.

⁵⁷ LUHMANN, 2007b, p. 38.

⁵⁸ LUHMANN, 2007b, p. 124. A seleção de formas, distinções, contextos aparece como arbitrária em uma observação de segundo grau: observação de observadores.

⁵⁹ LUHMANN, 2007b, p. 889.

⁶⁰ LUHMANN, 2007b, p. 900.

⁶¹ LUHMANN, 2007b, p. 57.

⁶² LUHMANN, 2007b, p. 74.

⁶³ LUHMANN, 2007b, p. 697-708; 893-905.

ca o direito, mas também a teoria jurídica mesma que varia com as estruturas da sociedade à qual sujeita sua comunicação sobre o direito”⁶⁴. Em termos luhmannianos, a teoria é concebida como

*uma forma de acoplamento estrutural do sistema científico com as teorias reflexivas dos [outros] sistemas funcionais. Isso poderia significar perceber o mecanismo do acoplamento estrutural como uma forma, isto é, canalização de irritações pela exclusão/ inclusão de possibilidades, nessa interface. Evidentemente isso seria uma operação autológica*⁶⁵.

Portanto, uma análise jurídico-sociológica tal como proposta envolveria o acoplamento estrutural do sistema científico (representado pela sociologia) com o sistema jurídico, em sua reflexividade, construindo uma conjugação interdisciplinar que desenha um “espaço de comutação discursiva” entre o direito e a sociologia⁶⁶. Em certo sentido se trata de avaliar a “adequação social” (uma das dimensões da justiça como “fórmula de contingência” do sistema jurídico⁶⁷) das propostas e práticas jurídicas relacionadas às obrigações e à responsabilização de empresas por violações de direito humanos, adotando-se como parâmetro para tal avaliação teorias (jurídico-)sociológicas. Embora a teoria dos sistemas luhmanniana seja uma construção científica que se atenha à função dos sistemas sociais, mas não determine a análise estrutural propriamente dita desses sistemas (o que já deixa o âmbito sociológico/científico e passa a se subsumir, no caso, ao sistema jurídico, inclusive no plano da teoria do direito ou da dogmática, como reflexões internas – não científicas – deste sistema), essa construção híbrida pretendida pela análise sociológico-jurídica que se buscou realizar é autorizada pelo postulado da *coevolução* entre sociedade e sistemas sociais parciais⁶⁸ (dentre os quais o direito), embora jamais haja uma “tradução” *ponto por ponto* das estruturas de um sistema pela hetero-observação de outro sistema.

O que se faz, portanto, é analisar sociologicamente as (re/des)-construções semânticas e estruturais do sistema jurídico, especialmente na sua tematização em direitos humanos fundamentais, na referência deste sistema ao sistema econômico – especialmente, às organizações

⁶⁴ LUHMANN, 2004a, p. 423.

⁶⁵ LUHMANN, 2004a, p. 459 (destaques no original).

⁶⁶ NEVES, 2003, p. 2.

⁶⁷ LUHMANN, 2007b, p. 371; 2004a; VILLAS BÔAS FILHO, 2007.

⁶⁸ LUHMANN, 2007b, p. 106, 336, 424, 444, 447.

econômicas. Sob o paradigma teórico adotado, economia e direito (ao lado de política, arte, ciência, religião, saúde, educação, esporte, meios de comunicação de massa, etc.) são sistemas sociais funcionais; outra espécie de sistema social consiste nas organizações – a organização empresarial seria própria do sistema econômico. Os sistemas são, porém, auto-poieticos, *i.e.*, operacionalmente fechados e cognitivamente abertos. Isso significa que é negada (a não ser em termos disfuncionais) a capacidade de interferência direta de um sistema no outro; daí que os sistemas operem por *auto* e *hetero-observações* e apenas possam *irritar* uns aos outros, deste modo “estimulando” a produção de respostas internas. Assim, no tema em questão, têm-se *construções* do direito referidas ao sistema econômico que prestam o serviço de *irritá-lo* para a produção de “respostas”. Esses “estímulos” e “respostas”, porém, só podem ser construções internas de tais sistemas que mutuamente se observam.

A *constitucionalização corporativa* vai se construindo, portanto, à medida que o direito é irritado à produção, reprodução e destruição de estruturas e semânticas jurídicas que, por sua vez, irrite o sistema econômico e suas organizações. Uma das dimensões estruturais relevantes desse processo é a transversalidade das respostas que o direito está construindo para processar as violações de direitos humanos cometidas por organizações econômicas. Essa transversalidade diz respeito, por um lado, aos “ramos” do direito (que, de uma perspectiva teórica, se resumem a *programas* do sistema jurídico): as violações qualificadas como “de direitos humanos” ou “de direitos fundamentais” podem receber tratamento no direito civil, penal, administrativo, econômico, comercial, consumerista, ambiental, bem como ser processadas administrativa, civil ou criminalmente (ou ainda “autorregulatoriamente”). Nesse sentido, a análise da constitucionalização corporativa pressupõe a referência a um processo de “constitucionalização do direito”, dentro do qual ou ao lado do qual emerge a questão da vinculação de particulares a direitos fundamentais (alguns dos quais titularizados também por pessoas jurídicas). Se esses direitos foram classicamente concebidos em oposição ao Estado (direitos dos cidadãos *versus* deveres dos Estados), sua “eficácia privada”, “horizontal” ou diante de “terceiros” (*Drittwirkung*) os redimensiona em sentido tanto quanto em sua posição estrutural no ordenamento jurídico. Outrossim, tal vinculação de particulares ganha especial relevância nos conflitos entre pessoas naturais e “empresas” (especialmente as pessoas jurídicas), assim como se pode extravasar a invocação de direitos humanos/ fundamentais para conflitos entre pessoas jurídicas (empresariais). Todo esse movimento ganha ainda maior complexidade quando extrapola um tipo de ordenamento (os ordenamentos jurídicos nacionais

estatais e suas constituições, com as respectivas declarações de direitos fundamentais).

Isso porque, de outro lado, a referida transversalidade se expressa na vertente de um *transconstitucionalismo*⁶⁹: os tradicionais “problemas constitucionais” – a organização e divisão de poderes e os direitos fundamentais – passam, também nesta referência corporativa, mas não só, a abranger tanto ordens jurídicas locais e nacionais (não apenas estatais) quanto ordens internacionais (como os sistemas onusiano e regionais de direitos humanos), supranacionais (União Europeia) e transnacionais (as autorregulações de corporações transnacionais e de organizações não governamentais). Essa visão problematiza a identificação de constituições isomórficas às nacionais-estatais nas diversas ordens jurídicas⁷⁰: pense-se na Carta da ONU como constituição do direito internacional⁷¹ ou nos códigos de conduta ou de ética empresarial como “autoconstitucionalizações” das “autorregulações” de abrangência “corporativa” ou setorial, local, nacional ou transnacional – na verdade, de âmbito de vigência referido a toda uma organização ou rede de organizações, ligadas societariamente ou não, abrangendo “parceiros” de suas cadeias de suprimento e distribuição, ao longo de uma ou várias cadeias produtivas. Podem esses “equivalentes (proto)constitucionais” ser reconhecidos como constituições, tais como as nacionais? O que isso significa para o sistema jurídico? Também são essas questões paralelas à problemática central da constitucionalização corporativa.

Frise-se, ainda, que tal “constitucionalização” é concebida a partir da(s) tese(s) do *constitucionalismo societal*. Tal noção foi elaborada pioneiramente por David Sciulli e reelaborada no paradigma da teoria dos sistemas e no âmbito jurídico por Gunther Teubner, que inicialmente⁷² postulou a emergência de “constituições civis” emergentes de ligações do sistema jurídico não com o sistema político (tais como as constituições propriamente ditas), mas notadamente com o sistema econômico. A medida teórica deste autor foi, pois, uma abstração da dimensão política da constituição (a constituição é concebida por Luhmann como acoplamento estrutural entre política e direito) e reespecificação deste aparato para vislumbrá-lo em diversos sistemas funcionais da sociedade. A ideia de constitucionalismo societal, definida por Sciulli em referência a “formações colegiais” presentes em diversos âmbitos da sociedade (escolas, universidades, indústrias) foi, portanto, totalmente redefinida. A re-

⁶⁹ NEVES, 2009b.

⁷⁰ Especialmente NEVES, 2009b, p. 1-6.

⁷¹ Cf. FASSBENDER, 2009.

⁷² TEUBNER, 2004.

construção dessas teses é objeto do capítulo 2, que se segue a uma introdução geral à teoria luhmanniana e à exposição do *status* dos direitos fundamentais e da constituição nesta teoria sociológica, realizadas no capítulo 1. Também no capítulo 2, o constitucionalismo societal é especificado e redefinido na ideia de constitucionalização corporativa, associada à diferenciação funcional da sociedade moderna (com a consequente insuficiência descritiva das dicotomias entre Estado e sociedade civil e entre direito público e privado) e à especificidade do sistema econômico e de suas organizações nesta sociedade. Ainda em tal capítulo busca-se vislumbrar o campo semântico que acaba informando tal constitucionalização econômica (que não se confunde, por óbvio, com os capítulos sobre a “ordem econômica” nas constituições nacionais-estatais), explorando-se conceitos como os de governança e sustentabilidade, que sustentam os “discursos” intercruzantes na interseção *mundo corporativo – problemas/soluções constitucionais*. O capítulo 3 é destinado a ilustrar as estruturas jurídicas emergentes nessa interseção, avaliando criticamente seu alcance, sua consistência e adequação.

Capítulo 1

SOCIEDADE, DIREITO E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Este primeiro capítulo é dedicado a uma exposição sumária do referencial teórico adotado neste trabalho – a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann –, destacando a peculiaridade deste referencial para a análise da sociedade e, nesta, do direito como um sistema social – e, neste, dos direitos humanos como uma semântica e uma estrutura de programação jurídica.

O sociólogo germânico Niklas Luhmann (Lüneburg, Baixa Saxônia, 1927 – Oerlinghausen, Bielefeld, 1998), jurista pela Universidade de Freiburg, frequentou seminários de Talcott Parsons em Harvard, entrando em contato com sua teoria funcionalista-sistêmica, da qual veio a distanciar-se em seu percurso intelectual⁷³. Professor de sociologia na Universidade de Bielefeld entre 1968 e 1993, Luhmann procurou fugir a um pensamento mecanicista da sociedade como sistema, teorizando a existência de uma pluralidade de sistemas sociais; por outro lado, buscou elaborar um modelo abrangente – mas não completo – para a análise sociológica, em que, diversamente da fragmentação postulada pelas teorias da pós-modernidade, prevê critérios próprios que guiam a ação nas diversas esferas sociais e a autoprodução destas mesmas esferas, diferenciáveis por isso de seus respectivos ambientes⁷⁴. A própria teoria social, entretan-

⁷³ LUHMANN, 2002a, p. 31-54.

⁷⁴ NEVES, 2004a, p. 126-7; 2009a, p. 260-4; LUHMANN, 2007a, p. 59-63. Para uma breve explanação das pretensões da teoria luhmanniana dos sistemas, cf. LUHMANN, 1995, p. xlv-1.

to, é reconhecida como um dos vários pontos de vista possíveis sobre a sociedade, uma visão específica produzida dentro do sistema científico, concorrente com descrições produzidas por outros sistemas, como a religião, a arte, a política, o direito e a economia⁷⁵.

A difusão do direito por todas as esferas da vida implica que uma sociologia do direito capaz de captar-lhe a complexidade e a onipresença tenha como requisito uma teoria macrosociológica⁷⁶. É no intuito de superar análises parciais do fenômeno jurídico⁷⁷ e oferecer uma visão descentrada da sociedade que Luhmann procurou elaborar uma teoria que descreve os sistemas sociais (o jurídico, o político, o econômico, o artístico, o educacional, o científico, etc.) tal como estes descrevem a si mesmos⁷⁸. Não estabelece uma separação entre sistema e ação⁷⁹, mas antes, identifica “*uma descontinuidade lógica entre ação e sistema*”, da qual decorre “*a necessidade de pensar concomitantemente em diversos planos de sentido*”⁸⁰. Assim, “*a ação humana é organizada mediante sua referência aos sistemas sociais*”⁸¹, que se constituem para uma redução da complexidade, estruturando-a de modo a permitir a ação humana, extremamente dificultada se submetida a uma “*complexidade totalmente desestruturada [que] seria o caso limite da névoa original, do arbítrio e da igualdade de todas as possibilidades*”⁸².

A adoção dessa perspectiva teórica – a teoria luhmanniana dos sistemas sociais autopoieticos – na abordagem dos direitos humanos fundamentais implicou, além de uma reconstrução sumária dos pressupostos e conceitos fundamentais desta teoria, a elaboração e reelaboração de muitos conceitos e entendimentos de grande difusão seja nas ciências humanas e sociais, em geral, seja no campo da dogmática jurídica, em particular. Ao lado da necessidade de adequação das análises ao instrumental teórico luhmanniano, considerou-se que certos conceitos e distin-

⁷⁵ HABERMAS, 2000, p. 516; NEVES, 2009a, p. 264; 2004a, p. 127.

⁷⁶ LUHMANN, 1983, p. 8-9.

⁷⁷ LUHMANN, 1983: 34.

⁷⁸ LUHMANN, 2004a, p. 105; NEVES, 2009a, p. 259.

⁷⁹ NEVES, 2009a, p. 259.

⁸⁰ LUHMANN, 1985a, p. 124 (grifos no original).

⁸¹ FERRARI, 1998, p. 36.

⁸² LUHMANN, 1983, p. 13. Dentre os sistemas sociais, a ciência, por exemplo, utiliza os conceitos como chave para a estruturação da complexidade; como nota CHAÚÍ (2006a, p. 16-7): “*O saber é o trabalho para elevar à dimensão do conceito uma situação de não saber, isto é, a experiência imediata cuja obscuridade pede o trabalho de clarificação. A obscuridade de uma experiência nada mais é senão seu caráter necessariamente indeterminado e o saber nada mais é senão o trabalho para determinar essa indeterminação, isto é, para torná-la inteligível*”.

ções dominantes nesses campos científicos podem apresentar-se como obstáculos epistemológicos, já “[n]ão se descobrem, mas se encobrem”⁸³, estando em uma “etapa na qual a ideia causa mais dano que benefício e forma[m] na sociologia um daqueles **obstacles épistémologiques** [no sentido de Gaston Bachelard] que com base em plausibilidades passadas bloqueiam os entendimentos que são necessários atualmente”⁸⁴.

1.1 PRESSUPOSTO EPISTEMOLÓGICO: O CONHECIMENTO COMO CONSTRUÇÃO SISTÊMICA OPERACIONAL

A sociologia luhmanniana adota uma perspectiva epistemológica radicalmente construtivista⁸⁵. Para Luhmann⁸⁶, o sentido é um meio (*medium*) existente apenas nos sistemas sociais e psíquicos, e é uma condição de possibilidade das operações no interior da sociedade ou da psique, sendo um produto destas operações, que constituem informações⁸⁷ (seja *comunicação*, na sociedade e nos subsistemas sociais; seja *consciência*, no sistema psíquico). Só há comunicação e consciência, respectivamente, se houver sentido. A criação de sentido implica distinções: a distinção fundante é entre sistema e ambiente. Com a *re-entry* dessa distinção no respectivo sistema, este desenha seus limites e pode então realizar operações de auto-observação.

A autodescrição da sociedade apresenta-se como uma “construção imaginária”⁸⁸ que desaloja a separação sujeito/ objeto, pela qual se pressupõe a neutralidade das análises e a formação de certezas intersubjetivamente compartilhadas sobre objetos estáveis⁸⁹. Essa construção consciente – que opera sobre uma base residual inconsciente⁹⁰ – traz não uma cópia da realidade dentro do sistema, mas um procedimento de sua reconstrução⁹¹: “[a] cognição pode refletir sobre si mesma como quiser, mas a realidade primária não repousa no ‘mundo lá fora’, mas nas pró-

⁸³ LUHMANN, 2007b, p. 699.

⁸⁴ LUHMANN, 2007b, p. 836 (destaques no original).

⁸⁵ LUHMANN, 2007a, p. 51-88.

⁸⁶ 2007b, p. 27-33.

⁸⁷ LUHMANN, 2005d, p. 40-1.

⁸⁸ LUHMANN, 2007b, p. 687.

⁸⁹ LUHMANN, 2007b, p. 688.

⁹⁰ LUHMANN, 2007b, p. 691.

⁹¹ LUHMANN, 2007b, p. 690.

*prias operações cognitivas [...]'*⁹², que, ao constituírem a memória do sistema, permitem-lhe a prova de realidade (externa, necessariamente pressuposta) como prova de consistência (interna)⁹³.

O sentido, como meio autoproduzido pelos sistemas sociais, produz-se na medida em que tais sistemas se orientem por distinções, já que todo conceito implica seu contraconceito⁹⁴. Para Luhmann⁹⁵, descrever pressupõe observar, e observar implica distinguir – os conceitos, meios da teoria, são distinções – “*marked spaces*”, no sentido de Spencer Brown⁹⁶. Conhecer é “*designar baseado em uma distinção*”⁹⁷. Como cada distinção (sistema/ ambiente, por exemplo) cria um “ponto cego”, uma insuficiência pressuposta⁹⁸ – um “*unmarked space*” no sentido de Spencer Brown –, uma teoria com pretensão de alguma originalidade precisa elaborar novas distinções, pois o deslocamento que cada distinção permite pode compensar as invisibilizações produzidas por outras distinções⁹⁹. No limite, toda distinção conduz a um paradoxo, mas “*as observações só são possíveis quando se conduz os paradoxos novamente à forma de uma distinção que no momento pareça convencer*”¹⁰⁰. “*Cada tentativa, ao sair da forma, de retornar para o unmarked space precisaria tentar abranger a unidade do diferenciado e tomaria assim a forma de um paradoxo*”¹⁰¹. Assim: “*O conceito transforma uma tautologia em uma sequência de argumentos e faz com que algo que é visto como altamente artificial e contingente pelo lado de fora apareça como bastante natural e necessário pelo lado de dentro*”¹⁰².

Uma distinção que guie uma autodescrição é produto e componente dessa própria descrição¹⁰³. Cada distinção, ao reentrar no que dis-

⁹² LUHMANN, 2005d, p. 22.

⁹³ LUHMANN, 2005d, p. 148-51.

⁹⁴ LUHMANN, 2007b, p. 31.

⁹⁵ 2007b, p. 699, 882, 897.

⁹⁶ LUHMANN, 2007b, p. 909. Para LUHMANN (2005d, p. 21): “*Não se pode, usando diferenciações como ideia/ realidade, sujeito/ objeto, signo/ significado, abandonar um lado da distinção sem desistir da própria distinção. Não há – veja-se a fenomenologia de Husserl – nenhum sujeito sem objeto, nenhuma ideia sem relação com a realidade, nenhum uso de signos sem referencialidade. Os ‘construtivistas’ devem, portanto, dar-se ao trabalho de substituir essas diferenciações, caso sejam obsoletas, por outras, por exemplo, pela distinção multiplamente observada entre sistema e ambiente*”.

⁹⁷ LUHMANN, 2007b, p. 74.

⁹⁸ LUHMANN, 2007b, p. 699.

⁹⁹ LUHMANN, 2007b, p. 886-7.

¹⁰⁰ LUHMANN, 2005d, p. 194.

¹⁰¹ LUHMANN, 1997b, p. 62.

¹⁰² LUHMANN, 2004a, p. 445.

¹⁰³ LUHMANN, 2007b, p. 706.

tinguiu, pode ser observada, o que transforma o *unmarked space* em um “espaço imaginário” não mais invisível, mas sim observável¹⁰⁴, cruzando a fronteira do que é excluído por certa distinção, mas pode ser incluído no campo visual por outra¹⁰⁵. Por exemplo, a distinção sistema/ ambiente sofre uma *re-entry* no próprio sistema (é uma distinção com sentido no interior do sistema), oferecendo ao sistema uma identificação autônoma de si mesmo e uma certificação de sua incompletude e da insuficiência de suas próprias operações¹⁰⁶, o que lhe neutraliza as pretensões absolutas e autárquicas, favorecendo uma “abertura cognitiva” para a aprendizagem com as irritações dos sistemas de seu entorno.

As descrições possíveis não podem ser alocalizadas:

*todo observar e distinguir (também de segunda e terceira ordens) trata-se de operações reais que dependem de contextos. Mesmo um observador de segunda ordem é sempre observador de primeira ordem, enquanto deve escolher a outro observador como seu objeto para ver através dele (por mais crítico que seja) o mundo*¹⁰⁷.

Só são possíveis a auto-observação e a hetero-observação a partir de cada sistema ou âmbito de comunicação, segundo sua racionalidade específica¹⁰⁸. O observador sempre pode ser observado e, por isso, criticado. Não é um sujeito que valide transcendentemente suas observações, nem estas são uma cópia que capte ontologicamente o mundo como ele é¹⁰⁹. As descrições partem sempre de um sistema que “*reflete sua própria unidade como ponto de referência para as observações [...]*”, tomando por base seus códigos e programas¹¹⁰. Operando mediante distinções próprias, cada sistema oferece em suas descrições pontos cegos, que só po-

¹⁰⁴ LUHMANN, 2007b, p. 695.

¹⁰⁵ LUHMANN, 2007b, p. 897.

¹⁰⁶ LUHMANN, 2007b, p. 696.

¹⁰⁷ LUHMANN, 2007b, p. 885.

¹⁰⁸ LUHMANN, 2007b, p. 902.

¹⁰⁹ LUHMANN, 2007b, p. 885-6.

¹¹⁰ Para LUHMANN (2005d, p. 190): “*Isso vale também para a sociedade moderna, assim como nas condições que alguns caracterizam como ‘pós-modernas’*. É válido também quando se desiste das aspirações absolutas de validade que eram muito acreditadas na tradição sob nomes como Deus, ou natureza, ou razão. Imagina-se essa abdicação como sendo relativismo ou historicismo. Aceita-se a contingência de todos os critérios e de todas as possíveis posições de observador. Mas isso apenas significa que se passa de uma distinção para outra, por exemplo, que se pode levar em consideração as modas ou as mudanças de valores”.

dem ser identificados mediante nova descrição e que apenas são visualizáveis por novas distinções, que introduzem novos espaços invisíveis. Uma nova descrição como crítica à anterior, sendo ambas operações de um sistema social, necessitam de diferença temporal para que a autodescrição pretérita se sujeite à observação da autodescrição presente: “*a redescricao de autodescrições da sociedade é uma autodescrição da sociedade. A redescricao então já não se pode considerar como produção de um melhor saber, nem muito menos como progresso*”¹¹¹. A todo e qualquer momento a tematização da sociedade jamais alcança “*uma transparência total do mundo*”¹¹², que permanece como horizonte de sentido inalcançável, como concebido por Husserl, sendo o único caminho possível a construção operacional da realidade pelo próprio sistema ou a observação dessas múltiplas construções¹¹³. A limitacionalidade, como pressuposto inafastável da ciência (fórmula de contingência)¹¹⁴, significa “*que a seleção é iniludível e a totalidade, impossível. Nem na hetero-observação nem na auto-observação pode-se captar a realidade total de um sistema autopoiético*”¹¹⁵, muito menos da sociedade.

Conforme Luhmann¹¹⁶, para o observador de segunda ordem (que observa observadores), a descrição da realidade não é algo necessário, como para o observador de primeira ordem, que se guia por uma concepção ontológica do conhecimento da realidade, “*supõe que existe um mundo ordenado de características inequívocas*”¹¹⁷ e procura orientações à sua conduta pelo apelo aos valores, como “o absolutamente inquestio-

¹¹¹ LUHMANN, 2007b, p. 708.

¹¹² LUHMANN, 2007b, p. 700.

¹¹³ LUHMANN (2005d, p. 23-4, destaque no original): “*O construtivismo operacional jamais duvida que haja um meio externo. Se duvidasse, não teria sentido nem mesmo o conceito de limites sistêmicos, que pressupõe que há um outro lado. A tese do construtivismo operacional não conduz assim a nenhuma ‘perda de mundo’, ele não nega que a realidade exista. Não obstante, ela não pressupõe o mundo como objeto, mas, em sentido fenomenológico, como horizonte, quer dizer, como algo inatingível. E por isso não sobra nenhuma outra possibilidade senão construir a realidade ou, eventualmente, observar como os observadores constroem a realidade. [...] O que se quer dizer com ‘realidade’ só pode ser um correlato interno das operações do sistema [...]. [...] Realidade não é nada mais do que um indicador de que o sistema foi aprovado ao prestar provas de consistência. Realidade é obtida internamente no sistema pelo fato de ele atribuir sentidos (melhor em inglês: *sense-making*)*”. O contrário seria “*pressupor uma realidade ontológica, existente, objetivamente acessível, reconhecível, independente de construção, em suma, o velho cosmos da essência*”.

¹¹⁴ LUHMANN, 2007b, p. 371. Cf. LUHMANN; SCHORR, 2000, p. 85.

¹¹⁵ LUHMANN, 2007b, p. 886.

¹¹⁶ 2007b, p. 888-91.

¹¹⁷ LUHMANN, 2007b, p. 890.

nável” na esfera moral, difusa na sociedade e não diferenciada funcionalmente. Sendo contingente (embora não arbitrária) a própria seleção de uma forma, distinção ou contexto de observação¹¹⁸, o teórico observa a(s) realidade(s) “*como algo contingente, como algo também possível de outra maneira*”¹¹⁹, como construção estrutural e semântica dentre outras. Por isso, não deve prender-se a um consenso finalístico, mas distanciar-se “*dos compromissos de valores imediatos dentro da sociedade*”¹²⁰, admitindo que “*o mundo tolera observações diversas*” e “*distintas distinções*”, que não podem ser reduzidas sempre ao certo ou errado¹²¹. O código certo/ errado, próprio do sistema científico, é concebido “*como resistência frente a tematizações arbitrárias*” e somente sob esse aspecto, e não para a mera repetição irrefletida e dogmatizada, é que tem valor o *background* de conhecimento anterior a uma descrição, a “*complexidade formada recursivamente*”¹²².

Toda autodescrição, na medida em que se enlace recursivamente outras comunicações do sistema, pode ser considerada como pressuposto de novas comunicações do sistema, o que inclui sua auto-observação, como operação do sistema que se volta às próprias operações do sistema, suas ações, suas descrições (textos)¹²³. Toda autodescrição é uma construção do sistema sobre si mesmo, já que dentro do sistema (e muito menos fora dele) jamais se pode observar sua unidade: o sistema é

*para ele mesmo intransparente, como intransparente é o entorno. Por isso se pode dizer também: autorreferência e heterorreferência remetem a horizontes em princípio infinitos de sempre mais possibilidades – cuja consumação fracassa devido à falta de capacidade operativa e à demanda de tempo das operações [...]. Cada autodescrição do sistema é uma construção*¹²⁴,

pretensamente convincente, mas, uma vez interpretada (como texto que é), passível tanto de consenso como de dissenso, tanto de aceitação, como de recusa¹²⁵. A inacessibilidade de um sistema a outro e de um sistema a si mesmo (seja da sociedade a si mesma, seja de um sistema

¹¹⁸ LUHMANN, 2007b, p. 900.

¹¹⁹ LUHMANN, 2007b, p. 889.

¹²⁰ LUHMANN, 2007b, p. 890.

¹²¹ LUHMANN, 2007b, p. 891.

¹²² LUHMANN, 2007b, p. 892.

¹²³ LUHMANN, 2007b, p. 701.

¹²⁴ LUHMANN, 2007b, p. 702.

¹²⁵ LUHMANN, 2007b, p. 703-5.

social parcial a si mesmo) propicia o valor informativo das auto-observações e autodescrições, permite que o sistema surpreenda a si mesmo e produza novos conhecimentos sobre si mesmo, autoriza operações que visualizem inconsistências em seu interior e nutram sua própria (auto)irritabilidade¹²⁶. Observar o observador permite ver suas seleções como fruto de um uso contingente, embora não arbitrário, de certa(s) distinção(ões), sendo possíveis outras, que visualizem o ponto cego desta, criando seu próprio ponto cego.

A cegueira de cada observação de “estruturas policontexturais”¹²⁷ exige múltiplas distinções sucessivas que incluam terceiros excluídos das distinções anteriores, não podendo uma observação tomar a prerrogativa de excluir-se a futura observação¹²⁸. Assim, pelo deslocamento das observações proporcionado pela troca de distinções adotadas ao observar, podem-se desconstruir as construções sistêmicas no plano descritivo analítico, chegando aos paradoxos, enfraquecendo assim a pertinência de certos conceitos/ distinções e elucidando os elementos da própria construção sistêmica. A observação de segunda ordem permite à sociologia caracterizar-se como crítica, fornecendo “*uma reorientação das atenções e das sensibilidades dentro da sociedade*”¹²⁹. Porém, novas distinções surgem e, com essa semântica que estrutura o observado para compreendê-lo, novos pontos cegos são criados.

Uma observação que procure dirigir-se às raízes do problema observado há que chegar a um paradoxo como “última irresolução”¹³⁰. Uma das principais ferramentas de dissolução de paradoxos é a observação de segunda ordem, pela qual o observador se desloca, vendo o que não via antes, mas criando – inevitavelmente – um novo ponto cego. Observar a observação de outros observadores é uma possibilidade autorreflexiva do sistema, pela qual se aplica recursivamente seu próprio código às auto ou hetero-observações que o próprio sistema já produziu segundo

¹²⁶ LUHMANN, 2007b, p. 702-3.

¹²⁷ Para um aprofundamento do conceito de “policontexturalidade”, veja o capítulo 2, item 2.6.2.2.

¹²⁸ LUHMANN, 2007b, p. 896-7.

¹²⁹ LUHMANN, 2007b, p. 887.

¹³⁰ LUHMANN, 2007b, p. 291. De forma semelhante, MORIN (2007, p. 68) – que compartilha vários pressupostos teóricos e aproximações conceituais com Luhmann, como a cibernética, a teoria dos sistemas, a complexidade, o construtivismo – coloca: “*Na visão clássica quando surge uma contradição num raciocínio, é um sinal de erro. É preciso dar marcha a ré e tomar um outro raciocínio. Ora, na visão complexa, quando se chega por vias empírico-racionais a contradições, isto não significa um erro mas o atingir de uma camada profunda da realidade que, justamente por ser profunda, não encontra tradução em nossa lógica*”.

seu meio simbolicamente generalizado: na economia, o preço permite uma observação de segunda ordem ao mensurar a observação dos observadores de primeira ordem no mercado; isomorficamente, é o que ocorre com a pesquisa empírica na ciência¹³¹. Mas a própria observação da sociedade, dando conta de seus pontos cegos, há que chegar ao paradoxo de que “o observador é o não observável”, do que sucede que “[n]o sistema auto-poietico [a sociedade ou seus sistemas parciais] não há conclusão, nem começo, nem fim. Todo final é começo. Assim o paradoxo se dissolve no tempo. O sistema então transforma em operação [comunicação] aquilo que como objeto não se pode observar”¹³². Irritado por teorias reflexivas que evidenciem seu ponto cego, o sistema apenas ajusta sua operação a essas irritações, criando novas idealizações, pois, não tendo “suficientes meios para controlar a si mesmo”, “o sistema deve operar ‘acriticamente”¹³³.

De fato: “Cada autodescrição requer plausibilidade histórica na situação na qual ela é observada como descrição”¹³⁴, podendo ser sempre desconstruída mediante novos conceitos/ distinções que lhe clarifiquem os pontos cegos, os espaços invisíveis, e que, em uma rede recursiva de comunicações, constituam-se como raciocínio que avista a “última irresolução”¹³⁵ em que se baseiam cada um dos sistemas sociais (parciais ou global – a sociedade). O aumento de conhecimento reforça não a segurança, mas a insegurança¹³⁶. Daí que a “última irresolução” dos sistemas seja representada pelo paradoxo¹³⁷.

1.2 COMUNICAÇÃO, ESTRUTURA E SEMÂNTICA NOS SISTEMAS SOCIAIS

Embora, enquanto *indivíduo*, o homem (isto é, seus sistemas biológico e psíquico) esteja no ambiente da sociedade, o acoplamento de sua consciência aos sistemas sociais (ou à sociedade, abrangentemente) torna possível a comunicação¹³⁸. Na teoria sociológica luhmanniana, co-

¹³¹ LUHMANN, 2007b, p. 292-3.

¹³² LUHMANN, 2007b, p. 857.

¹³³ LUHMANN, 2004a, p. 462.

¹³⁴ LUHMANN, 2007b, p. 901.

¹³⁵ LUHMANN, 2007b, p. 201.

¹³⁶ LUHMANN, 2007b, p. 697.

¹³⁷ LUHMANN, 2007b, p. 201.

¹³⁸ LUHMANN, 2004a, p. 89, 413; 1985a, p. 44; 1983, p. 169.

mo destaca Neves¹³⁹, é esse acoplamento que constitui a *pessoa* como “endereço de processos de comunicação”, inserindo assim o ser humano como condição de possibilidade da comunicação e, por conseguinte, da própria sociedade¹⁴⁰.

A comunicação é o cerne da teoria dos sistemas sociais auto-poieticos¹⁴¹ e a unidade elementar, o processo típico e exclusivo dos sistemas sociais, em cujo âmbito a linguagem participa como estrutura, construindo sequências comunicativas¹⁴². Luhmann¹⁴³ entende “*a comunicação como uma unidade composta por três componentes [...] entrelaçados de maneira circular*”: informação (*Information*, o que *alter* quer tornar conhecido), mensagem ou conteúdo dado ao conhecimento (*Mitteilung*) e compreensão (*Verstehen*, o que se torna conhecido por *ego*). Já que toda comunicação implica uma seleção semântica dentro de um “repertório de possibilidades”, a informação pode apresentar significados diferentes para os diferentes comunicadores ou utentes em interação (*alter* e *ego*)¹⁴⁴ – o que se aplica a qualquer comunicação entre sistemas, para além de simples interações (*i.e.*, comunicações presenciais).

A comunicação não é apenas um evento psicológico, tal como a percepção¹⁴⁵, mas apenas se constrói se a diferença entre informação e mensagem é “*observada, esperada, compreendida e usada como fundamento para a conexão com futuros comportamentos*”¹⁴⁶. Se não se depende de uma comunicação que outra pode enlaçar-se a esta e segui-la, não houve comunicação, mas mera sinalização¹⁴⁷. A própria informação é conceituada por Luhmann¹⁴⁸, com base em Gregory Bateson, como “*qualquer diferença que num acontecimento posterior faz a diferença*”. O sucesso de toda operação nos sistemas sociais depende de que cada comunicação seja diferenciada em termos de informação, mensagem e en-

¹³⁹ 2008, p. 251; 2009a, p. 261-2.

¹⁴⁰ Para LUHMANN (2007b: 637): “*Temos então duas classes de entornos [ambientes], os quais se distinguem entre si, conforme contribuam para a continuação da comunicação, isto é: se são abordáveis como ‘pessoas’ ou não [natureza]. A biomassa dos corpos humanos participa de ambos os entornos e oferece de fato o ponto de vista desde o qual a comunicação social se ocupa de problemas do ambiente sobretudo enquanto problemas de sobrevivência da humanidade*”.

¹⁴¹ LUHMANN, 2007b, p. 46.

¹⁴² LUHMANN, 2004a, p. 84.

¹⁴³ 2007b, p. 50. Cf. NEVES, 2008, p. 66.

¹⁴⁴ LUHMANN, 1995a, p. 139-41.

¹⁴⁵ LUHMANN, 2002b, p. 158.

¹⁴⁶ LUHMANN, 1995a, p. 141.

¹⁴⁷ LUHMANN, 2005d, p. 19.

¹⁴⁸ LUHMANN, 2005d, p. 41.

tendimento¹⁴⁹, mas o “ato comunicativo” pode concluir-se tanto com compreensão quanto com incompreensões, com aceitação ou rejeição do que foi comunicado¹⁵⁰.

Para uma análise do sentido das comunicações nos sistemas sociais, pode-se partir da experiência sensorial e das expectativas, em um plano ainda indiferenciado teoricamente entre psicologia e sociologia¹⁵¹, embora a produção e reprodução das operações nos sistemas sociais, orgânicos e psíquicos seja diferenciável e cada uma dessas espécies de sistemas possa apenas observar as demais, localizadas em seu ambiente¹⁵².

A partir de sua apreensão sensorial, o “campo da ação e da experiência” é assimilado diversamente pelos sistemas sociais e pelas personalidades, sistemas aqueles que estruturam o mundo circundante linguisticamente¹⁵³, conforme diferentes complexões de sentido¹⁵⁴. A contingência e a complexidade do mundo não podem ser plenamente apreendidas pelo ser humano, de modo a sobrecarregá-lo, o que inviabilizaria a conduta humana e o convívio social¹⁵⁵. A própria variedade de possibilidades gera uma pressão seletiva, de modo que a experiência fornece ao indivíduo certas informações, que levam à formação de expectativas comportamentais, mas o processamento desses dados deve ser seletivo. Surge daí a necessidade de generalizar expectativas nas dimensões temporal (normatização), social (institucionalização) e material ou prática (identificação)¹⁵⁶.

A experiência gera informações condensadas em expectativas, as quais guiam o comportamento do sujeito, funcionando como estruturas das comunicações. Manter tais expectativas significa assumir riscos,

¹⁴⁹ LUHMANN, 2004a, p. 86.

¹⁵⁰ LUHMANN, 1995a, p. 147.

¹⁵¹ LUHMANN, 1983, p. 44.

¹⁵² LUHMANN, 2004a, p. 84.

¹⁵³ LUHMANN, 1983, p. 120-1: “*É através da linguagem que o mundo se constitui enquanto um campo complexo e congruente de escolhas [...]*”.

¹⁵⁴ LUHMANN, 1983, p. 43-4. No âmbito de cada sistema, também sua própria história lhe serve como importante estrutura, fundamentando experiências futuras e expectativas comportamentais; assim, evolutivamente, a história comum vai se diferenciando em “uma multiplicidade de histórias sistêmicas” interdependentes (LUHMANN, 1985a, p. 140-2, 194-5). O direito é compreendido como “*uma máquina histórica que se transforma em uma máquina diferente a cada uma de suas operações*” (LUHMANN, 2004a, p. 129). Por exemplo, cada decisão do sistema judicial é construída mediante uma autorreferência a casos já decididos, ou seja, por meio de uma estrutura circular de fundamentação (LUHMANN, 2004b, p. 66-7).

¹⁵⁵ LUHMANN, 2005c, p. 29.

¹⁵⁶ LUHMANN, 1983, p. 44-5, 109-10; 2004a, p. 148.

já que estas podem ser desconfirmadas em dada situação. À formação de expectativas, inclusive com a absorção de expectativas dos outros (o que torna a confiança uma condição de possibilidade para a comunicação)¹⁵⁷, é inerente uma *dupla contingência*, resultado da não onisciência dos sujeitos. “*O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pela estrutura de expectativas do outro*”¹⁵⁸, constituída inclusive pelas expectativas que o outro tem a respeito das expectativas de seu interlocutor (*dupla reflexividade*: expectativas de expectativas)¹⁵⁹.

Na realidade, essa situação é mais complexa: “*existem um terceiro, um quarto, e outros planos da reflexividade, ou seja, expectativas sobre expectativas de expectativas... E isso tudo com relação a uma multiplicidade de temas, frente a uma multiplicidade de pessoas, e com uma relevância constantemente em alteração conforme cada situação*”¹⁶⁰. O mesmo se aplica à questão da *dupla seletividade*: “*alguém escolhe uma comunicação entre diversas outras comunicações possíveis*”¹⁶¹ e aquela selecionada é tomada como pressuposto para a seleção de comunicações por parte de seu interlocutor. Ademais, “[*a*]mbos os lados [...] *iniciam uma relação sempre como aquele que espera e aquele que age, passando a intercambiar constantemente essa orientação inicial*”¹⁶².

Assim, selecionam-se possibilidades de comportamento que se espera que se realizem nas futuras experiências, mas as possibilidades atualizadas podem ser diferentes das esperadas¹⁶³. Algumas expectativas são estabilizadas e adquirem maior independência diante das situações concretas: são as *expectativas normativas*, cujo caráter é contrafactual, pois não se aprende, não se redefinem as expectativas mesmo que estas sejam desiludidas¹⁶⁴. Ao lado dessas expectativas “*mais ou menos imunes a desapontamentos*”¹⁶⁵, há as *expectativas cognitivas*, abertas à reformulação (ainda que não consciente¹⁶⁶) a partir de novas situações enfrentadas

¹⁵⁷ LUHMANN, 2005c, p. 29, 65-7.

¹⁵⁸ LUHMANN, 1983, p. 47.

¹⁵⁹ LUHMANN, 2004a, p. 157.

¹⁶⁰ LUHMANN, 1983, p. 49.

¹⁶¹ LUHMANN, 1983, p. 54.

¹⁶² LUHMANN, 1983, p. 78.

¹⁶³ LUHMANN, 1983, p. 45-7.

¹⁶⁴ LUHMANN, 1985b, p. 33; 1983, p. 46; 2004a, p. 94.

¹⁶⁵ LUHMANN, 1983, p. 47.

¹⁶⁶ LUHMANN, 1985b, p. 33.

que contrariem a expectativa inicial (“realidade decepcionante”¹⁶⁷): o desapontamento da expectativa cognitiva é normalizado e a redefine (podendo, em certos casos, gerar uma normatização, alterando-se o tipo de expectativa)¹⁶⁸.

A diferença entre esses dois tipos¹⁶⁹ está, portanto, na capacidade de “absorção de desapontamentos” e na forma de seu processamento¹⁷⁰, não sendo absolutas as características que lhes são respectivamente atribuídas¹⁷¹: note-se, ilustrativamente, a aprendizagem no âmbito das expectativas normativo-jurídicas pela alteração legislativa e no processo de concretização dos textos normativos¹⁷². Tal diferenciação, como as demais, é uma conquista evolutiva, mas na prática ambos os tipos se combinam, de forma que “*a sociedade pode ajustar um compromisso entre as necessidades de adaptação à realidade e de constância das expectativas*”¹⁷³.

As expectativas normativas – e, dentre estas, especialmente as comandadas pelo sistema do direito¹⁷⁴ – são uma forma relevante (mas

¹⁶⁷ LUHMANN, 1983, p. 56.

¹⁶⁸ LUHMANN, 1983, p. 59-62.

¹⁶⁹ LUHMANN (1983, p. 31) critica Parsons por apenas identificar as expectativas normativas.

¹⁷⁰ LUHMANN, 1983, p. 56; 2004a, p. 149. LUHMANN (1983, p. 57) observa que “*Toda expectativa é fática, seja na sua satisfação ou no seu desapontamento o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. [...] O oposto adequado ao normativo não é o fático, mas sim o cognitivo*”. Sobre o processamento de desapontamentos, cf. LUHMANN, 1983, p. 66-76.

¹⁷¹ LUHMANN, 1983, p. 62-6. Destaca-se a combinação de expectativas na situação de dupla reflexividade: expectativas normativas de expectativas normativas, expectativas normativas de expectativas cognitivas, expectativas cognitivas de expectativas normativas e expectativas cognitivas de expectativas cognitivas.

¹⁷² NEVES (2007a, p. 83-90; 2013, p. 1-11), interpretando as concepções de Müller e Häberle quanto à interpretação constitucional, explica que a norma constitucional é obtida no processo de concretização do texto constitucional em direção à realidade constitucional, envolvendo a dupla contingência entre as instâncias institucionais (legislador, regulamentador, executor, aplicador judicial da norma). Cf. MÜLLER (2005, p. 121-52) e HÄBERLE (2003, p. 11-6, 55-8, 149-62).

¹⁷³ LUHMANN, 1983, p. 58.

¹⁷⁴ LUHMANN (1983, p. 75) nota que “*existe uma superprodução de normas, ou seja, existem muito mais projeções normativas relativamente estáveis, resistentes, que o sistema social possa integrar e, assim, transformar em direito*”. Acrescenta que as expectativas são normatizadas juridicamente, via de regra, justamente quando desiludidas de forma significativa (LUHMANN, 2004a, p. 199). Portanto, as expectativas normativo-jurídicas (congruentemente generalizadas pelo sistema jurídico) são uma espécie do gênero mais amplo das expectativas normativas. Cf. LUHMANN, 2004a, p. 151-2.

não a única¹⁷⁵) de *estrutura*, pois permitem uma redução da – e um maior grau de indiferença (“inofensiva”¹⁷⁶) à – complexidade e contingência da sociedade moderna, guiando a ação invariavelmente, mesmo depois de situações que estabeleçam comunicações que rejeitem tais expectativas¹⁷⁷. Estruturando a complexidade, a estabilização contrafática de expectativas comportamentais torna apreensível um maior número de possibilidades, podendo-se “*ter um acesso mais rico em possibilidades ao seu mundo circundante, e apesar disso viver mais livre de desapontamentos*”¹⁷⁸.

Um sistema de alta complexidade estruturada é capaz de suportar um ambiente altamente complexo. No plano das relações entre a sociedade e os sistemas sociais parciais, a sociedade garante uma estruturação última da complexidade no ambiente de seus subsistemas, reduzindo-a e, concomitantemente, tornando uma maior complexidade disponível aos subsistemas sociais¹⁷⁹, em cuja reprodução “*nem tudo o que existe pode ser considerado*”¹⁸⁰.

Neste ponto, torna-se relevante a distinção luhmanniana entre semântica e estrutura. Luhmann¹⁸¹ observa que não há uma diferença fundamental entre operação e estrutura, sendo que a linguagem opera nos sistemas sociais (no direito, na forma de comunicações normativas) concomitantemente como informação, fator de produção e programa operacional. Ao contrário do marxismo e da teoria sociológica dos sistemas parsoniana, a teoria luhmanniana não é uma “*teoria de estruturas profundas*”¹⁸² que normativamente imponha o reconhecimento da – ou prescreva a – grande convergência de melhores práticas resumíveis em um tipo de complexo ou sistema socioeconômico (capitalismo = mercado, garantia da propriedade consolidada e Estado de direito; socialismo = economia e

¹⁷⁵ LUHMANN, 1983, p. 170.

¹⁷⁶ LUHMANN, 1983, p. 110.

¹⁷⁷ LUHMANN, 1985b, p. 31-2; 2004a, p. 94. “*Normas reduzem a variação pela redução da contingência, nomeadamente pela estabilização de uma redução aprovada do uso arbitrário de signos*” (LUHMANN, 2004a, p. 145). Para LUHMANN (2004a, p. 146, destaque no original): “*Normas jurídicas são uma estrutura de expectativas simbolicamente generalizadas*”, enquanto que “[u]m signo torna-se reflexivo enquanto um signo, é significado como um signo, e isso define o conceito de símbolo”.

¹⁷⁸ LUHMANN, 1983, p. 48.

¹⁷⁹ LUHMANN, 1983, p. 168.

¹⁸⁰ LUHMANN, 2004a, p. 88.

¹⁸¹ 2004a, p. 84.

¹⁸² Para este juízo sobre a teoria luhmanniana, cf. GUERRA FILHO, 2001, p. 212. A crítica às “teorias de estruturas profundas” é de UNGER (cf. 2001, esp. p. 57-9; 2004, p. 152-6).

sociedade dirigidas pelo Estado)¹⁸³. As relações complexas entre semântica e estrutura na teoria luhmanniana são inspiradas na historiografia de Reinhart Koselleck e não se vinculam tampouco ao estruturalismo¹⁸⁴, que, apesar de romper esquemas explicativos causais-determinísticos, não atingiu a análise da “*temporalidade das estruturas*”¹⁸⁵. Construindo a diferenciação entre estrutura e semântica no plano do elemento de reprodução da sociedade – a comunicação – e do *medium* do sentido (frise-se que nas distinções produzidas policontextualmente¹⁸⁶ não importam as bases energéticas ou materiais¹⁸⁷), Luhmann as discerne justamente no plano da temporalidade, já que as *estruturas* são tomadas no permanente processo evolutivo de estabilização e seleção improváveis de variações surgidas na reprodução dos sistemas, isto é, na contingência de redundâncias que dão lugar à autopoiese a partir da produção de distinções entre sistema e ambiente.

*Com semântica, por sua vez, Luhmann designa não o estudo dos signos linguísticos, mas o acervo cultural e conceitual da sociedade mobilizado em sua auto-observação e em sua autodescrição; a semântica é a dimensão de sentido disponível para usos reiterados na comunicação da sociedade que evolui de acordo com a evolução da estrutura da sociedade*¹⁸⁸.

Com a diferença entre operação (autorreprodução), observação (sobre operações e observações, e observações de observações etc.) e descrição (observação com produção de textos), Luhmann procura captar a circularidade dos movimentos de materialização das ideias¹⁸⁹, considerando que “[a]s mudanças semânticas vão ao reboque das mudanças estruturais a distância considerável”¹⁹⁰.

Os *media* (acoplamentos frouxos de elementos) possibilitam a construção de formas (acoplamentos rígidos), dando lugar à autopoiese dos sistemas, a suas operações de auto e hetero-observação¹⁹¹. A estrutura

¹⁸³ UNGER, 2004, p. 152-3.

¹⁸⁴ BACHUR, 2009, p. 123-4.

¹⁸⁵ UNGER, 1968, p. 100.

¹⁸⁶ Veja o conceito de policontextualidade no item 2.6.2.2., do capítulo 2. Cf. GÜNTHER, 2004.

¹⁸⁷ LUHMANN, 2007b, p. 47.

¹⁸⁸ BACHUR, 2009 (destaque no original).

¹⁸⁹ BACHUR, 2009, p. 124.

¹⁹⁰ LUHMANN, 2007b, p. 905.

¹⁹¹ LUHMANN, 2007b, p. 150.

consiste na “*seleção das relações entre elementos que são admitidas em um sistema*”¹⁹². A estruturação da complexidade implica ao mesmo tempo sua redução; “[a]s seleções que obtêm uma importância estrutural são as que delimitam as possibilidades de combinar os elementos, sejam estes comunicações ou pensamentos”. Os sistemas sociais são fluídos a tal ponto de se constituírem apenas de comunicações (suas operações) e expectativas (consolidação comunicativa estrutural), mantendo-se apenas na fugacidade dos *eventos* comunicativos. Tais eventos são possíveis a partir do acoplamento estrutural entre sistemas psíquicos (que se reproduzem pelo *medium* da consciência) e sociedade (que produz e se reproduz por comunicação)¹⁹³, proporcionado pelo *medium* da linguagem, “*que tem a função de tornar provável a compreensão da comunicação. A linguagem permite ir mais além do âmbito do que é perceptível e, servindo-se de generalizações simbólicas na forma de sinais, comunicar também sobre algo não presente ou apenas possível*”¹⁹⁴. Daí a emergência da semântica não só como “patrimônio conceitual da sociedade” mas também como “*conjunto de formas utilizáveis para a função de seleção dos conteúdos de sentido que surgem da sociedade, ou melhor, como conjunto das premissas de sentido dignas de ser conservadas na sociedade*”¹⁹⁵. Toda a criação de sentido é histórica, isto é, processada temporalmente¹⁹⁶; o sentido é *medium* “*que permite a criação seletiva de todas as formas sociais e psíquicas. O sentido tem uma forma específica, cujos dois lados são realidade e possibilidade, ou ainda atualidade e potencialidade*”¹⁹⁷. Daí que o sentido possa ser descrito como “*aquele excedente de remissões acessível a partir do sentido atualmente dado*”¹⁹⁸.

Nas sucessivas observações de observações, cada vez mais possibilitadas estruturalmente por uma sociedade que se diferencia funcionalmente, ampliam-se a reflexividade e a reflexão de cada sistema em condições policontexturais; a realidade crescentemente pode ser vista “*como algo contingente, como algo também possível de outra maneira*”¹⁹⁹. Se “[o] que quer que seja possível é sempre possível de outras maneiras”²⁰⁰, o relacionamento entre semântica e estrutura é construído entre a contingência e a complexidade:

¹⁹² CORSI, 1996, p. 73.

¹⁹³ LUHMANN, 2007b, p. 75.

¹⁹⁴ ESPOSITO, 1996, p. 101.

¹⁹⁵ BARALDI, 1996a, p. 143.

¹⁹⁶ LUHMANN, 2007b, p. 30.

¹⁹⁷ BARALDI, 1996b, p. 146. Cf. LUHMANN, 2007b, p. 27-40.

¹⁹⁸ LUHMANN, 2007b, p. 32.

¹⁹⁹ LUHMANN, 2007b, p. 889.

²⁰⁰ LUHMANN, 2004a, p. 459.

*A complexidade de uma unidade indica o fato de que nem todos os elementos de tal unidade podem estar simultaneamente em relação com eles mesmos. Assim, a complexidade significa que para atualizar as relações entre os elementos é necessária uma seleção. Como fundamento da definição de complexidade está a distinção entre elemento e relação, que permite observar uma condição de relacionabilidade seletiva, distinguindo-a de uma condição de relacionabilidade completa entre os elementos*²⁰¹.

Com o incremento de complexidade, ou seja, a geração de excedentes de possibilidades não atualizadas, a temporalidade da circulação de semânticas e estruturas se processa nos limites da redundância que dá lugar à própria possibilidade (improvável) de variação e seleção da inovação. “*Mas há a possibilidade de que, no processamento contínuo da observação de observações e da descrição de descrições, se estabilizem ‘estados peculiares’ (‘Eigenzutände’ [...]) do sistema, que também sob essas condições mantêm um valor de orientação*”²⁰². Tais são as semânticas e estruturas.

1.3 EVOLUÇÃO, DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL, COMPLEXIDADE E CONTINGÊNCIA

O evolucionismo, a metáfora organicista e a semântica da diferenciação social, elementos típicos do pensamento social do século XIX²⁰³, são reconstruídos por Luhmann de maneira crítica, mas sem desprezar tal tradição. A evolução social é concebida por Luhmann²⁰⁴ não como um processo causal simples, unidirecional, linear, teleologicamente orientado ou compelido no sentido da salvação, do apocalipse ou do progresso (como categoria moral)²⁰⁵, mas antes, como uma sucessão de mu-

²⁰¹ BARALDI, 1996c, p. 43.

²⁰² LUHMANN, 1997b, p. 72.

²⁰³ LUHMANN, 1983, p. 35-6; 2007b, p. 471, 907.

²⁰⁴ 1983, p. 170-7, 193; 1985a, p. 118, 177; 2004a, p. 470-1; 2004b, p. 67. Cf. NEVES, 2008, p. 1-18.

²⁰⁵ Especificamente quanto ao direito, LUHMANN (1983, p. 142) destaca: “*O desenvolvimento do direito não pode ser concebido como um progresso no sentido de uma melhor realização da virtude e da razão, de uma cada vez maior eliminação do comportamento divergente, etc. – ou seja, no sentido de aproximação a ideais que, independentemente da respectiva estrutura social, sempre vigeram. Ao contrário, o desenvolvimento do direito sempre tem que ser visto juntamente com as modificações estruturais ao nível do próprio sistema social*”.

danças estruturais que levam à diferenciação funcional, com a especialização de sistemas sociais parciais, e à complexificação, com o aumento das possibilidades, dos riscos (possibilidade de consequências negativas²⁰⁶) e da contingência na sociedade.

Na modernidade, o incremento de variação e a superabundância de complexidade²⁰⁷ levam à intensificação da pressão seletiva²⁰⁸. Ao mesmo tempo há, evolutivamente, a estabilização de estruturas historicamente improváveis²⁰⁹, as quais permitem uma maior segurança, com uma redução (simplificação) da complexidade, mas também com um crescente número de possibilidades nos respectivos ambientes de cada sistema especializado. Diante destas, os sistemas desenvolvem técnicas específicas de adaptação, de indiferença ou de (auto)construção de estruturas correspondentemente adequadas a suportar tal grau de complexidade²¹⁰.

O fenômeno evolutivo pode ser compreendido a partir de três momentos: a variação, a seleção e a restabilização ou retenção²¹¹. A partir da “*emergência de elementos que se afastam do modelo de reprodução até então existente*”²¹², consistentes em um “*desvio daquilo que já é conhecido*”²¹³, em “*uma comunicação inesperada, surpreendente*”²¹⁴ para dado sistema (*variação*), este seleciona estruturas que operacionalizem “*a continuidade da reprodução do elemento inovador*” identificado (*seleção*). Tal reprodução é estabilizada mediante a integração perene da inovação e das correspondentes estruturas sistêmicas ao “*sistema como unidade de produção*”, ou seja, pela compatibilização da inovação ao sistema, pela “*assimilação estrutural da inovação*”: na (*r*)*estabilização*²¹⁵ a inovação (comunicação inovadora), principalmente após apresentar uma repetição quantitativamente relevante (redundância), passa a pertencer a uma “*sequência operativa*”²¹⁶ (sequência padronizada de comunicações) que se reproduz comumente dentro do sistema, passa a ser “*condição do*

²⁰⁶ LUHMANN, 2004a, p. 155.

²⁰⁷ Nas sociedades arcaicas, ao contrário, o problema era a escassez de alternativas (pouca variação). Cf. LUHMANN, 1983, p. 182-200; 1985a, p. 118.

²⁰⁸ NEVES, 2008, p. X.

²⁰⁹ LUHMANN, 2004a, p. 175.

²¹⁰ LUHMANN, 2004a, p. 182-3.

²¹¹ LUHMANN, 2007b, p. 360-99.

²¹² NEVES, 2008, p. 2.

²¹³ LUHMANN, 2005d, p. 47.

²¹⁴ LUHMANN; DE GIORGI, 2003, p. 190.

²¹⁵ NEVES, 2008, p. 2, 6-7.

²¹⁶ LUHMANN, 2007b, p. 626.

sistema” e “*pressuposto para as operações seguintes. Trata-se, como se diz, de uma diferença que faz a diferença*”²¹⁷, uma informação a ser levada em conta para as futuras comunicações. Como toda comunicação, aquela que expressa uma inovação pode ser rejeitada, negando-se a seleção daquele elemento²¹⁸. As três funções evolutivas foram diferenciando-se no curso do desenvolvimento social, sendo notada nas sociedades sem escrita uma indiferenciação entre variação e seleção; nas sociedades “altamente cultivadas”, uma dificuldade em se separar seleção e restabilização; nas sociedades modernas, finalmente, a falta de uma divisão clara entre variação e (r)estabilização²¹⁹.

A evolução social é também concebida em termos de complexificação²²⁰. A complexidade é definida como “*a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido [...]*”²²¹. Assim, “*sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar*”²²², pois a estruturação da complexidade²²³ implica a limitação dessas possibilidades, na medida em que se tem que discernir sua compatibilidade e compossibilidade: a escolha da possibilidade a se realizar exclui estrategicamente outras, mas abre um novo campo de possibilidades de comportamento antes indisponíveis. É nessa medida que a estruturação de um campo de possibilidades gera, afinal, um aumento da complexidade desse campo e de sua capacidade de absorver e processar a heterogeneidade²²⁴. A “complexidade estruturalmente possibilitada” em um sistema é contingente, evoluindo como fator e produto da estabilização de estruturas altamente improváveis e arriscadas²²⁵.

²¹⁷ LUHMANN, 2005d, p. 48.

²¹⁸ LUHMANN; DE GIORGI, 2003, p. 190; LUHMANN, 1995a, p. 147; NEVES, 2008, p. 6.

²¹⁹ LUHMANN, 2007b, p. 393-4; NEVES, 2008, p. 2, 7-11.

²²⁰ LUHMANN (1983, p. 34) nota que da sociologia (do direito) clássica (Durkheim, Marx, Weber, Maine, Parsons e Ehrlich) podem ser extraídas as noções da evolução como elevação da complexidade social e do direito como condição e resultado da complexidade e variabilidade social. Considerando a teoria evolucionária luhmanniana como uma elaboração crítica, não meramente analógica ao evolucionismo biológico, cf. NEVES, 2008, p. 2-4, 60-2.

²²¹ LUHMANN, 1983, p. 12.

²²² LUHMANN, 1983, p. 45.

²²³ LUHMANN, 1983, p. 18.

²²⁴ LUHMANN, 1983, p. 13.

²²⁵ LUHMANN, 1983, p. 15. LUHMANN (1983, p. 26) destaca a influência de Durkheim nas ideias da passagem de uma sociedade segmentariamente diferenciada (“em unidades iguais ou semelhantes, de muito baixa complexidade: em famílias e linhagens”) a uma sociedade em que predomina a diferenciação funcional – para

Na teoria luhmanniana, consideram-se na categoria de sistemas as máquinas, os organismos, os sistemas psíquicos e os sistemas sociais; estes, por sua vez, diferenciam-se enquanto interações, organizações ou a sociedade e seus sistemas funcionais²²⁶. A sociedade é definida como um “*sistema estruturado de ações relacionadas entre si através de sentidos*”²²⁷ e diferencia-se dos sistemas orgânico e psíquico por ter como elemento de suas operações específicas a comunicação, que não existe nos sistemas de outro tipo (não sociais)²²⁸. A sociedade “*reproduz comunicação por meio de comunicação*”²²⁹ e assim (re)produz a si mesma. Os sistemas de natureza física, química ou biológica, como a natureza e o organismo humano (este se reproduzindo pelo *medium* vida), estão no ambiente da sociedade, bem como o sistema psíquico (cujo *medium* é a consciência)²³⁰, também uma condição essencial para a existência da comunicação, embora não seja constituído por comunicações²³¹.

O homem, enquanto sistema psíquico (personalidade) e orgânico (corpo), ocupa o ambiente da sociedade – e, portanto, de todos os sistemas sociais parciais²³². Do ponto de vista do homem, a sociedade também está em seu ambiente: “*Cada um é para o outro demasiadamente complexo e contingente. [...] A estrutura e os limites da sociedade reduzem a complexidade e absorvem a contingência das possibilidades orgânicas e psíquicas*”²³³, e vice-versa.

Na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, “*sistemas sociais existem como sistemas comunicativos*”²³⁴ e a sociedade é uma “*conexão autorreferencialmente fechada de comunicações*”²³⁵. Como “*sistema social abrangente*”²³⁶, a sociedade diferencia-se em uma série de subsiste-

Durkheim, resultado da divisão de trabalho, pela qual a cada sistema parcial foram atribuídas “funções específicas, aumentando assim a complexidade da sociedade”. Para LUHMANN (1983, p. 27), “*o problema da complexidade estruturalmente permissível*” foi “*a indagação central da sociologia do direito de Durkheim*”. Cf. DURKHEIM (2004, p. 211-6). Para uma comparação entre Luhmann e Durkheim, cf. VILLAS BÔAS FILHO, 2010a.

²²⁶ LUHMANN, 2005, p. 2.

²²⁷ LUHMANN, 1983, p. 169.

²²⁸ LUHMANN, 2004a, p. 89, 189.

²²⁹ LUHMANN, 2007b, p. 145.

²³⁰ LUHMANN, 1985a, p. 44; 2004a, p. 89.

²³¹ LUHMANN, 2004a, p. 413.

²³² LUHMANN, 1983, p. 169.

²³³ LUHMANN, 1983, p. 169.

²³⁴ LUHMANN, 1995a, p. 364

²³⁵ NEVES, 2008, p. 4.

²³⁶ LUHMANN, 1983, p. 121. Cf. LUHMANN, 2007b, p. 55-65.

mas ou sistemas sociais parciais, funcionalmente especializados – o direito, a arte, a economia, a educação, a religião etc. –, em relação aos quais a sociedade (*i.e.*, os demais sistemas sociais e outros âmbitos de comunicação não sistemicamente diferenciados) apresenta-se como ambiente. Além dos sistemas funcionais, há os sistemas sociais simples (baseados em interação presencial), que, tanto quanto os sistemas sociais organizados (em que importa a condição de membro), têm a sociedade como seu ambiente²³⁷, sendo todos (sociedade, sistemas funcionais, organizações e interações) sistemas sociais autopoieticos, que operam e produzem suas estruturas por suas próprias operações. Ao lado das interações (fundadas no princípio da presença e na distinção presente/ ausente) e das organizações (fundadas no princípio do pertencimento, na distinção membro/ não membro)²³⁸, existem os movimentos de protesto, como “*sistemas autopoieticos de índole própria*”²³⁹.

A diferença sistema/ ambiente é um dos fundamentos do pensamento sistêmico²⁴⁰. Para cada subsistema social, todos os demais, além das esferas não diferenciadas sistemicamente, apresentam-se em seu ambiente: “*todos os sistemas constituem mundos circundantes uns para os outros e reforçam mutuamente a complexidade do mundo circundante, a qual precisam sempre dominar*”²⁴¹.

²³⁷ LUHMANN, 1985a, p. 138-9. LUHMANN (2007b, p. 652-3) nota que apenas com a Revolução Francesa marcou-se peremptoriamente a diferença entre interação e sociedade, típica da sociedade funcionalmente diferenciada; antes, na sociedade estratificada, a sociedade identificava-se com as interações concretas que a reproduziam.

²³⁸ LUHMANN, 2007b, p. 685.

²³⁹ LUHMANN, 2007b, p. 682. Para uma análise luhmanniana dos movimentos sociais, cf. LUHMANN, 2007b, p. 672-86.

²⁴⁰ Comenta HABERMAS (2000, p. 512): “*Se se pretende substituir o conceito de sujeito do conhecimento desenvolvido de Descartes a Kant pelo conceito de sistema desenvolvido em contextos cibernéticos e biológicos, sem perder o nível conceitual, é preciso cumprir algumas modificações. A relação interior-exterior entre o sujeito cognoscente e o mundo – como a totalidade dos objetos cognoscíveis – deve ser substituída pela relação sistema-mundo circundante*”. LUHMANN (1997a, p. 50) contrapõe a teoria dos sistemas autopoieticos à tradição centrada no sujeito dotado de capacidade de reflexão.

²⁴¹ HABERMAS, 2000, p. 515. Destaca-se a diferença entre as teorias sistêmicas de Luhmann e Parsons, este entendendo o sistema social como um subsistema do sistema de ação humana e a sociedade como um tipo de sistema social – o mais autossuficiente, cujo núcleo seria a ordem normativa padronizada, garantidora da função integradora desse sistema. No ambiente do sistema social estariam o sistema cultural (responsável pela manutenção dos padrões de vida), a personalidade (voltada à realização de objetivos) e o organismo (com uma função adaptativa). Cf. PARSONS (1969, p. 16-53). Ainda, comparando as funções do direito em Parsons e Weber, HABERMAS

Nesse modelo, portanto, a sociedade apresenta-se com “*codificação múltipla*”²⁴², como “*policontextural*” e “*hipercomplexa*”, e as descrições sobre esta podem ser múltiplas, a partir das perspectivas mais diversas, geradas pela diferenciação funcional²⁴³. Cada sistema afirma sua própria diferença e delimita-se em relação ao ambiente, expressando sua pretensão de autonomia e autodeterminação sistêmica em um contexto de racionalidades conflitantes; “*o centro localiza-se na ordem de que parte o observador*”²⁴⁴, “*toda diferença se torna ‘centro do mundo’*” e pode gerar uma descrição geral desse mundo, sem uma diferença última a partir da qual se possa visualizar e descrever toda a sociedade²⁴⁵. Sem um supersistema, conflitos entre as racionalidades sistêmicas existem, mas não levam a sociedade a uma “*contradição dominante e omniabrangente*”²⁴⁶. Nesse sentido, a teoria luhmanniana vislumbra “*complexidades múltiplas*”, embora identifique relações equivalentes e estruturas isomórficas nos diversos sistemas sociais²⁴⁷.

Os subsistemas sociais funcionalmente especializados são identificados por seus respectivos “*códigos de preferência*”, dois valores opostos que excluem quaisquer outros e que são atribuídos às comunicações conforme os *programas* do sistema²⁴⁸. São exemplos desses programas (critérios para a alocação do código-diferença identificador do sistema) as teorias, para a ciência; constituição, leis, decretos, contratos, decisões judiciais, para o direito²⁴⁹. Os programas são construídos por cada sistema, em sua semântica interna, como “*regras para a alocação*” dos valores positivo ou negativo (de cada código específico) às comunicações que o respectivo sistema reconhece, identificando a origem dessas comunicações²⁵⁰.

Verdade, amor, propriedade (ter) e dinheiro, arte, poder, direito são entendidos como “*meios de comunicação diferenciados*”²⁵¹, isto é,

(1997a, p. 94-112) nota que, enquanto para Weber o direito teria uma função de integração social, para Parsons este funcionaria como “*garantia de solidariedade social*”.

²⁴² LUHMANN, 2005a, p. 317.

²⁴³ LUHMANN, 2007b, p. 21-2, 63, 707.

²⁴⁴ NEVES, 2009b, p. 190.

²⁴⁵ NEVES, 2009b, p. 23-4.

²⁴⁶ TORRES NAFARRATE, 2000, p. 158.

²⁴⁷ LEÓN DEL RÍO, 2007, p. 69.

²⁴⁸ LUHMANN, 2007b, p. 280-2.

²⁴⁹ LUHMANN, 2007b, p. 294.

²⁵⁰ LUHMANN, 2004a, p. 118, 192-3, 209, 212; 2007b, p. 282, 294. Para LUHMANN (2007b, p. 295), os “*programas devem estar subordinados unicamente e tão só a um código e [...] não podem flutuar de meio a meio. Uma teoria não é uma lei [...]*”.

²⁵¹ LUHMANN, 2004a, p. 83.

“meios de comunicação simbolicamente generalizados”²⁵², referências que se acoplam às comunicações para torná-las mais prováveis e aceitáveis²⁵³. Cada um desses meios constitui a racionalidade da comunicação de cada subsistema social²⁵⁴. Assim, os sistemas especializados diferenciam-se em função de suas formas específicas de comunicação, identificadas primacialmente pelos meios de comunicação simbolicamente generalizados²⁵⁵ dentro de cada sistema em dado momento de sua história. São estas específicas propostas de sentido – isto é, de distinções – que aumentam a chance de aceitação de uma comunicação dentro de dado sistema, já que apresentam significativa redundância nas diversas situações de comunicação que reproduzem o respectivo sistema. Esse realce quantitativo e qualitativo de certos *topoi* (lugares comuns) se dá por fazerem referência ao problema fundante de cada sistema segundo sua autodescrição predominante. Este problema, por sua vez, é simbolizado pelas “fórmulas de contingência” de cada um dos sistemas, as quais os representam no que para eles constitui “o especificamente indiscutível: por exemplo, a escassez para o sistema da economia, a legitimidade para o sistema político, a justiça para o sistema do direito, a limitacionalidade²⁵⁶ para o sistema da ciência”²⁵⁷, Deus para a religião²⁵⁸. Não se deve visualizar nessas fórmulas – assim como nos respectivos códigos e programas – uma teleologia para a ação valorada dentro de cada sistema, mas antes, pressuposições metodológicas em que se baseiam em sua autopoiese²⁵⁹.

²⁵² LUHMANN, 2007b, p. 261. Sobre o poder como meio de comunicação, cf. LUHMANN (1995b, p. 7-26).

²⁵³ LUHMANN, 2007b, p. 245-8; 1998a, p. 18. LUHMANN (2004a, p. 122-3) nota que o dinheiro (tal como a validade jurídica) são símbolos que expressam a aceitação da comunicação. WEBER (2009a, p. 53, destaques no original) afirmou: “Do ponto de vista puramente técnico o **dinheiro** é o meio de cálculo econômico ‘mais perfeito’, isto é, o meio formalmente mais racional de orientação da ação econômica. [...] O **cálculo em dinheiro** – não o **uso** efetivo do mesmo – é, portanto, o meio específico da economia de produção ou obtenção racional com vista a fins”.

²⁵⁴ Sobre o conceito de racionalidade em Luhmann, cf. RODRÍGUEZ MANSILLA; TORRES NAFARRATE, 2008, p. 91-108.

²⁵⁵ LUHMANN, 2007b: 245-310.

²⁵⁶ A noção de limitacionalidade vincula-se à concepção epistemológica de LUHMANN, com base em Husserl.

²⁵⁷ LUHMANN, 2007b: 371.

²⁵⁸ LUHMANN, 2007c: 129-62.

²⁵⁹ Com relação ao sistema artístico, por exemplo, LUHMANN (2005a, p. 321-2, destaques no original) coloca: “Deve-se evitar a concepção de uma estrutura teleológica para o sistema arte, a concepção de um objetivo final da ação artística e, com isso, a ideia da beleza como um critério com o qual se pode julgar como foi criada a obra de arte e se se deve gostar ou não. Isso é válido para todos os casos de codificação binária”.

Para Luhmann²⁶⁰: “*Só se deve falar de ‘médium’ [meio] quando se designa um número de elementos acoplados exclusivamente de maneira frouxa, os quais estão disponíveis para a constituição de formas*”. Cada sistema social (e também psíquico) autoproduz-se pelo sentido (como meio), que implica sempre distinções (como formas de dois lados)²⁶¹, já que todo conceito implica seu contraconceito. As distinções formatam os sistemas sociais por “códigos de preferência”, os quais constituem “*critérios de controle próprios do sistema*”²⁶², segundo uma valoração estritamente binária (“*valor e contravalor*”²⁶³): poder/ não poder (política)²⁶⁴, lícito/ ilícito (direito)²⁶⁵, amor/ desamor (família)²⁶⁶, verdadeiro/ falso (ciência)²⁶⁷, ter/ não ter propriedade (economia)²⁶⁸, belo/ feio (arte)²⁶⁹, transcendente/ imanente (religião)²⁷⁰, aprender/ não aprender (educação)²⁷¹ etc²⁷². Os sistemas também podem apresentar códigos-diferença secundários: na economia, além da propriedade (ter), o dinheiro

ria. Também no código verdade/ falsidade (para mencionar tão só este), a verdade não é a um tempo nenhum critério de verdade no sentido antigo de ‘verum est iudex sui et falsi’. Antes bem deve-se distinguir entre estrutura (positiva/ negativa) dos valores do código e critérios (programas) que guiam a seleção correta de um ou outro valor”.

²⁶⁰ 2007b, p. 870.

²⁶¹ LUHMANN, 2007b, p. 31.

²⁶² LUHMANN, 2007b, p. 281-2.

²⁶³ LUHMANN, 2007b, p. 285.

²⁶⁴ LUHMANN, 1995b, esp. p. 45-84; 2007b: 276-9; NEVES, 2008: esp. p. 85-106. Cf. LUHMANN, 1989, p. 84-93.

²⁶⁵ LUHMANN, 2004a. Cf. LUHMANN, 1989, p. 63-75. Ou válido/ não válido pelo direito (LUHMANN, 2007b, p. 444).

²⁶⁶ LUHMANN, 1983, p. 226; 1985a, p. 99; 2007b, p. 268-70, 405, 409; 2002c, p. 156; NEVES, 2008, p. 103; 2009b, p. 24.

²⁶⁷ LUHMANN, 2004a, p. 101, 190; 2007b, esp. 280-307. Cf. LUHMANN, 1989, p. 76-83. LUHMANN (2004b, p. 52) comenta que, “*no sistema científico, toda orientação do progresso do conhecimento depende não de uma pesquisa com base em verdades definidas, mas sim de uma quantidade de pressuposições ou de hipóteses que podem ser verdadeiras ou falsas*”.

²⁶⁸ LUHMANN, 2007b, p. 285-7, 295. Cf. LUHMANN, 1989, p. 51-62.

²⁶⁹ LUHMANN, 2007b, p. 295; 2005a, p. 309-48. Ou esteticamente consonante/ dissonante (LUHMANN, 2007b, p. 444); ou, ainda, ficção/ realidade (LUHMANN, 1998b, p. 162).

²⁷⁰ LUHMANN, 2007b, p. 179; 1998b, p. 162. Cf. LUHMANN, 1989, p. 94-9.

²⁷¹ NEVES, 2009b, p. 24, destaca, a partir de LUHMANN (2007b, p. 594), que a diferença aprovação/ reprovação pode ser entendida como “*código-limite da diferença gradual*” aprender/não aprender. Cf. LUHMANN; SCHORR, 2000; cf. LUHMANN, 1989, p. 100-5.

²⁷² LUHMANN, 2007b, p. 444.

funciona como um meio simbolicamente generalizado; na política, o direito pode funcionar como segundo código do poder²⁷³. A alocação do valor positivo ou negativo de cada código é regida, como visto, pela *programação* desenvolvida em cada sistema.

Cada sistema forma o que seria identificado, na linguagem weberiana, como uma *esfera de valor* própria, autônoma, ainda que suscetível a – em termos luhmannianos – “ruídos” de outras esferas²⁷⁴. Os códigos próprios de cada sistema permitem seu fechamento operacional, a autorreferência de suas comunicações, sem que se tenha que recorrer a valores superiores, exteriores ao sistema²⁷⁵: formam-se assim “*racionalidades parciais institucionalizadas*”²⁷⁶, sem que se tenha uma esfera central ou predominante sobre as demais. Sob essa forma de diferenciação funcional, os sistemas sociais podem sustentar maior complexidade, em termos globais (no nível da sociedade), do que se fossem indiferenciados (ou diferenciados apenas segmentária ou hierarquicamente). Por outro lado, a congruência das comunicações é mantida por essa mesma diferenciação funcional permitir uma redução das possibilidades, uma simplificação da complexidade no plano interno de cada sistema²⁷⁷, sempre subcomplexo em relação ao seu ambiente (cuja complexidade é maior, mas menos estruturada – daí ser opaca para o sistema que observa o seu ambiente).

A diferenciação funcional da sociedade em sistemas parciais operacionalmente fechados implica que apenas o sistema controla suas comunicações e as autoriza por si mesmo, sem ter que recorrer a “valores superiores” e não se submetendo estas a nenhuma superesfera moral ou de qualquer outro tipo; implica também que os valores não são diretamente conversíveis entre os sistemas: a verdade não se transforma em poder ou amor, o lícito não significa verdade, a propriedade não significa beleza²⁷⁸. Os respectivos códigos atuam como meios de direção da conduta nos sistemas²⁷⁹. Por fim, uma conjunção dos valores positivos (poder, ter, belo etc.) ou negativos (ilícito, feio, falso etc.) não é necessária, mas meramente contingente²⁸⁰. Os subsistemas sociais são complexos, o que

²⁷³ LUHMANN, 2007b, p. 286.

²⁷⁴ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 61; 2006, p. 03.

²⁷⁵ LUHMANN, 2007b, p. 288-90.

²⁷⁶ HABERMAS, 2000, p. 519.

²⁷⁷ VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 103.

²⁷⁸ LUHMANN, 2007b, p. 286-8.

²⁷⁹ LUHMANN, 2007b, p. 280-6.

²⁸⁰ LUHMANN, 2007b, p. 281-2. No capítulo 2, item 2.1, tal ideia da independência dos *media* de comunicação será discutida e matizada, em referência ao problema da exclusão social e à dinâmica do sistema econômico e das organizações.

implica que incluem “*tantos elementos que já não se pode combinar um elemento com todos os demais, e as relações devem produzir-se seletivamente*”²⁸¹.

Ao lado dos subsistemas sociais funcionais, a sociedade contém esferas não diferenciadas funcionalmente, que não compõem sistemas especializados e que se reproduzem mediante códigos difusos, não claramente identificáveis – seria o caso da moral. Apesar de não constituir um meio simbolicamente generalizado, a moral também apresenta um código de preferência, que pode ser identificado como o par “*bom/ mau*”²⁸² ou “*consideração/desprezo*”²⁸³, mas que é “*difusamente reproduzido, importa uma diversidade de critérios, em torno dos quais não se constrói consenso (suposto)*”²⁸⁴. Embora o amor possa apresentar-se como o princípio sistêmico da família (enquanto sistema social), também se pode conceber que sua reprodução é difusa – tal qual a do código moral – configurando-se a esfera do amor como um âmbito comunicativo mais permeável ao “*mundo da vida*”, uma dimensão ainda não diferenciada a ponto de constituir um sistema operacionalmente fechado²⁸⁵.

Uma questão problemática na teoria luhmanniana diz respeito à noção de “*mundo da vida*”.

Luhmann²⁸⁶ rejeita o “*‘mundo da vida’ [...] pressuposto como postulado de toda comunicação*”. Todavia, não nega a existência de tal “*mundo da vida*” como lócus da vivência cotidiana, do senso comum. Apenas não deposita neste “*espaço*” esperanças de consenso e integração, ao contrário de Habermas²⁸⁷, já que a complexificação da sociedade moderna pela técnica (que poderíamos tomar como uma fórmula geral do fechamento autorreferencial e da diferenciação dos sistemas sociais, oposta à fórmula de abertura, que seria a ideia de “*função social*”) tende a abarcar todas as comunicações formais ou problematizadoras de sentido (propulsoras e geradoras de variação, seleção e estabilização de sentidos, *i.e.*, da evolução de estruturas e semânticas) nos sistemas funcionais (e nas organizações interiores ou exteriores a tais sistemas), permanecendo as pessoas no trânsito entre o “*mundo da vida*” e os sistemas sociais. Daí

²⁸¹ LUHMANN, 2005b, p. 14.

²⁸² LUHMANN, 2007b, p. 289.

²⁸³ NEVES, 2008, p. 50.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ Conforme a diferenciação, apresentada por NEVES (2008, p. 123-213), entre “*mundo da vida*”, sistemas sociais funcionais e esferas comunicativas que não constituem sistemas autônomos funcionalmente diferenciados.

²⁸⁶ 2007b, p. 694.

²⁸⁷ 1997a, p. esp. p. 65-82; 1997b, p. 307-25.

a postulação pelo dissenso e pela desintegração social na teoria luhmanniana²⁸⁸.

A sociedade, abrangente de todas as esferas comunicativas, sejam ou não sistemas sociais operacionalmente fechados, está, na perspectiva de cada um dos sistemas, em seu ambiente, assim como cada sistema tem em seu ambiente todos os demais sistemas e as esferas sociais não especializadas. A diferenciação funcional dos sistemas significa uma especialização dessas esferas no sentido da solução de um determinado problema da sociedade²⁸⁹. Por isso, a *função* é definida como a relação entre certo subsistema social e a sociedade como um todo (sistema social abrangente)²⁹⁰. A diferenciação determina que os sistemas entrem em

²⁸⁸ Vide capítulo 2, item 2.1. Nesse sentido, em especial, LUHMANN, 1995b, p. 99-101: *“Temos presente que existem vários tipos de meios de comunicação. Inclusive os tomando conjuntamente, a área que afetam não cobrirá tudo o que, em um sentido muito amplo, se poderia chamar influência. Todos os meios se desenvolvem e se destinam a combinações específicas de interações, em outras palavras, para situações de problemas particulares. Sempre pressupõem que todos vivem realmente em conjunto, quer dizer, presumem um ‘mundo de vida cotidiana’ social (Lebenswelt). [...] Desde Husserl, muito se advertiu que a vida real que vivem as pessoas de forma conjunta segue seu curso sem problemas, ao menos de um modo tratado como algo simples, nos contatos cotidianos feitos sobre a base de uma certeza inquestionável sobre o mundo. As alterações seguem sendo a exceção. Normalmente, os fundamentos da existência compartilhada e as condições para sua continuidade não necessitam ser considerados, as ações não necessitam ser justificadas e os motivos não necessitam ser obtidos e revelados expressamente. Nunca se exclui o fato de ver as coisas como problemáticas ou organizadas de acordo com temas generalizados, e sempre seguem sendo possíveis; mas este potencial não atualizado usualmente é suficiente como uma base para a interação: se ninguém o ocupa, tudo está em ordem. [...] Esta condição básica para a natureza real da vida cotidiana não pode ser eliminada. Está baseada nas limitações estreitas da habilidade para processar a experiência de forma consciente. [...] O mundo, como o experimentamos ao ordenar a vida, segue sendo pré-consciente, no status de um horizonte de possibilidades não atualizadas. Desse modo, os aumentos nas atividades que buscam organiza-lo só são possíveis como aumentos nas premissas de sentido formuladas e não formuladas, problematizadas e não problematizadas no intercâmbio social. [...] Nos casos extremos, a técnica toma a forma de fazer automático e calculável do processamento da informação, do operar com entidades idealizadas sem, ao mesmo tempo, ter que considerar suas implicações mais amplas. O desenvolvimento técnico desse tipo possibilita processar seletivamente situações muito complexas e, com isto, reorganizar aquelas possibilidades que seguem sendo compatíveis com os limites da consciência e com o status do mundo que experimentamos comumente. [...] Então, ao tomar este conceito geral de técnica como base, podemos descrever a diferenciação dos meios de comunicação e, em particular, a diferenciação do poder, como uma manifestação da técnica”*. Cf., ainda, LUHMANN, 2005b, p. 101-32.

²⁸⁹ LUHMANN, 2004a, p. 93.

²⁹⁰ LUHMANN, 2004a, p. 167.

crescente interdependência, entendida como a conjunção entre dependência e independência²⁹¹. Tal interdependência apenas pode existir a partir da especialização e diferenciação dos sistemas conforme um princípio funcional²⁹². Luhmann²⁹³ distingue três tipos de referências na observação realizada pelos sistemas, lembrando que “*o conceito de observação abarca toda práxis de designação que distingue e, por tanto, inclui também ações*”. Dessarte, ao lado da *função* (serviço especializado de determinado sistema social parcial em relação à sociedade ou observação da sociedade por um sistema parcial) e da *reflexão* (como um serviço do sistema a si mesmo – auto-observação – destinado a gerir “*o problema da autonomia e da identidade*” sistêmicas²⁹⁴), Luhmann²⁹⁵ trata do conceito de *prestação*, definido como o serviço de um sistema social parcial a outro ou a “*observação de outros sistemas*” por um sistema. Dessa forma, se “*a sociedade se constitui como uma rede de sistemas parciais autônomos, que se fecham uns em relação aos outros através de semânticas próprias, formando ambientes uns para os outros*”²⁹⁶, essa rede também permite a cooperação entre sistemas.

Prosseguindo em sua descrição da diferenciação funcional dos sistemas, Luhmann²⁹⁷ nota que dentro de cada sistema social parcial (direito, economia, política) há especializações no sentido de subsistemas jurídicos, econômicos, educacionais, etc., como o banco, o tribunal²⁹⁸, a escola (organizações centrais nos respectivos sistemas funcionais); tais subsistemas têm funções primárias (este um conceito parsoniano), apresentadas como seu objetivo, as quais regulam suas demais funções. Na modernidade, além de funcionalmente diferenciados, os sistemas sociais apresentam-se como operacionalmente fechados e cognitivamente abertos. O fechamento operacional diverge da autarquia e da autossuficiência (fechamento causal ao ambiente)²⁹⁹, sendo que a autonomia ou autorregulação é analisada como uma consequência desse fechamento³⁰⁰.

²⁹¹ LUHMANN, 2004b, p. 59. A independência é conceituada por LUHMANN (2004a, p. 96) como “*ausência de pressões externas*”.

²⁹² LUHMANN; SCHORR, 2000, p. 29-30.

²⁹³ 2007b, p. 600.

²⁹⁴ NEVES, 2009a, p. 263.

²⁹⁵ 2007b, p. 600.

²⁹⁶ HABERMAS, 1997b, p. 63.

²⁹⁷ 1985a, p. 133.

²⁹⁸ Cf. LUHMANN, 1990a, esp. p. 155.

²⁹⁹ LUHMANN, 2004a, p. 80-1; 1997a, p. 52.

³⁰⁰ LUHMANN, 2004a, p. 95.

Cada operação sistêmica é uma “*realização de possibilidades significativas*”³⁰¹, entre outras, e para a realização dessas possibilidades são mobilizadas “*comunicações que se referem recursivamente a outras comunicações e que constroem seu próprio significado, sua própria conexidade com o sistema [...]*”, fechando-o operacionalmente ao desenhar suas fronteiras³⁰². É essa rede de significações, guiada fundamentalmente pelo código-diferença e pelos programas típicos do sistema, que atribuirá valores positivos (lícito, poder, ter) ou negativos (ilícito, não poder, não ter) às comunicações no seu interior³⁰³.

A codificação binária das comunicações e o conseqüente fechamento operacional dos sistemas autopoieticos apenas são identificados e somente são relevantes a partir de uma “*observação de segunda ordem*”, ou seja, pela observação dos observadores diretos (v.g., no caso do direito, agente e vítima)³⁰⁴. No sistema jurídico, os observadores de segunda ordem “*podem ser legisladores, e então a questão central é sua intenção de mudar o direito; ou podem ser tomadores de decisões judiciais, e a questão é como eles definem o problema em um caso particular e quais razões usam para suportar suas decisões*”³⁰⁵.

³⁰¹ LUHMANN, 2004a, p. 85.

³⁰² LUHMANN, 2004a, p. 98. No mesmo sentido, LUHMANN, 2007a, p. 59-60.

³⁰³ LUHMANN, 2004a, p. 98-9. Para LUHMANN (2005a, p. 310-1), os códigos, que são “*esquematismos binários*”, devem: 1) “*traduzir a função [do sistema] em uma diferença diretriz*”; 2) ser completos, no sentido de registrarem “*em sua totalidade o âmbito de funções para o qual é competente o sistema*”; 3) de fora, “*operar de maneira seletiva*”; 4) de dentro, “*de maneira informativa, sem extrair do sistema a capacidade de irritação*”; 5) “*manter o sistema aberto à possibilidade de suprir programas – os quais podem oferecer (e modificar) os critérios de decisão sobre o valor do código que deve entrar em consideração*”; 6) distinguir entre um valor positivo e o correspondente negativo: “*Com o valor positivo pode-se começar algo no sistema, já que pelo menos assegura uma probabilidade condensada de aceitação. O valor negativo serve como valor de reflexão para controlar com quais programas se pode trocar a promessa de sentido do valor positivo*”.

³⁰⁴ LUHMANN, 2004a, p. 101, 157, 227; 2004b, p. 65.

³⁰⁵ LUHMANN, 2004a, p. 228. Um doutrinador pode ser um observador de terceiro grau; um teórico ou filósofo do direito, um observador de quarto grau. A referência de Luhmann a “*observações de segundo grau*” é equívoca, cobrindo as diversas observações de observações (portanto, não apenas observações de segundo grau, mas também de terceiro, quarto etc.). Vale notar que, quanto maior o grau da observação, mais abstrata tende a ser a descrição produzida; pense-se no julgador de um caso concreto em relação às partes do conflito, no legislador da norma abstrata em relação ao juiz produtor da norma concreta. Também, quanto maior o grau da observação, menos estratégica e “*interessada*” tende a ser a inserção do observador no sistema; pense-se na diferença entre o doutrinador, que visa à produção de um saber de orientação prática dos operadores do sistema jurídico (observando as partes dos conflitos jurídicos, o trata-

A observação de segunda ordem requer uma observação do funcionamento do sistema pelo próprio sistema (auto-observação) ou por outro sistema, a partir de uma perspectiva externa (hetero-observação); já que cada sistema produz descrições de si e de seu ambiente a partir de códigos e programas próprios, as interpretações fornecidas por cada sistema – a respeito de si próprio ou de outros sistemas ou esferas de comunicação – hão de divergir³⁰⁶.

A codificação de uma comunicação permite o acoplamento com outras operações comunicativas, ou seja, dá início a uma nova rede recursiva, a um entrelaçamento de sentidos reconhecível pelo sistema funcional especificamente orientado por aquele código-base, como “diferença condutora”³⁰⁷. O fechamento operacional significa, portanto, a autorreferência das operações funcionalizadas pelo sistema, sua codificação conforme uma específica rede operacional de significados (códigos e programas), a qual a cada operação do sistema é reforçada e ampliada por meio de novas condensações de sentidos e da confirmação de suas estruturas³⁰⁸. Luhmann³⁰⁹ distingue três formas de autorreferência: autorreferência basal ou básica, reflexividade e reflexão.

A *autorreferência básica* ou elementar, é “a forma mínima de autorreferência” e produz-se mediante a distinção entre elemento e relação. Embora seja “um requisito constitutivo para a formação de sistemas autorreferenciais”, trata-se de um relacionamento entre elementos, eventos – nos sistemas sociais, uma autorreferência das comunicações e não de sistemas.

Já a *reflexividade* ocorre quando “*um processo é aplicado a si mesmo ou a processos do mesmo tipo*”³¹⁰. Aqui a distinção fundante utilizada pelo sistema (seu código de preferência) é aplicada sobre a própria auto-observação e autodescrição do sistema: por exemplo, avalia-se, em um novo enunciado, a verdade ou falsidade de um enunciado científico,

mento legislativo e jurisdicional desses conflitos), e o cientista, o sociólogo do direito, que observa inclusive a doutrina e não visa a fornecer qualquer orientação prática direta para a própria autorreprodução basal do sistema jurídico – por exemplo, para as lides forenses (em se considerando os tribunais como organizações centrais do sistema funcional do direito). Essa diferenciação de graus de observação encontra paralelos com a diferenciação entre “perspectiva interna” e “perspectiva externa”, que a teoria do direito desenvolveu desde HART (2007, esp. p. 98-101).

³⁰⁶ FIGUEIRA NEVES, 2005, p. 40; LUHMANN, 2007a, p. 61-2.

³⁰⁷ LUHMANN, 2005d, p. 37-8.

³⁰⁸ LUHMANN, 2004a, p. 85, 93, 211; SPENCER-BROWN, 1969, p. 10, 81, 114.

³⁰⁹ 1995, p. 443-4.

³¹⁰ LUHMANN, 1985a, p. 13.

que procurou avaliar a realidade segundo o código “verdadeiro/ falso”³¹¹. Essa “autorreferência processual” está presente em diversos sistemas, expressando-se em casos como o da formação pedagógica (ensino do ensino, no sistema educacional), da metodologia (estudo do estudo, no sistema científico) e da normatização constitucional do processo legislativo (normatização jurídico-positiva da normatização jurídico-positiva, no sistema jurídico)³¹². Mesmo a moral, esfera não funcionalmente diferenciada no mesmo nível dos subsistemas da sociedade mundial, é capaz de autorreflexividade na forma de ética³¹³. Valores também são refletidos (valorados) no plano da ideologia³¹⁴.

Finalmente, no nível mais elevado de autorreferência, e pressupondo os dois tipos anteriores, apresenta-se a *reflexão*³¹⁵, que permite um adensamento do encadeamento de sentido nas autorreproduções do sistema. A reflexão pode ser produzida por operações como a autodescrição, pela qual o sistema promove sua “*a identificação [...] como uma unidade e a descrição de suas propriedades (significado, função etc.) [...]*”³¹⁶. Por meio de sua auto-observação – caso da dogmática jurídica, uma reflexão teórica sobre o direito positivo, em termos do direito positivo³¹⁷ –, o sistema promove uma reentrada de sua diferenciação em relação ao respectivo ambiente, fortalecendo sua “*autoidentidade*” e a “*autodiferença*”³¹⁸.

A autopoiese dos sistemas é garantida, então, por essas três funções de autorreferência. O fechamento operacional importa que o sistema é capaz de desenvolver técnicas de abstração das mudanças ocorridas em seu ambiente, podendo reproduzir-se até mesmo indiferentemente a estas³¹⁹, diferenciando o que é uma comunicação (elemento válido, significativo para os sistemas sociais), se esta é relevante e se pertence a si (sistema) ou ao seu ambiente³²⁰. Nesse sentido é que se dá a autoprodução (*autopoiese*³²¹) dos sistemas sociais funcionalmente especializados, ope-

³¹¹ LUHMANN, 2007b, p. 290.

³¹² LUHMANN, 1995a, p. 443; NEVES, 2008, p. 64-5.

³¹³ LUHMANN, 2007b, p. 280.

³¹⁴ LUHMANN, 2007b, p. 290.

³¹⁵ LUHMANN, 1995a, p. 444.

³¹⁶ LUHMANN, 2004a, p. 88.

³¹⁷ LUHMANN, 1978, p. 46-7.

³¹⁸ LUHMANN, 2004a, p. 86-7, 105-6, 180-90; 2004b, p. 40-1. A auto-observação do sistema determina operações internas como o planejamento, o controle e reflexões teóricas (LUHMANN, 2004a, p. 104).

³¹⁹ LUHMANN, 1985a, p. 143-4.

³²⁰ LUHMANN, 2004a, p. 88.

³²¹ O conceito de *autopoiese* foi reconstruído em termos sociológicos por Luhmann, a partir da teoria biológica dos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Cf.

racionalmente fechados e cognitivamente abertos. Apenas liderando a produção e reprodução de seus sentidos específicos um sistema pode sobreviver, já que seus elementos – as comunicações – são instáveis e fugazes³²². Além de autopoéticos, os sistemas são auto-organizados, na medida em que utilizam “operações próprias para construir estruturas” que poderão “reutilizar e modificar” nas próximas comunicações³²³. Não se postula que cada sistema exista

*sem a sociedade, sem pessoas, sem as especiais condições físicas e químicas em nosso planeta. Entretanto, relações com esse ambiente apenas podem ser estabelecidas na base da atividade interna do sistema, pela execução de suas próprias operações, que se tornam disponíveis mediante todas aquelas conexões recursivas a que chamamos fechamento*³²⁴.

O fechamento autorreferencial dos sistemas sociais autopoieticos é uma condição de possibilidade de sua abertura cognitiva ao respectivo ambiente³²⁵. As relações entre sistema e ambiente não se baseiam em uma causação automática (determinação externa)³²⁶, em uma trivial transformação de *inputs* em *outputs*³²⁷, tampouco na forma descrita pela teoria dos sistemas abertos³²⁸ – que os define como sistemas adaptáveis ao seu ambiente por trocas de matéria, com autorregulação interna³²⁹. A evolução sistêmica meramente adaptativa ao ambiente culminaria na hipótese de “ações instrumentalmente direcionadas” para a sobrevivência, em um contexto de competição para a “sobrevivência do mais apto”³³⁰.

MATURANA; VARELA, 1980, p. 63-123; LUHMANN, 2004a, p. 83, 95; 2007a, p. 59-62; 2007b, p. 44-55; NEVES, 2008, p. 59-67; 2007a, p. 127-40. Destaca-se que LUHMANN (1983, p. 35-6) tem uma posição crítica diante das analogias entre sociedade e organismo correntes no século XIX (em Spencer, por exemplo), as quais são consideradas inadequadas para uma descrição da sociedade por serem excessivamente concretas.

³²² VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 30.

³²³ LUHMANN, 2005a, p. 309.

³²⁴ LUHMANN, 2004a, p. 105.

³²⁵ LUHMANN, 2004b, p. 61.

³²⁶ LUHMANN, 2004a, p. 85.

³²⁷ LUHMANN, 2004a, p. 91; 2004b, p. 60.

³²⁸ LUHMANN, 2004a, p. 464-5; 2002a, p. 55 ss.; NEVES, 2008, p. 62-3.

³²⁹ BERTALANFFY, 1977, p. 190-209; 1950, p. 155-7.

³³⁰ NEVES, 2008, p. 3.

Na teoria dos sistemas autopoieticos, as relações entre sistema e ambiente são possibilitadas e limitadas pelo fechamento operacional do sistema. Esse fechamento no nível semântico ou informacional permite o desenho das fronteiras do sistema, ao mesmo tempo em que se alia a uma abertura cognitiva, possibilitando que as informações do ambiente sejam qualificadas conforme o código de preferência específico do sistema, adquirindo um significado próprio à função desempenhada por este e garantindo um crescimento de sua complexidade interna³³¹. Assim, “o controle das próprias possibilidades de negação (fechamento) proporciona uma relação seletiva contínua e estável (ou, no mínimo, menos instável) do sistema com o seu ambiente (abertura adequada)”³³².

O conceito de autopoiese e a diferença sistema/ ambiente não excluem a consideração das múltiplas relações entre as diversas esferas. A “autopoiese do sistema apenas pode ser realizada por suas próprias operações”; assim, “o sistema não pode operar em seu ambiente e, portanto, não pode comunicar-se com seu ambiente usando suas próprias operações sistêmicas”. Cada sistema administra suas próprias operações, podendo inclusive criar – mas apenas segundo seus códigos e programas – referências externas, ao seu ambiente³³³. A distinção sistema/ ambiente ou sistema/entorno é basilar para a autopoiese de um sistema, mas não pode ser hierarquizada como a principal sempre, já que a cada comunicação o sistema enfoca as distinções que conformem o sentido da respectiva operação³³⁴.

Ao contrário da visão da sociedade como um sistema aberto, crescentemente adaptado ao seu ambiente³³⁵, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos refuta que haja comunicações diretas entre os sistemas sociais (inclusive a sociedade) e seu ambiente³³⁶; fora da sociedade não há comunicação. Refuta também que haja um estado de equilíbrio osmótico entre sistema e ambiente, postulando antes “um gradiente de complexidade entre o sistema e seu entorno”³³⁷, sendo maior a complexidade do ambiente³³⁸. Ademais, um sistema autopoietico constrói-se por suas próprias operações, e não reativamente a transformações ambientais³³⁹: “as ‘per-

³³¹ LUHMANN, 2004a, p. 80.

³³² NEVES, 2008, p. 63.

³³³ LUHMANN, 2004a, p. 118.

³³⁴ LUHMANN, 2007b, p. 43.

³³⁵ BERTALANFFY, 1977, p. 193.

³³⁶ LUHMANN, 2004a, p. 464-9.

³³⁷ RODRÍGUEZ MANSILLA, 2007, p. XI. Cf. NEVES, 2008, p. 17, 59.

³³⁸ VILLAS BÔAS FILHO, 2006: 103.

³³⁹ NEVES, 2008, p. 60, 63-4; TEUBNER, 1996, p. 99-115.

*turbações' advindas do ambiente só se tornam determinantes na evolução sistêmica quando assimiladas internamente como inovações*³⁴⁰, e qualquer elemento (comunicação) de um determinado sistema apenas pode ser produzido por este, e não “*recebido de seu mundo circundante 'pronto para o uso*”³⁴¹. Portanto, “*não há nenhum transporte de informação de sistema para sistema. Não obstante, sistemas podem produzir informações que circulam entre seus subsistemas*”³⁴².

Ilustrativamente, o sistema do direito “*sempre requer ligações com operações externas*”, assim como uma “*referência recursiva de operações jurídicas a operações jurídicas*”³⁴³. Dessarte, o direito, enquanto sistema autopoiético, relaciona-se com os sistemas e esferas sociais em seu ambiente, “*assim como com os estados físicos e mentais dos seres humanos, mas também com outros estados físicos, químicos e biológicos, dependendo de quais aspectos o sistema jurídico considera juridicamente relevantes*”³⁴⁴.

A diferenciação funcional dos sistemas apresenta-se, então, como um pressuposto de complexas relações entre estes. Em uma realidade multifuncional, com múltiplos sistemas sociais parciais diferenciados em termos de funções específicas para com a sociedade (sistema social abrangente), cada variação, “*cada inovação individual*” produz “*um número grande, geralmente incomensurável de consequências em esferas completamente diferentes*”³⁴⁵. Em uma sociedade complexa e diferenciada em uma pluralidade de sistemas funcionais, cada acontecimento é uma simultaneidade de vários acontecimentos, à medida da pluralidade das esferas de comunicação diferenciadas, o que implica: 1) que cada uma re(a)presenta um mesmo acontecimento de uma forma altamente seletiva, segundo suas operações; 2) há dificuldades de coordenação social dada a simultaneidade (falta de tempo) do acontecimento e das irritações por ele geradas³⁴⁶. Os sistemas estão constantemente se integrando e desintegrando, já que cada acontecimento particular pode gerar um acoplamento operativo fugaz dentro de cada sistema, criando redes de comunicações àquele evento referidas³⁴⁷. Os sistemas operam, pois, historicamente: “*O*

³⁴⁰ NEVES, 2008, p. 3.

³⁴¹ HABERMAS, 2000, p. 515.

³⁴² LUHMANN, 2005d, p. 42.

³⁴³ LUHMANN, 2004a, p. 90.

³⁴⁴ LUHMANN, 2004a, p. 89.

³⁴⁵ LUHMANN, 1985a, p. 131.

³⁴⁶ LUHMANN, 2007b, p. 479.

³⁴⁷ LUHMANN, 2007b, p. 480.

*sistema não pode escapar a sua própria historicidade, sempre deve partir do estado no qual ele mesmo se colocou*³⁴⁸.

Deve-se lembrar que a diferenciação sistêmica é uma “construção recursiva do sistema”, que este desenvolve por si mesmo e passa a aplicar a suas posteriores operações (comunicações). Essa construção se constrói pela reflexividade do sistema, que aplica a forma sistema/ ambiente às suas observações, distinguindo então autorreferência e heterorreferência, distinção esta que sofre uma *re-entry* no próprio sistema – dentro de si, apenas, este é capaz de comunicar observando seus limites e o lado interior e exterior³⁴⁹. Os sistemas são opacos uns aos outros e, para cada sistema, seu ambiente é um “*unmarked space* (Spencer Brown)” que o sistema só observa como um “*vazio de autorreferência*” “*carente de conteúdo*”³⁵⁰. Isso não contradiz a possibilidade mútua de influências entre sistema e ambiente. De fato, ao longo da “sequência” evolutiva típico-ideal³⁵¹ das formas predominantes de diferenciação social em cada momento histórico – segmentação (famílias, tribos, cidades), diferenciação centro/ periferia (cidade/ campo, metrópole/ colônia), estratificação (castas, estamentos, classes) e diferenciação funcional (economia, política, direito, etc.) – é provável o aumento das relações intersistêmicas³⁵².

Quanto às relações do sistema com seu ambiente, destaca-se o conceito de interpenetração como “*uma conexão geral à complexidade externa*” ao sistema³⁵³, a qual é captada por este conforme sua circularidade operacional interna, sua própria “*rede de processos de produção, transformação e destruição*”³⁵⁴. Há também “*irritações*” (ou “*perturbações*”³⁵⁵), interferências entre sistemas e uma “*permanente irritação*” do próprio sistema por si mesmo³⁵⁶, sendo que apenas o sistema pode ser

³⁴⁸ LUHMANN, 2007b, p. 700.

³⁴⁹ LUHMANN, 2007b, p. 473.

³⁵⁰ LUHMANN, 2007b, p. 483.

³⁵¹ Essa sequência é “ideal” no sentido weberiano de *tipo ideal*, como um modelo conceitual simplificado de conhecimento da realidade, que exclui as características contingentes de um dado fenômeno, analisando-o somente em seus contornos permanentes. Em regra, tal modelo conceitual – um padrão – não existe em sua forma pura e simples na realidade concreta (MORRISON, 2006, p. 345-7). Cf. WEBER, 2009a, p. 4-13. NEVES (2013, p. 102-3) procura adaptar o conceito metodológico weberiano à epistemologia luhmaniana.

³⁵² LUHMANN, 2007b, p. 485-7.

³⁵³ LUHMANN, 2004a, p. 116.

³⁵⁴ NEVES, 2008, p. 60.

³⁵⁵ LUHMANN, 2007b, p. 626.

³⁵⁶ LUHMANN, 2004a, p. 180. Destaca-se que o termo “irritação” não tem um significado negativo, não representa uma disfunção, ao contrário da noção de “corrupção” (LUHMANN, 2004a, p. 385).

“perturbado” por “ruídos” de ambiente, mas este não pode ser irritado por aquele³⁵⁷. O conceito de irritação

*refere-se à forma pela qual um sistema pode produzir ressonância em relação aos acontecimentos do meio externo, embora as próprias operações só circulem no interior do sistema e não sejam apropriadas para estabelecer contato com o meio externo (o que significaria que ocorreriam em parte internamente, em parte externamente)*³⁵⁸.

O isomorfismo, isto é, a presença de equivalências estruturais entre os diversos sistemas sociais, é indício de uma coevolução que se pode desenvolver já que “[c]ada transformação de um sistema parcial é ao mesmo tempo uma transformação do entorno dos demais sistemas parciais”³⁵⁹. Essa transformação gera irritações que cada sistema decodifica em informação conforme seu código e seus programas, reagindo de maneira variada e segundo a indiferença que consiga desenvolver em relação a determinado acontecimento e o grau de dependência/ independência que estabeleça com relação a seu ambiente e ao sistema específico que originou a transformação em suas operações internas³⁶⁰. As identidades se formam por um processamento de informações, que são geradas a partir de uma decodificação que o sistema faz das irritações que provêm

³⁵⁷ LUHMANN, 2004a, p. 383.

³⁵⁸ LUHMANN, 2005d, p. 47.

³⁵⁹ LUHMANN, 2007b, p. 474. O reconhecimento da *coevolução* entre a sociedade e seus subsistemas (e também entre sociedade e os seres humanos) (LUHMANN, 2007b, p. 106, 162, 204, 336, 424, 428, 444, 447) implica a possibilidade de a teoria dos sistemas, em seu alto grau de abstração, reconhecer isomorfismos, mas não a simples analogia. O conceito de isomorfismo é elaborado tanto pela clássica teoria geral dos sistemas (abertos) – estando presente em BERTALANFFY (1977, esp. p. 114-22; 1950, esp. p. 136-9) – quanto pela teoria dos sistemas sociais autopoieticos de LUHMANN (cf. 2002b, p. 49, por exemplo), que chega a adotar também, em sua sociologia do direito, o conceito de “equifinalidade” de Bertalanffy, esclarecendo que “[p]or equifinalidade é entendido o fato de que o mesmo estado de um sistema (aqui: o direito) pode ser atingido a partir de diferentes constelações originais e através de diferentes caminhos”. (LUHMANN, 1983, p. 241) Porém, “ao contrário do antigo pensamento europeu, não existe mais um conceito de mundo que, através de concepções como as de natureza ou criação, pudesse sugerir uma unidade subjacente do mundo e com isso um continuum de racionalidade, justificando, deste modo, as analogias. O que ainda é possível são, contudo, ofertas teóricas abstratas que não silenciam sobre sua própria contingência, explicitando-a, ao contrário, justamente na historicidade e transparência de seus princípios constitutivos”. (LUHMANN, 1997d, p. 39, destaque no original)

³⁶⁰ LUHMANN, 2007b, p. 475, 636.

de seu ambiente e são então – apenas internamente – dotadas de sentido³⁶¹.

Se a comunicação só pode existir no interior da sociedade, não podendo transpor-se ao seu ambiente, é certo que as comunicações de cada subsistema social podem transcender seus respectivos limites (desde que permaneçam dentro da sociedade) por meio de interações e organizações, em que podem ser administradas e transmutadas comunicações de vários sistemas sociais: é o caso da burocracia estatal³⁶².

Finalmente, Luhmann³⁶³ apresenta o conceito de acoplamento estrutural, como uma forma que “*reduz e assim facilita influências do ambiente no sistema*” (mais específica e pontual que a referida *interpene-tração* de sistema e ambiente). O acoplamento estrutural diferencia-se do acoplamento operacional³⁶⁴, bem como de “*causalidades [...] que ignoram ou desconsideram as fronteiras do sistema*”, sendo também um produto da diferenciação funcional³⁶⁵. Trata-se da construção de uma relação pela qual um sistema pressupõe certas condições de seu ambiente como requisitos estruturais para sua própria reprodução. No caso dos sistemas sociais, o ambiente apresenta-se para seu respectivo sistema como uma complexidade desordenada, justamente porque as comunicações deste ambiente não estão codificadas e programadas de acordo com parâmetros reconhecidos pelo sistema. Quando se acoplam estruturalmente, cada sistema passa a contar com as comunicações do outro para sua própria reprodução, mas a autonomia operacional de cada esfera especializada e o fechamento de sua rede de sentido interna são mantidos e até mesmo fortalecidos por uma hetero-observação entre os sistemas. Exemplificativamente, o sistema jurídico “*é acoplado aos sistemas político e econômico por ferramentas altamente específicas (constituição, propriedade, contrato) [...]*”³⁶⁶. Enquanto para o direito as comunicações mediatizadas nessas formas apresentam-se na forma de institutos jurídicos, estruturas

³⁶¹ LUHMANN, 2007b, p. 29.

³⁶² LUHMANN, 2007b, p. 481.

³⁶³ 2004a, p. 382. Cf. LUHMANN, 2007b, p. 66-89, 615-25.

³⁶⁴ Para LUHMANN (2004a, p. 381): “*Há duas variantes de acoplamento operacional. Uma é chamada autopoiiese. Envolve a produção de operações do sistema pelas operações do sistema. A outra é baseada na sincronia do sistema com o ambiente, que deve ser sempre presumida. Isso permite acoplamentos instantâneos das operações do sistema com operações que o sistema atribui ao ambiente, por exemplo, na possibilidade de cumprimento de uma obrigação legal por meio de pagamento, ou de simbolizar o consenso ou dissenso político por meio da aprovação de uma lei*”.

³⁶⁵ LUHMANN, 2004a, p. 381, 385-7.

³⁶⁶ LUHMANN, 2004a, p. 383.

que condensam sentidos referentes primariamente à diferença lícito/ilícito, para a economia os contratos, a garantia jurídica da propriedade, a normatização da atividade econômica apresentam-se como ferramentas operacionais para a reprodução do código ter/ não ter. Por outro lado, o banco central, enquanto acoplamento estrutural entre política e economia, reforça a independência e a dependência entre esses sistemas, em uma combinação de amplificação e redução de sua interdependência³⁶⁷.

Os acoplamentos estruturais não são estruturas flutuantes entre os sistemas, mas sim “*dispositivos que cada sistema faz valer [internamente], ainda que cada um em sentido diferente*”³⁶⁸, do que decorre a “*transformação de relações analógicas (simultâneas, contínuas) em digitais, que podem se tratar de acordo com o esquema ou isto/ ou aquilo, além da intensificação de determinadas vias de irritação recíproca com uma alta indiferença frente ao resto do entorno*”³⁶⁹. Há acoplamentos estruturais entre sistemas dentro e fora do sistema social mais amplo – a sociedade mundial. Dentro da sociedade, a comunicação pode efetuar acoplamento entre os sistemas, de forma que o acoplamento operativo auxilia a condensação e a atualização de irritações recíprocas em ambos os lados da forma, tornando mais eficiente a geração de informações nos dois sistemas acoplados³⁷⁰. Já os acoplamentos estruturais, ao potencializarem irritações entre um sistema e seu entorno, de certa forma permitem transpor essa distinção essencial das esferas de comunicação autorreferencialmente fechadas, o que impele a evolução³⁷¹.

Por outro lado, a própria sociedade, como sistema social abrangente de todos os subsistemas sociais, aumenta a complexidade de suas comunicações por seu acoplamento com a consciência (sistema psíquico)³⁷². Esta, como condição de possibilidade para a comunicação (elemento exclusivo dos sistemas sociais), uma vez acoplada à sociedade permite a uma série de efeitos, como a socialização, as expectativas individuais e a potencialização das influências (“irritações”) entre sistema e ambiente³⁷³.

Sistemas sociais e psíquicos trabalham com sentido – comunicação, nos primeiros, pensamento nos últimos – e o sentido surge da dife-

³⁶⁷ LUHMANN, 2002c, p. 185.

³⁶⁸ LUHMANN, 2007b, p. 624.

³⁶⁹ LUHMANN, 2007b, p. 617.

³⁷⁰ LUHMANN, 2007b, p. 624-5.

³⁷¹ LUHMANN, 2007b, p. 901.

³⁷² LUHMANN, 2004a, p. 384.

³⁷³ LUHMANN, 2004a, p. 416.

*rença entre eles, que, em última análise, nada mais é que a própria diferença sistema/ambiente simultaneamente estabelecida do lado da comunicação e do lado da consciência. A linguagem é o acoplamento estrutural entre as consciências empíricas e a comunicação, entre indivíduo e sociedade*³⁷⁴.

Tal acoplamento também envolve o corpo (suporte físico, sistema orgânico, que reproduz *vida*) no caso dos sistemas de interação (comunicação presencial)³⁷⁵. Cabe notar que, ao contrário do acoplamento entre subsistemas sociais, o acoplamento entre sociedade e sistema psíquico não pode se formar como um sistema de transição que realiza sua própria autopoiese, pois a comunicação só se reproduz em sistemas sociais³⁷⁶. Caso diferente é o da constituição, ela mesma um mecanismo de acoplamento estrutural puramente social, já que acopla dois sistemas sociais parciais (a política e o direito).

Muitas vezes, além de um acoplamento entre sistema psíquico (consciência) e sistema social (comunicação), é também necessário um acoplamento entre este e o sistema orgânico (corpo), caso em que se apresenta o que Luhmann³⁷⁷ conceitua como “simbiose” – no caso do poder, uma vez associado ao corpo, este tem como símbolo a violência física; no caso da economia, têm-se as necessidades.

1.4 O SISTEMA JURÍDICO

Na teoria luhmanniana, o direito é apresentado como um sistema não no sentido dogmático de conjunto concatenado de normas, dotado de uma unidade de sentido ou orientação teleológica comum³⁷⁸, mas no

³⁷⁴ BACHUR, 2009, p. 31 (destaques no original). Cf. LUHMANN, 2002a, p. 277-97; 1997b, p. 67 (nota 9); 1997c, p. 84-5.

³⁷⁵ LUHMANN, 2007b, p. 295-6.

³⁷⁶ LUHMANN, 2007b, p. 624.

³⁷⁷ 2007b, p. 295-7.

³⁷⁸ LUHMANN, 1985a, p. 190-201; 2004a, p. 78, 88-9, 101, 103, 125, 131, 184. Dessa forma, na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, a unidade sistemática do direito não reside na hierarquia das normas jurídicas, no sentido de uma estrutura escalonada de normas “supra” e “infraordenadas”, que redundaria na hipótese científica da norma fundamental (KELSEN, 2006, p. 215-308, 418-26; 1986, p. 323-32). Também não se funda na coerência do ordenamento pelo entrelaçamento entre dois níveis normativos – regras primárias e secundárias (de reconhecimento, de alteração e de julgamento) –, tal como proposto por HART (2007, p. 89-109). Por fim, o sentido de direito como sis-

sentido funcional (com relação à sociedade) e operacional (autorreferência do sistema jurídico).

Numa perspectiva ampla, o sistema jurídico abrange todas as comunicações orientadas pelo direito. E, em sentido estrito, ele abrange os atos jurídicos que modificam as situações do direito e, neste caso, ele se retroalimenta de procedimentos jurídicos institucionalizados, normas jurídicas e interpretações dogmáticas do direito. [...] Então o sistema jurídico, enquanto círculo recursivamente fechado de operações, delimita-se autorreferencialmente em relação a seus mundos circundantes, de tal modo que passa a desenvolver as suas relações com o exterior apenas através de observações. Em compensação, ele descreve seus próprios componentes em categorias jurídicas e aplica esta autotematização para constituir e reproduzir com meios próprios os atos jurídicos³⁷⁹.

As comunicações normativas desempenham uma relevante função na sociedade moderna, cujo atributo principal é a contingência³⁸⁰, advinda de sua hipercomplexidade e diferenciação funcional³⁸¹. A diferenciação funcional aumenta as possibilidades de cada sistema (e as possibilidades da sociedade, por decorrência), mas os sistemas limitam mutuamente suas possibilidades atualizáveis. Diante da riqueza de possibilidades (hipercomplexidade), das “*múltiplas situações e exigências ins-táveis*”³⁸², as comunicações normativas, especialmente as jurídicas – potencialmente aumentadas devido à especialização sistêmica³⁸³ –, fornecem linhas de orientação para os comportamentos. Essas “*generaliza-ções congruentes*”³⁸⁴ são configuradas a partir de simplificações e reduções da complexidade circundante, restringindo de maneira sustentá-

tema, em Luhmann, difere do conceito lógico-sistemático (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1974, p. 81-107), pelo qual o direito é descrito como um conjunto orgânico de enunciados normativos e não normativos, sistema este cujas propriedades estruturais ou formais seriam a completude, a independência e a coerência.

³⁷⁹ HABERMAS, 1997a, p. 72-3.

³⁸⁰ LUHMANN, 1998c, p. 44-62.

³⁸¹ NEVES, 2008, p. 11-8; LUHMANN, 1983, p. 141. MORIN (2007, p. 35, destaques no original) observa: “*Mas a complexidade não compreende apenas quantidades de unidades e interações que desafiam nossas possibilidades de cálculo: ela compreende também incertezas, indeterminações, fenômenos aleatórios. A complexidade num certo sentido sempre tem relação com o acaso*”.

³⁸² LUHMANN, 1983, p. 50.

³⁸³ LUHMANN, 1985a, p. 22.

³⁸⁴ LUHMANN, 1983, p. 50, 115.

vel³⁸⁵ as possibilidades disponíveis e compondo a autoimagem do expectante³⁸⁶. Ao mesmo tempo, tal estruturação da complexidade fomenta a evolução social, tornando suportável uma crescente complexificação – enriquecimento de alternativas e ampliação de possibilidades – e aumentando a capacidade da sociedade de absorver incertezas e contingência, sustentando assim um maior grau de abertura para o futuro³⁸⁷. Isso é relevante, principalmente em tempos historicamente recentes, quando a diferença entre passado e futuro torna-se dominante na dimensão temporal da sociedade autointitulada e autorreferenciada como moderna³⁸⁸.

Como um sistema imunizante da sociedade, o direito “*não corrige erros, mas acomoda riscos estruturais*”³⁸⁹. Atuando como estrutura da sociedade, enquanto (sub)sistema social, tem como função (serviço à sociedade) a “*generalização congruente de expectativas normativas*”³⁹⁰. Tal generalização congruente é justamente um impedimento ao estado que Durkheim identificou como anomia, isto é, uma ampla incerteza de expectativas³⁹¹. Ao generalizar e estabilizar expectativas comportamentais contrafaticamente, o direito imuniza simbolicamente a ação contra outras possibilidades³⁹² e contra o risco do erro – em termos psicológicos, contra o medo³⁹³. Isso porque o desapontamento de uma expectativa normativa, que expressa uma “*recusa ao aprendizado*”³⁹⁴, leva a uma problematização do comportamento desviante (que não lhe correspondeu), mas não da expectativa³⁹⁵. Nessa situação, as expectativas normativas têm primazia sobre as cognitivas e, no âmbito do direito, seu fechamento operacional predomina aqui sobre sua capacidade de aprendizagem. O direito diferencia-se como sistema principalmente no plano autorreferencial, ao operar por expectativas normativas de expectativas normativas³⁹⁶.

Ao lado da estabilização temporal das expectativas por meio da normatização (as expectativas normativas resistem por mais tempo, mas

³⁸⁵ LUHMANN, 1983, p. 54-5.

³⁸⁶ LUHMANN, 1983, p. 68.

³⁸⁷ LUHMANN, 1983, p. 144.

³⁸⁸ LUHMANN, 2008, p. 38; 1998d, p. 133.

³⁸⁹ LUHMANN, 2004a, p. 477.

³⁹⁰ LUHMANN, 1983, p. 109-123.

³⁹¹ LUHMANN, 2004a, p. 145, 163; DURKHEIM, 1973, p. 233-73.

³⁹² LUHMANN, 1983, p. 110; 2004a, p. 171-2.

³⁹³ LUHMANN, 1983, p. 50-1, 55.

³⁹⁴ LUHMANN, 2004a, p. 468; 2004b, p. 62.

³⁹⁵ LUHMANN, 1983, p. 53, 56; 2004a, p. 150.

³⁹⁶ LUHMANN, 2004a, p. 159.

não absolutamente, aos desapontamentos)³⁹⁷, ocorre uma estabilização social das expectativas comportamentais, por meio da institucionalização. Dada a impossibilidade de um consenso fático, ainda mais diante da complexidade e pluralidade de orientações vigentes na modernidade, a institucionalização implica a seleção de certas expectativas, com a manutenção dos processos de especificação e aumento da variabilidade das expectativas concretas (divergentes), processos estes impulsionados pela diferenciação funcional³⁹⁸. As expectativas selecionadas, de nível genérico e abstrato, são “*apoiadas sobre expectativas de expectativas supostas em terceiros*” anônimos e desconhecidos, descolando-se de sua referência concreta³⁹⁹. Essa institucionalização significa enfim a “*institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais*”⁴⁰⁰, como o de legislador, e a reprodução das expectativas selecionadas em programas, critérios, mecanismos e formas jurídicas, como os contratos. Fundamenta-se ainda na abertura cognitiva do direito, na capacidade de aprendizagem a possibilitar a adequação das expectativas selecionadas, notadamente por meio de processos democráticos⁴⁰¹. Juridicamente, o principal mecanismo de institucionalização é o processo, isto é, os procedimentos judiciais, executivos, legislativos, eleitorais e democrático-diretos⁴⁰².

³⁹⁷ LUHMANN, 1983, p. 77. LUHMANN (2004a, p. 143, 167) afirma que as expectativas são antes “*o aspecto temporal de sentido das comunicações*” do que “*um estado atual de consciência de um determinado ser humano individual*” ou “*previsões de comportamento*”. Com a positividade do direito, também a *validade jurídica* se expressa na dimensão temporal (LUHMANN, 2004a, p. 122-31, 469; 2004b, p. 38). A validade, no direito, é um símbolo equivalente (isomórfico) ao de solvência (na economia) ou de vinculatoriedade coletiva (na política), como nota LUHMANN (2004a, p. 129).

³⁹⁸ LUHMANN, 1983, p. 77-93; 2002c, p. 144-7. No direito arcaico, sendo os sentidos e as relações estabelecidos sobre bases muito concretas, a legitimação também se fundamentava mais realística e empiricamente, em círculos mais fechados como o familiar. Cf. LUHMANN, 1983, p. 182-200, esp. p. 198. Cf., também, KELSEN (2000, p. 1-23).

³⁹⁹ LUHMANN, 1983, p. 77; 1985a, p. 12, 58-9.

⁴⁰⁰ LUHMANN, 1983, p. 109.

⁴⁰¹ LUHMANN (1985a, p. 17-20, 34-42) chegou a identificar o procedimento como o meio pelo qual o sistema jurídico processa as informações contidas em seu ambiente, sendo assim um mecanismo para a aprendizagem do sistema do direito.

⁴⁰² LUHMANN, 1983, p. 118; 1985a, p. 61-70. Cf. NEVES, 2008, esp. p. 133, 136-56. Para LUHMANN (1983, p. 130-2), a institucionalização dos processos decisórios, no direito positivo, constitui a dimensão simbólica da generalização congruente de expectativas como função do direito. Já sua efetividade ainda se apoia na disponibilidade da força física (legitimada, isto é, institucionalizada juridicamente, como monopólio do Estado, tal como analisou WEBER, 2009b, p. 525-9; 2011, p. 55-64; cf. LUHMANN, 2002c, p. 103, 216). LUHMANN (1985a, p. 109) julga que WEBER (2009a, p. 141-7) formulou a questão da legitimação racional-legal, mas não a explicou satisfatoriamente. Se no direito positivo a força passa a ocupar primordialmente uma fun-

Cada processo, como um sistema temporário de interação, permite um encaminhamento ordenado e sucessivo da incerteza, orientando-se e organizando-se nesse sentido. Ademais, os diversos tipos de processo possibilitam maior grau de abstração dos programas jurídicos, facilitando sua legitimação. Por outro lado, estruturam mecanismos mais eficientes de concretizar tais programas, por exemplo, enquanto decisões judiciais de casos particulares⁴⁰³.

Finalmente, ao lado da estabilização de expectativas nas dimensões temporal (normatização) e social (institucionalização), a congruência de sua generalização – que constitui a função social do direito – é garantida pela estabilização na dimensão material, que implica a identificação objetivo-sensorial das expectativas e sua sedimentação semântica em um contexto sistêmico consistente⁴⁰⁴. Como guias de comportamento, as expectativas de expectativas de terceiros pressupõem o compartilhamento intersubjetivo de sentidos, estes formados como condensação e síntese de “uma multiplicidade de experiências possíveis”, inclusive além da “vida consciente concreta” de cada sujeito⁴⁰⁵.

A ação em um mundo complexo e contingente tem como condição de possibilidade o enfeixamento de expectativas por meio de identificações abstratas e típicas de sentido, abertas à reciclagem e à aprendizagem pela experiência, conservadas e seletivamente “*concretizáveis e particularizáveis conforme as necessidades*”⁴⁰⁶. A complexão de expectativas pode se dar por condensações de identificações de sentido em diferentes graus de abstração: identificação de pessoas, papéis, programas e valores. A referência a *pessoas* concretas é mais apta a captar a heterogeneidade em grupos de interação mais circunscritos⁴⁰⁷. Os *papéis* são “feixes de expectativas” relacionadas funcionalmente, mas independentes de pessoas concretas e, por isso, intercambiáveis entre estas⁴⁰⁸. Já os *programas* referem-se à (auto)normatização jurídica, seja por meio de programas intencionais (finalísticos), seja por meio de programas condicionais (esquema “*se/então*”), mas apenas “*quando as suas condições de aplicabili-*

ção instrumental, no direito arcaico sua “*função expressiva da afirmação de expectativas tem preferência à função instrumental da imposição*” (LUHMANN, 1983, p. 186).

⁴⁰³ LUHMANN, 1983, p. 180-1, 208, 235-6; 1980, esp. p. 37-47. Ainda sobre os processos decisórios, cf. LUHMANN, 1985a, p. 34-42; 2004a, p. 206-7.

⁴⁰⁴ LUHMANN, 1983, p. 76.

⁴⁰⁵ LUHMANN, 1983, p. 94-5.

⁴⁰⁶ LUHMANN, 1983, p. 97.

⁴⁰⁷ LUHMANN, 1983, p. 100.

⁴⁰⁸ LUHMANN, 1983, p. 101-2.

*dade são especificadas*⁴⁰⁹. A função dos programas está na alocação do código lícito/ ilícito às comunicações do sistema jurídico, o que significa que a distribuição de tal código é regulada pelo próprio sistema jurídico, pelo direito positivo, e não por um metacritério de justiça⁴¹⁰. Os próprios programas, porém, podem ser veículos para a inserção de códigos externos ao sistema jurídico – éticos, morais, políticos –, mas esse acolhimento não é necessário e, de qualquer forma, é mediado por critérios e processos jurídicos próprios à positivação do direito⁴¹¹.

A programação condicional é especialmente eficiente no âmbito do direito positivo, permitindo maior sustentabilidade das incertezas e contingências, maior previsibilidade de resultados, melhor suporte à mu-

⁴⁰⁹ LUHMANN, 1983, p. 103.

⁴¹⁰ LUHMANN, 2004a, p. 192-3, 209, 212.

⁴¹¹ LUHMANN, 2004a, p. 186, 189, 213-4, 224-5. Vale aqui mencionar uma formulação externa à teoria luhmanniana, mas de especial clareza: ROMANO, 2008, p. 90-1: “[...] *somente é direito aquilo que possui uma organização social. [...] Salvo se retornarmos a tal argumento por outra perspectiva, será suficiente salientar que esta é a verdade importantíssima contida na doutrina tão amplamente difusa, de que o direito é somente ‘forma’ e que por isso e pelo seu conceito é indiferente o seu conteúdo material. Não existe nenhum elemento, nenhuma força, nenhuma norma social que se ponha de modo necessário e absoluto como antitética ao direito ou mesmo somente distinta desse; tem-se a antítese, ou, de qualquer modo, a contraposição ao direito somente naquilo que é irredutivelmente anti-social, ou seja, individual por natureza. Tudo aquilo que por si mesmo não possuir tal caráter permanecerá fora do direito enquanto não for integrado em uma instituição, enquanto não for plasmado na forma, ou seja, na estrutura, no regime desta última. [...] É perfeitamente vão, por consequência, propor, como acontece de modo frequente, que sejam estabelecidas as características diferenciais do fenômeno jurídico a respeito daquelas da religião, da moral, do costume, das convenções, da economia, das regras técnicas etc. Cada uma destas manifestações do espírito humano pode ser tomada totalmente ou em parte no mundo jurídico, vindo a formar o conteúdo dele, todas as vezes que venha a entrar na órbita de uma instituição. Quando foi dita a frase – que teve grande sucesso – de que o direito representa o **minimum** ético [Jellinek] [...], em parte se disse uma verdade, mas também se cometeu um grande erro. O direito contém não somente uma certa parcela de moral, mas também de economia, de costume, de técnica etc.; e esta parcela, que a priori não pode ser circunscrita e nem mensurada, não é necessariamente um **minimum**. Na organização dos Estados modernos, em geral, pode também acontecer que somente os princípios fundamentais e essenciais da ética sejam organizados e, conseqüentemente, se tornem jurídicos pelo seu ordenamento. Mas isso pode também não ser verdade para outros Estados que se atribuíam ou se atribuíram uma missão moral mais ampla e absorvente, e, ainda menos, para outras instituições o qual fim, talvez único, possa ser constituído por esta. Analogamente, podemos imaginar um Estado socialista que centralize em si e organize uma grandíssima parte das manifestações econômicas. Neste sentido, é muito significativo o direito da Igreja devido ao fato de ter conferido caráter jurídico a muitos princípios éticos e religiosos, assim como princípios de pura liturgia [...]*”.

tabilidade e uma simplificação (“tecnicização”) dos procedimentos jurídicos, com o “*desafogamento de exigências desmedidas em termos de atenção, responsabilidade por consequências e de comunicação coordenadora [delegação]*”⁴¹². Atendo-se a uma programação condicional, quem toma uma decisão pode descarregar-se de responsabilidades por eventuais consequências de sua escolha⁴¹³. Uma vez programados os processos decisórios, o direito expressa neles “*sua racionalidade peculiar*”, ao que se alude pela referência seja à “*racionalidade do legislador*”, seja à razoabilidade e à ponderação nos juízos⁴¹⁴.

Finalmente, em um nível altamente complexo mas desestruturado, valores aparecem como julgamentos abstratos e indeterminados “*sobre a preferibilidade de ações*”⁴¹⁵. A heterogeneidade de valores e interesses vigentes na modernidade alia-se às exigências funcionais específicas, formando um campo de tensões e incongruências “*não mais integráveis por meio de crenças em comum ou por fronteiras externas da sociedade como um todo*”⁴¹⁶. Nesse contexto é que se localiza o problema e a função do direito – a generalização de expectativas. Com a positividade, que implica uma interseção dos sistemas diferenciados do direito e da política, a legislação passa a ser uma função da política, passando-se a “*lidar de forma oportunística com referência aos valores*”, sendo que alguns podem ser preteridos por outros em dada situação (programação) e preferidos em outros momentos, o que impede uma unicidade de orientações valorativas de forma hierárquica ou sistemática⁴¹⁷.

Evolutivamente, a generalização de expectativas depende da diferenciação, do reforço e da interdependência desses quatro princípios de identificação de sentido (pessoas, papéis, programas e valores)⁴¹⁸. Modernamente, o foco está nos níveis intermediários de concretude/abstração, ou seja, nas complexões de sentido por papéis e programas, com as quais o direito trabalha predominantemente⁴¹⁹.

A generalização das expectativas nas diversas dimensões (temporal, social e material ou prática) sofre “*um alto grau de discrepância na forma de funcionamento desses mecanismos. Eles podem generalizar*

⁴¹² LUHMANN, 1985a, p. 33. Cf. LUHMANN, 1985a, p. 27-34; 2004a, p. 187-8.

⁴¹³ LUHMANN, 1985a, p. 134-5.

⁴¹⁴ LUHMANN, 2004a, p. 474.

⁴¹⁵ LUHMANN, 1983, p. 103. No nível reflexivo, como valoração de valores, aparecem as ideologias (LUHMANN, 1985a, p. 14).

⁴¹⁶ LUHMANN, 1983, p. 225.

⁴¹⁷ LUHMANN, 1985a, p. 49-50.

⁴¹⁸ LUHMANN, 1983, p. 104-5.

⁴¹⁹ LUHMANN, 1983, p. 107-9, 117-8.

*expectativas diferentes, incompatíveis. Eles podem bloquear-se, dificultar-se reciprocamente*⁴²⁰. Diante desse problema estrutural, o direito cumpre a função social específica de reduzir estruturalmente as dessincronias na generalização, assegurando uma “congruência seletiva”, ainda que não elimine “*efetivamente expectativas e ações divergentes, nem projeções normativas, institucionalizações ou identificações divergentes [...]*”⁴²¹. Nesse sentido é que o direito se configura como uma estrutura social⁴²². O mecanismo da sanção, por exemplo, permite o processamento de frustrações e a generalização de expectativas nas três dimensões referidas⁴²³. A generalização do direito em todas as dimensões implica maior indiferença quanto à incompatibilidades e heterogeneidades nessas dimensões e é crescentemente demandada a partir de sua positivação, com o que este passa a regular maior número de matérias, a ser mais rapidamente mutável e a se dirigir a um público diversificado⁴²⁴.

Nesse contexto, a unidade funcional do direito é mantida em primeiro lugar por seu fechamento operacional, que permite a produção e a reprodução circular de comunicações com um sentido baseado primordialmente no código binário direito/ não direito, que é uma estrutura fundamental do sistema⁴²⁵. Tal unidade também se define, por outro lado,

⁴²⁰ LUHMANN, 1983, p. 110; 1985a, p. 164.

⁴²¹ LUHMANN, 1983, p. 115. LUHMANN (1983, p. 120) observa: “*Existem expectativas comportamentais normativas, congruentemente generalizadas, sob a forma correta de escrever e falar. Essas expectativas, porém, possuem apenas a função de constituir um horizonte de possibilidades de compreensão e de troca de perspectivas. Elas não tornam expectáveis nem o comportamento, nem as expectativas dos outros – a não ser quanto a seus aspectos puramente linguísticos*”. Já as regras morais seriam “*expectativas antecipatórias formuladas normativamente, através das quais impõe-se como norma também a sensação da obrigatoriedade interna [...]*”, contrapondo-se ao direito enquanto coerção externa, segundo a tradição filosófica do séc. XVIII (LUHMANN, 1983, p. 72; 2004a, p. 164).

⁴²² “*O desenvolvimento do direito da sociedade, assim, pode ser descrito como o crescimento da consciência da seleção estrutural, e como o crescimento da capacidade de controle da variação estrutural*”. (LUHMANN, 1983, p. 151)

⁴²³ LUHMANN, 1983, p. 116-8.

⁴²⁴ LUHMANN, 1985a, p. 11-3. LUHMANN interpreta que a heterogeneidade dos destinatários amplia-se basicamente na passagem da diferenciação segmentária à diferenciação funcional, da solidariedade orgânica à solidariedade mecânica, no sentido de DURKHEIM (2004, p. 13-53, 78-109, 185-220).

⁴²⁵ LUHMANN, 2004a, p. 78, 173. Quanto à codificação binária do sistema jurídico, que é uma aquisição evolutiva recente (LUHMANN, 2004a, p. 174; 2004b, p. 58-9), cabe observar: “*A diferenciação entre os comportamentos conforme e divergente não demarca a fronteira entre o sistema e seu ambiente; ela é uma diferenciação do próprio sistema. [...] Usando os termos de Max Weber, é o fato de a ação ser orientada a partir de uma ordem, e não sua observância, que determina a vigência dessa ordem*”.

pela função social específica do sistema jurídico – a estabilização (da generalização congruente) de expectativas normativas⁴²⁶. A definição de tal função primordial, identificadora do sistema jurídico, permitindo sua diferenciação em relação aos demais sistemas, não significa que o direito não preste outros serviços à sociedade, como “*a coordenação do comportamento na vida cotidiana [...]*”⁴²⁷. Portanto, em última instância, a unidade do sistema jurídico – como a de qualquer sistema – reside na identidade de seus processos e elementos (comunicações), aqueles desenvolvidos e estes formados pelo próprio sistema em sua autopoiese⁴²⁸, quando o sistema realiza uma “*aplicação recursiva de suas próprias operações sobre os resultados de suas próprias operações*”⁴²⁹.

Note-se, ainda, que “[*a*] diferenciação do sistema jurídico exige uma [...] combinatória de estilos de expectativas normativas e cognitivas [...]”⁴³⁰. Assim, se no “plano operacional básico” a reprodução do direito é obtida por expectativas normativas⁴³¹, sua abertura cognitiva, possibilitada e limitada pelo fechamento operacional, reitera o fato de que “[*u*]m sistema social não pode prescindir de expectativas cognitivas, nem em termos de referência externa nem interna [...]”⁴³². Tal abertura cognitiva, por meio da qual o direito se recicla, criando significados internos a partir de uma referência a seu ambiente⁴³³, é ilustrada pelas alterações legislati-

(LUHMANN, 1983, p. 140, destaques no original). Ainda: “*Nesse sentido, o comportamento divergente é visto como o correlato normal das estruturas do sistema – não mais como uma quota de desobediência, lamentável e resultante da natureza humana, mas como consequência de decisões estruturais do sistema social, que com isso, torna-se variável*” (LUHMANN, 1983, p. 138). Cf., também, LUHMANN, 2004a, p. 184, 190-1; 2005d, p. 38; 2007b, p. 594. Similarmente, KELSEN (2006, p. 124-8) frisa que o “*ilícito (delito) não é negação, mas pressuposto do Direito*”.

⁴²⁶ LUHMANN, 2004a, p. 93, 170-2. Cabe salientar que meramente um critério profissional não seria capaz de proporcionar uma clara identificação do sistema jurídico, já que este “*opera largamente fora do núcleo interno profissional-organizacional*”, reproduzindo-se “heterarquicamente” em diversos âmbitos sociais (LUHMANN, 2004a, p. 99, 104, 158; 2004b, p. 60, 74). Nesse sentido, a tese de HÄBERLE (2002). Outra observação relevante é de que o código lícito/ ilícito não é uma norma ou princípio do sistema jurídico, mas sim uma referência semântica operacional para a autopoiese do sistema (LUHMANN, 2004a, p. 103, 120).

⁴²⁷ LUHMANN, 2004a, p. 168.

⁴²⁸ LUHMANN, 1987a, p. 14.

⁴²⁹ LUHMANN, 1987b, p. 336.

⁴³⁰ LUHMANN, 2004b, p. 63.

⁴³¹ LUHMANN, 2004a, p. 108-9.

⁴³² LUHMANN, 1983, p. 141.

⁴³³ LUHMANN, 2004a, p. 112. LUHMANN (2004a, p. 114) observa: “*Em essência, não há diferença se a referência é a normas externas [ao direito] (critérios éticos, con-*

vas e jurisprudenciais que este integra na sua reprodução (e.g., em novos processos decisórios)⁴³⁴.

Na combinação de abertura e fechamento, proporcionada principalmente por programas condicionais⁴³⁵, “*o sistema jurídico pode referir conhecimentos, mas não normas, ao [seu] ambiente*”⁴³⁶. Mesmo a integração de novos conhecimentos no sistema jurídico a partir “*de uma perturbação em seu ambiente é uma operação meramente interna, e não uma operação de ‘transferência’ de informação*”⁴³⁷.

1.5 DIREITO POSITIVO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme a análise luhmanniana⁴³⁸, ao longo da evolução social há maior geração de variedade, o que implica maior seletividade e a necessidade de desenvolvimento de eficientes mecanismos de manutenção e estabilização de expectativas, tais como os programas jurídicos. Produz-se uma superabundância de expectativas normativas, das quais algumas são institucionalizadas como direito e estabilizadas em seu sentido pela linguagem. O mesmo ocorre nos demais sistemas: cada sistema especializado gera mais possibilidades (e correspondente maior pressão seletiva) do que haveria em uma sociedade pouco diferenciada funcionalmente, e cada sistema postula a preferência de seus códigos sobre os dos demais sistemas⁴³⁹. Por outro lado, a especialização sistêmica limita as possibilidades atualizáveis por cada sistema, reforçando a necessidade de seleção. Trata-se de características da modernidade, marcada pela prevalência da diferenciação funcional (formação de sistemas especializados: política, direito, economia, educação, saúde), em detrimento da tradicional diferenciação segmentária (sistemas iguais ou semelhantes: famílias, tribos etc.); ambas as formas, entretanto, são combinadas em diferentes graus⁴⁴⁰.

venções, costumes locais de certas profissões, etc.) ou a áreas do saber (estado da arte, estado do conhecimento científico)?

⁴³⁴ LUHMANN, 2004a, p. 109.

⁴³⁵ LUHMANN, 2004a, p. 196.

⁴³⁶ LUHMANN, 2004a, p. 112. No mesmo sentido: LUHMANN, 2004b, p. 63.

⁴³⁷ LUHMANN, 2004a, p. 112.

⁴³⁸ LUHMANN, 2007b, p. 360-99.

⁴³⁹ LUHMANN, 2004a, p. 189.

⁴⁴⁰ LUHMANN, 1983, p. 170-7, 181, 238, 249-50. LUHMANN (1983, p. 201-25) concebe nas sociedades antigas (chinesa, hindu, islâmica, greco-romana, eurocontinental

É pela diferenciação funcional que “o direito surge como uma conquista cultural autônoma”⁴⁴¹.

Também é peculiar à modernidade a dinâmica seletiva de expectativas normativas pelo sistema jurídico, possibilitada pela positivação do direito⁴⁴². Luhmann⁴⁴³ identifica como uma conquista evolutiva decisiva a normatização jurídica da mutabilidade do direito pela legislação, reflexividade⁴⁴⁴ esta estabilizada desde o século XIX, pela qual se reforça a seletividade do direito (v.g., pela programação constitucional) e se consolidam a diferenciação funcional, a autofundamentação, a autoprodução (*autopoiese*) e a autorreferência do direito⁴⁴⁵.

A positividade implica a seleção de algumas normas, em detrimento de outras possibilidades⁴⁴⁶ e, em oposição à época arcaica⁴⁴⁷, signifi-

e anglossaxônica) uma “diferenciação funcional incompleta” e não predominante, prevalecendo a diferenciação social hierárquica e uma “congruência de *status*”, em que a posições de superioridade ou inferioridade generalizam-se difusamente pelas diversas esferas sociais: o politicamente poderoso também o é militarmente, é rico, considerado sábio, belo, bom etc.

⁴⁴¹ LUHMANN, 1983, p. 144.

⁴⁴² LUHMANN, 1985a, p. 8: “A decisão do legislador (e o mesmo é válido, como hoje se reconhece, para a decisão do juiz) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade. Se não fosse assim, ela não seria uma decisão jurídica. Sua função, portanto, não reside na criação do direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo [atribuição de vigência]”. Esclarece-se que “um símbolo [tal como o da validade jurídica de uma norma] não é uma descrição do sistema, mas uma função operacional” que “liga operações” do sistema (LUHMANN, 2004a, p. 122, 213).

⁴⁴³ 1983, p. 34-5, 230-1, 236-8. Cf. LUHMANN, 1983, p. 225-38; LUHMANN, 1985a. Na interpretação de LUHMANN (1983, p. 35), Parsons identificou a “autonomia do sistema jurídico (ou seja, o oposto da positividade politicamente conduzida) como a conquista evolutiva decisiva”. Cf. LUHMANN, 2004a, p. 76-7.

⁴⁴⁴ A reflexividade ocorre quando “um processo é aplicado a si mesmo ou a processos do mesmo tipo” (LUHMANN, 1985a, p. 13).

⁴⁴⁵ LUHMANN, 1985a, p. 13-4, 17-20. A legislação, em si, “não é uma invenção da atualidade”; entretanto, em épocas anteriores “estabeleciam-se limites estritos [e.g. religiosos, tradicionais] para a variabilidade legítima de normas jurídicas” (LUHMANN, 1983, p. 228-30). A reflexividade do direito positivo “como mecanismo no interior de um sistema autopoietico implica que o processo referente e o processo referido são estruturados pelo mesmo código binário [i.e., lícito/ilícito] e que, em conexão com isso, critérios e programas do primeiro reaparecem em parte no segundo” (NEVES, 2008, p. 65).

⁴⁴⁶ LUHMANN, 1983, p. 7.

⁴⁴⁷ LUHMANN, 1983, p. 188-9. LUHMANN (1983, p. 219) interpreta que, já na antiguidade (como nas sociedades clássicas de Grécia e Roma), a maior intensidade de contato entre povos impunha o reconhecimento de que estes também desenvolviam

fica que o direito é disponível aos homens e contingente, podendo ser conformado aos seus interesses. A seletividade do direito é reforçada por sua reflexividade (autorreferência processual): a normatização jurídica da mudança jurídica, notadamente por meio da constituição. Fecha-se, assim, o “círculo autorreferencial” da autoprodução do sistema jurídico: “*As normas tornam as decisões possíveis porque as decisões tornam as normas possíveis*”⁴⁴⁸.

Se tal reflexividade é fator e produto da diferenciação funcional do direito, ao mesmo tempo o processo, como forma de programação do direito⁴⁴⁹, implica o relacionamento deste com a política, sistema que controlará em grande medida a variabilidade jurídica, função antes exercida pelo direito natural; nesse sentido, a positivação é a antítese de uma mutabilidade ilimitada do direito⁴⁵⁰. O acoplamento estrutural entre política e direito por meio da constituição cria a fórmula do Estado de Direito⁴⁵¹, em que a política deixa de se impor ao direito⁴⁵², mas também não se inverte a relação: o que se estabelece é uma coordenação (e não uma subordinação) entre direito e política (relação horizontal, ortogonal ou transversal)⁴⁵³. Isto porque o acoplamento estrutural é construção de uma relação pela qual um sistema pressupõe certas condições de seu ambiente como requisitos estruturais para sua própria reprodução. O código da

suas próprias formas de direito, tornando “*consciente a percepção do direito como uma configuração social e historicamente condicionada. Mesmo assim, não se pode aceitar a total arbitrariedade do surgimento do direito, o que significaria conceder totalmente a criação do direito aos poderes políticos e abandonar a observância do direito ao arbítrio da vontade ou da coerção. [...] Nenhuma das sociedades antigas vai tão longe. [...] Em todos os casos, a dominação política é inserida como vinculada ao direito, como protetora e preservadora do direito, mas não responsabilizada por toda a geração e pela alteração corrente do direito*”. A diferenciação grega entre direito natural (*physis*) e lei (*nomos*), tal como apontada por LUHMANN (1983, p. 221) é ilustrada por SÓFOCLES (1997, p. 29-103). Essa “negação da autocausação do sistema” jurídico atinge, no direito natural medieval, uma forma hierárquica clara (LUHMANN, 1983, p. 221-2), ilustrada por SÃO TOMAS DE AQUINO (1980, p. 1737-47).

⁴⁴⁸ LUHMANN, 2004b, p. 36-7.

⁴⁴⁹ LUHMANN, 1985a, p. 34-42.

⁴⁵⁰ LUHMANN, 1985a, p. 42-52.

⁴⁵¹ Cf. NEVES, 2008, p. 95-106.

⁴⁵² A imposição da política sobre o direito seria o caso da concepção constitucional “decisionista” de SCHMITT (1982, p. 45-57), que subordina a “lei constitucional” (texto jurídico) à constituição (política) como “*decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política*”. Cf. NEVES, 2009b, p. 55-6. Segundo MÜLLER (1995, p. 26), nas teorias decisionistas “*o elemento da decisão – que não é ‘errado’, se o tomarmos em separado – é generalizado e afirmado como sendo decisivo para a ‘forma jurídica’*”.

⁴⁵³ NEVES, 2009b, p. 58-9. Em sentido contrário, postulando a “*simples inversão da relação realmente existente entre a política e o direito*”, cf. LUHMANN, 1985a, p. 53.

autoprodução do direito, que fecha operacionalmente tal sistema, é apenas lícito/ ilícito, e não um código trinário “*lícito/ ilícito / manutenção da autoridade política*” (*raison d’État*)⁴⁵⁴. A interdependência entre direito e política é estabelecida em termos de cooperação, de prestação entre os sistemas, arranjo no qual a concretização e a imposição do direito dependem da política, assim como esta usa o direito, instrumentalmente, em diversos âmbitos: na promoção de políticas públicas, na organização burocrática do Estado, na concessão de direitos fundamentais – inclusive dos direitos políticos, que implicam uma diversificação do acesso “*ao poder politicamente concentrado*”⁴⁵⁵. A autopeiose dos sistemas jurídico e político e a relevância do código lícito/ ilícito como segunda codificação do sistema político é que definem a soberania do Estado de Direito⁴⁵⁶ propriamente dito⁴⁵⁷ (o Estado constitucional).

O *rule of law* ou o Estado de Direito constitucionalmente programado⁴⁵⁸ são as únicas formas capazes de garantir a autopeiose do di-

⁴⁵⁴ LUHMANN, 2004a, p. 184-5.

⁴⁵⁵ LUHMANN, 2004a, p. 162.

⁴⁵⁶ NEVES, 2005, p. 417.

⁴⁵⁷ HABERMAS (1997a, p. 66) comenta: “*De Hobbes até Hegel, a categoria do direito foi utilizada como uma chave capaz de mediar todas as relações sociais. As figuras do pensamento jurídico pareciam suficientes para desenvolver o modelo de legitimação de uma sociedade bem ordenada. A sociedade correta era a que estava organizada de acordo com um programa jurídico*”. A consolidação da ideia de Estado de direito propriamente dita só se dá, porém, com o “fechamento” do sistema jurídico pelas constituições.

⁴⁵⁸ Segundo ZOLO (2006, p. 3-30), embora ambos sejam criações ocidentais, o *rule of law* associa-se à tradição anglossaxônica: na Inglaterra, sob um direito costumeiro não codificado (*common law*), significava a hegemonia do Legislativo (ordinário) e do Judiciário na tutela dos direitos individuais; nos Estados Unidos, organizou-se sob uma estrutura restritiva à democracia parlamentar e fortemente assentada no controle judicial de constitucionalidade das leis. Já o Estado de Direito associa-se à tradição jurídica e política eurocontinental, tendo origem no liberalismo alemão da segunda metade do século XIX (*Rechtsstaat*) e influenciando as fórmulas italiana (*Stato di diritto*) e francesa (*État de droit*). O *Rechtsstaat* previa a soberania parlamentar e o primado da lei (ordinária), em um contexto histórico de ausência de constituição rígida supraordenada. O *État de droit*, localizado nas primeiras décadas do século XX, opõe-se à tradição revolucionária da força do Legislativo, submetendo este poder a limites constitucionais. FERRAJOLI (2006, p. 417-8) distingue duas noções de Estado de Direito. Um conceito mais amplo, fraco e formal (Estado legislativo de Direito), “correspondente ao uso alemão de ‘*Rechtsstaat*’”, refere-se a “*qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos*”. Já em um conceito mais restrito e substancial (Estado constitucional de Direito), conforme a tradição italiana do *Stato di diritto*, refere-se à ordenação das instituições básicas do Estado por princípios como a separação de poderes e os direitos fundamentais. Para LUHMANN (2007b, p. 569): “*A afirmação se-*

reito⁴⁵⁹, a qual implica que apenas este sistema pode definir suas fronteiras e as comunicações que lhe são próprias, as que lhe interessam e aquelas a cuja existência permanece indiferente: “**não há nenhuma outra autoridade na sociedade [além daquelas reconhecidas no/ pelo sistema jurídico] que possam proclamar: isto é legal e aquilo é ilegal**”⁴⁶⁰. O Estado constitucional constitui a si mesmo legalmente e reconstrói a sociedade do ponto de vista do sistema político; “enfrenta o paradoxo de tomar uma decisão soberana: uma medida que vincula também a quem toma a decisão”⁴⁶¹.

A generalização da forma jurídica de constituição no século XIX representa a “plena positivação dos pressupostos normativos da decisão [política] coletivamente vinculante”⁴⁶². Assim, “a transformação do direito em direito positivo [...] e a democratização da política estão estreitamente relacionados”⁴⁶³. Além de tornar “o código-diferença ‘lícito/ ilícito’ relevante para o sistema político” e constituir como relevante também para o sistema jurídico “o código-diferença ‘poder/ não poder’ ou, em termos contemporâneos, ‘governo/ oposição’”⁴⁶⁴, a constituição suplementa o código binário básico do sistema jurídico com a diferenciação constitucional/ inconstitucional⁴⁶⁵. A constituição torna-se “o mecanismo mais abrangente de controle da autorreprodução jurídica e de filtragem das influências do ambiente no direito enquanto sistema auto-poético”⁴⁶⁶, bem como se consolida como a estrutura e “instância reflexiva mais abrangente do sistema jurídico, permeando-lhe todos os âmbitos de validade, o material, o temporal, o pessoal e o territorial. Enquanto norma(s) de normas, ela perpassa transversalmente todo o sistema jurídico, dando-lhe consistência”⁴⁶⁷. Assim, permite um reforço da identidade e independência do sistema jurídico, adensando seu fechamento operacional.

gundo a qual o chamado ‘Estado absoluto’ não é um ‘Estado de direito’ deve ser considerada uma falsificação liberal da história. O Estado absoluto não era, naturalmente, do gosto dos liberais – não era um ‘Estado constitucional’ que se controlasse a si mesmo por um direito mais alto, mas positivo”.

⁴⁵⁹ Cf. LUHMANN, 2004a, p. 119.

⁴⁶⁰ LUHMANN, 2004a, p. 100 (destaques no original).

⁴⁶¹ CAMPILONGO, 2011a, p. 165.

⁴⁶² LUHMANN, 1990c, p. 68.

⁴⁶³ LUHMANN, 2007b, p. 620.

⁴⁶⁴ NEVES, 2009b, p. 57.

⁴⁶⁵ LUHMANN, 2004a, p. 120.

⁴⁶⁶ NEVES, 2008, p. 101.

⁴⁶⁷ NEVES, 2009b, p. 59.

Fora do direito, o código lícito/ ilícito é indisponível⁴⁶⁸ e as decisões desse sistema não podem ser predeterminadas “*por meio de um dado proveniente do seu ambiente social*”⁴⁶⁹. Isso significa também que uma proposição moral não pode ser automaticamente tida como juridicamente relevante e válida dentro do direito⁴⁷⁰, embora se possa defender que considerações morais ou éticas – bem como econômicas, religiosas, pedagógicas, políticas, etc. – e a própria noção de justiça em muitas situações (mas não necessariamente) provocam intensa irritação no sistema jurídico e acabam induzindo a construção jurídica de comunicações que atendam a essas demandas, por meio de sua positivação em determinado programa (juridificação)⁴⁷¹. Por exemplo, existe uma forte pressão da moral para a operacionalização jurídica dos direitos humanos fundamentais: “*Os direitos fundamentais se generalizam como programas de valor da atividade estatal*”⁴⁷² e são demandados fora do sistema jurídico propriamente dito, por exemplo, pelas irritações produzidas por movimentos de protesto.

“Movimentos de protesto”, de diversos matizes (anarquistas, socialistas, ecológicos, feministas etc.), pretendem “*influência política, mas não pelas vias normais*”⁴⁷³ e “*tratam de mobilizar – pelo só fato de estarem sempre abertos a novos aderentes – a sociedade contra a sociedade*”⁴⁷⁴. Luhmann⁴⁷⁵ os trata como típicos de uma sociedade funcionalmente diferenciada, na qual o estilçamento de uma pretensa unidade valorativa gera reações pela realização desses valores centrais⁴⁷⁶. Esses

⁴⁶⁸ LUHMANN, 2004a, p. 183.

⁴⁶⁹ LUHMANN, 2004b, p. 68.

⁴⁷⁰ LUHMANN, 2004a, p. 107-8.

⁴⁷¹ LUHMANN, 2004a, p. 115, 213-4, 225.

⁴⁷² LUHMANN, 2007b, p. 621. NEVES (2007b, p. 426) nota: “*A situação com respeito aos direitos humanos é única, já que a afirmação simbólica destes no discurso jurídico ou político não depende de textualização*”.

⁴⁷³ LUHMANN, 2007b, p. 676 (destaques no original).

⁴⁷⁴ LUHMANN, 2007b, p. 672.

⁴⁷⁵ 2007b, p. 673.

⁴⁷⁶ CAMPILONGO (2012, p. 15-6) destaca que “*diferentemente da institucionalidade dos sistemas parciais de uma sociedade diferenciada, variável e complexa, os movimentos sociais desenvolvem autonomia não institucionalizada em relação aos sistemas parciais. Amplificam a diferenciação (inclusive a autodiferenciação, vale dizer, a diferenciação autoproduzida em relação aos sistemas de funções), catalisam a variabilidade social e multiplicam o excedente de possibilidades de ação, ou seja, de complexidade da sociedade. São, portanto, fenômenos perfeitamente compatíveis e assimiláveis pela sociedade, ainda que ambos (movimentos sociais/sociedade) alardeiem recíproca rejeição*”. Ainda (CAMPILONGO, 2012, p. 11), tais movimentos “*[e]studam como tudo pode ser diferente do que é: lidam com a contingência. [...]*”

movimentos não se reduzem a interações, tampouco são organizações, “*dado que não organizam decisões, mas motivos, commitments, vínculos*” – embora desenvolvam organizações para comunicar-se com seu exterior⁴⁷⁷. Porém, os movimentos de protesto teriam por base a distinção quem protesta/ contra quem se protesta, que se associa aos temas escolhidos (de ressonância para a sociedade) e esquematizados expressivamente sob a forma do protesto; esses movimentos, porém, só formariam sistemas autopoieticos se se fechassem operacionalmente por uma reprodução teleológica, direcionada a metas⁴⁷⁸.

Se a autopoiese implica que um sistema funcional pode rejeitar um terceiro valor em seu código, o qual significaria operar com uma valoração de outro sistema, não impede que no nível da programação do sistema – por exemplo, nos textos normativos – sejam inseridos valores externos, mediatizados, entretanto, pela rede semântica do sistema jurídico⁴⁷⁹. No sistema jurídico do Estado de Direito, porém, a justiça apresenta-se não como metacritério ético, mas apenas como avaliação sobre a “adequada complexidade” do direito à sociedade (dimensão da abertura cognitiva do sistema jurídico, da “capacidade de aprendizagem e reciclagem em face” de seu ambiente) e sobre a “consistência das decisões” (dimensão do fechamento operacional, respeito à circularidade dos procedimentos e à autorreferência dos programas e critérios do sistema jurídico, sem ingerência externa)⁴⁸⁰.

Neves⁴⁸¹ aponta que, como desenvolvimento do acoplamento estrutural entre política e direito pela constituição, esta pode criar condições para uma “racionalidade transversal” entre as comunicações jurídicas e as políticas, fortalecendo a identidade (consistência interna) de ambos os sistemas e, por meio da observação mútua entre estes, reforçando a alteridade e ampliando as respectivas capacidades de heterorreferência (melhora da adequação “externa”, “social”). A observação de segunda ordem (observar quem observa um código, o que na ciência corresponde à pesquisa empírica) constitui um dos meios de dissolução de paradoxos⁴⁸², o que é permiti-

Vão aos tribunais em busca de novas interpretações: introduzem variabilidade, diferenciação e complexidade no sistema jurídico”.

⁴⁷⁷ LUHMANN, 2007b, p. 674 (destaque no original).

⁴⁷⁸ LUHMANN, 2007b, p. 677-83.

⁴⁷⁹ LUHMANN, 2004a, p. 186, 189.

⁴⁸⁰ NEVES, 2008: 84.

⁴⁸¹ 2009b, p. 37-51, 62-82. NEVES (2009b) insere, em seu aparato teórico luhmanniano, o conceito – ausente desta teoria – de “racionalidade transversal”, elaborado por Wolfgang Welsch.

⁴⁸² LUHMANN, 2007, p. 292-3.

do pela constituição ao acoplar política e direito. Se a constituição é a instância reflexiva mais abrangente do sistema jurídico, a transversalidade constitucional permite vincular os sistemas político e jurídico “*no plano reflexivo, implicando observações recíprocas de segunda ordem*” entre a normatização jurídica da normatização jurídica (“constituição jurídica”) e o “*processo e estrutura decisórios sobre processos de tomada de decisão coletivamente vinculantes*” (“constituição política”)⁴⁸³.

Nesse sentido, em vez de as comunicações políticas apresentarem-se como juridicamente desestruturadas diante do sistema do direito – e vice-versa, quanto às comunicações jurídicas –, as unidades de um sistema mantêm-se codificadas e programadas segundo sua própria rede semântica e sua circularidade operacional interna (autorreferência), mas apresentam-se também como comunicações já previamente estruturadas para o sistema coordenado nessa alteridade (transversalidade). Estando as comunicações de um sistema mais acessíveis à dinâmica operacional do outro sistema, podem ser desenvolvidos entre estas esferas entrelaçamentos mais densos e em múltiplos níveis, viabilizando reciprocamente o intercâmbio, a aprendizagem e a reciclagem. Na medida em que estrutura de forma mais complexa e adequada a abertura dos sistemas um ao outro, a racionalidade transversal reforça seu fechamento normativo. “*Diversos procedimentos constitucionais servem a esse intercâmbio e aprendizado mútuo, possibilitando que a consistência jurídica e a adequação política do direito contribuam para a consistência política e adequação jurídica da política*”⁴⁸⁴. Os procedimentos são especialmente relevantes no Estado Democrático de Direito como forma de controle jurídico sobre a tomada de decisões; isso porque “[e]m si mesma **democratização** significa: **multiplicação da carga decisória**. Uma decisão torna-se muitas decisões”⁴⁸⁵, o que implica seu encaminhamento mediante uma coordenação de atos.

Partindo de uma reconstrução da teoria da ação comunicativa de Habermas e da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann, Neves⁴⁸⁶ elaborou um modelo de Estado Democrático de Direito fundado na constituição, como acoplamento estrutural entre direito e política e como organização de procedimentos (judiciais, executivos, legislativos, eleitorais e democrático-diretos) aptos a captarem o dissenso da esfera pública – esta, por sua vez, informada pelo “mundo da vida” (cuja noção

⁴⁸³ NEVES, 2009b, p. 63.

⁴⁸⁴ NEVES, 2009b, p. 62.

⁴⁸⁵ LUHMANN, 2004c, p. 136.

⁴⁸⁶ 2008, p. 123-213, esp. p. 123-136.

habermasiana é rejeitada por Luhmann⁴⁸⁷) e pelas demais esferas sociais: aquelas de diferenciação pouco determinada (como a moral) e os sistemas científico, familiar, educacional, artístico, religioso, econômico⁴⁸⁸.

A concepção habermasiana da evolução social a aponta como produto do desenvolvimento de estruturas normativas, isto é, da consciência moral da sociedade, a qual é condicionada pela dinâmica das forças produtivas e pela complexidade social⁴⁸⁹. Em uma escala dos níveis de desenvolvimento cognitivo e moral da sociedade, Habermas localiza no último estágio a autoafirmação social de uma eticidade universal, fundada em princípios de justiça como o respeito pelos direitos humanos e pela dignidade da pessoa humana⁴⁹⁰. Neves⁴⁹¹ nota que, como em uma sociedade que atingisse, em termos gerais, tal nível de consciência moral nem todos agiriam conforme as premissas éticas universais, surgiria o problema da contraposição entre preferências valorativas particulares (moral grupal ou individual) e ética universal, sendo que uma opção unilateral

⁴⁸⁷ Cf. item 1.3, deste capítulo.

⁴⁸⁸ Em NEVES (2008, p. 125-6), o mundo da vida é “*a esfera social em que a comunicação é reproduzida através da linguagem natural cotidiana, não de acordo com uma linguagem sistêmica especializada. [...] Pode-se afirmar que os sistemas emergem quando uma linguagem especial diferencia-se da linguagem comum da sociedade. Nesse sentido, o mundo da vida é a base da construção sistêmica*”. A esfera pública é então, assim como em Habermas, “*reconstrução do mundo da vida em um segundo plano, socialmente generalizado. [...] Mas [ao contrário do enfatizado pelo consensualismo Habermasiano], na compreensão da esfera pública, deve-se partir exatamente do dissenso estrutural já presente, em primeiro grau, na prática cotidiana de uma sociedade supercomplexa. Trata-se da intermediação generalizada desse dissenso, não de sua amortização ou evitação*”. (NEVES, 2008, p. 131) Ao contrário de LUHMANN, porém, Neves não reduz a esfera pública ao público enquanto reflexão interna do sistema político (cf. item 2.6.1.1, do capítulo 2): “*A esfera pública como arena do dissenso apresenta-se, em princípio, inteiramente desestruturada. Ela só se torna, em certa medida, estruturada quando há perspectivas de que as expectativas, os valores, os interesses e os discursos que lhe são constitutivos sejam generalizados pelos procedimentos constitucionais. Estes estruturam a esfera pública mediante a canalização de suas exigências dissensuais. É verdade que a esfera pública converte-se em público como dimensão interna do sistema político, logo que as expectativas, os valores, os interesses e os discursos que a integram são selecionados procedimentalmente. Mas estes só podem corresponder adequadamente à heterogeneidade conflituosa da esfera pública na sociedade de hoje se permanecerem abertos, universalista e pluralistamente, para as diferentes exigências que, com pretensão de generalizar-se política e juridicamente por meio de decisões coletivamente vinculantes e normas jurídicas válidas, afloram na esfera pública*”. (NEVES, 2008, p. 135, destaques no original) Cf. NEVES, 2009b, p. 267-8.

⁴⁸⁹ NEVES, 2008, p. 25-6.

⁴⁹⁰ NEVES, 2008, p. 26-58, esp. p. 32-3.

⁴⁹¹ 2008, p. 38-9.

pela última forma teria uma consequência destrutiva sobre a pluralidade de interesses, valores e discursos que marca a modernidade, heterogeneidade essa muitas vezes tensa e irredutível a um denominador comum de “consenso mínimo”⁴⁹².

A diferenciação da sociedade em uma série de sistemas com códigos e programas próprios relaciona-se à análise marxiana⁴⁹³ da neutralização da moral pela organização capitalista das relações de produção e à perspectiva weberiana⁴⁹⁴ da racionalização ocidental como um processo de desintegração de uma unidade axiológica de fundo religioso, com a consequente formação de esferas de valor regidas por racionalidades próprias e o avanço da racionalidade com respeito a fins (utilitários), em detrimento dos outros tipos de orientação da ação (tradicional, afetiva e até mesmo racional com respeito a valores), considerados irra-

⁴⁹² Por isso, merece restrições mesmo a afirmação de LUHMANN (1983, p. 131) de que, no Estado moderno, “[o] consenso institucionalizante suposto é assim reduzido ao denominador comum com um mínimo em moral. Isso significa que ele se torna compatível com a ampla diferenciação entre as morais e as consciências individuais”. Cabe notar que a autopoiese dos sistemas – os “enlaces de operações com operações (ou de operações com estruturas)” – não requer “consenso algum. Dessa maneira se salva a atenção nos sistemas psíquicos e a coordenação das intenções no sistema social” (LUHMANN, 2007b, p. 479).

⁴⁹³ MARX; ENGELS, 2006, p. 13: “A burguesia, historicamente, teve um papel extremamente revolucionário. Em todas as vezes que chegou ao poder, pôs termo a todas as relações feudais, patriarcais e idílicas. Desapiedadamente, rompeu os laços feudais heterogêneos que ligavam o homem aos seus ‘superiores naturais’ e não deixou restar vínculo algum entre um homem e outro além do interesse pessoal e estéril, além do ‘pagamento em dinheiro’ desprovido de qualquer sentimento. Afogou os êxtases mais celestiais do fervor religioso, do entusiasmo cavalheiresco, do sentimentalismo filisteu, nas águas geladas do calculismo egoísta. Converteu mérito pessoal em valor de troca. E no lugar das incontáveis liberdades reconhecidas e adquiridas, implantou a liberdade única e sem caráter do mercado. Em uma palavra, substituiu a exploração velada por ilusões religiosas e políticas, pela exploração aberta, imprudente, direta e brutal”. CHAUI (2008, p. 47) interpreta: “Ora, o Direito e a Moral estão em conflito. Ou seja, os interesses do proprietário estão em conflito com os deveres do sujeito moral, pois o proprietário tem interesse em ampliar sua propriedade espoliando e desapropriando outros proprietários, tratando-os como se fossem coisas suas e não homens livres e independentes. Há, pois, uma contradição no interior de cada indivíduo entre sua face-pessoa (proprietário) e sua face-sujeito (moral). Isto é, como proprietário ele se torna não moral e como sujeito ele se torna não proprietário”. Finalmente, SCHUMPETER (1984, p. 167) comenta: “O processo capitalista racionaliza o comportamento e as ideias e, ao fazê-lo, expulsa de nossas mentes, juntamente com a crença metafísica, as ideias místicas e românticas de todos os tipos”.

⁴⁹⁴ WEBER, 2009a, p. esp. p. 385-404; 2003, esp. p. 155-84. Cf. HABERMAS, 1999a, p. 197-350; VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 59-90; 2002, p. 36-45.

cionais diante daquele⁴⁹⁵. Por outro lado, como identifica Habermas⁴⁹⁶, no movimento de secularização que marca a modernidade, também se diferenciaram discursivamente esferas voltadas primariamente ao entendimento, como a arte, a moral e o direito. Neste, por exemplo, a orientação teleológica das ações e decisões conforme o princípio da dignidade da pessoa humana seria um claro exemplo de ação racional com respeito a valores⁴⁹⁷.

Partindo de Weber, Habermas⁴⁹⁸ identifica como marca da modernidade a diferenciação entre dois campos do agir. De um lado, guiado pelo “reconhecimento de pretensões normativas de validade”⁴⁹⁹ e reproduzido “mediante atos de entendimento”⁵⁰⁰, está o mundo da vida, constituído de convicções difusas e não problematizadas⁵⁰¹, crescentemente racionalizado em termos de discursos voltados à construção do entendimento intersubjetivo e do consenso (razão prática)⁵⁰². De outro, como cenário de “entrelaçamentos fáticos de interesses”⁵⁰³, estão os sistemas sociais em sentido estrito – de ação econômica e (público-)administrativa racional com respeito a fins⁵⁰⁴. Nestes sistemas, crescentemente comple-

⁴⁹⁵ NEVES, 2008, p. 12-5, 45-53.

⁴⁹⁶ 1999, p. 106-7, 224-5.

⁴⁹⁷ HABERMAS, 1999a, p. 360.

⁴⁹⁸ 1992, p. 216-9.

⁴⁹⁹ HABERMAS, 1999a, p. 363.

⁵⁰⁰ HABERMAS, 1999a, p. 367.

⁵⁰¹ HABERMAS, 1999a, p. 104. HABERMAS, 2001, p. 36: “Husserl explora este solo familiarizado da práxis quotidiana, da vida e da experiência do mundo, sob o título ‘mundo da vida’. [...] Este é, na forma de um saber pré-reflexivo, dotado de uma certeza pouco problemática, ou seja, concebido como um saber holístico, de segundo plano, em que convicções descritivas, avaliativas, normativas e expressivas confluem num síndrome. Ele constrói em torno de nós o ‘mundo da vida’, com as suas respectivas coordenadas espaço-tempo, com um todo não-objectivado. Até então tinha-se concebido o mundo a partir da perspectiva de um observador, a ele contraposto – como o ente, no seu todo, como a totalidade dos objectos possíveis de representação, como tudo aquilo que a ele concerne. Todavia, um ‘mundo da vida’ desvenda-se unicamente a partir da perspectiva interior da subjetividade, aqui e agora, localizada, com outros sujeitos socializada e marcada de tradições comuns, e que se encontra eternamente centrada no meu corpo”.

⁵⁰² HABERMAS, 1999a, p. 367: “Na ação comunicativa os participantes não se orientam primariamente ao próprio êxito; antes, perseguem seus fins individuais sob a condição de que seus respectivos planos de ação possam harmonizar-se entre si sobre a base de uma definição compartilhada da situação”. Considera-se “racional uma pessoa que se mostra disposta ao entendimento e que, frente a perturbações da comunicação, reage refletindo sobre as regras linguísticas” (HABERMAS, 1999a, p. 42).

⁵⁰³ HABERMAS, 1999a, p. 363.

⁵⁰⁴ HABERMAS, 1992, p. 217.

xos, a ação orienta-se pelo “*cálculo egocêntrico de resultados*”⁵⁰⁵ e dirige-se ao êxito técnico, com base em uma racionalidade com respeito a fins (instrumental ou estratégica).

Assim, divisa-se uma noção estrita de sistema, que se circunscreve à economia e ao “poder administrativo”. De outro lado, “[a] ciência, a religião, a arte, a educação e parcialmente o direito, assim como a política nas formas democráticas de formação discursiva da vontade’ (poder comunicativo), não constituem sistemas, mas sim níveis reflexivos de reprodução simbólica do mundo da vida”⁵⁰⁶. A distinção entre os campos se efetua, portanto, pela orientação que o agente confere a seu discurso, podendo este produzir efeitos secundários em outros planos – por exemplo, um discurso voltado à construção do consenso pode conter elementos estratégicos e produzir colateralmente efeitos de ordem estratégica⁵⁰⁷. O desenvolvimento do “desacoplamento” entre sistema (em sentido estrito: economia e poder administrativo) e mundo da vida faz com que este, inicialmente coextensivo a todo o sistema social (pouco diferenciado), seja “*degradado progressivamente a um subsistema entre outros*”, embora mantenha a primazia na determinação da consistência do sistema social, já que os mecanismos dos sistemas racional-finalísticos têm que “ancorar-se” no mundo da vida⁵⁰⁸.

Quanto à relação entre sistema e mundo da vida, a expansão ideológica e dominadora da racionalidade instrumental ou estratégica (sistêmica), com pretensões de colonização sobre o mundo da vida, racionalizado na busca do entendimento⁵⁰⁹, produz-se quando os “meios de comunicação deslinguistizados”⁵¹⁰ (dinheiro e poder) invadem destrutivamente as esferas orientadas para o entendimento, bloqueando sua autorreprodução.

Assim, de um lado Luhmann⁵¹¹ concebe poder e (ter) dinheiro como “*meios de comunicação simbolicamente generalizados*” que embasam a codificação binária dos sistemas político e econômico, notando que o poder é o meio da política, o equivalente à moeda para a economia. Como em sua generalidade as esferas sociais reduzem-se, no modelo

⁵⁰⁵ HABERMAS, 1999a, p. 367.

⁵⁰⁶ NEVES, 2008, p. 74.

⁵⁰⁷ HABERMAS, 1999a, p. 367, 377-8, 424.

⁵⁰⁸ HABERMAS, 1992, p. 217.

⁵⁰⁹ NEVES, 2008, p. 47-8.

⁵¹⁰ HABERMAS, 1992, p. 217.

⁵¹¹ 2004a, p. 162; 2007b, p. 261; 1995b, p. 7-26. Esse conceito tem origem em Parsons, conforme aponta HABERMAS (1992, p. 233-4).

luhmanniano, a um sistema dentre outros, há outros princípios equivalentes ao poder e ao dinheiro típicos de outros subsistemas sociais, como a validade jurídica, para o direito – o mesmo ocorre com as esferas pouco diferenciadas, cujos códigos são reproduzidos difusamente. Por isso, nesse esquema, não há a centralidade de qualquer esfera social e o conceito de sistema é amplo. No modelo luhmanniano, “*reflete-se o caráter acêntrico das sociedades que se adaptaram em seu todo à diferenciação funcional [...]*”⁵¹². Já Habermas concebe dinheiro e poder como “*valores instrumentais generalizados*”⁵¹³ e *meios de controle*, “*mecanismos que constroem e limitam a ação, atuando como imperativos sistêmicos*”⁵¹⁴. Essa conceituação acorda-se com um conceito estrito de sistema e insere-se em um modelo de sociedade sustentada pelo mundo da vida, plano que rejeita a submissão aos imperativos sistêmicos.

É no mundo da vida, como “*uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento*”, que se estruturaria, neste modelo, a esfera pública. Esta, reproduzida pelo agir comunicativo, constitui-se na forma de uma “*rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos*”⁵¹⁵. Em uma sociedade democrática, a esfera pública constrói-se dinamicamente e com porosidade às reivindicações e discursos da “*sociedade civil*”⁵¹⁶.

*A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam em esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas*⁵¹⁷.

Ao passar pelo filtro da esfera pública política, os discursos informam o processo legislativo democrático, legitimado enquanto fundado sobre “*um entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivên-*

⁵¹² HABERMAS, 2000, p. 518.

⁵¹³ HABERMAS, 1999a, p. 436.

⁵¹⁴ NEVES, 2008, p. XI.

⁵¹⁵ HABERMAS, 1997b, p. 92 (destaques no original).

⁵¹⁶ Para uma crítica ao conceito de sociedade civil, cf. o capítulo 2, item 2.6.1.

⁵¹⁷ HABERMAS, 1997b, p. 99.

cia”⁵¹⁸. O foco do modelo habermasiano está, portanto, no consenso construído a partir dos discursos, valores e preferências presentes na sociedade.

O modelo de Neves⁵¹⁹, porém, concebe que a uma sociedade complexa e diferenciada adequa-se apenas a uma esfera pública pluralista como “*arena do dissenso*”. Se nas sociedades estratificadas, diferenciadas hierarquicamente, uma unidade moral e religiosa de valores “evidentes e inquestionáveis”, controlados e (im)postos pela camada dominante, perpassava todas as esferas (vagamente diferenciadas) da sociedade⁵²⁰, na modernidade a hipercomplexidade e a diferenciação funcional são geradoras de conflitos entre os diversos sistemas (político, econômico, científico etc.) e de uma tensa pluralidade de orientações no mundo da vida⁵²¹. De um lado, cada sistema apresenta pretensão de autonomia discursiva e, muitas vezes, dirige-se a uma tendência expansiva de sua racionalidade própria sobre a lógica funcional dos demais sistemas, implicando o “*perigo da desdiferenciação*”⁵²², da “colonização” ou “tecnização” do mundo da vida pelo poder e pelo dinheiro⁵²³ e o perigo da alopoiese (reprodução de um sistema por códigos, critérios e programas de outro sistema)⁵²⁴. De outro lado, a dissolução de uma moral unitária, válida para todas as esferas de valor e grupos sociais, implica a coexistência de uma pluralidade de valores, preferências, expectativas normativas e discursos⁵²⁵ contraditórios, os quais pretendem se expandir como orientações generalizadas para toda a sociedade ou apenas buscam defender sua sobrevivência enquanto moral particular de um grupo mais ou menos restrito.

“Em sociedades complexas, a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o[s] sistema[s] político [e

⁵¹⁸ HABERMAS, 1997a, p. 115 (destaques no original).

⁵¹⁹ 2008, p. 132, 135 (destaques no original).

⁵²⁰ NEVES, 2008, p. 8-9.

⁵²¹ NEVES, 2008, p. 125-36.

⁵²² LUHMANN, 2002c, p. 59.

⁵²³ HABERMAS, 1999a, p. 12; 1992: 259, 264.

⁵²⁴ NEVES, 2001a; 2007a, p. 127-89; 1996, p. 99-104.

⁵²⁵ NEVES (2008, p. 134) apresenta duas noções de valores “*em uma relação ambivalente de complementaridade e tensão*”: os valores-preferência, como “*preferências individuais ou coletivas com relação ao (bom?) modo de viver*”, e os valores-identidade, como “*as evidências (formas indiscutíveis de agir e de vivenciar) que são constitutivas da formação da identidade de indivíduos e grupos*”. Já os interesses referem-se à escolha e coordenação de fins e meios levadas a efeito por indivíduos e grupos em suas ações e comunicações. As expectativas normativas apresentam-se como padrões comportamentais resistentes na dimensão temporal e “projetados no plano do vivenciar de indivíduos e grupos”. Por fim, os discursos apresentam-se como veículos da circulação conflituosa dos valores, preferências e expectativas.

jurídico], de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado”⁵²⁶. Nesse contexto, prossegue Neves⁵²⁷, a esfera pública complexamente adequada à sociedade na qual se insere pressupõe a alteridade – consideração do outro como sujeito (e não como instrumento ou objeto) de comunicações – e exige a inclusão universal das pessoas e discursos, uma abertura desse campo comunicacional às demandas que emergem do mundo da vida e àquelas que ultrapassam as fronteiras dos sistemas sociais, ganhando uma dimensão pública. O processamento democrático do dissenso conteudístico dá-se segundo formas consensualmente definidas e, portanto, legitimadas – os processos constitucionalmente fundados (procedimentos eleitoral, democrático-direto, legislativo, judicial e executivo/ administrativo), os quais se envolvem em uma pluralidade de relações de circularidade e contracircularidade (interdependência) que permitem – ao lado da repartição constitucional de competências e dos controles interorgânicos⁵²⁸ – a expressão das majorias e minorias. Uma vez filtrados, sob a condição de haverem desfrutado de igual acesso à esfera pública e de igual direito à sua expressão, valores, pretensões, expectativas e discursos podem ser procedimentalmente generalizados, inclusive sob a forma de programas jurídicos (constituição, leis, regulamentos, jurisprudência, etc.). Apenas sob tais pressupostos do “consenso discordante”⁵²⁹ é que, no Estado Democrático de Direito, o direito pode construir expectativas normativas e generalizá-las congruentemente, cumprindo sua função social.

O modelo teórico de Neves⁵³⁰, ao conjugar as perspectivas de Luhmann e Habermas, admite a diferenciação funcional da sociedade em sistemas autopoieticos como o direito, a saúde, a ciência, a política, a economia e a educação, adotando, portanto, um entendimento ampliado, em relação a Habermas, no tocante aos âmbitos sistêmicos da sociedade. Ao contrário de Luhmann, sublinha as relações entre sistemas e “mundo da vida”, como plano indiferenciado, mas que tampouco pode ser o centro da sociedade. E, seguindo Luhmann, vislumbra esferas de ação vagamente diferenciadas, não sistemicamente fechadas, como a moral. Tal

⁵²⁶ HABERMAS, 1997b, p. 107.

⁵²⁷ 2008, p. 125-56. Cf., também, NEVES, 2009b, p. 62-82.

⁵²⁸ Nesse sentido, a divisão de poderes não é apenas uma fórmula de independência entre os órgãos do Estado aos quais se atribui primariamente as funções legislativa, executiva e judiciária, mas sim uma forma de construção de interdependência dos respectivos órgãos. Cf. MONTESQUIEU, 2000, p. 201-11; GRAU, 1996, p. 167-90. Por outro lado, a especialização orgânico-funcional é também “condição de maior eficiência do poder estatal” (NEVES, 2009b, p. XXI).

⁵²⁹ SARTORI, 1994, p. 49.

⁵³⁰ NEVES, 2008, esp. p. 123-136.

construto teórico-social parece antes expandir do que negar os pressupostos fundamentais da teoria luhmanniana⁵³¹.

1.6 CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O desenho da estrutura característica do Estado Democrático de Direito tem como marco o ideário do constitucionalismo expresso nas Revoluções Francesa e Americana e, “de maneira atípica”, na “*evolução político-jurídica britânica*”⁵³². Foi nesse momento histórico que se apresentaram as condições para a afirmação da autopoiese do direito e da autopoiese da política, bem como os pressupostos para, mediante a constituição, estabilizarem-se “*interpenetrações concentradas e duradouras*”, relações permanentes de colaboração e conflito regulados entre tais sis-

⁵³¹ LUHMANN (2007b, p. 474) nota que a sociedade funcionalmente diferenciada “[n]ão pressupõe nenhuma coordenação através do sistema total [sociedade], como sugere o esquema do todo e suas partes. E tampouco pressupõe a distribuição em todos os sistemas-parciais de todas as operações efetuadas no sistema total, de maneira que o sistema total só pudesse operar por meio de ditos sistemas. Também uma sociedade altamente diferenciada conhece muita interação ‘livre’”.

⁵³² NEVES, 2009b, p. XX. Para LUHMANN (2007b, p. 564, destaques no original): “O direito (**Common Law**) se celebra unicamente na Inglaterra como particularidade nacional, assegurando (de Coke a Mansfield) um desenvolvimento contra a Coroa, o qual a sua vez conduz a que ali a ideia de uma Constituição escrita não possa deitar raízes”. Segundo NEVES (2009b, p. 53-4), “na Inglaterra o processo de constitucionalização teve um caráter evolutivo, não se podendo caracterizar a Revolução Gloriosa de 1688 como fundadora de uma Constituição em sentido moderno [...]”. Esta teria sido uma revolução no sentido de restauração das velhas relações entre Coroa e parlamento. Sobre a mudança no significado de “revolução” operada pela Revolução Francesa de 1789, quando este termo deixou de designar a restauração de uma velha ordem e passou a se referir à ruptura com a ordem vigente e à construção de uma nova sociedade, cf. COMPARATO, 2010, p. 140-5. Pelas mudanças estruturais e semânticas que provocou e por seu caráter “ecumênico” (em contraposição ao caráter “nacionalista” da Revolução Americana), a Revolução Francesa é considerada por HOBBSAWM (2010, p. 13, destaque no original) como “*a revolução de seu tempo, e não apenas uma revolução, embora a mais proeminente de sua espécie*”. Para LUHMANN (2007b, p. 848-9), “o novo sentido do conceito ‘Revolução’ [foi] apenas iniciado durante a Revolução francesa, quase como autodenotação dos acontecimentos. A palavra havia sido usada durante muito tempo em parte para designar o regresso (intencional) à boa ordem antiga e – em parte – como designação de uma derrocada violenta. Agora a Revolução se converte em cisão que divide a velha e a nova ordem social; quer dizer, uma forma de distinguir que permite a autodenotação da sociedade moderna sem que com isso se devam definir limites fáticos de sentido – por exemplo, relações sistema/entorno”.

temas sociais⁵³³, ensejando possibilidades de acoplamento estrutural ou racionalidade transversal entre estes.

Mesmo que no Estado moderno pré-democrático se firmasse a dominação, a legitimação e a atuação da burocracia estatal especializada por um direito formal, calculável e previsível⁵³⁴, apenas com o combate ao Estado Absoluto e a emergência da semântica constitucionalista, pôde-se firmar o acoplamento estrutural como institucionalização de “*nexos funcionais*”⁵³⁵ ou de prestações mútuas e estáveis entre os sistemas político e jurídico – e, apenas então, pôde surgir uma pretensão de racionalidade transversal entre esses subsistemas sociais⁵³⁶. Em uma estreita correlação, afirmam-se então os “problemas constitucionais” no sentido moderno, ou seja, o âmbito material que cabe às constituições nas sociedades complexas e diferenciadas: direitos fundamentais e organização (e limitação) do poder político institucionalizado na forma de Estado⁵³⁷, enquanto “*unidade organizada de ação de decisão*”⁵³⁸.

“*Com o absolutismo, passa-se de uma indiferenciação sacramente fundada de poder e direito para uma subordinação instrumental do direito à política*”⁵³⁹. Reativamente a tal situação, a contraposição hobbesiana⁵⁴⁰ entre o Estado soberano e os direitos individuais fundamentais, de proveniência natural, foi utilizada como um símbolo da independência da gênese do direito em relação ao poder, como uma semântica de transição para a era dos direitos fundamentais plenamente positivos, desnaturalizados, entendidos como reflexo do direito positivo⁵⁴¹: “*As mudanças semânticas vão ao reboque das mudanças estruturais a distância considerável*”⁵⁴². É também essa semântica de transição que permeia desde as diversas teorias do contrato social⁵⁴³ até os primeiros textos consti-

⁵³³ NEVES, 2009b, p. 37 (destaque no original). Cf. NEVES, 2009b, p. 57-8.

⁵³⁴ WEBER, 2001, p. 285-9.

⁵³⁵ HABERMAS, 1997a, p. 182.

⁵³⁶ NEVES, 2009b, p. 17-22, 53-62.

⁵³⁷ Tal como expresso no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (in: COMPARATO, 2010, p. 171): “*Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição*”.

⁵³⁸ HELLER, 1968, p. 283-94. LUHMANN (2002c, p. 51) adota esse conceito em sua obra sobre direitos fundamentais.

⁵³⁹ NEVES, 2009b, p. 18.

⁵⁴⁰ HOBBS, 1994, esp. p. 89, 97, 141, 222.

⁵⁴¹ LUHMANN, 2004a, p. 163.

⁵⁴² LUHMANN, 2007b, p. 905. Sobre semântica e estrutura, veja este capítulo, item 1.2.

⁵⁴³ Para SOUSA SANTOS (2000, p. 83): “*O contrato social é a grande narrativa em que se funda a obrigação política moderna, uma obrigação complexa e contraditória*”.

tucionais e declarações de direitos, com a pretensão de fundar os direitos do homem e do cidadão sobre a base da natureza e da razão⁵⁴⁴.

Não cabe aqui proceder a uma minuciosa reconstrução histórica das construções e reconstruções da semântica dos direitos humanos fundamentais, tanto no plano do constitucionalismo nacional quanto no direito internacional público, tampouco há espaço para uma crítica às tradicionais classificações e categorizações destes direitos; ambas as tarefas seriam bem informadas sob o enfoque da teoria dos sistemas, mas demandariam uma digressão acentuada.

Luhmann⁵⁴⁵ nota que, com o crescimento (do potencial) da diferenciação funcional, também crescem as interdependências dos sistemas sociais, de modo que uma mesma comunicação, expectativa ou instituição pode servir a diferentes funções em diferentes sistemas. É a própria interdependência dos sistemas sociais que “*torna necessária a institucionalização de uma pluralidade de direitos fundamentais*”⁵⁴⁶. Direitos como propriedade, liberdade de contratar e liberdade de trabalho podem ser concebidos como um acoplamento estrutural entre direito e economia e/ou como uma prestação do sistema jurídico ao sistema econômico, sendo inegável a função que desempenham na estruturação e no funcionamento da economia capitalista⁵⁴⁷. Dessarte, em estreita correlação com os diversos meios comunicacionais dos diferentes sistemas sociais, os direitos fundamentais não podem ser reduzidos “*a uma única fórmula ideológica ou dogmática*”⁵⁴⁸. “*Esse uso multifuncional da instituição dos direitos*

porque foi estabelecida entre homens livres e, pelo menos em Rousseau, para maximizar e não para minimizar essa liberdade. O contrato social é assim expressão de uma tensão dialética entre regulação social e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre vontade individual e vontade geral, entre o interesse particular e o bem comum”. Cf. RAWLS (2008), que expressa o intento de “*apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant*”. (RAWLS, 2008, p. 13).

⁵⁴⁴ Nos Estados Unidos, segundo analisou TOCQUEVILLE (1987, p. 332-8), a religião e a democracia tiveram uma conexão ideológica íntima. “*Praticamente, quase não há ação humana, por mais particular que a consideremos, que não tenha origem numa ideia muito geral que os homens conceberam de Deus, das Suas relações com o gênero humano, da natureza de sua alma e dos seus deveres para com seus semelhantes*”. (TOCQUEVILLE, 1987, p. 332) Por outro lado, ARENDT (2007, p. 324) entende que as declarações de direito do século XVIII significavam “*que doravante o Homem, e não o mando de Deus nem os costumes da história, seria a fonte da Lei*”.

⁵⁴⁵ 2002c, p. 76.

⁵⁴⁶ LUHMANN, 2002c, p. 294 (destaques no original).

⁵⁴⁷ LUHMANN, 2002c, p. 189-208.

⁵⁴⁸ LUHMANN, 2002c, p. 77.

*fundamentais em uma ordem social diferenciada é, assim, governado pelas exigências complexas e contraditórias dos subsistemas e constitui uma das marcas mais características da nossa constituição política e, conseqüentemente, do nosso sistema da sociedade*⁵⁴⁹.

A emergência da constituição e dos direitos humanos fundamentais deu-se apenas sob as condições de uma sociedade complexa e heterogênea na modernidade, seja na pluralidade de discursos e identidades que se expressam no “mundo da vida”, seja nas pretensões concorrentes afirmadas pelos diversos sistemas sociais parciais especializados⁵⁵⁰. É na modernidade que a instituição jurídica dos direitos fundamentais aparece para “regular a comunicação nesse específico estágio do desenvolvimento sociocultural”⁵⁵¹ e é também com relação a uma sociedade mundial complexa que se colocam, nos dias atuais, as questões constitucionais que ultrapassam a esfera de regulação das constituições estatais e das ordens jurídicas internas aos Estados⁵⁵².

Os direitos fundamentais encontram-se em uma peculiar posição como programa ou subsistema do direito positivo: se a positividade significa a institucionalização da mutabilidade do direito, esta é limitada constitucionalmente e, nesse plano, os direitos fundamentais são colocados como limites à mudança legal e à reforma constitucional (*vide* as noções de “cláusulas pétreas” ou de “princípio da proibição do retrocesso”). Assim, a controlabilidade da mudança jurídica, inerente à positividade, encontra na fórmula contemporânea do Estado de Direito, constituída substancialmente pelos direitos fundamentais, um reforço à redução dos riscos e inseguranças engendrados pela própria positividade, enquanto institucionalização da mutabilidade do direito⁵⁵³.

Por um lado, a positividade significa a capacidade o direito de atuar como “instrumento de mudança planejada da realidade”, o que é ilustrado pelo caráter prestacional dos direitos fundamentais. Por outro lado, estes são muitas vezes invocados como negação da própria positividade, definidos como um mínimo de normas invariáveis de fundo ético ou moral, conforme sua origem histórica, quando eram fundamentados como direitos naturais inatos⁵⁵⁴. Mas a própria referência constitucional à

⁵⁴⁹ LUHMANN, 2002c, p. 135.

⁵⁵⁰ NEVES, 2009b, p. XXI, 1-25, 53-62.

⁵⁵¹ PALOMBELLA; PANNARALE, 2002: 15.

⁵⁵² NEVES, 2009b, p. esp. p. 26-34.

⁵⁵³ LUHMANN, 1985a, p. 53-5.

⁵⁵⁴ LUHMANN, 1985a, p. 7-17. Cf. LUHMANN, 1985a, p. 23-7. Sobre o direito como codeterminante da mudança social, cf. LUHMANN, 1985a, p. 116-89.

igualdade e à liberdade é antes, uma autorreferência do sistema jurídico, com problemas a este atribuídos, do que uma referência externa, moral ou política, que pudesse se opor à noção de autopoiese⁵⁵⁵. A igualdade, uma vez positivada, significa a reentrada da ideia de justiça no sistema do direito, ideia esta cujo significado, apesar de guardar um algo como um núcleo fundamental, é “reespecificado” conforme a complexidade e a contingência das situações históricas⁵⁵⁶. Uma vez incluída na rede operacional de reprodução do sistema jurídico, a justiça ganha uma significação própria, atribuída por este sistema, sentido este que Luhmann⁵⁵⁷ aponta como sendo o da “adequada complexidade” e consistência das tomadas de decisão no sistema jurídico, o que reforça a referência do direito em relação à sociedade.

A constituição traz para si a dimensão principal da regulação do fechamento operacional e da abertura cognitiva do sistema jurídico, excluindo as referências externas, como a fundamentação pela moral ou pelos sistemas religioso (direito divino, direitos naturais) ou científico (hipótese da norma fundamental)⁵⁵⁸. A autopoiese do sistema jurídico depende, porém, de pressupostos sociais, como a diferenciação funcional das esferas sociais, “*a distinção, clara e radical, entre sociedade e indivíduo enquanto pessoa*” e a inclusão generalizada das pessoas nos diversos sistemas funcionais⁵⁵⁹. Entretanto, nas sociedades em que tais pressupostos não se fazem presentes – portanto, na maior parte do mundo moderno (“modernidade periférica”) – há notáveis problemas para a (re)produção de um modelo de autonomia do direito e dos demais sistemas sociais⁵⁶⁰. Os direitos fundamentais, nesse contexto, têm um potencial de difusão da cidadania como mecanismo de inclusão generalizada⁵⁶¹, fortalecendo e promovendo assim (as condições para) a diferenciação funcional e a estruturação da complexidade.

Ao se constituírem os sistemas sociais parciais, funcionalmente especializados, produzem-se mais “possibilidades de experimentação”, mas a diferenciação funcional também restringe o âmbito de pos-

⁵⁵⁵ LUHMANN, 2004a, p. 121.

⁵⁵⁶ LUHMANN, 2004a, p. 218.

⁵⁵⁷ 2004a, p. 219-21.

⁵⁵⁸ NEVES, 2009b, p. 59-60.

⁵⁵⁹ NEVES, 2009b, p. 56. PALOMBELLA; PANNARALE (2002, p. 13-4) destacam que “*na sociedade cristã a individualidade humana permaneceu despolitizada e considerada primordialmente do ponto de vista ético-teológico, notadamente cristão; na sociedade moderna se consoma, enfim, a cisão entre indivíduo e sociedade [...]*”.

⁵⁶⁰ NEVES, 2007a, p. 170-89; 2008, p. 236-58; 2004; 2001b; 1996: 98-104; 1994.

⁵⁶¹ NEVES, 2008, p. 175-85; 2009b, p. 249-56; 2007a, p. 74-80.

sibilidades atualizáveis, alimentando a pressão seletiva: exemplificativamente, “o sistema político gera mais poder do que seria compatível com a autonomia das outras esferas da sociedade”⁵⁶². A diferenciação funcional gera maior interdependência (independência e dependência) entre os sistemas, tornando seu cofuncionamento problemático, necessitando-se que o direito estabeleça limites para cada sistema e estructure suas coordenações, “serviços” em que os direitos fundamentais têm especial atuação⁵⁶³.

Os direitos fundamentais, ao lado da diferenciação interna do sistema político entre política e administração (profissional)⁵⁶⁴ e da separação dos poderes⁵⁶⁵, servem tanto à limitação do expansionismo do sistema político quanto à sua adequação ao entorno social. Protegem os demais sistemas da colonização pela política (politização) ou por outro sistema social, e também neutralizam, para a política, as comunicações dos sistemas familiar, econômico, religioso etc., reprimindo tendências simplificadoras da realidade social⁵⁶⁶ – “os perigos da desdiferenciação, do atrito e da fusão estrutural, que reduzem o potencial de diferenciação da ordem social [...]”⁵⁶⁷.

Os direitos humanos fundamentais – como proibição a pre-determinações, classificações e distinções arbitrárias entre os seres humanos, que compartilhariam, segundo tal semântica, uma dignidade intrínseca – derivam da exigência de igualdade, que na sociedade funcionalmente diferenciada pressupõe a autopoiese de cada sistema, ao qual se concede que estabeleçam desigualdades apenas por “motivos internos (para eles racionais, portanto)”, desde que submetidos a esse primado ético (dignidade da pessoa humana) que toma forma jurídica⁵⁶⁸.

Luhmann conceitua os direitos fundamentais “como instituição voltada à manutenção de uma ordem social diferenciada [...]”⁵⁶⁹ – não à

⁵⁶² LUHMANN, 1983, p. 146. No mesmo sentido, LUHMANN, 1983, p. 226.

⁵⁶³ LUHMANN, 1983, p. 226-7, 250.

⁵⁶⁴ Para LUHMANN (2002c, p. 235, 242), a separação entre política e administração (burocracia estatal) “torna possível a aplicação prática do princípio da igualdade [...]”, porém também tem como requisito “a diferenciação geral da sociedade”.

⁵⁶⁵ Para LUHMANN (1985a, p. 45-6), a separação dos poderes apresenta-se como “esquema de neutralização escalonada”, filtrando a influência política, em ordem crescente, sobre o legislativo, o executivo e o judiciário, desempenhando assim sua função de contenção do poder.

⁵⁶⁶ LUHMANN, 2002c, p. 48, 60-1, 86, 156-62, 182-3, 225, 277, 290.

⁵⁶⁷ LUHMANN, 2002c, p. 59.

⁵⁶⁸ LUHMANN, 2007b, p. 852.

⁵⁶⁹ LUHMANN, 2002c, p. 61.

realização⁵⁷⁰, mas “à manutenção de um potencial social de diferenciação, ou à estabilização de uma estrutura social diferenciada”⁵⁷¹. Na manutenção desse potencial de diferenciação, os direitos fundamentais servem à generalização congruente de expectativas em diversas esferas, das quais Luhmann⁵⁷² destaca quatro: “*autorrepresentação da pessoa*” (ou “constituição da personalidade”), “*formação de expectativas de comportamento generalizadas*”, “*satisfação de necessidades econômicas*” e imposição de “*decisões vinculantes*” (políticas). Sua análise foca o sistema político, o que o leva a afirmar que os direitos fundamentais “*não têm a função de criar mecanismos generalizantes nessas [diversas] esferas. Pressupõem um estágio de desenvolvimento social em que [tais mecanismos] já existem e servem unicamente a impedir a sua corrupção por parte do sistema político*”⁵⁷³. A “diferenciação funcional da ordem social” é, então, concebida como “*condição de possibilidade do Estado [...]*”⁵⁷⁴.

Tais pressupostos, entretanto, encontram-se vagamente realizados na “*modernidade periférica*”, em que se verifica “*uma miscelânea social decorrente do entrelaçamento dos códigos de preferências*” das diversas esferas sociais (in)diferenciadas e “*enormes diferenças da reprodução social e jurídica nos países da América Latina, da África, de grande parte da Ásia e de parte da Europa, especialmente da Europa Oriental [...]*”, em comparação aos países do “centro” da sociedade mundial⁵⁷⁵. A diferenciação funcional é obstada pela exclusão de grande parcela da população dos âmbitos de comunicação dos diversos sistemas sociais. Há “disfuncionalidades setoriais” (generalizadas) que se diferenciam do problema das diferenças de classe e de estratificação social, de uma “*inclusão genérica, ainda que muito desigual*”⁵⁷⁶.

“*Definida a inclusão como acesso e dependência aos sistemas sociais*”, a estrutura social dos países das mencionadas regiões cinde-se em subintegrados e sobreintegrados, camadas que têm, exclusivamente, ou acesso ou dependência em relação ao direito, estando excluídas do sistema jurídico, “*acima*” ou “*abaixo*”⁵⁷⁷. Para os subintegrados, “*a de-*

⁵⁷⁰ PALOMBELLA; PANNARALE, 2002, p. 19.

⁵⁷¹ PALOMBELLA; PANNARALE, 2002, p. 18.

⁵⁷² 2002c, p. 77, 278-9.

⁵⁷³ LUHMANN, 2002c, p. 77-8. No mesmo sentido: LUHMANN, 2002c, p. 160.

⁵⁷⁴ LUHMANN, 2002c, p. 124.

⁵⁷⁵ NEVES, 2004, p. 147. Cf. NEVES, 1994.

⁵⁷⁶ MÜLLER, 2009a, p. 73-5.

⁵⁷⁷ NEVES, 2008, p. 248, 250 (destaques no original). Segundo NEVES (2008, p. 248-50), os subintegrados “*não estão inteiramente excluídos*”, pois têm dependência (deveres), embora não acesso (direitos concretizados) aos sistemas sociais. “*Embora lhes faltem*

*pendência múltipla dos sistemas funcionais reforça o efeito de exclusão*⁵⁷⁸. A diferença inclusão/ exclusão, ou melhor, subintegrados/sobreintegrados passa a funcionar como um metacódigo, uma superestrutura que bloqueia a atuação dos códigos funcionais, corrompendo inclusive a autopoiese do sistema jurídico, já que o código direito/ não direito (e o código constitucional/inconstitucional) não opera efetiva e generalizadamente: seja para os subintegrados, subincluídos, subcidadãos cujos direitos (ao contrário dos deveres e sanções) não são concretizados, seja para os sobreintegrados, cidadãos privilegiados a quem a submissão ao direito não é (percebida como) necessária⁵⁷⁹. Se nos períodos autoritários, “constituições paralelas” não escritas vigem acima do texto constitucional, na democracia uma constituição “*simbólica*”⁵⁸⁰ ou “*nominal*”⁵⁸¹ não concretizada bloqueia a universalidade do direito e a generalização congruente de expectativas normativas. Na cadeia de autopoiese do direito, entre o texto constitucional e a produção (concretização) da norma pelo Estado, esta não chega a seu destinatário: não há um “silêncio da constituição”; muito pelo contrário:

a superfície textual da constituição se mostra imaculada. Só inexpressamente o ordenamento normativo não ‘quer’ ser realmente eficaz para todos, mas apenas parcialmente: para interesses prioritários (fomento da economia, organização do Estado a serviço desse

as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. [...] A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas de seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais”.

⁵⁷⁸ LUHMANN, 2007b, p. 500.

⁵⁷⁹ NEVES, 2004.

⁵⁸⁰ NEVES, 2007a.

⁵⁸¹ LOEWENSTEIN, 1970, p. 218.

*objetivo e em benefício das camadas dominantes, dos sobreintegrados, enfraquecimento das instâncias de controle e de contrapoder)*⁵⁸².

Por isso, a diferenciação funcional na maior parcela do território terrestre é ainda uma pretensão, cuja concretização depende não apenas da função estabilizadora dos direitos fundamentais (tal como na “modernidade central”, já diferenciada funcionalmente, embora também com tendências desdiferenciantes), mas também do potencial que tais direitos têm de fomentar a variabilidade e a inclusão. Podem eles estimular o dissenso emergente da pluralidade do “mundo da vida” e das múltiplas pretensões das esferas de ação diferenciadas funcionalmente. Nesse sentido, destacam-se não apenas as liberdades (de expressão, de religião etc.), como também os direitos educacionais, culturais, econômicos, que viabilizam a integração da pessoa como utente e produtora de comunicações nos diversos sistemas sociais.

Na análise que realizou sobre os direitos fundamentais⁵⁸³ como instituição, Luhmann conceituou instituição como um “*complexo de reais expectativas de comportamento*” fundadas em consenso e atualizáveis socialmente – com “*certa ‘elasticidade’*”, além de “*generalizadas nas dimensões temporal, material e social e, enquanto tais, constitutivas da estrutura dos sistemas sociais*”⁵⁸⁴. Nesse sentido, os direitos fundamentais são concebidos principalmente do ponto de vista da “*estabilização da diferenciação do sistema político*”⁵⁸⁵, cuja especialização na função de produção de decisões vinculantes emergiu na modernidade⁵⁸⁶, ao lado da afirmação da autopoiese dos demais sistemas sociais. Uma vez diferenciados os sistemas sociais, a autorreferência sistêmica gerou demandas por sua fundamentação. A justificação do paradoxo da autorreferência do direito foi encaminhada à constituição, como meca-

⁵⁸² MÜLLER, 2009a, p. 79.

⁵⁸³ O estudo de LUHMANN (2002c) sobre direitos fundamentais data de 1965, tendo sido uma de suas primeiras obras. Embora se destaque que o tema não tenha sido “*objeto de sucessivas reelaborações*”, ao contrário do que se deu com outros conceitos na teoria luhmanniana (PALOMBELLA; PANNARALE, 2002, p. 10), seu amplo modelo teórico ainda não se havia desenhado em profundidade, o que reforça, nesse caso específico, a ideia geral de que “*a teoria de Luhmann não é uma teoria de chegada, um projeto acabado e fechado, mas sim uma teoria de partida, aberta a novas incursões e alternativas*” (NEVES, 2009a, p. 270). Sobre a teoria Luhmanniana dos direitos fundamentais, cf. VERSCHRAEGEN (2002).

⁵⁸⁴ LUHMANN, 2002c, p. 45, 57.

⁵⁸⁵ PALOMBELLA; PANNARALE, 2002, p. 15.

⁵⁸⁶ LUHMANN, 2002c, p. 63.

nismo reflexivo mais abrangente do sistema jurídico, responsável por sua autofundamentação⁵⁸⁷.

No Estado Democrático de Direito, o paradoxo da autofundamentação do direito é desparadoxizado por sua externalização, com a referência ao sistema político pela noção de legitimidade. A legitimidade não mais vem definida como motivo (verdadeiro ou não) para a obediência, nem como crença⁵⁸⁸, mas se refere ao cumprimento de uma função social específica por dado sistema social especializado⁵⁸⁹. Para a produção de decisões vinculantes e programas decisoriais, o Estado depende de apoio político generalizado⁵⁹⁰. Nesse contexto o “povo” aparece na ordem jurídica – notadamente nos textos constitucionais – como “*instância global de atribuição de legitimidade*”⁵⁹¹, fator legitimante do poder-violência, que apenas assim qualificado (como legítimo) é de monopólio do Estado moderno⁵⁹². Nesse modelo de Estado – e apenas nele, em que se respeitem todos os direitos fundamentais, inclusive os políticos –, o direito positivo tem a pretensão de construir-se a partir de uma “*estrutura de legitimação*”⁵⁹³ cíclica, de forma que os efeitos normativos sobre “o povo” (toda a população de um território) decorram da concretização de textos normativos elaborados por representantes eleitos pelo “povo ativo”, titular de direitos políticos. Essa legitimação transpassa desde as decisões políticas (co)participadas pelo povo até a coerência e consistência que tais decisões devem seguir quando o Executivo e o Judiciário concretizam os textos normativos, formulando a norma jurídica atuante sobre o povo⁵⁹⁴.

Como perpassa toda a estrutura do Estado, essa (re)produção autopoiética do direito legitima-se tanto mais quanto mais o povo “ativo” (titular de direitos políticos) se aproximar do povo “legitimante” (em regra, os nacionais/ cidadãos, membros do Estado em questão), sobre o qual se funda o poder-violência do Estado⁵⁹⁵ – e, ainda, quanto mais este

⁵⁸⁷ Como nota LUHMANN (2002c, p. 214), como consequência da diferenciação funcional é que surgiu o problema da legitimidade do poder, tal como identificou Weber em sua análise da emergência do Estado moderno, problema este ao qual se dirigiram as explicações pelas hipóteses ou ficções alegóricas do contrato social.

⁵⁸⁸ Cf. BONAVIDES, 2004, p. 33-51.

⁵⁸⁹ PALOMBELLA; PANNARALE, 2002: 28.

⁵⁹⁰ LUHMANN, 2002c, p. 104.

⁵⁹¹ MÜLLER, 2009a, p. 48-52.

⁵⁹² WEBER, 2009b, p. 525-9; 2011, p. 55-64; MÜLLER, 2009a, p. 54. Cf. MÜLLER, 2004.

⁵⁹³ MÜLLER, 2009a, p. 49.

⁵⁹⁴ MÜLLER, 2009a, p. 49, 61.

⁵⁹⁵ MÜLLER, 2009a, p. 90-1.

se aproximar do povo como todos os que estão em um dado território e são destinatários de “prestações civilizatórias” do Estado, positivas ou negativas (isto é, os direitos humanos), a partir dos “padrões civilizatórios” de cada “cultura constitucional democrática”⁵⁹⁶.

Ocorre, porém, que no interior do Estado Democrático de Direito também pode haver uma semântica do povo como “ícone”⁵⁹⁷, correspondente à constitucionalização simbólica⁵⁹⁸: no plano dos textos normativos (notadamente o constitucional), são proclamados direitos fundamentais que não se concretizam por bloqueios na produção do direito como sistema funcionalmente diferenciado⁵⁹⁹. Por outro lado, a legitimação, enquanto fórmula de contingência⁶⁰⁰ da política, “constitui um paradoxo não superável definitivamente, mas apenas controlado e solucionado em casos procedimentais concretos”⁶⁰¹.

No sentido da legitimação, a concretização das obrigações positivas e negativas do Estado e amplos direitos políticos são complementares, já que o cidadão assume “a dupla veste de utente” das decisões políticas “e de eleitor”⁶⁰². Por isso, “além do **povo constitucional**, construção procedimental da constituição, não há legitimação política como apoio generalizado da circulação do poder, mas sim os particularismos e personalismos negadores ou corruptores da democracia”⁶⁰³. Em um Estado Democrático de Direito, a eficácia da referência ao povo – na medida em que não se baseia em repressão vinculada a uma constituição instrumental – depende dos direitos políticos, “pois todo modelo de exclusão política põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e da igualdade, inerentes, respectivamente, ao Estado de direito e aos direitos fundamentais”⁶⁰⁴. O voto universal, direto, livre, igual e secreto permite um reforço da diferenciação do sistema político diante dos demais papéis sociais desempenhados pelo eleitor, reforçando uma indiferença da política com relação a interesses concretos, locais, religiosos, familiares e econômicos, embora o eleitor obviamente tenha sua opinião condicionada conforme

⁵⁹⁶ MÜLLER, 2009a, p. 60-6.

⁵⁹⁷ MÜLLER, 2009a, p. 53-9.

⁵⁹⁸ NEVES, 2007a.

⁵⁹⁹ MÜLLER, 2009a, p. 71-85.

⁶⁰⁰ Fórmulas de contingência – como a justiça (no direito), a escassez (na economia), a legitimidade (na política) – motivam “a ação e a comunicação no âmbito” dos respectivos sistemas parciais (NEVES, 2009b, p. 63, 73).

⁶⁰¹ NEVES, 2009b, p. 73.

⁶⁰² LUHMANN, 2002c, p. 227.

⁶⁰³ NEVES, 2009b, p. 59 (destaques no original).

⁶⁰⁴ NEVES, 2009b, p. 58.

sua inserção nos diversos sistemas funcionais⁶⁰⁵. Luhmann⁶⁰⁶ ainda identifica como “função latente do direito de voto” a garantia da “diferenciação interna do sistema político em processos de comunicação política e processos de produção burocrática de decisões”.

Assim, a legitimação (política) e a generalização de expectativas (jurídicas) também são promovidas por meio da constituição na medida em que, além da normatização procedimental, esta estabelece

*uma circulação e contracirculação estrutural básica entre administração (no sentido amplo dos procedimentos dos órgãos competentes para a tomada de decisão política e sua execução), política (no sentido estrito, como os processos de formação de programas partidários e escolha entre pessoas e programas), público como receptor das decisões e povo como o público enquanto reage ativamente às decisões da administração*⁶⁰⁷.

A legitimação política constrói-se quando “o público como pluralidade converte-se em povo como unidade procedimental construída constitucionalmente: a ‘vontade de todos torna-se vontade geral’”⁶⁰⁸, o que representa o fechamento operacional do sistema político, em uma autorreferência garantida pela constituição. Essa autolegitimação da política tem como momento crucial as eleições, enquanto procedimento que garante a generalização do apoio político e a codificação do poder constituído segundo o código governo/oposição⁶⁰⁹. Ao lado da autolegitimação, a heterolegitimação da política é promovida enquanto esse sistema se abre a uma esfera pública plural e dissensual⁶¹⁰. A esfera pública

*‘informal’ ou ‘não organizada’, localizada no entorno dos sistemas jurídico e político [...], é forte quando influencia de maneira abrangente e relevante os procedimentos constitucionais; frágil, quando só tiver influência eventual e pouco relevante sobre esses procedimentos, não contribuindo satisfatoriamente para sua heterolegitimação*⁶¹¹.

⁶⁰⁵ LUHMANN, 2002c, p. 238-40.

⁶⁰⁶ 2002c, p. 226.

⁶⁰⁷ NEVES, 2009b, p. 58-9 (destaques no original).

⁶⁰⁸ NEVES, 2009b, p. 70, a partir de Luhmann.

⁶⁰⁹ NEVES, 2009b, p. 70-1.

⁶¹⁰ NEVES, 2009b, p. 71-2.

⁶¹¹ NEVES, 2009b, p. 96.

A mera autonomia do sistema político, sem a instituição dos direitos fundamentais, implicaria um duplo perigo ao cidadão: por um lado, as decisões coletivamente vinculantes (políticas) poderiam obrigá-lo “*a comportamentos que não correspondem à estrutura social diferenciada*”, ao que se opõem os direitos de liberdade; por outro, tais decisões políticas poderiam não corresponder às demandas estruturais “*de uma ordem social diferenciada*” – a isso se opõem os direitos de igualdade⁶¹².

Na modernidade, como aponta Neves⁶¹³, a justiça pode ser concebida em referência aos diversos sistemas sociais como consistência interna (autorreferência, fechamento operacional) e adequação externa (heterorreferência, abertura cognitiva), entendendo-se que a moral moderna se expressa, em certo sentido, como demandas pela autonomia das esferas sociais e de seus respectivos discursos, concebendo-se a corrupção como a quebra da autorreferência (ingerência do ambiente no sistema). Assim, a função atribuída por Luhmann⁶¹⁴ aos direitos fundamentais pode ser ampliada no sentido não só da manutenção da diferenciação funcional mas também do respeito, proteção, garantia e promoção dessa diferenciação e do dissenso estrutural que marca a esfera pública. Por isso, os direitos humanos fundamentais podem ser definidos como “*expectativas normativas generalizadas de inclusão jurídica de toda e cada pessoa na sociedade mundial*” e de “*acesso universal ao direito como um subsistema social (autônomo)*”, “*sob condições de dissenso estrutural*”⁶¹⁵.

A base para esse acesso é o princípio da igualdade (isonomia), enquanto imunização – para os sistemas jurídico e político – da relevância de diferenças pessoais codificadas em outros sistemas sociais (economia, educação, religião), o que se relaciona primariamente à consistência das esferas política e jurídica em seus diversos procedimentos (processo judicial, serviços públicos, eleições etc.). Como condição para a isonomia, requer-se a inclusão generalizada nos diversos sistemas funcionais da sociedade, inclusão esta que condiciona o acesso ao sistema jurídico – sem acesso e dependência das pessoas em relação a esse sistema, suas comunicações tornam-se irrelevantes, pois lhe faltam os destinatários (endereços de comunicações)⁶¹⁶. Nesse sentido, os direitos fundamentais surgem na sociedade diferenciada como garantia da autonomia das diversas esferas de ação⁶¹⁷.

⁶¹² LUHMANN, 2002c, p. 245.

⁶¹³ NEVES, 2009b, p. 63-6.

⁶¹⁴ 2002c, p. 61.

⁶¹⁵ NEVES, 2007b, p. 417-9.

⁶¹⁶ Cf. NEVES, 2008, p. 251; 2009a, p. 261-2

⁶¹⁷ GRABER; TEUBNER, 1998, p. 64.

Portanto, em certo sentido, a inclusão jurídica generalizada é uma inclusão das pessoas (endereços de comunicações) enquanto utentes dos discursos dos diversos sistemas sociais – é uma inclusão juridicamente irritante aos diversos sistemas sociais, visando à garantia, à generalidade das pessoas, do acesso aos serviços especiais dos sistemas funcionais, o que constitui a concretização dos direitos fundamentais⁶¹⁸. Significa “reconhecer que aquilo que consideramos indispensável para nós é também indispensável para o próximo”⁶¹⁹. Nesse sentido é que Luhmann⁶²⁰ faz menção ao princípio da inclusão e entende que “inclusão” se refere “à abrangência de toda a população no desempenho dos sistemas funcionais individuais”, mencionando que, “[c]ontra a essência desse preceito de inclusão, a **desigualdade efetiva de oportunidades** torna-se um problema; precisamente porque não já não se apoia sobre o esquema de diferenciação da sociedade, mas sim é reproduzida disfuncionalmente”.

Se a diferenciação funcional é uma condição para a inclusão⁶²¹, a inclusão é uma (talvez a principal) condição para a diferenciação funcional; portanto, apenas com a realização desta os direitos fundamentais poderão desempenhar a função de manutenção da diferenciação entre as diversas esferas comunicacionais. “O homem, enquanto indivíduo [sistemas orgânico e psíquico], vive fora dos sistemas funcionais, mas cada um deve ter acesso a cada sistema funcional sempre e na medida em que seu modo de vida exija o recurso às funções sociais”⁶²². Nesse sentido, certos direitos fundamentais – como o direito à vida e o direito à saúde – contêm obrigações perante o Estado e os agentes privados (organizações, grupos e pessoas) de respeitar a exclusão do indivíduo em relação à sociedade, isto é, os direitos fundamentais funcionam também como “garantias da integridade da psique e do corpo”⁶²³. Assim, o sentido de “manutenção [e promoção, acrescenta-se] de uma ordem diferenciada” pode ser interpretado como vinculado não só à diferenciação da sociedade⁶²⁴ (funcional, segmentária, hierárquica, centro-periferia) – em um sentido de complexificação e diferenciação, antes que de conservação ou simplificação –, mas também à diferenciação da sociedade em relação ao ser huma-

⁶¹⁸ Nesse sentido, LUHMANN (2007d, p. 49) entende que “[a] realização do princípio de inclusão no âmbito funcional da política tem como consequência a transição ao Estado de Bem-Estar”.

⁶¹⁹ CANDIDO, 1989, p. 104.

⁶²⁰ 2007d, p. 49 (destaques no original).

⁶²¹ LUHMANN, 1990b, p. 221; 2007d, p. 48-9.

⁶²² LUHMANN, 2007d, p. 48-9.

⁶²³ TEUBNER, 2006, esp. p. 342.

⁶²⁴ LUHMANN, 2007b, p. 538-615.

no, dela excluído como indivíduo (acoplamento de um sistema orgânico a um sistema psíquico) e nela incluído como pessoa (referência e centro de imputação de comunicações)⁶²⁵. Daí a interpretação de Teubner⁶²⁶ dos direitos humanos como garantias da integridade dos corpos e mentes humanos contra sua instrumentalização direta pelos sistemas funcionais da sociedade.

Apenas com seu corpo e mente preservados de um fluxo imediato das comunicações sistêmicas, o homem, enquanto pessoa, pode integrar-se devidamente na produção de discursos que emergem à esfera pública e somente sob tal condição torna-se sustentável o dissenso: “*autonomia de esferas de comunicação ou discurso colidentes (complexidade sistêmica ou pluralidade de discursos)*” e “*heterogeneidade de valores, interesses e expectativas pessoais ou grupais*”⁶²⁷. Pode-se relacionar tal definição da função de garantia da integridade física e psíquica do indivíduo à concepção habermasiana de que predominam nas esferas sistemicamente estruturadas as ações estratégicas e instrumentais. Estando no ambiente de tais sistemas, o ser humano enquanto indivíduo estaria protegido de uma travessia automática dos sentidos sistêmicos para sua consciência, já que o acoplamento estrutural entre sistema psíquico individual e sistema social abrangente (sociedade) promove uma mediação dos sentidos que fluem em ambas as direções. Dessa forma, os direitos fundamentais serviriam a que o ser humano – embora integrado aos sistemas sociais (enquanto pessoa, endereço de comunicações) e como consequência dessa integração (que é também uma condição para sua liberdade) – seja preservado, enquanto indivíduo, de uma instrumentalização direta pelos sistemas sociais (racionalizados com respeito a fins)⁶²⁸.

⁶²⁵ Cf. LUHMANN, 2007b, p. 78, 190, 377.

⁶²⁶ 2006.

⁶²⁷ NEVES, 2007b, p. 419.

⁶²⁸ Relaciona-se a essa exposição a formulação kantiana da dignidade humana. Kant propôs a distinção entre imperativos hipotéticos (voltados à coordenação de meios e fins) e imperativos éticos (princípios de comportamento universalizável, independentemente de suas consequências). Assim, destacou a “*lei que manda que cada um deles [seres racionais] jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si*”, imperativo categórico constituinte da “*dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente se dá*” (KANT, 2005, p. 76-7, destaques no original). “*A própria legislação porém, que determina todo o valor, tem que ter exatamente por isso uma dignidade, quer dizer um valor incondicional, incomparável, cuja avaliação, que qualquer ser racional sobre ele faça, só a palavra respeito pode exprimir convenientemente. Autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional*” (KANT, 2005, p. 79, destaques no original).

A proteção de corpo e mente dos seres humanos também é estendida às relações privadas (eficácia horizontal ou privada, dos direitos fundamentais) por meio da inclusão jurídica generalizada como função dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais, desde que concretizados – por meio de políticas econômicas de pleno emprego e de políticas educacionais amplas, por exemplo – permitem uma proteção do Estado aos indivíduos que se submetem ao direito não estatal, produzido e vigente no âmbito de organizações formais. Esse direito organizacionalmente legitimado é dificilmente controlável pelo Estado e mesmo a liberdade de ingresso e saída na organização não constitui uma garantia individual se não houver condições materiais para a escolha pessoal, o que só é possível se houver uma liberdade construída a partir de condições materiais mínimas, que constituem objeto de direitos fundamentais⁶²⁹.

Mas a manutenção de uma sociedade complexa e diferenciada, que tem como uma de suas ferramentas os direitos humanos fundamentais, exige que estes se reforcem como uma garantia não apenas individual, mas também institucional, tutelando ordens diferenciadas de comunicação. A “polivalência” dos direitos fundamentais os identifica como individuais e institucionais⁶³⁰, fundantes da tutela jurídica da esfera individual de liberdade e da liberdade e independência comunicacional em cada subsistema social⁶³¹, o que os coloca como programas jurídicos promotores do aumento do nível de complexidade social: permitindo a multiplicação de possibilidades em cada sistema, fazem crescer o nível de irritação da sociedade como sistema social abrangente.

Se a função social do sistema jurídico é a “*generalização congruente de expectativas normativas*”⁶³², os direitos fundamentais, programa ou subsistema nuclear do sistema jurídico, têm como prestação aos

⁶²⁹ LUHMANN, 1985b, p. 57-61.

⁶³⁰ GRABER; TEUBNER, 1998, p. 65-66: “*Os direitos constitucionais não protegem apenas interesses individuais, mas também bens coletivos, como a liberdade de imprensa, o discurso político livre e outros. Uma perspectiva institucional poderia, entretanto, não somente ver direitos básicos individuais como instrumentos para a proteção de bens coletivos, mas definir as instituições sociais mesmas como o sujeito dos direitos constitucionais e traduzir isso em requisitos procedimentais. [...] Essa não é uma visão coletivista que identifica instituições sociais e coletivas como titulares originárias dos direitos constitucionais e vê indivíduos como um mero instrumento em função dessas coletividades. Pelo contrário, os dois direitos fundamentais constitucionais, o direito à liberdade individual e o direito à dignidade pessoal são as principais garantias para a esfera individual de ação fora das grandes coletividades, [garantias] dirigidas particularmente contra organizações de larga escala*”.

⁶³¹ GRABER; TEUBNER, 1998, p. 66.

⁶³² LUHMANN, 1983, p. 109-123.

demais sistemas funcionais a promoção da dependência e do acesso a eles, permitindo-lhes a execução de serviços voltados ao ser humano, isto é, o endereçamento de comunicações às pessoas. A generalização de expectativas congruentes, procedimentalmente processada, emerge do dissenso da esfera pública. Nesse contexto, os direitos fundamentais tanto promovem quanto processam o dissenso – por exemplo, liberdade de expressão e direito à educação promovem-no e, em certo sentido, os direitos políticos permitem seu processamento mediante a instituição da representação política, que importa os procedimentos eleitorais e legislativos. Dessarte, os direitos fundamentais emergem como expectativas normativas com uma função que se desenha na interseção entre a promoção e o processamento do dissenso e a promoção da inclusão, criando e mantendo condições adequadas de complexidade social e diferenciação funcional⁶³³. “*Os direitos fundamentais servem para regular a comunicação de modo tal que permaneça complexamente disponível pela diferenciação*”⁶³⁴.

Tais direitos estimulam o dissenso primeiramente pelo reconhecimento da condição de pessoa, isto é, do ser humano como utente de processos de comunicação nos diversos sistemas sociais e na esfera pública⁶³⁵. O reconhecimento dos direitos políticos, por exemplo, fortifica o acesso isonômico à esfera pública, na qual o dissenso se estrutura e as demandas (convergentes ou divergentes) se expressam. Em segundo lugar, os direitos fundamentais estruturam a autorrepresentação individual, que também se cinde conforme os meios relevantes para cada sistema social (poder, dinheiro etc.), reforçando as exigências (em regra conflitantes) dessas esferas⁶³⁶. O reconhecimento das liberdades e a inclusão sistêmica, por fim, garantem as condições para a formulação e expressão dos diferentes discursos.

Apenas com o desenvolvimento da diferenciação funcional o dissenso torna-se uma complexidade estruturada, de forma que os procedimentos constitucionais⁶³⁷ podem constituir-se como cadeia ou rede decisória diante da “*pluralidade de exigências contraditórias*”⁶³⁸ que

⁶³³ NEVES, 2007b, p. esp. p. 419.

⁶³⁴ LUHMANN, 2002c, p. 59.

⁶³⁵ Cf. NEVES, 2009c, p. 674-81.

⁶³⁶ LUHMANN, 2002c, p. 74, 120-2.

⁶³⁷ O procedimento legislativo, por exemplo, funciona como um transformador das lutas e projetos políticos em decisões coletivamente vinculantes que tomam a forma jurídica, programando o sistema do direito, pelo qual são postos certos direitos e determinadas obrigações (LUHMANN, 2004a, p. 159-60, 162).

⁶³⁸ LUHMANN, 2002c, p. 164.

emerge da ordem social, promovendo “*escolha[s] significante[s] entre outras possibilidades*”⁶³⁹. Além da forma procedimental de processamento do dissenso, os direitos fundamentais, se, por um lado, estimulam-lhe a emergência, por outro, contribuem para uma congruência das comunicações e discursos, na medida em que servem à promoção das autorrepresentações pessoais, mas também da complementaridade entre estas, por meio da “civilização” de expectativas comportamentais, fazendo com que o núcleo essencial das comunicações seja compartilhado abrangentemente – por exemplo, por meio de decisões políticas (coletivamente vinculantes)⁶⁴⁰. Sob tal pondo de vista, “*o problema da diferenciação social, inclusive como problema das divergentes direções de generalização da comunicação, é o problema de referência funcional dos direitos fundamentais*”⁶⁴¹.

Pela “*inclusão jurídica sob condições de dissenso*” estrutural⁶⁴², os direitos fundamentais também permitem um equilíbrio nas relações de interdependência que envolvem a pessoa e a sociedade, o cidadão e o Estado⁶⁴³. A inclusão generalizada nos diversos sistemas funcionais reforça a afirmação da autonomia individual pelas liberdades. Por um lado, “[*o*]s direitos fundamentais de liberdade têm todos uma função de garantia da oportunidade de expressão da personalidade. Os direitos permitem a comunicação social, porque evidentemente preservam as condições da comunicação e sobretudo o ‘sujeito’ da comunicação, do que não se pode ‘separar’ sua dignidade e autonomia”⁶⁴⁴. Por outro, a inclusão nos sistemas sociais funcionalmente especializados, ao “*garantir a todos acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo*” impede “*a invasão do todo em relação ao indivíduo, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho*”⁶⁴⁵.

Uma vez generalizadas as expectativas normativas referentes à matéria dos direitos fundamentais, inclusive no âmbito das relações privadas, tais direitos podem servir à intermediação intersistêmica⁶⁴⁶, garantindo a integridade física e psicológica do indivíduo nos diversos sistemas, estruturando o posicionamento da pessoa enquanto endereço de comunicações e proporcionando assim condições para a construção de

⁶³⁹ LUHMANN, 1985b, p. 191.

⁶⁴⁰ LUHMANN, 2002c, p. 139, 142, 155.

⁶⁴¹ LUHMANN, 2002c, p. 212.

⁶⁴² NEVES, 2007b, p. 417-9.

⁶⁴³ LUHMANN, 2002c, p. 86.

⁶⁴⁴ PALOMBELLA; PANNARALE, 2002: 22.

⁶⁴⁵ LAFER, 1988, p. 127-8 (destaques no original).

⁶⁴⁶ LUHMANN, 2002c, p. 77.

racionalidades transversais entre as diversas esferas de ação e comunicação interdependentes, fortalecendo sua consistência (interna) e adequação (externa) e, então, fortificando a diferenciação funcional.

Resumindo, sob uma leitura sistêmico-teorética e tomando as tradicionais categorias de direitos humanos fundamentais, poder-se-ia interpretá-las no seguinte sentido:

- os direitos políticos servem à autolimitação do sistema político, fortalecendo sua autorreferência e sua diferenciação interna, notadamente com base nos papéis de cidadão-eleitor/político-eleito, ou seja, cindindo o sistema político em uma esfera espontânea (os cidadãos) e outra organizada (os políticos)⁶⁴⁷, bem como organizando a cisão entre governo e oposição;
- os direitos civis (direito à privacidade, direito à vida, liberdades de expressão, de religião, de associação, etc.) reforçam a diferenciação funcional ao delimitarem âmbitos sistêmicos em que é vedada a interferência do sistema político; cabe notar que o direito à igualdade⁶⁴⁸, enquanto pretensão à não-discriminação e ao tratamento igualitário também reforça a diferenciação dos sistemas, impedindo que códigos e meios de comunicação de um sistema corrompam a reprodução do outro (v.g., que o poder político valha imediatamente no âmbito econômico, que a riqueza proporcione por si só certificados escolares etc.);
- os direitos sociais, econômicos e culturais lidam principalmente com o princípio da solidariedade⁶⁴⁹, isto é, com a pretensão de inclusão das pessoas no âmbito sistêmico, no que operam com um pressuposto da diferenciação funcional (i.e., a inclusão);
- os direitos difusos trazem temáticas oriundas da reflexividade da sociedade moderna que não se limitam à diferenciação funcional (o desenvolvimento ultrapassa o sistema econômico, a inclusão digital⁶⁵⁰ não se cinde em um sistema fun-

⁶⁴⁷ Sobre esfera espontânea e esfera organizada, cf. TEUBNER, 2012, p. 88-96.

⁶⁴⁸ Cf. NEVES, 2008, p. 166-75.

⁶⁴⁹ Cf. NEVES, 2013, p. 217; 2008, p. 175-85; 2007a, p. 74-8.

⁶⁵⁰ VESTING, 2004, p. 38-9: “A internet não é um ‘sistema autônomo de comunicações’, isto é, uma forma com fronteiras claras, mas sim um novo tipo de **medium** de comunicações, baseado em um código digital por meio do qual todos os outros meios de comunicação (linguagem, imagens, som) podem ser integrados. A internet é então um

cional específico, tampouco a paz; o meio ambiente, por outro lado, denota a diferença mais ampla da sociedade, que é a diferença sociedade/ ambiente (natural), no que expressa a *re-entry* da base física, química e biológica da sociedade no plano semântico, da comunicação (social) – trata-se de uma *re-entry* da diferença no próprio sistema diferenciado, na medida em que a diferença *sociedade/ ambiente natural* é reproduzida no próprio sistema social abrangente (sociedade).

*novo 'transmeio', que, em princípio, não tem fronteiras. Isso é que faz da internet tão interessante objeto de estudo. É provável que a internet vá reestruturar as características dos meios dos sistemas funcionais e, daí, também mudar o conceito de diferenciação da sociedade moderna. Partindo dessa compreensão, pode ser desenvolvida a tese de que não haverá uma 'constituição digital', como nunca houve uma 'constituição da linguagem' juridicamente relevante. Em termos mais gerais: a rede das redes que irá emergir como resultado da internet pavimenta-se sob a assunção de **subsistemas** autônomos; uma concepção forte de 'constituições civis' não pode compreenderdê-lo". Sobre constituições civis, veja-se o próximo capítulo.*

CAPÍTULO 2

ECONOMIA, DIREITOS HUMANOS E A EMERGÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO CORPORATIVA

Este capítulo é dedicado à exposição da emergência do fenômeno que aqui se denomina de constitucionalização corporativa, vislumbreado em suas especificidades a partir da teoria dos sistemas sociais auto-poieticos. O que se enfatiza primeiramente é o papel que as organizações econômicas desempenham na estruturação da sociedade moderna e a vinculação do sistema econômico ao sistema jurídico no campo dos direitos humanos fundamentais. A constitucionalização corporativa redimensiona tal vínculo e se associa à diferenciação funcional e aos problemas dela decorrentes. Tal diferenciação desconstrói ou reposiciona categorias clássicas do pensamento político e jurídico (como a divisão entre Estado e sociedade civil, e a distinção entre direito público e direito privado); de outra parte, um constitucionalismo que leve a sério o sistema econômico e suas organizações é colocado diante de novas formas e fórmulas propostas no ideário contemporâneo – daí surgirem discursos que ressaltam a responsabilidade social corporativa, a sustentabilidade socioambiental, a governança corporativa e global como atitudes ou procedimentos para o encaminhamento de problemas até há pouco não tematizados dentro do próprio sistema econômico. Tais discursos colocam-se, então, como objeto para uma observação sociológica.

2.1 ECONOMIA, ORGANIZAÇÃO, DIFERENCIAÇÃO E EXCLUSÃO

Ao definir a sociedade moderna como sociedade mundial⁶⁵¹ diferenciada prevalentemente sob a ótica funcional, Luhmann⁶⁵² identifica uma série de (sub)sistemas sociais justapostos, cada qual operando como cadeia recursiva fechada de suas próprias comunicações, codificadas segundo “*critérios de controle próprios do sistema*”⁶⁵³ e inacessíveis diretamente aos demais sistemas. Tais “*códigos de preferência*”⁶⁵⁴ são basilares na definição da identidade desses sistemas, do que é percebido como comunicação relevante e “*irrita*”⁶⁵⁵ o sistema, nutrido sua reprodução pela produção e encadeamento de seus próprios elementos (comunicações), no processo de autopoiese. Buscando afirmar-se na concorrência com outros sistemas sociais – que fazem da sociedade moderna um “*sistema policontextural*”⁶⁵⁶ –, cada sistema parece obedecer, em linhas ge-

⁶⁵¹ LUHMANN, 2007b, p. 55: “[...] *um único sistema da sociedade mundial, que, por assim dizer, cresce ou diminui por pulsações segundo o que nele se realize como comunicação. Uma pluralidade de sociedades só seria pensável se não houvesse enlace comunicativo algum entre elas*”. Ao definir a sociedade como sistema social mais abrangente e discernir que só há comunicação nos sistemas sociais, vale lembrar a concepção de comunicação como síntese das operações seletivas de mensagem, informação e compreensão, ou seja, a referência a enunciados com sentido: “*Vistas como unidades de som a partir da comunicação, as palavras são só meios (frouxamente acopladas) da comunicação; os quais unicamente funcionam quando se acoplam aos correspondentes enunciados (formas) estabelecidos pelo sentido*”. (LUHMANN, 2007b, p. 58). Cf. também, LUHMANN, 2007b, p. 64.

⁶⁵² 2007b (especialmente).

⁶⁵³ LUHMANN, 2007b, p. 281-2.

⁶⁵⁴ LUHMANN, 2007b, p. 281.

⁶⁵⁵ LUHMANN, 2007b, p. 87.

⁶⁵⁶ LUHMANN, 2007b, p. 21. Também sob outro paradigma sociológico, é visível a concorrência entre os diversos campos da sociedade moderna: assim, sobre Pierre Bourdieu, LOYOLA (2002, p. 66-7, destaques no original) comenta: “*Com seu conceito de campo, na expressão de Löic Wacquant (Réponses, 1992), Bourdieu fez explodir a noção oca de sociedade, conferindo-lhe nova configuração. Segundo ele, uma sociedade diferenciada não forma uma totalidade única, integrada por funções sistemáticas, uma cultura comum, conflitos entrecruzados ou uma autoridade global, mas consiste em um conjunto de espaços de jogos relativamente autônomos que não podem ser remetidos a uma lógica social única, seja aquela do capitalismo, da modernidade ou da pós-modernidade. [...] Bourdieu costumava ilustrar essa sua visão de sociedade contando que quando pedia para seus estudantes desenharem um mundo social, todos faziam uma pirâmide. E que ele, substituindo uma imagem por outra, via o mundo social como um móbile de Calder, formado de pequenos universos que se balançam uns em relação aos outros, num espaço com várias dimensões*”.

rais, a um ciclo: “*diferenciação [do sistema funcional] [...] – autonomia – perda de limites inerentes – tendências expansionistas – politização [economicização, etc.] dos outros setores – risco de desdiferenciação*”⁶⁵⁷. Ao tratar da economia e da sociedade, Luhmann⁶⁵⁸ recomenda evitar considerar ambos os termos como exteriores entre si, o que leva a críticas de uma sociedade “infectada pela economia” e a consequentes compensações de déficits teóricos pelo depósito das esperanças em uma ordem social que garanta um Estado ético, a abolição das classes e novas formas de solidariedade social, contra a prostituição, a plutocracia, o fetichismo da forma-mercadoria e outras formas de reificação e economicização apontadas pelas teorias “críticas”.

Diante da proposta luhmanniana, algumas condições são impostas a uma compreensão adequada do papel dos direitos humanos fundamentais no marco de tal teoria sistêmica, condições estas a informar uma adequada concepção “constitucional” desses direitos nas ordens jurídicas de diversos níveis em que se pretende analisá-los. São essas condições alguns dos postulados da teoria sistêmica luhmanniana: 1) na sociedade moderna, caracterizada pela concorrência de sistemas funcionais autopoieticos e operacionalmente fechados, não há possibilidade de uma integração (no sentido normativo ou consensual) ou de uma coordenação central da sociedade, bem como um sistema funcional não pode, mantendo-se seu funcionamento normal (autopoietico), ser dirigido por outro⁶⁵⁹ (o que caracterizaria uma *alopoiese*⁶⁶⁰); 2) há tendências de cada sistema antes para sua expansão do que para a autocontenção⁶⁶¹; 3) decorrência dos postulados anteriores é que, afora as relações altamente seletivas de potencialização de (auto)irritações em um sistema a partir de outro (acoplamentos estruturais)⁶⁶², os ruídos provocados por um sistema funcional localizado no ambiente de outro e as pretensões expansionistas daquele têm tendências destrutivas sobre este e, por conseguinte, sobre a própria diferenciação social (problemas sistêmicos da desdiferenciação, colonização, imperialismo e corrupção), o que potencializa a exclusão em cadeia das pessoas do âmbito das prestações dos diversos sistemas sociais, exclusão esta que, circularmente, obsta a própria diferenciação funcional⁶⁶³.

⁶⁵⁷ GRABER; TEUBNER, 1998, p. 65.

⁶⁵⁸ 2013, p. 2.

⁶⁵⁹ LUHMANN, 2007b, p. esp. p. 477-9, 490, 673.

⁶⁶⁰ NEVES, 2001; 2007a, p. 127-48.

⁶⁶¹ GRABER; TEUBNER, 1998, esp. p. 65

⁶⁶² LUHMANN, 2007b, p. 617.

⁶⁶³ NEVES, 2008, esp. p. 175-85 e 236-83; LUHMANN, 2007b, p. 495-502; MÜLLER, 2009a, p. 73-5.

A integração (como “*restrição dos graus de liberdade de cada um dos sistemas parciais*”, seja por cooperação, seja – principalmente – pelo conflito, mas sempre por uma limitação recíproca entre os sistemas)⁶⁶⁴ potencializa a exclusão e mina a diferenciação funcional, de modo que o problema da sociedade moderna, em se mantendo tal forma de diferenciação como predominante, estaria em prover a adequada independência de cada sistema; portanto, em fomentar a desintegração⁶⁶⁵.

Teubner e Fischer-Lescano⁶⁶⁶ entendem que os direitos humanos fundamentais são

as contrainstituições sociais que existem dentro de subsistemas individuais [em sua reconstrução jurídica, entende-se] e restringem sua expansão a partir de dentro. Do ponto de vista da teoria dos sistemas, o papel histórico dos direitos básicos não se exaure em proteger posições legais individuais, mas primariamente consiste em assegurar a autonomia das esferas sociais contra tendências de usurpá-las.

A função de manutenção da diferenciação social atribuída aos direitos humanos os vincula também, por um lado, à questão da inclusão sistêmica das pessoas e, por outro, à desintegração dos meios de comunicação em que se funda a diferenciação funcional. Nesse cenário é que as organizações (especialmente as “corporações” – organizações empresariais –, no caso do sistema econômico) se colocam problemáticamente na sociedade moderna.

⁶⁶⁴ LUHMANN, 2007b, p. 478-9.

⁶⁶⁵ LUHMANN, 2007b, p. 479. O próprio acoplamento estrutural facilita a inclusão/exclusão em cadeia dos sistemas e o que NEVES (2008, p. 244-58) denomina de “subintegração” e “sobreintegração”. Isso ocorre, por exemplo, com o acoplamento estrutural entre educação e economia por meio de qualificações e certificados (LUHMANN, 2007b, p. 623). Por meio de acoplamento ou de corrupção, ocorre a conversão de meios de comunicação de um sistema em meios de outro sistema: “[...] a mudança para um nível diferente e para um princípio diferente de formação de sistemas torna possível, ao mesmo tempo, **converter** o meio de comunicação de uma maneira que de outro modo não se permitiria no nível da sociedade mais ampla. Por **conversão** entende-se o fato de que o ter à nossa disposição possibilidades de influência de acordo com as condições de um meio pode-se usar para ganhar influência de acordo com as condições de outro meio, por exemplo, transmutar o conhecimento em poder por meio da habilidade de averiguar e confirmar verdades que aumentam o potencial de ameaça; ou transmutar a influência baseada na propriedade ou no dinheiro em influência baseada no poder [política]”. (LUHMANN, 1995b, p. 141-2, destaques no original)

⁶⁶⁶ 2008, p. 27.

Luhmann⁶⁶⁷ nota que uma crescente presença das organizações nos sistemas funcionais (e mesmo fora de seus limites) pode reforçar a exclusão das pessoas do âmbito desses sistemas (e, por fim, da sociedade), já que, enquanto os sistemas funcionais tendem ao lado positivo da forma inclusão/ exclusão, as organizações tendem ao lado negativo, distinguindo membros e não membros. Além dos acoplamentos estruturais, destacam-se como possibilidades de uma comunicação (mediata) intersistêmica os acoplamentos operativos e as organizações (estas permitem “*transpor os limites internos*” dos sistemas funcionais)⁶⁶⁸. Mas, ao que parece, enquanto o acoplamento estrutural não provoca desdiferenciação (se provoca, já se torna corrupção), as organizações podem atuar mais fortemente nesse sentido, e os acoplamentos operativos existem tanto de forma construtiva quanto de forma destrutiva da diferenciação funcional. Nota-se que as organizações se formam também fora dos sistemas funcionais, mas principalmente existem dentro destes, caso em que se voltam “*para a realização das operações próprias da organização e para a execução do primado da função do sistema funcional*”⁶⁶⁹. Destaca-se que “*as organizações são os únicos sistemas sociais [todos autopoieticos] que podem comunicar-se com seu ambiente. Nem sequer os sistemas funcionais são capazes disso*”⁶⁷⁰. Assim, por um lado podem forçar à desdiferenciação (embora Luhmann não enfatize tal hipótese); por outro, “[*a*]s organizações substituem dependências sociais externas pelas dependências autoproduzidas” e “*as organizações possibilitam interdependências sociais compatíveis com a autopoiese e com a clausura operativa dos sistemas funcionais; inclusive as pressupõem como condição de individualizar o processo de recrutamento e a distribuição de pessoas nos postos de trabalho*”⁶⁷¹.

As pretensões expansivas de qualquer sistema social (no caso de Luhmann, qualquer pessoa, organização ou sistema funcional) deságuam em fenômenos como o “imperialismo” ou “colonização” de um sistema sobre o outro⁶⁷², como instrumentalização de um sistema por outro⁶⁷³, como “corrupção” de um sistema pelo outro⁶⁷⁴; enfim, como desdiferenciação funcional⁶⁷⁵. O diagnóstico da tendência à expansivida-

⁶⁶⁷ 2007b, p. 669.

⁶⁶⁸ Cf. LUHMANN, 2007b, esp. p. 480-1, 625.

⁶⁶⁹ LUHMANN, 2007b, p. 667.

⁶⁷⁰ LUHMANN, 2007b, p. 668.

⁶⁷¹ LUHMANN, 2007b, p. 656.

⁶⁷² HABERMAS, 1999, esp. p. 12 e 350.

⁶⁷³ NEVES, 2009a, p. 42-51.

⁶⁷⁴ LUHMANN, 2007b, p. 262, 664, 861.

⁶⁷⁵ LUHMANN, 2007b, p. 481; 2002b, p. 59.

de de todos os sistemas (desde os indivíduos até os sistemas funcionais, como política e economia, e as organizações) distinguiu a teoria sistêmica luhmanniana de outras teorias dos sistemas, que descreviam uma busca, por parte de cada sistema, apenas por sua manutenção. Por isso é que tal expansionismo dos sistemas funcionais é o problema-chave ao qual se remete a constitucionalização societal (item 2.3., neste capítulo). Particularmente, a ideia de constitucionalização corporativa faz referência à autocontenção do sistema funcional econômico e das organizações que o reproduzem (notadamente as organizações empresariais, aqui alcunhadas de corporações).

Luhmann⁶⁷⁶ concebe uma transição evolutiva dos tipos predominantes de diferenciação social: diferenciação segmentária (em unidade iguais, como famílias, aldeias), centro/ periferia (em unidades desiguais em suas relações, cuja desigualdade é condição e resultado dessas relações), estratificação (em estamentos, castas)⁶⁷⁷ e diferenciação funcional (formação de sistemas autopoieticos com função especializada perante a sociedade: economia, saúde, ciência, direito, arte, etc.). Essa evolução reflete certa estabilidade no domínio de uma ou outra forma de diferenciação, a qual, na condição de forma dominante, regula as configurações possíveis das demais formas⁶⁷⁸, controla as “*mútuas referências entre os sistemas parciais e suas interdependências*”⁶⁷⁹ e limita estruturalmente as possibilidades no interior da sociedade, isto é, as variações possíveis, selecionáveis e estabilizáveis⁶⁸⁰. Porém, as próprias distinções em que se baseia essa evolução – esquema no qual uma formação social típico-ideal é descrita em comparação com outra(s) – são uma construção do observador que simplifica extremamente o curso dos processos históricos em suas diferentes localizações⁶⁸¹. Por outro lado, características de uma forma dominante de diferenciação podem subsistir longamente, mesmo quando tal forma, não deixando de existir, perde seu caráter predominante. É o caso, por exemplo, de uma semântica típica da estratificação, de um discurso descritivo (ou prescritivo) que ainda tem longo alcance, seja no plano da sociedade funcionalmente diferenciada, seja no nível de suas

⁶⁷⁶ 2007b, p. 325-686.

⁶⁷⁷ As classes não se encaixariam totalmente na estratificação típica. Vale notar que, para LUHMANN (2007b, p. 543), “*A estratificação tampouco surge da decomposição de um todo em partes – como ordinariamente se representa este processo –, mas da diferenciação e fechamento do estrato superior*”.

⁶⁷⁸ LUHMANN, 2007b, p. 484.

⁶⁷⁹ LUHMANN, 2007b, p. 491.

⁶⁸⁰ LUHMANN, 2007b, p. 488.

⁶⁸¹ LUHMANN, 2007b, p. 487.

organizações: tal é a semântica em que “*a hierarquia se descreve como ordem de escalonamento objetivo na qual qualquer um pode ocupar tão só uma posição e [...] a ordem das posições se preenche semanticamente com suposições sobre as diferentes qualidades (natura) ou diferentes expectativas (moral)*”⁶⁸².

A análise evolucionária de Luhmann não configura uma sequência linear⁶⁸³ pela qual toda unidade espacial segmentariamente delimitada – seja um Estado, seja uma região do planeta ou uma “civilização” – tenha que passar, até porque a comunicação entre essas unidades (e sobre elas) tendeu a se intensificar ao longo da história, culminando com o surgimento de uma sociedade mundial complexa, com o predomínio da diferenciação funcional. Assim, um país ou um povo conhece outros países ou povos, o que limita quantitativamente as possibilidades de desenvolvimentos autóctones⁶⁸⁴. Não é possível, porém, a passagem direta de uma forma de diferenciação capaz de estruturar muito pouca complexidade – como a diferenciação segmentária – a uma sociedade funcionalmente diferenciada, surgindo daí a esquematização de uma provável evolução rumo a formas crescentemente capazes de estruturar a complexidade social e introduzir desigualdades e diferenças no plano da autopoiese social⁶⁸⁵.

Cabe retomar o entendimento de que a estruturação da complexidade social implica não só gerar um maior número de possibilidades (variação) cuja reprodução pode ser assegurada por estruturas do sistema (seleção) e perenizada (estabilização), mas também pressupõe certas “*aquisições evolutivas capazes de reduzir a complexidade*” percebida dentro do sistema, tais como a escrita, a moeda e a burocracia (como forma de organização)⁶⁸⁶. Em certos casos, mesmo “*desdiferenciações estruturais*” são necessárias: uma sociedade altamente diferenciada necessita de sistemas que, em sua autorreferência, simplifiquem certas estruturas e tornem-se indiferentes – pela regra da igualdade, por exemplo – quanto a papéis sociais alheios aos códigos e programas específicos do sistema e em face de outras situações enfiçadas em referências pessoais, como o parentesco⁶⁸⁷.

A mudança das formas predominantes de diferenciação funcional transforma a semântica de autodescrição da sociedade⁶⁸⁸. Para Luhmann⁶⁸⁹,

⁶⁸² LUHMANN, 2007b, p. 540 (destaque no original).

⁶⁸³ *Idem*.

⁶⁸⁴ LUHMANN, 2007b, p. 488.

⁶⁸⁵ LUHMANN, 2007b, p. 487-8.

⁶⁸⁶ LUHMANN, 2007b, p. 488.

⁶⁸⁷ LUHMANN, 2007b, p. 488.

⁶⁸⁸ LUHMANN, 2007b, p. 845.

“as formas de diferenciação são regras de repetição das diferenças de inclusão/ exclusão dentro da sociedade”. A forma inclusão/ exclusão assinala, de um lado, a *“oportunidade de que as pessoas sejam consideradas socialmente”*⁶⁸⁹ e, de outro, *“no âmbito da exclusão [os seres humanos] parecem importar unicamente como corpos”*⁶⁹¹. Se os indivíduos e seus respectivos *“processos celulares, orgânicos e psíquicos”* permanecem sempre no entorno da sociedade, a inclusão das pessoas, *“como marcas de identidade às quais alguém se refere no processo de comunicação”*, é condição de possibilidade de estas participarem da comunicação e ocuparem posições e papéis (nos diversos sistemas funcionais) que viabilizem as autopoieses respectivas, permitindo a complementaridade de expectativas no plano da reprodução da sociedade⁶⁹². De certo modo, enquanto complementaridade dos papéis sociais, a diferença aparece então como condição para a comunicação. A inclusão, porém, a antecede logicamente, ao pressupor a possibilidade de uma pessoa participar das comunicações na sociedade, expressando-as como informações, difundindo-as na forma de mensagens ou recebendo-as e compreendendo-as.

Em toda forma de diferenciação social, *“a regulação da inclusão é deixada nas mãos dos sistemas parciais”*⁶⁹³. Na modernidade, a diferenciação dominante não é a segmentária (embora continuem existindo famílias, Estados, etc.) nem a estratificada, mas sim a funcional, do que decorre que a principal forma de inclusão é a de inclusão nos sistemas funcionais⁶⁹⁴. Entende-se que todas as pessoas *“[d]evem poder participar em todos os sistemas funcionais dependendo de em que âmbito funcional e sob que código se introduz sua comunicação”*⁶⁹⁵.

É importante discernir os argumentos que Luhmann levanta para afirmar a primazia, na atualidade, da diferenciação funcional em relação à diferenciação estratificada, o que o leva a negar o diagnóstico da “sociedade de classes”, embora jamais negue totalmente a persistência desse princípio de diferenciação. Nas sociedades mais simples, organizadas segmentariamente, as possibilidades de mobilidade social são escassas, já que a pessoa pertence invariavelmente a um ou outro segmento⁶⁹⁶.

⁶⁸⁹ 2007b, p. 493.

⁶⁹⁰ LUHMANN, 2007b, p. 492.

⁶⁹¹ LUHMANN, 2007b, p. 501.

⁶⁹² LUHMANN, 2007b, p. 492.

⁶⁹³ LUHMANN, 2007b, p. 495.

⁶⁹⁴ Cf. a análise do RIBEIRO (2013) sobre as diferenças na realização da diferenciação funcional e da inclusão em termos regionais globais.

⁶⁹⁵ LUHMANN, 2007b, p. 495.

⁶⁹⁶ LUHMANN, 2007b, p. 493.

Já com o predomínio da diferenciação estratificada (sociedades hierárquicas “pré-modernas”), a passagem de um sistema a outro significaria mudar de estamento ou casta, o que é altamente improvável, já que tal ou tais sociedade(s) considera(m) amplamente, em seus diversos âmbitos de comunicação, a posição social do indivíduo, que limita o grau de sua inclusão e sua capacidade comunicativa – de ser levado em conta pela sociedade, como sujeito (observador) ou referente (observado) das comunicações. A estratificação é o princípio de organização social que vincula os futuros papéis do indivíduo densamente entre si e que delimita restritivamente o campo de suas possibilidades a partir de seu passado, isto é, da origem familiar⁶⁹⁷.

Mas se a diferenciação funcional “*não se apoia (antes as destrói) em diferenciações segmentárias nem em diferenciações de estrato [...]*”, é certo que a sociedade de estamentos “*ao começo favorece a transição até a diferenciação funcional. A diferenciação estratificada possibilita uma concentração de recursos no estrato alto do sistema – e isso não só em um sentido econômico, mas também nos meios do ‘poder’ e ‘verdade’*”⁶⁹⁸.

A “sociedade de classes” apresenta contornos que não permitem identificá-la com as sociedades estratificadas típicas, como a ordem feudal. No capitalismo já não há um princípio estamental pelo qual a origem social do indivíduo determine invariavelmente sua identidade e futuros posicionamentos na hierarquia da sociedade. Dentre as mais notáveis diferenças, está a de que o direito na “sociedade de classes” (capitalista) assegura a regra da igualdade formal de todos perante a lei e, portanto, estabelece certa indiferença de um sistema social (e.g., a educação) com relação ao outro (e.g., a economia): a posição e os papéis de uma pessoa em um sistema não vinculam sua condição no outro sistema. Essa igualdade formal permite que qualquer um, qualquer que seja sua condição econômica, estude em qualquer escola ou universidade desde que obedeça ao código e aos programas do sistema educacional. Até aqui a descrição corresponde tanto à semântica da “sociedade de classes” (MARX) quanto à da “*sociedade funcionalmente diferenciada*”⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Uma sociedade estratificada diferencia as pessoas pelo seu *status*, que as identifica em uma essência praticamente imutável, “*de acordo com sua origem e qualidade*” (LUHMANN, 2007b, p. 495).

⁶⁹⁸ LUHMANN, 2007b, p. 561.

⁶⁹⁹ Para LUHMANN (2007b, p. 612): “*Embora a mudança que vai da estratificação à diferenciação funcional modifique a forma de diferenciação da sociedade, de nenhuma maneira elimina os estratos. Segue havendo enormes diferenças entre ricos e pobres, e como sempre estas diferenças provocam seus efeitos nas formas de vida e no*

Entretanto, na visão de Luhmann, a descrição de Marx tentaria aproximar a “classe” da casta e do estamento como formas de estratificação, o que se faz, por exemplo, pelo “truque” de focar apenas duas classes, subestimando outras categorias profissionais como a pequena burguesia e os funcionários públicos⁷⁰⁰. Mais propriamente, a “sociedade de classes” seria uma estrutura e uma semântica de transição entre a sociedade predominantemente diferenciada por estratos e a sociedade em que domina a diferenciação funcional⁷⁰¹, hoje vagamente realizada na maior parte da sociedade mundial, e razoavelmente efetiva apenas em algumas porções dessa sociedade⁷⁰². Isso porque, ao contrário do capitalismo que se configura principalmente desde o século XIX, a sociedade hierárquica, estratificada, “*representa-se como ordem de estratos e quando a ordem sem diferença de estratos é inimaginável*”⁷⁰³. A própria gênese do socialismo marxista representa a ruptura com essa ordem, assim como o advento da estratificação como forma dominante de diferenciação romperá “*forçosamente com a ideia [da sociedade segmentária] de que a sociedade mesma é um tecido de parentesco*”⁷⁰⁴.

acesso às oportunidades sociais. O que mudou é que isso não representa mais a ordem visível da sociedade como tal: já não é a ordem sem a qual não haveria ordem de nenhuma índole. Daqui que a estratificação perca sua capacidade de legitimar sem alternativa e se veja confrontada desde o século XVIII com o postulado da igualdade de todos os seres humanos, ante o qual tem-se que medir as desigualdades e em determinado caso justificar-se funcionalmente. Semanticamente esta transformação se registra na passagem do conceito estratificatório de estamento ao conceito estratificatório de classe social – o qual marca com maior nitidez a simples arbitrariedade da divisão. Mas mesmo dentro da estratificação que já não é estamental o processo continua, sobretudo na desapareção das camadas superiores urbanas – conhecidas na cidade. Nas últimas décadas parece, ademais, haver-se afrouxado o poder da estratificação sobre a conduta individual de modo que os sociólogos preferem já não falar de estratificação, mas de desigualdade social. Pode ser que isso tenha a ver com desenvolvimentos no âmbito das famílias, da cultura dos jovens e das relações geracionais; mas também põe de manifesto a decadência dos tipos de carreiras estandardizadas que em grande medida ainda se estabeleciam por origem”.

⁷⁰⁰ LUHMANN, 2007b, p. 486.

⁷⁰¹ A partir de meados do século XIX, “*tem sentido realmente substituir a descrição da sociedade da semântica de diferenciação baseada na ordem necessária dos estratos com a fatalidade problemática de uma já insustentável diferença de classes. [...] Na lógica do capital/ trabalho, a velha forma de diferenciação por estratos não encontra lugar. Desde o último terço do século XVIII se fala cada vez mais de classes sociais e Marx aplicará esta terminologia à distinção entre capital e trabalho*” (LUHMANN, 2007b, p. 577).

⁷⁰² NEVES, 2008, esp. p. 259-83; MÜLLER, 2002.

⁷⁰³ LUHMANN, 2007b, p. 538.

⁷⁰⁴ LUHMANN, 2007b, p. 539.

Outra diferença entre as visões de Marx e Luhmann diz respeito, de um lado, ao esquema infraestrutura/ superestrutura e, de outro, ao caráter policêntrico ou “*acêntrico das sociedades que se adaptaram em seu todo à diferenciação funcional [...]*”⁷⁰⁵ (por um raciocínio lógico, nas regiões e localidades não adaptadas “em seu todo”, isto é, prevalentemente, à diferenciação funcional, o princípio da “classe” teria uma força mais significativa). Para Marx, há uma centralidade do sistema econômico, que fere a realização da igualdade: a posição e o papel do indivíduo nas relações de produção (proletário ou capitalista) regulam (determinam ou condicionam) as formas de sua inclusão em todas as demais esferas, raciocínio que segue a ideia de que

*[a] totalidade dessas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência*⁷⁰⁶.

Em uma fase anterior de seu pensamento, no seu livro sobre sociologia do direito (*Rechtssoziologie I*) publicado em 1972, Luhmann⁷⁰⁷ parecia concordar com o diagnóstico de Marx, que teria identificado um dos caracteres essenciais da modernidade: a passagem da política à economia como esfera com predominância na estrutura e na determinação de sentido na sociedade.

Em sua produção teórica posterior, Luhmann ressaltou o caráter policêntrico da sociedade moderna – mundial e funcionalmente diferenciada. Nesse sentido, preferiu a descrição da sociedade moderna (mundial) como “*sociedade (hiper)complexa e funcionalmente diferenciada*” em lugar da teorização da “sociedade de classes”, que “*agora não significa mais que descrever a sociedade toda desde a perspectiva particular da economia*”⁷⁰⁸. Por outro lado, Luhmann afirma que a diferenciação funcional “*de nenhuma maneira elimina os estratos*”⁷⁰⁹ e

⁷⁰⁵ HABERMAS, 2000, p. 518.

⁷⁰⁶ MARX, 1999, p. 52.

⁷⁰⁷ 1983, p. 23.

⁷⁰⁸ LUHMANN, 2007b, p. 577.

⁷⁰⁹ LUHMANN, 2007b, p. 612.

*agora – como antes – reproduzem-se diferenças tão marcadas nas oportunidades de vida, mesmo quando a forma de diferenciação da sociedade já não depende disso. E a resposta é que isso constitui obviamente um produto secundário da racionalidade operativa dos diversos sistemas funcionais – e, sobretudo, do sistema econômico e do sistema educativo*⁷¹⁰.

As organizações (com sua distinção membro/ não membro) na economia continuam reiterando a exclusão, com desdobramentos relativamente aos demais sistemas funcionais⁷¹¹.

Na análise marxista, a “classe”, fundada pela distinção econômica e política burguesia/ proletariado ou capital/ trabalho, determinaria ou condicionaria fortemente a posição do indivíduo nas demais esferas sociais (educação, saúde, etc.), diagnóstico que não apresenta grandes diferenças em relação ao que Luhmann descreve nas regiões de alta exclusão social, apenas contrastando com as regiões plenamente diferenciadas segundo a diferenciação funcional – quantitativamente restritas, dificilmente delimitáveis e intermitentes, principalmente se se considerar uma escala de observação reduzida – considerando, por exemplo, os bairros de uma cidade, em vez de países ou continentes. O esquema da “classe” também é criticado por Luhmann⁷¹² por reduzir-se a uma ampliação macroeconomicamente conduzida dos papéis sociais no interior de uma fábrica para a posição do indivíduo na sociedade, o que teria sofrido uma corrosão de plausibilidade porque “o paradigma da fábrica perdeu desde muito sua importância”.

Por outro lado, Luhmann apresenta argumentos mais plausíveis – fundados em ferramentas de sua construção teórica sobre a autopoiese dos sistemas sociais – para refutar a ideia de classe na sociedade global atual, analisada quase que totalmente na escala dos países e regiões do mundo, o que pressupõe certo esquematismo e homogeneização, suscitando sempre a problemática da tipificação da observação e da construção do conhecimento.

Luhmann⁷¹³ critica Parsons, que relacionava “maior diferenciação e maior generalização das bases simbólicas, particularmente daque-

⁷¹⁰ LUHMANN, 2007b, p. 613.

⁷¹¹ “Os limites daquilo que pode ser alcançado já não são então vivenciados como necessidades e provações prescritas por Deus, tampouco são regulamentadas por limites rígidos de classe, que estabelecem uma situação que restringe com quem e em que coisas as pessoas podem praticamente se comparar. [...] Em vez disso, as limitações são sofridas como consequência da ausência do poder de compra”. (LUHMANN, 2005d, p. 135)

⁷¹² 2007b, p. 837.

⁷¹³ 2007b, p. 673.

les ‘valores’ com os quais a sociedade trata de formar sua unidade”. Para Luhmann⁷¹⁴, qualquer integração por vias normativas, tanto morais quanto culturais, é mais difícil quanto mais complexa a sociedade. Como já citado, na teoria dos sistemas autopoieticos, compreende-se a integração como “redução dos graus de liberdade dos sistemas parciais”, seja por cooperação, seja – principalmente – pelo conflito, mas sempre por uma limitação recíproca entre os sistemas⁷¹⁵. A sociedade moderna, na qual predomina a diferenciação funcional, estaria altamente desintegrada se se adotasse o conceito clássico de integração; isso porque “em seu interior já não pode haver acordo sobre qualquer princípio unitário substancial”⁷¹⁶. De outro modo, porém, entendendo-se integração como “restrição dos graus de liberdade de cada um dos sistemas parciais” pelos demais, o diagnóstico é de que “a sociedade moderna está hiperintegrada” e sobreirritada⁷¹⁷, havendo uma irritação permanente e intensa entre os diversos sistemas sociais, inclusive pelo desenvolvimento de acoplamentos estruturais, irritação esta irregular pelo sistema social global – a sociedade (mundial) –, que já não apresenta, como uma sociedade hierárquica, uma última instância de coesão social⁷¹⁸.

Além de sobreirritada, a sociedade moderna tem “canais de irritação” que “parecem absorver demasiados problemas, mas, ao mesmo tempo, não os suficientes”⁷¹⁹. Sobretudo, a falta de uma “instância central” ou “centro de direção”⁷²⁰ competente para fornecer uma última solução para seus problemas permite a diferenciação sistêmica e forma uma sociedade “sem cúpula e sem centro”⁷²¹ que depende de que cada sistema funcional individualmente se sinta afetado e reaja “com base em sua própria memória e no marco de suas próprias possibilidades operativas. A sociedade mesma não é capaz de agir”⁷²².

⁷¹⁴ 2007b, p. 477.

⁷¹⁵ LUHMANN, 2007b, p. 478-9.

⁷¹⁶ LUHMANN, 2007b, p. 490.

⁷¹⁷ LUHMANN (2007b, p. 625): “A tese é: a passagem a essa forma de diferenciação [a diferenciação funcional] eleva a irritabilidade da sociedade e aumenta sua capacidade de reagir rapidamente às mudanças do ambiente, ainda que ao mesmo tempo isso se pague renunciando em grande medida à coordenação das irritações. A esta descoordenação das irritações a sociedade só pode reagir de novo irritando-se – e não mediante uma solução centralmente supervisionada do problema de sobreirritação”.

⁷¹⁸ *Idem*.

⁷¹⁹ LUHMANN, 2007b, p. 630.

⁷²⁰ LUHMANN, 2007b, p. 636.

⁷²¹ LUHMANN, 2007b, p. 637.

⁷²² LUHMANN, 2007b, p. 636.

Na sociedade funcionalmente diferenciada, “o sistema total [sociedade] renuncia a estabelecer uma ordem de relações (por exemplo, o estrato [ou a classe]) entre os sistemas de função”⁷²³, assim como cada sistema autopoietico não pode controlar seu entorno (a não ser por meio de sistemas organizacionais) e somente é capaz de irritar os demais sistemas parciais que estão no seu ambiente: o fechamento operativo do sistema permite “alta compatibilidade com a desordem do [seu] entorno. Excedente de irritação e falta de um controle último caracterizam essa sociedade”⁷²⁴. Embora seja possível controlar os acoplamentos estruturais e absorver e processar as irritações, o entorno pode inutilmente seguir sendo intransparente, supercomplexo e incontrolável”⁷²⁵. A desigualdade entre os sistemas funcionais gera inquietação, que reforça o fechamento autopoietico de cada um e aumenta a imensurabilidade e insegurança dos processos sociais⁷²⁶. Tal diagnóstico rejeita a semântica da “sociedade de classes” dos séculos XIX e XX, que teria encoberto “as consequências gravíssimas da diferenciação funcional”, o que lhe permitia visualizar uma ordem total de coordenação da sociedade, já não mais vigente, sobre a qual se apoiaria a possibilidade da revolução⁷²⁷.

⁷²³ LUHMANN, 2007b, p. 591.

⁷²⁴ LUHMANN, 2007b, p. 625.

⁷²⁵ LUHMANN, 2007b, p. 610.

⁷²⁶ “A diferenciação funcional não garante então, de nenhuma maneira, iguais oportunidades para todos os sistemas de função: o mesmo para a economia que para a religião, o mesmo para o direito que para a arte. Tampouco se pode justificar no sentido da divisão de trabalho por ganhos de bem-estar. Antes se trata de uma forma mediante a qual a sociedade se reproduz mesmo sob condições de grande intransparência e incalculabilidade internas. O fechamento operativo engendra inquietude e a inquietude engendra fechamento operativo” (LUHMANN, 2007b, p. 610-1).

⁷²⁷ LUHMANN, 2007b, p. 702-3. A persistência da semântica da “sociedade de classes” (ligada ao princípio da estratificação, mas já mais frouxamente do que nas sociedades estamentais) quando já se verificava uma transição do padrão predominante de diferenciação da sociedade rumo à diferenciação funcional é aclarada pelas considerações de LUHMANN (2007b, p. 706-7): “Mesmo no caso de se verificarem mudanças radicais em sua estrutura, a sociedade não pode transformar de imprevisto o que sabe e diz sobre si mesma para voltar assim a começar sem pressupostos. Deve perceber o novo em contextos velhos para logo poder em absoluto especificá-lo. Pode, por exemplo, conservar as designações e substituir subrepticamente os contraconceitos que se desenham como distinções [...]. Precisamente em períodos de mudanças estruturais drásticas, faz-se necessário ter em conta os resíduos da tradição – os quais podem unicamente eliminar-se de maneira gradual na medida em que se logra ver a diferença entre mundo pensado e mundo de agora. Também a sociedade moderna, como veremos amplamente, descreve-se a si mesma primeiro historicamente para logo poder assim separar-se de sua história. Aceita alguns conceitos que são como cheques em branco para um futuro aberto e só gradualmente se poderão incluir novas ir-

A predominância da diferenciação funcional na sociedade moderna não é suscetível de uma prova cabal e apenas indica que essa forma de diferenciação, embora não exclua a existência demais (segmentária, centro/ periferia e estratificada/ hierárquica), é atualmente a mais decisiva, limitando-se dentro de seus parâmetros as possibilidades de variação no desenvolvimento da sociedade. É a diferenciação funcional que “*regula as possibilidades de realização*” e constitui o aspecto atual das diferenças de classe e de centro/ periferia⁷²⁸ (caso admitidas enquanto categorias de observação e descrição).

O diagnóstico de Luhmann sobre a sociedade moderna mundial como prevalentemente diferenciada segundo sistemas funcionais autopoieticos preside sua descrição sobre a forma inclusão/ exclusão nesse tipo de sociedade, descrição esta que o acaba levando a avaliar uma grande presença da estratificação na diferenciação funcional⁷²⁹ e o faz admitir

*que a variável inclusão/ exclusão em algumas regiões do globo terrestre está a ponto de tomar o papel de metadiferença para mediatizar os códigos dos sistemas funcionais. Se a distinção válido/ inválido (juridicamente) [ou lícito/ ilícito] tem alguma consequência e se é manejada de acordo com os programas internos do direito, depende em primeiro lugar de uma filtração prévia de inclusão/ exclusão; não só no sentido de que os excluídos estão também excluídos do direito, mas no sentido de que outros – especialmente a política, a burocracia, a polícia e que dizer dos militares – decidem discricionariamente se obedecem ou não à lei. Mesmo que isso não leve à eliminação total da autopoiese do direito (impensável nas condições presentes), sim conduz a uma insegurança considerável das expectativas e a um contínuo orientar-se por outros fatores [não jurídicos]*⁷³⁰.

Se isso se verifica especialmente – embora de maneira alguma exclusivamente – em *algumas regiões do globo*, Luhmann, por um lado, critica as “*análises do sistema mundial com respeito à diferença entre centro e periferia*” por “*uma valoração excessiva da continuidade histó-*

ritações e, com estas, novas experiências; e só assim se tornará possível substituir os últimos restos da semântica da tradição europeia”.

⁷²⁸ LUHMANN, 2007b, p. 484-5. LUHMANN (2007b, p. 484) aponta que “*as mesclas de várias formas de diferenciação são típicas e até necessárias para a evolução; entretanto, as mudanças espetaculares só aparecem quando se substituem as formas dominantes*”.

⁷²⁹ LUHMANN, 2007b, p. 612-5.

⁷³⁰ LUHMANN, 2007b, p. 501.

*rica dos problemas sequenciais de certos tipos*⁷³¹. Por outro lado, admite que em determinadas regiões do mundo, a diferenciação social em grandes sistemas funcionais não existe⁷³² e, mesmo onde tal diferenciação se desenvolveu:

*Claro que o primado da diferenciação funcional não inclui a troca das diferenciações por segmentos ou por estratos. Ao contrário: aumentam as possibilidades de segmentação, por exemplo, mediante as organizações [que excluem por distinguirem entre membros e não membros] e, com a complexidade do sistema social, as desigualdades se autoamplificam – entre países industrializados e países em desenvolvimento, por exemplo*⁷³³.

É certo que “*a sociedade moderna está estabelecida como sociedade mundial, [...] era e segue sendo um sistema funcionalmente diferenciado, cujo rendimento próprio se deve à autonomia dos sistemas funcionalmente diferenciados, sem poder combinar-se com nenhum tipo de regulação central*”⁷³⁴. Por outro lado, embora os sistemas funcionais reproduzam-se no plano mundial, independentemente de fronteiras, é possível visualizar discrepâncias regionais quando se observam as segmentações em países (ou Estados, como centro do subsistema político) – na economia, por exemplo, há uma divisão do trabalho entre países com mão de obra altamente qualificada e países com mão de obra “desqualificada”, mais explorável. Quanto mais generalizada a inclusão em determinado segmento da sociedade mundial, tanto mais a participação das pessoas em cada sistema ganha autonomia (separação de papéis) e torna-se uma questão individual⁷³⁵, tal como preceituada pela ideologia liberal:

⁷³¹ LUHMANN, 2007b, p. 485.

⁷³² LUHMANN, 2007b, p. 639, dando o exemplo do Brasil.

⁷³³ LUHMANN, 2007b, p. 615. Não se pode afirmar, como faz EISENSTADT (2000, p. 6), que a permeabilidade dos centros pelas periferias e vice-versa venha a apagar tal distinção, mas parece que pode vir a reforçá-la, embora os países possam “centralizar-se” ou “periferizar-se” estrutural ou conjunturalmente.

⁷³⁴ LUHMANN, 2007b, p. 858-9.

⁷³⁵ LUHMANN (2007b, p. 495-6): “*Em princípio cada qual deve ser sujeito de direito e dispor de renda suficiente para poder participar na economia. Cada qual participando nas eleições políticas deve poder reagir a suas experiências com a política. Cada qual – até onde dê – deve cursar ao menos os graus elementares nas escolas. Cada qual tem o direito a um mínimo de benefícios sociais, ao serviço de saúde, a uma sepultura legal. Cada qual pode casar-se sem necessidade de autorizações. Cada qual pode eleger uma confissão religiosa – ou renunciar a ela. E se alguém não aproveita suas oportunidades de participar nas inclusões, isso se lhe atribui individualmente*”.

“tanto os programas como o acesso a papéis (carreiras profissionais) dependem de decisões [e] a determinação por origem deve ser trocada pela determinação por decisão”⁷³⁶ (autonomia). Nessas condições de inclusão generalizada, os acoplamentos dos seres humanos aos sistemas funcionais, que os fazem ser considerados pessoas, “mudam de momento a momento” e a inclusão depende “de oportunidades de comunicação altamente diferenciadas, as quais já não podem coordenar-se entre si de maneira segura, nem muito menos duradoura”⁷³⁷. Cada sistema, com seus códigos e programas, estabelece as condições de inclusão/ exclusão de seus participantes.

Nessa perspectiva, a semântica dos direitos humanos, em sua versão do século XVIII, teria uma função ideológica, condensando e articulando os valores de igualdade e liberdade quando, já desde então, “todas as limitações e desigualdades se determinam unicamente pelos códigos e programas dos sistemas particulares (encarregados de uma função), e porque para isso já não existem diretivas da sociedade total”⁷³⁸. Por outro lado, os direitos humanos representam, de fato, um rompimento com a semântica da estratificação, que se fundamenta(va) “em uma diferença sensível: aquela de nobreza/ gente comum. Há seres humanos com *dignitas* e seres humanos sem *dignitas*”⁷³⁹. O discurso (jus)humanista, portanto, reforça o entendimento da exclusão como “problema estrutural, precisamente da sociedade moderna” – isto é, a desigualdade é problematizada em níveis inéditos na autodescrição dessa sociedade.

A função ideológica dos direitos humanos estaria assim, de modo paradoxal mas verossímil, no encobrimento, na invisibilização do problema da desigualdade ou da exclusão, podendo “despertar-se a ilusão de um estado de inclusão nunca antes logrado”⁷⁴⁰. É o que se tem principalmente pela previsão no direito positivo da igualdade de todos perante a lei. Deve-se, obviamente, sopesar a negatividade dessa semântica, a qual, mesmo quando predominantemente inconcretizada e simbólica, impulsiona o reconhecimento da exclusão e da desigualdade e as lutas pela travessia ao lado positivo dessas formas⁷⁴¹. Para Luhmann⁷⁴², porém, a semântica dos direitos humanos – bem como a do “domínio de classe”

⁷³⁶ LUHMANN, 2007b, p. 612.

⁷³⁷ LUHMANN, 2007b, p. 495.

⁷³⁸ LUHMANN, 2007b, p. 498.

⁷³⁹ LUHMANN, 2007b, p. 555 (destaques no original).

⁷⁴⁰ LUHMANN, 2007b, p. 499.

⁷⁴¹ NEVES, 2007a, esp. p. 51-4; 2007b, esp. p. 415.

⁷⁴² 2007b, p. 500.

ou da “estratificação” – não descreve a questão da desigualdade ou da exclusão em sua real e moderna complexidade.

Na sociedade moderna funcionalmente diferenciada, pois, a exclusão gera efeitos de integração negativa entre os sistemas, pela qual se reforça a limitação e o condicionamento recíproco entre estes,

[j]á que a exclusão real de um sistema (sem trabalho, sem rendas monetárias, sem papéis, sem relações íntimas estáveis, sem acesso a contratos e a uma proteção jurídica garantida pela corte, sem possibilidade de distinguir campanhas políticas eleitorais de acontecimentos carnavalescos; com analfabetismo e fornecimento insuficiente de remédios e alimentos) reduz o que nos outros sistemas se pode realizar, além de definir mais ou menos boa parte da população – a qual, por sua moradia, se faz separada e por isso mesmo torna-se invisível⁷⁴³.

Essa configuração moderna da exclusão é também produto da diferenciação funcional: sob essa forma de diferenciação, onde há inclusão generalizada, a autopoiese de cada sistema funcional é melhor garantida; onde há exclusão generalizada, aumenta a integração e diminui a autonomia dos sistemas entre si: a exclusão em cada sistema tende a aprofundar-se por processos similares a “*feedbacks* positivos” e a determinar a exclusão dos outros múltiplos sistemas funcionais⁷⁴⁴. Essa “amplificação recíproca das exclusões” faz da diferenciação funcional uma forma de organização social precária e de capacidade limitada para lidar com o problema da exclusão⁷⁴⁵, uma vez que, no funcionamento autopoético de cada sistema, “*os correspondentes entornos internos da sociedade, entre os quais também se encontra a estratificação – já só se percebem como ruído irritante, como interferências ou oportunidades*”⁷⁴⁶.

Embora em uma sociedade funcionalmente diferenciada a conjugação apenas de valores positivos (rico, belo, bom, sábio, saudável) ou apenas de valores negativos seja contingente⁷⁴⁷, isso é tanto mais certo quanto maior for o grau de inclusão. Do contrário, a exclusão de um sis-

⁷⁴³ LUHMANN, 2007b, p. 500.

⁷⁴⁴ LUHMANN, 2007b, p. 500.

⁷⁴⁵ LUHMANN, 2007b, p. 502. LUHMANN chega a propor “*a formação de um novo sistema secundário de funções que se ocupe dos efeitos da exclusão da diferenciação funcional – seja no plano da ajuda social ou no da ajuda para o desenvolvimento*” (*idem*).

⁷⁴⁶ LUHMANN, 2007b, p. 561.

⁷⁴⁷ LUHMANN, 2007b, p. 281-2.

tema reforça a exclusão dos demais. Cabe também notar que, apesar de a valoração estritamente binária das comunicações de cada sistema, por meio de seu código, excluir terceiros valores e impedir a conversão de códigos entre sistemas e entre sistemas e esferas não sistêmicas (“ter” não implica “verdade”, “belo” não implica moralmente “bom” etc.)⁷⁴⁸, é sempre possível o desenvolvimento de acoplamentos estruturais, do que decorre, por exemplo, “*a codificação secundária da propriedade através do dinheiro e a codificação secundária do poder através do direito*”⁷⁴⁹.

Enfim, pode-se também observar a forma inclusão/ exclusão no plano da sociedade mundial, deslocando-se de suas segmentações territoriais. Assim, globalmente considerada, “*a sociedade está – exatamente ao contrário do que sucede no regime da estratificação – mais integrada em suas camadas inferiores que nas superiores*”, já que a “*exclusão integra com muito mais força que a inclusão [...]*”⁷⁵⁰. Para Luhmann⁷⁵¹, a exclusão, porém, fortemente produzida pelos sistemas econômico e educacional, não poderia reduzir-se aos “esquematismos da sociedade de classes”, já que a diferença de classe não seria mais fundante da unidade da sociedade, devido a outras diferenciações que se reforçam semanticamente na sociedade (por suas autodescrições), como as de gênero e etnia, que não são totalmente novas (embora apresentem aspectos de novidade), mas que crescem em suas exigências normativas de afirmação identitária em reivindicações de tratamento (político, econômico, educacional) dos respectivos déficits históricos de inclusão e igualdade. De qualquer modo, o fato constatado por Luhmann⁷⁵² é de que as autodescrições da sociedade predominantes desde os anos 80 tenderam a abandonar o conceito de classe (utilizando em seu lugar “*o conceito extremamente formal de desigualdade*”), não se podendo afirmar “*se em verdade existe uma mudança correspondente*” no plano estrutural que justificasse tal transformação semântica ou se se trata apenas de uma repetição da ideologia liberal⁷⁵³.

A sociedade moderna é fortemente integrada pelas organizações, que tomam a forma de sistemas comunicantes entre diversos sistemas funcionais (economia, educação, arte e meios de comunicação de massa, por exemplo): “*Precisamente as chamadas relações de ‘interface’ entre os sistemas funcionais utilizam interações e organizações, as quais*

⁷⁴⁸ LUHMANN, 2007b, p. 285-6.

⁷⁴⁹ LUHMANN, 2007b, p. 286.

⁷⁵⁰ LUHMANN, 2007b, p. 500 (destaques no original).

⁷⁵¹ 2007b, p. 838-9.

⁷⁵² 2007b, p. 839.

⁷⁵³ LUHMANN (2004a, p. 496) destaca: “*Com o direito natural à individualidade, tornou-se possível formular um princípio que era neutro em relação a classe*”.

*não se deixam ordenar unilateralmente em nenhum lado*⁷⁵⁴. O desenvolvimento de organizações dentro dos sistemas funcionais permite a comunicação com seu entorno⁷⁵⁵. Aqui as relações de colaboração entre os sistemas podem tomar a forma de uma exclusão em cadeia (excluído das organizações = excluído dos sistemas com que elas se comunicam), exercendo perigoso potencial de desdiferenciação sistêmica.

As organizações são sistemas sociais que pressupõem certo nível de organização e complexidade da sociedade que as contém⁷⁵⁶. A organização, como sistema autopoiético de comunicação de decisões⁷⁵⁷, é capaz de se *independentizar* da rede recursiva de comunicações que se dá em seu exterior (na sociedade), podendo “*substituir as dependências sociais externas por dependências autoproduzidas*”⁷⁵⁸ – decisões referencialmente conectadas e referidas a decisões anteriores e posteriores, decisões produzidas por decisões⁷⁵⁹. Porém, as interdependências que criam em seu interior funcionam em compatibilidade com os sistemas funcionais – na economia e na educação, por exemplo, as organizações viabilizam com eficácia “*o processo de recrutamento e distribuição das pessoas nos postos de trabalho*”⁷⁶⁰, gerando e afirmando desigualdades. A sociedade também se reproduz pelas organizações, e estas concentram em si “*enormes quantidades de interações*”⁷⁶¹.

No nível das organizações, a diferença social inclusão/ exclusão toma a forma correspondente da distinção entre membro e não membro, pelo que, no tratamento da dupla contingência, o corresponder ou não, a expectativas e desejos, o atuar de uma maneira ou de outra têm consequências para as decisões de entrada ou saída no sistema⁷⁶².

As organizações são a única forma de sistema social capaz de comunicar-se estavelmente com sistemas em seu ambiente (preferencialmente com outras organizações), e isso se dá por sua autopoiese estruturada por decisões, emanadas a partir de uma estrutura hierárquica, que desenvolve cadeias de mando⁷⁶³. Embora viabilizem a comunicação intersistêmica, não promovem sua coordenação sincrônica, antes servindo

⁷⁵⁴ LUHMANN, 2007b, p. 644.

⁷⁵⁵ LUHMANN, 2007b, p. 668.

⁷⁵⁶ LUHMANN, 2007b, p. 655.

⁷⁵⁷ LUHMANN, 2007b, p. 660.

⁷⁵⁸ LUHMANN, 2007b, p. 656.

⁷⁵⁹ LUHMANN, 2007b, p. 658.

⁷⁶⁰ LUHMANN, 2007b, p. 657.

⁷⁶¹ LUHMANN, 2007b, p. 663.

⁷⁶² LUHMANN, 2007b, p. 657.

⁷⁶³ LUHMANN, 2007b, p. 661-2.

“para *interromper a interdependência entre os sistemas funcionais*”⁷⁶⁴, já que a passagem de um a outro depende de decisões tomadas na estrutura de cada organização. As organizações, tal como as interações, não precisam concertar-se com a sociedade e seus sistemas funcionais, podendo até mesmo localizar-se fora destes sistemas – embora o predominate seja inserirem-se nesses sistemas, conjugando a realização das operações sistêmicas com referência funcional e com base organizacional. Nesse caso, atuam sob o primado de dada função (e.g., econômica), podendo considerar outras (e.g., educacional, política) na programação de suas decisões⁷⁶⁵.

O potencial exclusivo das organizações intensifica-se na sociedade funcionalmente diferenciada, que não pode funcionar por sistemas autárquicos e, por isso, necessita de acoplamentos estruturais para potencializar irritações determinadas entre certos sistemas funcionais e conta com organizações que produzem efeitos multifuncionais.

Segundo a descrição de Luhmann⁷⁶⁶, a sociedade moderna não se organiza mais predominantemente por um princípio hierárquico e renunciou a conceber-se como organização, distinguindo entre membros e não membros, o que era mais provável quando as sociedades concebiam-se fortemente em termos de segmentação territorial, como nos grandes impérios da Antiguidade, mas que continua marginalmente aparecendo como problema de apatridia. A “*discrepância estrutural*”⁷⁶⁷ da sociedade moderna, diferenciada prevalentemente por sistemas funcionais, está em que, embora os sistemas funcionais não possam ser reduzidos a organizações, há, por isso mesmo, uma “*crescente importância das organizações nos sistemas funcionais*”⁷⁶⁸ e, portanto, na sociedade. Esse diagnóstico remonta à “*burocratização*” da sociedade, inicialmente referida – desde Hegel, Marx e Weber – ao reforço do poder do Estado (como organização central do sistema político) na sociedade, mas que se ampliou – como notado pelas posteriores elaborações da teoria crítica – para todos os sistemas funcionais, em cujo funcionamento os sistemas organizacionais são determinantes na produção e no controle dos fluxos comunicativos: tribunais, para o direito; sindicatos e empresas, para a economia; escolas, para a educação; teatros e museus, para a arte⁷⁶⁹. Daí que, pela ideia de administração, como semântica das organizações, também se fez coincidir essa

⁷⁶⁴ LUHMANN, 2007b, p. 670 (destaques no original).

⁷⁶⁵ LUHMANN, 2007b, p. 666-8.

⁷⁶⁶ LUHMANN, 2007b, p. 662-3.

⁷⁶⁷ LUHMANN, 2007b, p. 672.

⁷⁶⁸ LUHMANN, 2007b, p. 669.

⁷⁶⁹ CHAUI, 2006a, p. 20.

descrição da sociedade crescentemente organizada com a noção de “mundo administrado”, presente em Adorno e Horkheimer⁷⁷⁰, em seu diagnóstico do domínio da razão instrumental na modernidade, que tem decerto raízes weberianas. Reconstruída por Habermas⁷⁷¹, essa tradição de autodescrição da sociedade moderna o leva à crítica da colonização do mundo da vida principalmente pela economia e pela política⁷⁷², mas também pelo direito (juridificação)⁷⁷³, o que justifica a proposta da teoria da ação comunicativa⁷⁷⁴.

Assim como as interações tendem a uma indiferenciação de papéis sociais ou simples simetria entre os interlocutores, e assim como os movimentos de protesto operam com base na diferença interna centro/ periferia, nas organizações o princípio hierárquico é que se faz dominante implícita ou explicitamente nas redes de comunicações auto-produzidas⁷⁷⁵. A estrutura predominantemente hierárquica que se apresenta nas relações intra e interorganizacionais (embora surjam algumas formas não hierárquicas de coordenação com organizações inferiores)⁷⁷⁶ e os caracteres que muitas vezes se pretende atribuir à sociedade – especialmente à economia – contemporânea são ainda, apesar de todas as alterações teóricas na administração de empresas, percebidos como déficits no plano da vida pragmática das organizações, que ainda, quantitativamente, tendem a recusar a heterarquia, a policentricidade e a forma de rede em lugar da tradicional hierarquia e de suas consequências na alocação do poder decisório⁷⁷⁷.

A sociedade funcionalmente diferenciada e desintegrada é, pelas organizações, fortemente hierarquizada e integrada, com profundos efeitos em direção à exclusão ou subinclusão de seus membros⁷⁷⁸. As organizações têm uma capacidade qualificada de controle dos fluxos co-

⁷⁷⁰ 1985: 9-10.

⁷⁷¹ Cf. BLOTTA, 2010, esp. p. 24-9.

⁷⁷² 1999a, p. 12.

⁷⁷³ HABERMAS, 1999a, p. 350.

⁷⁷⁴ HABERMAS, 1992, p. 161-280.

⁷⁷⁵ LUHMANN, 2007b, p. 685.

⁷⁷⁶ LUHMANN, 2007b, p. 662.

⁷⁷⁷ LUHMANN, 2007b, p. 675.

⁷⁷⁸ CHAUI (2006a, p. 21, destaque no original) nota, então, a “*existência de um sistema de autoridade fundado na hierarquia de tal modo que subir um degrau da escala corresponde à conquista de um novo status, uma nova responsabilidade e um novo poder que não dependem daquele que ocupa o posto, mas que pertence ao próprio degrau hierárquico, ou seja, a reificação da responsabilidade e do poder alcança o grau máximo na medida em que é o cargo, e não seu ocupante, que possui qualidades determinadas [...]*”.

municacionais, concentrando os *media* de uma pluralidade de sistemas (economia e política – em organizações internacionais como a OMC; economia e meios de comunicação de massa, nas diversas corporações midiáticas etc.) e tendo capacidade de conformar-lhes a estrutura e a semântica.

Porém, as relações entre sistemas funcionais e sistemas organizacionais não se dão hierarquicamente, mas antes, em rede, já que os sistemas funcionais realizam uma observação de segundo grau das operações organizacionais (pelo mercado, na economia; pela opinião pública, na política, por exemplo), não as transplantando diretamente ao seu plano⁷⁷⁹. As organizações “*compensam as perdas de autoridade que se tornam inevitáveis quando a sociedade passa da estratificação à diferenciação funcional*”⁷⁸⁰. Já em seu serviço aos sistemas funcionais, de reduzir a complexidade tratada pelo sistema, as organizações, ao programarem suas decisões sobre a base de outras decisões, promovem uma absorção da incerteza cada vez mais insatisfatória⁷⁸¹.

Se a regra para os sistemas funcionais é a inclusão generalizada das pessoas e, para as organizações, é a sua exclusão (não pertencimento), a presença de organizações nos sistemas funcionais regula sua abertura e seu fechamento. O crescimento da presença organizacional nesses sistemas funcionais os faz crescentemente tender à exclusão, complexificando a incidência do princípio da igualdade como proibição do tratamento desigual arbitrário⁷⁸². Por outro lado, embora se manifeste como corrupção a organização tomar em consideração outros papéis desempenhados por seus membros que não aqueles estritamente relacionados à sua função dentro da estrutura organizacional, deve-se registrar que os fatos geralmente vão contra essa norma⁷⁸³.

Dessarte, o código exclusão/inclusão, de validade transistêmica, é uma metadiferença operante por sobre os diversos códigos sistêmicos em uma sociedade mundial na qual predomina a exclusão⁷⁸⁴. Na verdade, esse código é enriquecido em sua complexidade se cortado ortogonalmente pela diferença subinclusão /sobreinclusão, ou subintegração/ sobreintegração (NEVES⁷⁸⁵ e MÜLLER⁷⁸⁶). De fato, é importante notar a

⁷⁷⁹ LUHMANN, 2007b, p. 671.

⁷⁸⁰ LUHMANN, 2007b, p. 664.

⁷⁸¹ LUHMANN, 2007b, p. 670.

⁷⁸² LUHMANN, 2007b, p. 669.

⁷⁸³ LUHMANN, 2007b, p. 664-5.

⁷⁸⁴ LUHMANN, 2007b, p. 501.

⁷⁸⁵ 2008, p. 448-52.

diferença de graus, embora os sistemas operem preponderantemente mediante a simplificação ou “redução final” do código binário. Assim, entre os extremos dos quase que totalmente excluídos (miséria) e dos sobreincluídos, existem os subincluídos e os incluídos, sendo que, em geral, todos os incluídos, em sentido amplo (subincluídos, incluídos ou sobreincluídos) participam dos sistemas funcionais, de modo que essa desigualdade é muitas vezes pressuposta pela estruturação destes sistemas como base de sua operação: na economia capitalista, os papéis complementares de patrão/ empregado e certa sobreinclusão (como condição para a acumulação de capital) são uma desigualdade sempre reproduzida pelo próprio sistema econômico.

Ainda vale considerar que a esfera pública ou a opinião pública, como contraposições à exclusão organizacionalmente produzida em uma sociedade funcionalmente diferenciada, no limite, graduam os cidadãos na medida de seu pertencimento a organizações e, ainda que mediatamente, conforme sua posição hierárquica nessas organizações⁷⁸⁷.

2.2 ECONOMIA, POLÍTICA E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A moderna semântica do direito natural, que construiu as categorias de propriedade privada, contrato e troca como bases das relações econômicas e internacionais⁷⁸⁸, viu-se materializada não apenas em um novo vocabulário mas também em estruturas jurídico-econômicas. Houve aqueles, como Grócio, que combinaram uma teoria do Estado autoritário com direitos quase ilimitados para o indivíduo⁷⁸⁹. O liberalismo reconstruiu essas perspectivas com distanciamentos e aproximações. Benjamin Constant⁷⁹⁰, em 1819, analisou que a liberdade, na semântica moderna do constitucionalismo liberal, consistia na delimitação jurídica de esferas de individualidade coexistentes – nessa medida, a liberdade de um cidadão limitar-se-ia pelas esferas de liberdade dos demais, cabendo a cada um respeitar a liberdade alheia, em um exercício de alteridade, bem como ao Estado incumbiam as funções de garan-

⁷⁸⁶ 2002; 2009a, esp. p. 73-9.

⁷⁸⁷ LUHMANN, 2007b, p. 670.

⁷⁸⁸ Cf. KOSKENNIEMI, 2011a.

⁷⁸⁹ KOSKENNIEMI, 2012, p. 24.

⁷⁹⁰ 1985. Cf. BONAVIDES, 2007, p. 139-64.

tir o respeito das liberdades entre os entes privados e de não interferir no âmbito privado de autodeterminação de seus cidadãos⁷⁹¹. Como consideravam os contratualistas e depois vieram a considerar autores liberais como John Stuart Mill⁷⁹², a constituição da sociedade civil implicava a ausência de uma liberdade plena e irrestrita para cada sujeito, pois tal irrestrição anularia as esferas de individualidade. Dessarte, a assecuração das liberdades fundamentais apenas poderia concretizar-se pela autolimitação do poder estatal e, concomitantemente, pela regulamentação das relações entre particulares. Os direitos de liberdade não se restringiram às declarações de direitos e constituições, desdobrando-se por todo o sistema jurídico e afirmando a justiciabilidade das pretensões fundadas na categoria dos direitos subjetivos⁷⁹³, isto é, seu *enforcement* pelas organizações centrais do direito: os tribunais. Pela categoria de direito subjetivo, os direitos constitucionais liberais puderam ser “du-

⁷⁹¹ Criticando um “escrupuloso e talvez exagerado temor de pôr em perigo os direitos do povo”, Hamilton (*In*: HAMILTON; JAY; MADISON, 1959, p. 10) considerava que “o vigor do governo é essencial para assegurar a liberdade” e que “uma ambição perigosa se esconde, a maioria das vezes, sob a máscara especiosa do fervor pelos direitos do povo, que sob a rude aparência de zelo pela firmeza e eficácia do governo”. Para BOBBIO (2009, p. 141), o “ideal do neoliberalismo [e do liberalismo] torna-se então o do Estado simultaneamente mínimo e forte”.

⁷⁹² MILL (1991, p. 97-8), em uma visão até mesmo restritiva das liberdades, comentou: “Ninguém pretende que as ações devam ser tão livres como as opiniões. Pelo contrário, mesmo as opiniões perdem a sua imunidade quando as circunstâncias em que se exprimem são tais que a sua expressão constitui um incitamento positivo a algum ato nocivo. A opinião de que os comerciantes de cereais matam à fome o pobre, ou a de que a propriedade privada é um latrocínio, não devem ser molestadas quando simplesmente veiculadas pela imprensa, mas podem incorrer em pena justa quanto expostas oralmente, ou afixadas sob a forma de cartaz, em meio a uma turba excitada, reunida diante da casa de um comerciante de cereais. [...] A liberdade do indivíduo deve ser, assim, em grande parte, limitada – ele não deve tornar-se prejudicial aos outros”. A respeito da visão de Mill, DWORKIN (2010, p. 404) distingue entre “a ideia de liberdade como licença, isto é, o grau em que uma pessoa está livre das restrições sociais ou jurídicas para fazer o que tenha vontade, e a ideia de liberdade como independência, isto é, o status de uma pessoa como independente e igual e não como subserviente. Estas duas ideias estão, por certo, intimamente relacionadas”. Assim, a liberdade como licença teria que ser limitada – DWORKIN (2010, p. 405) exemplifica com a proibição do homicídio –, não necessariamente prejudicando a “a independência política dos cidadãos em geral”, mas sendo necessária “para protegê-la”.

⁷⁹³ Por meio do conceito de direito subjetivo, “uma relação assimétrica pura é estabelecida como direito, sem qualquer providência para compensações ou reciprocidade. Também aqui se abstrai de uma justiça interna no instituto do direito”. (LUHMANN, 1985a, p. 149) Considerando a inexistência da noção de “direitos subjetivos” no direito romano, cf. VILLEY, 2007, p. 77-80, 97-8.

plicados” na legislação civil, em uma combinação do jusnaturalismo grociano com o liberalismo oitocentista⁷⁹⁴.

Os direitos fundamentais liberais, ao generalizarem a expectativa de garantia de uma esfera de autodeterminação para cada indivíduo, livre da influência do Estado e de outros indivíduos particulares, funcionavam como um mecanismo de “*manutenção de uma ordem social diferenciada*”⁷⁹⁵ e de imunização contra a incerteza do sucesso e o medo que cada sujeito mantinha diante dos outros sujeitos⁷⁹⁶. Significavam ainda, para os agentes econômicos, uma estrutura redutora da complexidade a ser apreendida pelo sujeito e neutralizadora da necessidade de avaliação de suas condutas (e das respectivas consequências) em diversas dimensões: se um comportamento é esperado generalizadamente, mediante uma permissão jurídica e o funcionamento do mercado, não importam as suas motivações ou resultados colaterais.

*O ‘meio’ [medium] que é usado nos outros sistemas sociais [e.g., na economia] para gerar as formas específicas, próprias desses sistemas, depende em muitos aspectos de opções de rejeição legalmente garantidas, isto é, da possibilidade de se ignorar as pressões de conformidade exercidas sob rubricas tais como as de moral ou razão*⁷⁹⁷.

O constitucionalismo liberal estabelece, então, densos vínculos entre os sistemas político, jurídico e econômico. O direito “*produz liberdades, liberdades artificiais, que podem então ser condicionadas em outros sistemas sociais, isto é, integradas do modo que caiba nesses sistemas*”⁷⁹⁸. Destacam-se nesse sentido a propriedade privada e a liberdade

⁷⁹⁴ Cf. KOSKENNIEMI, 2012, esp. p. 33-4.

⁷⁹⁵ LUHMANN, 2002c, p. 61.

⁷⁹⁶ Cf. LUHMANN, 1983, p. 55. CHAUI (1989, p. 14-5) comenta: “*O surgimento da modernidade significa o advento do social como social, do político como político, do histórico como histórico. Confirmando o homem como sujeito social, político e histórico, desloca o medo fundamental para o interior da própria sociedade, e faz com que nasça, simultaneamente, o pensamento moderno sobre os direitos do homem. Consequentemente, as teorias modernas do direito pensam o direito como garantia jurídica, social e política contra o medo que os sujeitos sociais têm dos outros sujeitos sociais*”. Igualmente, para LUHMANN (2007b, p. 561): “*O decisivo é que em algum momento a recursividade da reprodução autopoietica começa a apreender-se a si mesma e realiza um fechamento a partir do qual para a política só conta a política, para a arte, só a arte; para a educação, só as aptidões e a disposição de aprender; para a economia, só o capital e as rendas [...]*”.

⁷⁹⁷ LUHMANN, 2004a, p. 169.

⁷⁹⁸ LUHMANN, 2004a, p. 168.

de contrato. Institutos jurídicos complexos, como a propriedade, “produzem efeitos difusos” e “preenchem funções diferentes nos diversos sistemas”⁷⁹⁹. Já o “princípio do contrato, que concede efeito vinculativo à mera concordância de expressões de vontade [...] é incapaz de garantir a justiça do contrato. Ele garante, entretanto, e isso é o importante, sua compatibilidade com um sistema econômico diferenciado, autocontrolado pela instabilidade dos preços”⁸⁰⁰. Nesse sentido, a neutralização moral da economia foi extremamente relevante para a institucionalização do mercado, cujo advento se dá justamente no século XIX⁸⁰¹; representou, especificamente, a amoralidade que caracteriza a autopoiese dos sistemas funcionais⁸⁰². Assim, permaneceriam dependentes quase que exclusivamente do mercado os “direitos inatos” de “fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança”⁸⁰³. Nesse contexto, ao lado da noção de que o Estado seria um agente econômico incompetente, a busca egoísta pelo interesse particular como a melhor forma de promoção

⁷⁹⁹ LUHMANN, 1985a, p. 131. Vale aqui a nota jurídico-dogmática de que se entende hoje que o direito fundamental de propriedade (ao contrário do conceito civilístico de propriedade) abrange propriedade intelectual, pretensões salariais, participações societárias etc. (MENDES, G. F., 2009, p. 468). Todavia, para COMPARATO (1986, p. 74-5), não se pode confundir propriedade e poder de controle, dada a separação patrimonial das pessoas jurídicas e a peculiar função econômica dos bens desta (bens de produção). Comenta Gilmar Ferreira MENDES (2009, p. 467): “*Já sob o império da Constituição de Weimar passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não*”. Tal constituição social-democrata, porém, estabeleceu a “função social da propriedade” (dispondo em seu art. 14, 2ª alínea, p. “*A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade*”), tornando tal direito, na interpretação de COMPARATO (1986, p. 75), também um poder-dever (daí função). Cf., ainda, POLIDO, 2006.

⁸⁰⁰ LUHMANN, 1985a, p. 148.

⁸⁰¹ ROSANVALLON, 2002, p. 73-5; POLANYI, 2000, p. 62-4, 89. MANDEVILLE (1724, p. 27, 283), para quem apenas a ampla liberdade poderia proporcionar a complementação entre vícios e virtudes, natural na sociedade e funcional para a economia, considerava que os “vícios são inseparáveis das sociedades grandes e fortes” e que “[s]em vícios a excelência das espécies” não teria sido descoberta. Cf. COMPARATO, 2006, p. 270-86.

⁸⁰² LUHMANN, 2007b, p. 841. LUHMANN (idem) comenta: “*Na famosa fábula das abelhas de Mandeville (e na literatura sobre a ciência econômica produzida algumas décadas antes) se diz que os motivos egoístas, e portanto moralmente reprováveis, podem ter – se considerados em relação ao todo – consequências benéficas*”.

⁸⁰³ Art. 1 da Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776 (In: COMPARATO, 2010, p. 130).

do enriquecimento de toda a sociedade foi então tematizada na teoria econômica⁸⁰⁴.

Com base nesses pressupostos, no plano político a teoria liberal, por um lado, manifestou-se aberta ao dissenso⁸⁰⁵; por outro, teve dificuldades em conceber o sistema político – cuja função é definida como a tomada de decisões coletivamente vinculantes – além da ideia individualista do ser humano plenamente racional que calcula as possibilidades de maximizar seu bem-estar e – automaticamente – amplia o bem-estar de toda a sociedade⁸⁰⁶ (*homo oeconomicus*⁸⁰⁷). O imperativo da abstenção do

⁸⁰⁴ Adam SMITH (1761, p. 273-4), em sua **Teoria dos Sentimentos Morais**, explicava: “o produto do solo sustenta, em todos os tempos, aproximadamente o número de habitantes que é capaz de sustentar. Os ricos apenas escolhem do monte o que é mais precioso e agradável. Consomem pouco mais do que os pobres; e a despeito de seu natural egoísmo e rapacidade, embora pensem tão-somente em sua própria comodidade, embora a única finalidade que buscam, ao empregar os trabalhos de muitos, seja satisfazer seus próprios desejos vãos e insaciáveis, apesar disso dividem com os pobres o produto de todas as suas melhorias. São conduzidos por uma mão invisível a fazer quase a mesma distribuição das necessidades da vida que teria sido feita se a terra fosse dividida em porções iguais entre todos os seus habitantes; e, assim, sem intenção, sem saber, promovem os interesses da sociedade e oferecem meios para multiplicar a espécie”. Em **A Riqueza das Nações**, afirmou: “Como cada indivíduo, portanto, procura, na medida em que pode, empregar seu capital no fomento da indústria doméstica e, então, direciona essa indústria para que o que ela produz seja do maior valor, cada indivíduo necessariamente trabalha para aumentar a renda da sociedade o máximo que pode. Ele geralmente, porém, não visa a promover o interesse público, nem sabe o quanto o está promovendo. Ao preferir fomentar a indústria doméstica à estrangeira, ele visa apenas à própria segurança; e, dirigindo essa indústria de forma que o que produza seja do maior valor, visa apenas ao próprio ganho e é, nesse caso como em muitos outros, guiado por uma mão invisível a promover um fim que não fazia parte das suas intenções.[...] Perseguindo seu próprio interesse, ele frequentemente promove o da sociedade mais efetivamente do que se desejasse promovê-lo. Nunca soube de boas coisas feitas por aqueles que movem o comércio de acordo com o bem público”. (SMITH, 1811, p. 319)

⁸⁰⁵ Para MILL (1991, p. 98), “a unidade de opinião, a não ser quando resulta de se compararem, da forma mais ampla e livre, opiniões opostas, não é desejável, nem a diversidade constitui um mal, e sim um bem [...]. [...] Assim é útil, enquanto a humanidade seja imperfeita, que haja diferentes opiniões, assim também o é que haja livremente, salvo a injúria de outrem, às variedades de caráter, e que o mérito dos diversos modos de vida seja praticamente provado, quando alguém se julgue em condições de experimentá-los. É desejável, em suma, que, nas coisas que não digam respeito primariamente aos outros, a individualidade possa se afirmar”.

⁸⁰⁶ ROUSSEAU (1999, p. 199) distinguia a mera soma das vontades individuais da vontade geral – “uma única vontade que se liga à conservação comum e ao bem-estar geral”. Apontava que: “Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado, e não passa de uma soma das vontades particulares” (ROUSSEAU, 1999, p. 91).

Estado de intervir no âmbito privado – principalmente nas relações econômicas – combinava-se, porém, com certas exigências que o mercado lhe impunha, como a manutenção de estruturas jurídicas e policiais⁸⁰⁸. Também os primeiros textos jurídicos na matéria de direitos humanos ou fundamentais traziam previsões de funções do Estado voltadas à educação, à saúde e ao trabalho, embora estas fossem expressas mais no sentido de uma filantropia estatal do que como direitos exigíveis⁸⁰⁹.

Já para a doutrina liberal, conforme destaca HAYEK (1985, p. 2), “parecia natural supor que o interesse público fosse, num certo sentido, uma soma de todos os interesses particulares”. Ilustra tal pensamento com a formulação de BENTHAM (1823, p. 4): “O interesse da comunidade, então, o que é? – a soma dos interesses dos diversos membros que a compõem”. Um dos fundadores do pensamento liberal, HUME (1999, p. 237) colocava que um homem “sem espírito público ou consideração pela comunidade, é deficiente na parte mais essencial da virtude”. Ainda, quanto ao direito de voto, LUHMANN (2002c, p. 237) nota que a doutrina liberal do Estado pressupunha a ideia de um “eleitor racional”.

⁸⁰⁷ Cf. RODRÍGUEZ-SICKERT, 2009.

⁸⁰⁸ Vejam-se, por exemplo, os arts. 12 e 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (In: COMPARATO, 2010, p. 171): “**Art. 12.** A garantia dos direitos do homem e do cidadão carece de uma força pública; esta força é portanto instituída em proveito de todos, e não para a utilidade particular daqueles a quem é confiada. **Art. 13.** Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração, é indispensável uma contribuição comum; ela deve ser igualmente repartida entre todos os cidadãos, na medida de seus recursos”.

⁸⁰⁹ Ilustrativamente, no contexto francês, a Declaração de Direitos da Constituição de 1791 (In: COMPARATO, 2010, p. 173, destaques no original) previa: “Será criado e organizado um estabelecimento geral de **Assistência Pública**, para educar as crianças abandonadas, ajudar os enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres válidos que não tenham podido encontrá-lo. Será criada e organizada uma Instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita no que concerne às partes do ensino indispensáveis a todos os homens; seus estabelecimentos serão distribuídos gradualmente, numa proporção adequada à divisão do reino”. Igualmente, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1793 (In: COMPARATO, 2010, p. 175) constava: “**Art. 21.** A assistência pública é uma dívida sagrada. A sociedade deve sustentar os cidadãos infelizes, dando-lhes trabalho, ou assegurando os meios de subsistência aos que não estejam em condições de trabalhar. **Art. 22.** A instrução é uma necessidade de todos. A sociedade deve favorecer, com todos os seus poderes, os progressos da instrução pública, bem como por a instrução ao alcance de todos os cidadãos”. Por fim, enquanto a Constituição de 1795 não conteve disposições similares, a Constituição de 1848 (In: COMPARATO, 2010, p. 183) dispôs: “**VIII – A República deve proteger os cidadãos em sua pessoa, sua família, sua religião, sua propriedade, seu trabalho, bem como por ao alcance de qualquer um a instrução indispensável a todos os homens; deve, por meio de uma assistência fraterna, assegurar os meios de subsistência aos cidadãos necessitados, quer proporcionando-lhes trabalho nos limites dos recursos, quer prestando, na falta da família, socorro aos que não estejam em condições de trabalhar”.**

Durante o século XIX predominou nos textos constitucionais a previsão apenas dos “direitos civis” (liberdades), concebidos como “a forma estatalmente organizada dos direitos humanos (*droits de l’homme*) preexistentes” ao Estado, e dos direitos políticos, voltados ao cidadão (*droits du citoyen*)⁸¹⁰ – estes ainda com grandes restrições⁸¹¹. Interpretava-se que “o livre desenvolvimento da individualidade é um dos elementos capitais da essência do bem-estar, que ele não é apenas um elemento coordenado com tudo que se designa pelos termos – civilização, instrução, educação, cultura, mas é, ele próprio, parte e condição necessária de todas essas coisas [...]”⁸¹². Porém, enquanto não foi garantido o voto universal, igualitário e secreto, institucionalizou-se de forma frágil o princípio da igualdade formal (isonomia) – “princípio estrutural do ordenamento jurídico”⁸¹³ –, segundo o qual o direito e a política, constitucionalmente acoplados, operam abstraindo as especificidades de seus destinatários, “o contexto social de seus motivos, as pressões a que são submetidos ou [...] suas motivações individuais”⁸¹⁴.

Se as revoluções do século XVIII representaram a dissolução da ordem feudal e a afirmação da sociedade burguesa, com a “liberdade do homem egoísta”⁸¹⁵, as necessidades mais essenciais da maior parcela da população não se supriram espontaneamente pelo funcionamento do mercado, pelo “automatismo do *laissez-faire*”⁸¹⁶ e pela instituição dos direitos civis. Em termos da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, pode-se entender que, diante de uma predominância da exclusão das pessoas como destinatárias das comunicações dos diversos sistemas funcionais da sociedade, tanto a norma da igualdade formal tem dificuldades de se efetivar quanto se obstrui a manutenção da complexidade social e das ordens de comunicação diferenciadas⁸¹⁷. Como condição para o exercício da autodeterminação individual e da participação política, apresentaram-se os “direitos sociais”. Apenas por meio destes – dentre os quais, os direi-

⁸¹⁰ NEVES, 2008, p. 175.

⁸¹¹ NEVES, 2009b, p. 61: “A existência do voto censitário durante o século XIX em quase todos os países chamados constitucionais, o que se relacionava com a exclusão de amplas massas do processo político, é uma prova indiscutível de que havia um descompasso entre a semântica da soberania popular e os limites estruturais da democracia política”. Cf. NEVES, 2009b, p. 74.

⁸¹² MILL, 1991, p. 98.

⁸¹³ LUHMANN, 2002c, p. 257.

⁸¹⁴ LUHMANN, 2004a, p. 162. Cf. LUHMANN, 2002c, p. 243-73.

⁸¹⁵ MARX, 2006, p. 331.

⁸¹⁶ LUHMANN, 2002c, p. 136.

⁸¹⁷ NEVES, 2009b, p. 67-9; 2008, p. 166-75; 2007a, p. 74-8.

tos trabalhistas – pôde ganhar concretude e realidade a ideia de que, “[p]ela referência ao direito, alguém pode rejeitar demandas irrazoáveis e resistir a pressões sociais”⁸¹⁸.

Desde sua previsão nas Constituição do México (1917) e de Weimar (Alemanha, 1919), os direitos sociais foram crescentemente positivados na ordem constitucional dos Estados e também na ordem internacional – no plano mundial, desde a criação das Nações Unidas, e também no plano regional –, em documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1945) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)⁸¹⁹. Esse momento correspondeu também a um declínio do liberalismo econômico e ao avanço do Estado de bem-estar social⁸²⁰, que assumiu um papel mais ativo na regulamentação da atividade econômica e na promoção de políticas públicas relacionadas aos diversos sistemas sociais, ampliando assim os mecanismos de inclusão. Sob a premissa de que “[o]s maiores defeitos da sociedade econômica em que vivemos são sua incapacidade o pleno emprego e sua arbitrária e desigual distribuição de riqueza e rendas”⁸²¹, o *Welfare State* keynesiano sustentou – ao lado dos partidos políticos – uma acoplamento estável entre capitalismo e democracia, segundo interpretou Offe⁸²².

Partindo do conceito sociológico de cidadania (e não do sentido jurídico, que a vincula apenas aos direitos políticos), Neves⁸²³ a concebe “como um conjunto de direitos fundamentais que possibilitam a inclusão social de pessoas e grupos” e destaca que desde a década de 0 “a cidadania tem-se desenvolvido no sentido da conquista e ampliação dos direitos referentes a interesses coletivos e difusos”, os quais “viabilizam ações concretas e eficazes contra as práticas ilícitas e socialmente danosas das grandes organizações impessoais” do âmbito privado. Esses direitos, que comporiam uma “terceira geração” de direitos fundamentais⁸²⁴, emergi-

⁸¹⁸ LUHMANN, 2004a, p. 153.

⁸¹⁹ Cf. COMPARATO, 2010, p. 189-406.

⁸²⁰ Cf. KEYNES, 1978.

⁸²¹ KEYNES, 2008, p. 341.

⁸²² 1984, p. 356-86.

⁸²³ 2008, p. 175, 177.

⁸²⁴ LAFER, 1988, p. 131: “No contexto dos direitos de titularidade coletiva que vêm sendo elaborados no sistema da ONU é oportuno, igualmente, mencionar: o direito ao desenvolvimento, reivindicado pelos países subdesenvolvidos nas negociações, no âmbito do diálogo Norte/ Sul, sobre uma nova ordem econômica internacional; o direito à paz, pleiteado nas discussões sobre desarmamento; o direito ao meio ambiente arguido no debate ecológico; e o reconhecimento dos fundos oceânicos como patrimônio comum da humanidade a ser administrado por uma autoridade internacional e

ram, porém, em um momento de grandes transformações na estrutura econômica da sociedade mundial, mudanças estas que também fomentaram discursos e práticas de restrições formuladas aos direitos sociais⁸²⁵.

A partir dos anos 70, o avanço da globalização e do neoliberalismo⁸²⁶ gerou discursos e práticas de redução das políticas públicas⁸²⁷,

em benefício da humanidade em geral, no texto do tratado que resultou das negociações da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar [...]”. LUMMANN (1982, p. 145) parece conceber os direitos de terceira geração como uma terceira fase do desenvolvimento dos próprios direitos civis, cujo catálogo teria se ampliado progressivamente, passando pelo “reconhecimento da capacidade jurídica individual” e pela “tutela contra o arbítrio (primeira fase)” até “a participação de cada um em uma atividade de controle do poder político (segunda fase)”, culminando “em uma participação coletiva (terceira fase)”, com “reivindicações quanto à qualidade de vida”.

⁸²⁵ ZOLO (2006, p. 34-53) defende que o Estado de Direito não pode ser concebido como uma fórmula, método ou processo, mas pressupõe necessariamente um específico conteúdo: o ideário liberal (ocidental, racionalista, secularista, individualista) que o inspirou, altamente combativo ao poder estatal e crente na capacidade de proteção dos indivíduos pelo direito, isto é, pela atribuição de “micropoderes” e pretensões legítimas a cada particular. Considera, assim, que apenas os direitos civis e políticos são coerentes com sua estrutura, sendo os direitos sociais “substancialmente estranhos” à sua “lógica funcional”. Nessa lógica, mesmo a concepção democrática não seria determinante: “*Salvo uma fraca, totalmente implícita referência ao caráter representativo do poder legislativo, a teoria do Estado de Direito não se empenha em temas como a soberania popular, a efetiva participação dos cidadãos nas decisões coletivas, as regras e os valores da representatividade, o pluralismo dos sujeitos da competição política, as **responsiveness** dos governos*”. Partindo dessas concepções, ZOLO (2006, p. 72-90) chega ao diagnóstico de uma crise geral, na qual associam-se perda da capacidade regulatória do direito, erosão das soberanias nacionais, inflação jurídica, efetividade decrescente dos direitos fundamentais (civis, políticos e, por fim, sociais) e sua concomitante ampliação textual. Como solução à crise, propõe o Estado de Direito como “ordem política mínima”, à qual caberia a resignação de efetivar (apenas) os direitos civis, garantindo segurança ao cidadão, inserido hoje em uma “*sociedade global de risco*” (Beck).

⁸²⁶ HARVEY, 2008, p. 2: “*O neoliberalismo é em primeiro lugar uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar uma estrutura institucional apropriada a essas práticas; o Estado tem de garantir, por exemplo, a qualidade e a integridade do dinheiro. Deve também estabelecer as estruturas e as funções militares, de defesa, da polícia e legais requeridas para garantir os direitos de propriedade individuais e para assegurar, se necessário pela força, o funcionamento apropriado dos mercados. Além disso, se não existirem mercados (em áreas como a terra, a água, a instrução, o cuidado de saúde, a segurança social ou a poluição ambiental), estes devem ser criados, se necessário pela ação do Estado. Mas o Estado não deve aventurar-se para além dessas tarefas. As intervenções do Estado nos mercados (uma vez criados) devem ser mantidas num nível mínimo, porque, de*

identificando-se uma crise do Estado Social e propugnando-se uma redução do catálogo de direitos fundamentais às liberdades e ao direito de voto. Apenas caberia promover políticas públicas no sentido de fornecer uma infraestrutura essencial ao desenvolvimento da atividade econômica privada⁸²⁸, abastecendo-a também com mão de obra, para o que seriam necessárias políticas mínimas como as de uma educação básica e técnica.

Vinculadas intimamente a essa conjuntura econômica, são reforçadas as tendências à “periferização do centro”, fazendo com que, mesmo nos Estados em que a diferenciação funcional realizou-se extensamente e os direitos sociais chegaram a obter uma concretização satisfatória, acentue-se a exclusão das pessoas dos diversos sistemas funcionais, abstraindo-se a realização desses direitos, embora sejam mantidos no nível textual das constituições, o que poderia levar a uma situação de simbolismo constitucional⁸²⁹.

acordo com a teoria, o Estado possivelmente não possui informações suficientes para entender devidamente os sinais do mercado (preços) e porque poderosos grupos de interesse vão inevitavelmente distorcer e viciar as intervenções do Estado (particularmente nas democracias) em seu próprio benefício”.

⁸²⁷ HAYEK (1985, p. 3, 105-7), entendendo que o Estado não pode conhecer a “grande maioria” das necessidades sociais, opõe-se às políticas públicas do Estado Social e considera que mesmo a promoção da “igualdade de oportunidades” ou da “justiça social” demandaria um controle pelo Estado dos diversos fatores que geram a desigualdade de situações entre cada pessoa, o que seria “incompatível com o estado de direito e com a liberdade individual [...]”. Argumenta HAYEK (1985, p. 2): “O mais importante bem público a requerer a ação do governo não é, portanto, a satisfação direta de quaisquer necessidades particulares, mas a garantia de condições em que os indivíduos e grupos menores tenham oportunidades favoráveis à satisfação mútua de suas respectivas necessidades. Ao longo de quase toda a história, compreendeu-se que a atenção pública deve voltar-se primordialmente não para as necessidades particulares conhecidas, mas para as condições propícias à preservação da ordem espontânea que permita aos indivíduos satisfazer às próprias necessidades, de maneiras não conhecidas pela autoridade”.

⁸²⁸ Para FRIEDMAN (2002, p. 2): “Primeiro, o escopo do governo deve ser limitado. Sua maior função deve ser proteger nossa liberdade tanto dos inimigos fora de nossos portões quanto de nossos compatriotas: preservar a lei e a ordem, reforçar contratos privados, promover mercados competitivos”.

⁸²⁹ NEVES, 2009b, p. 82. Cf. NEVES, 2008, p. 215-83; 2007a. MÜLLER (2009a, p. 78) afirma que tais problemas ampliaram-se na modernidade central a partir da globalização e das políticas de desregulamentação e liberalização; a marginalização é crescente e já é patente “no mesmo território nacional a coexistência de duas sociedades do ‘Primeiro’ e do ‘Terceiro Mundo’”. Porém, a exclusão no centro da sociedade mundial é “secundária, ‘posterior’, como marginalidade. Aqui o sistema jurídico insiste na sua vigência efetiva. Entre a normatividade e a realidade existe um **continuum** hierárquico fundamentalmente respeitado. Erros, lacunas, falhas podem ser localizados e trabalhados com os recursos do sistema, por meio de operações no **âmbito** da estrutura de texto de

Uma fase ainda mais recente no desenvolvimento dos direitos fundamentais é representada pelas ações afirmativas. Estas operam mediante discriminações jurídicas positivas (no sentido da inclusão), instituídas com a finalidade de possibilitar o acesso aos serviços dos sistemas sociais dos quais amplos grupos populacionais foram historicamente excluídos por mecanismos de discriminação social negativa (por motivos étnicos, de gênero e de classe, por exemplo)⁸³⁰. A (pretensão de) introdução de vantagens competitivas para esses grupos, apesar de ser potencialmente pautada por critérios definidos⁸³¹, deu expressão a um dissenso que

democracia e Estado de Direito. Não questionam a vigência do código jurídico, mas confirmam-no, à medida que tais operações produzem efeitos reais (proteção jurídica, responsabilidade por ação ilegal do Estado, perseguição de funcionários que procedem de forma ilegal). A marginalização (exclusão 'de grau menor') surge durante o período de vigência das prescrições que se lhe contrapõem, a partir de razões primacialmente extrajurídicas (econômicas, sociais)". MÜLLER (2002, p. 573) também distingue: "No Estado de Bem-estar Social, mantêm-se diferenças entre classes ou camadas sociais, mas dentro de uma estrutura de inclusão generalizada nos diversos sistemas. Por outro lado, em seu sentido forte, a exclusão social manifesta-se como uma dependência dos diversos sistemas sociais, sem o acesso a suas prestações materiais. Pode-se distinguir nesse contexto a exclusão primária, que tende a marcar as sociedades periféricas, nas quais a imensa maioria da população nunca foi generalizadamente incluída nos sistemas sociais, e uma exclusão secundária, que marca sociedades centrais que desde as últimas décadas do século XX sofrem processos de pauperização e correspondente segmentação dos sistemas sociais ou do nível de inclusão nesses sistemas".

⁸³⁰ NEVES, 2009b, p. 69.

⁸³¹ Mesmo o tratamento igual – pelo legislador e pelo julgador, por exemplo – exige uma fundamentação quanto aos “sujeitos entre os quais se trata de repartir os bens e os ônus”, “os bens e os ônus a serem repartidos” e “o critério com base no qual fazer a repartição” (BOBBIO, 2001, p. 112). Mas a previsão do tratamento igual como regra implica a “sobrecarga argumentativa” do tratamento desigual. “Nesse caso, impõe-se a comprovação de que o tratamento igual em um contexto promove, leva ou mantém o tratamento desigual ilegítimo em outros contextos mais abrangentes [...]” (NEVES, 2009b, p. 69). BANDEIRA DE MELLO (1997, p. 37) destaca que “é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles o **quid** determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia”. Nesse sentido, “[p]ara que um **discrîmen** legal seja convivente com a isonomia [...] impende que concorram quatro elementos: a) que a **desequiparação** não atinja de modo atual e absolutamente um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas **desequiparadas** pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, **nelas residentes**, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma **correlação** lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, **in concreto**, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público” (BANDEIRA DE MELLO, 1997, p. 41, destaques no original).

opôs a correção das desigualdades socialmente (re)produzidas (diferenças de oportunidade, de “situação de partida”) à defesa da meritocracia como “*concorrência entre os homens formalmente livres e iguais*”⁸³². Nesse sentido, em novos discursos de oposição entre igualdade e liberdade, o último lado tem-se manifestado contrariamente às ações afirmativas e lhe rejeitado a juridicidade⁸³³.

No plano que ultrapassa as fronteiras territoriais dos (relativamente poucos) Estados Democráticos de Direito, o direito internacional público apresenta grandes deficiências em termos da concretização dos direitos humanos.

*Em um plano, essa questão relaciona-se à dificuldade de determinar a competência orgânica e a capacidade de uma proteção generalizada dos direitos humanos, nos termos de regras e procedimentos preestabelecidos (rule of law e due process of law). [...] Em um outro plano, o problema está associado ao uso político da retórica dos direitos humanos para fins da imposição dos interesses de determinadas potências*⁸³⁴.

Assim, o Estado Democrático de Direito

*ainda se apresenta como a forma jurídica mais adequada e bem-sucedida [onde este foi construído] para a promoção da inclusão social, o combate ao expansionismo destrutivo e excludente do código econômico, a proteção dos direitos humanos e a confrontação com os fundamentalismos*⁸³⁵.

Por um lado, em vez de um uso “historicamente instrumental” dos direitos humanos⁸³⁶ e de uma “*repressão imperial aos ‘Estados anti-direitos humanos*”⁸³⁷, a constitucionalização democrática dos Estados deve ser construída internamente. Por outro lado, o controle do poder e a promoção dos direitos humanos não podem ser tratados isoladamente por cada Estado. Tais questões tornam-se progressivamente “*relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não*

⁸³² MELLO; NOVAIS, 1998, p. 581-2.

⁸³³ Cf., criticamente, DWORKIN, 2010, p. 410.

⁸³⁴ NEVES, 2009b, p. 94.

⁸³⁵ NEVES, 2008: 283.

⁸³⁶ PALOMBELLA; PANNARALE, 2002: 12.

⁸³⁷ NEVES, 2007b, p. 437.

*estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução*⁸³⁸.

Em complementação, colaboração, concorrência ou conflito aberto ou velado com a ordem estatal, surgem múltiplas regulações nos planos internacional⁸³⁹, supranacional⁸⁴⁰ e transnacional⁸⁴¹, bem como permanecem ordens jurídicas locais. Embora não caiba indicar a existência de constituições nesses diversos níveis, muito menos em um plano supranacional global⁸⁴² – pois o conceito de constituição tem uma localização histórica e uma função social determinada em referência a essa realidade espacial e temporal específica⁸⁴³ –, os problemas constitucionais (controle do poder e direitos humanos) permeiam todos esses planos⁸⁴⁴. Nesse sentido, uma imposição unilateral de uma ordem a todas as demais (constitucionalismo estatal, internacionalismo, transnacionalismo, supranacionalismo, localismo) seria injustificável e incompatível com os próprios “problemas constitucionais” mencionados, e não se manifesta como solução adequada à promoção e à manutenção da diferenciação dos diversos espaços comunicacionais na sociedade mundial, nem à garantia do pluralismo das formas de vida e pensamento. Tais funções também seriam de difícil consecução pelos modelos de uma “república mundial” subsidiária aos Estados⁸⁴⁵ ou de uma sociedade civil mundial⁸⁴⁶. Diante desse cenário, Neves⁸⁴⁷ propõe o modelo do transconstitucionalismo como construção

⁸³⁸ NEVES, 2009b, p. XXI.

⁸³⁹ O direito internacional permanece sendo basicamente interestatal, na medida em que tem nos Estados seu sujeito principal.

⁸⁴⁰ O direito supranacional expressa-se em “ordens abrangentes na dimensão temporal, material e social, nas quais, exceto o tratado fundador e suas alterações, as respectivas normas e decisões, fundadas nesse tratado, vinculam diretamente os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, sendo paradigmática a União Europeia”. (NEVES, 2009b, p. 84)

⁸⁴¹ No sentido estrito, as ordens jurídicas transnacionais são aquelas construídas por agentes privados (e.g., corporações, entidades empresariais multinacionais) ou quase-públicos (e.g., organizações não governamentais) como autorregulações próprias, delimitadas não territorialmente, mas conforme as especializações setoriais dos sistemas funcionais a que pertencem (economia, ciência etc.). Cf. NEVES, 2009b, p. 84; TEUBNER, 2003.

⁸⁴² NEVES, 2009b, p. 83-113.

⁸⁴³ NEVES, 2009b, p. 1-25, 53-62.

⁸⁴⁴ NEVES, 2009b, p. XIX-XXIII.

⁸⁴⁵ HÖFFE, 2003.

⁸⁴⁶ Cf. COSTA, S., 2006, esp. p. 26-48, 122-4, 223, criticando o modelo habermasiano de sociedade civil global (ou sociedade mundial de cidadãos).

⁸⁴⁷ 2009b, p. esp. p. 115-32, 235-8 e 270-98.

de pontes entre as diversas ordens jurídicas, notadamente nos casos de direitos humanos.

Após a breve contextualização histórica que descreveu a emergência e o desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais, destacando-se os fatores políticos e econômicos que influíram nessa matéria constitucional, cabe uma referência à problemática das construções/ distinções jurídicas desses direitos, que também abrangem implicações políticas e econômicas. As análises e classificações no tema dos direitos fundamentais da pessoa humana, tanto no plano das ciências sociais, em geral, quanto no plano da dogmática jurídica, em especial, têm destacado os direitos sociais como sendo direitos a prestações estatais positivas (em oposição às liberdades, que constituiriam direitos à não intervenção estatal na esfera privada) veiculados por textos normativos não autoaplicáveis ou programáticos (ao contrário das liberdades, cujos textos normativos seriam autoexecutáveis ou de aplicabilidade plena ou contida).

Na análise da eficácia ou aplicabilidade das normas jurídicas, destacam-se duas classificações. A primeira distingue entre normas autoexecutáveis e não autoexecutáveis⁸⁴⁸. A segunda, entre: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida (ou contível) e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; c) normas de eficácia limitada, que podem ser: i) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; ii) declaratórias de princípio programático⁸⁴⁹. Em ambas as classificações, as liberdades fundamentais ocupam a(s) primeira(s) categoria(s) e, via de regra, os direitos sociais ocupam a última categoria.

Ao lado das classificações quanto à eficácia ou aplicabilidade das normas (isto é, dos textos normativos) constitucionais, destacam-se as conceituações que têm como antecedente a análise de Georg Jellinek, em sua obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, de 1892⁸⁵⁰. Esta é

⁸⁴⁸ A classificação de normas autoexecutáveis ou não autoexecutáveis remonta à obra de Thomas McIntyre Cooley **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union**, de 1868, na qual este juiz da Corte Suprema de Michigan distinguia entre “*directory*” e “*mandatory provisions*”. Cf. COOLEY, 1999, esp. p. 74-84.

⁸⁴⁹ Classificação que remonta à obra de SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, de 1967. Cf. SILVA, J. A., 2007, esp. p. 77-87. Para uma crítica, cf. Silva, V. A., 2010, p. 218-51. A conclusão é de que “*todas as normas são de eficácia limitada*” (SILVA, V. A., 2010, p. 255). Para uma resposta a tal crítica, cf. SILVA, J. A., 2007, p. 270-85.

⁸⁵⁰ Jellinek sistematizou, dentro do pensamento juspositivista e com um vocabulário romanístico, quatro categorias de direitos públicos subjetivos. Se no *status passivus* (ou *status subjectionis*) cabiam ao súdito apenas deveres e nenhum direito, no *status*

uma das inspirações das correntes análises dos direitos sociais como “direitos a ações estatais positivas” ou “direitos a prestações em sentido amplo”⁸⁵¹. Com uma semântica semelhante, a distinção entre “liberdades negativas” e “liberdades positivas” remonta ao ensaio de Isaiah Berlin: *Two concepts of liberty*, de 1957⁸⁵².

Ambas as classificações (quanto à aplicabilidade e quanto à demanda direcionada ao Estado, se de intervenção ou omissão de intervenção) são intimamente relacionadas, de forma que, no campo dos direitos sociais, sua “programaticidade” – o entendimento de que são positivados como “*simples fórmulas de oportunidade política*”⁸⁵³ – serve à restrição de sua concretização e justiciabilidade, sendo tais direitos submetidos à questão da alocação dos recursos estatais escassos. Ao contrário, os direitos civis historicamente tiveram maior possibilidade de serem satisfeitos, em maior ou menor grau, por prestações jurisdicionais e outros serviços estatais, como a segurança pública.

Fortificou-se, assim, uma antítese entre direitos civis e políticos (ou “direitos, liberdades e garantias”), de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro. Quanto aos primeiros, haveria prestações positivas apenas como seu conteúdo instrumental, mas o texto constitucional forneceria todos os critérios e elementos necessários e suficientes para sua aplicação imediata. Mesmo as prestações necessárias e indispensáveis ao exercício desses “direitos, liberdades e garantias” seriam imediatamente exigíveis e demandariam intervenção (constitucionalmente) vinculada do legislador. O Judiciário deveria tutelar imediatamente tais direitos, pois estariam sujeitos apenas a uma concretização jurídica interpretativa, não dependendo de política legislativa ordinária para ganharem eficácia jurídica. Sendo diretamente aplicáveis, as normas que veiculam os direitos de defesa (dever de abstenção estatal e garantia de espaço de autodeterminação individual) e os direitos de participação (política) seriam imediata e completamente garantidas diante de poderes públicos e privados⁸⁵⁴.

negativus (ou *status libertatis*) o indivíduo poderia exercer seus interesses em uma esfera subtraída de imposições legais. Já no *status positivus* (ou *status civitatis*) eram atribuídos ao cidadão direitos públicos subjetivos, pelos quais este poderia recorrer a uma autoridade legal para voltar-se contra um ato ilegal da administração estatal. Enfim, no *status activus* (ou *status activae civitatis*), o cidadão ativo era titular de direitos políticos. Cf. GOZZI, 2006: 329-30; REICH, 1998, p. 164; ALEXY, 2008, p. 254-75.

⁸⁵¹ ALEXY, 2008, p. 433-519

⁸⁵² BERLIN, 2005. Cf. DWORKIN, 1991.

⁸⁵³ CANOTILHO, 2001, p. XV, criticamente.

⁸⁵⁴ VIEIRA DE ANDRADE, 2006, p. 171-201.

De outro lado, os direitos econômicos, sociais e culturais, constituindo o dever de ação do Estado para proteger bens jurídicos dos cidadãos contra terceiros e para promover ou garantir condições materiais e jurídicas de gozo de bens jurídicos fundamentais, estariam submetidos à restrição dos custos sociais e a limites jurídicos (limitação do poder estatal inerente ao Estado de Direito). Ao lado de se ter que observar a concretização apenas de um “mínimo existencial” diante da “reserva do financeiramente possível”, os direitos sociais seriam constituídos fundamentalmente apenas no plano político-legislativo. Como esses direitos teriam somente um mínimo de conteúdo determinável pela interpretação do texto constitucional, o Judiciário poderia atuar nessa matéria de forma muito restrita. Haveria, quanto a tais direitos, uma delegação constitucional para que uma intervenção autônoma do legislador ordinário definisse seu conteúdo, já que a constituição os teria previsto como fins políticos de realização gradual, sujeitos à “reserva do possível”. Sua realização dependeria de que órgãos com capacidade técnica e legitimidade democrática, politicamente responsáveis, definissem as políticas econômicas, sociais e culturais, conforme a conjuntura política, econômica etc.⁸⁵⁵.

Análises contemporâneas têm demonstrado a inadequação e irrealidade da descrição das possibilidades de concretização dos direitos civis e políticos pela exigência de mera abstenção do Estado (não prender arbitrariamente, permitir a livre expressão de opiniões etc.), e da concomitante afirmação da quase impossibilidade de se realizarem os direitos sociais, por dependerem de prestações estatais positivas, economicamente condicionadas. Trata-se de um paradigma em crise – ao menos teórica (sociológica e dogmática) –, associado à defesa de “um Estado mínimo, responsável por garantir apenas justiça, segurança e defesa”, funções estas em que não basta a simples abstenção do Estado, que também implicam um (alto) custo – também devendo estar sujeitas, como as demais, à “reserva do possível” e ao “mínimo existencial” – e às quais não se resume a atuação do Estado nem mesmo na visão liberal clássica, que atribui a este “*um papel ativo na criação das condições institucionais e legais para a expansão do mercado*”⁸⁵⁶. Assim, mesmo os direitos civis clássicos demandam não apenas a abstenção do Estado, mas também um papel ativo deste, por exemplo, por meio de instituições de segurança, prestações legislativas e provimentos jurisdicionais que assegurem a eficácia de tais direitos não apenas perante o Estado, mas também nas relações privadas, entre indivíduos e/ ou organizações. Todos esses serviços,

⁸⁵⁵ VIEIRA DE ANDRADE, 2006, p. 171-201.

⁸⁵⁶ ABRAMOVICH, 2005: 190.

obviamente, importam uma estrutura burocrática que deve lidar com a aplicação de recursos escassos⁸⁵⁷.

Por um lado, os direitos civis (liberdades) manifestam-se “*como um complexo de obrigações negativas e positivas do Estado: obrigação de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções para garantir o gozo da autonomia individual e impedir que seja prejudicada por outros cidadãos*”⁸⁵⁸. Nesse sentido, a liberdade de informação, por exemplo, implica “*a obrigação positiva de produzir informação pública*”⁸⁵⁹, como no âmbito da transparência dos atos do poder público e dos serviços prestados aos meios de comunicação de massa. Da mesma forma, os direitos políticos implicam a garantia das liberdades, pela abstenção da intervenção do Estado na vontade do cidadão e pela atuação estatal positiva para coibir a coerção do cidadão por outros cidadãos ou agentes institucionais privados. Implicam também uma ampla prestação legislativa (ordenação jurídica do processo eleitoral e democrático-direto), judicial, policial, com uma série de recursos materiais e pessoas envolvidas na realização dos referidos processos. Os direitos civis e políticos, portanto, importam relevante gasto no provimento de serviços por sistemas sociais como o jurídico e o político. A ação estatal positiva, quanto à tutela desses direitos, não se resume a “*ditar e fazer cumprir normas para que outros se abstenham de atuar*”, como concebe Santiago Nino⁸⁶⁰, mas implica também serviços estatais como a organização de eleições, de agências de informação pública e de mecanismos reguladores da liberdade de iniciativa econômica, entre tantos outros. Grimm⁸⁶¹ também alude à “*possibilidade de conceber em termos de prestação os direitos fundamentais negativos*”.

Por outro lado, os direitos sociais, econômicos e sociais, se demandam uma atuação estatal positiva no plano de diversos sistemas sociais (como os de educação e saúde), também trazem em sua estrutura

obrigações de não fazer: o direito à saúde compreende a obrigação estatal de não prejudicar a saúde; o direito à educação pressupõe a obrigação de não piorar a educação; o direito à preservação do patrimônio cultural implica a obrigação de não destruir esse patrimônio. É por essa razão que muitas das ações legais tendentes à aplica-

⁸⁵⁷ Cf., em sentido contrário, SILVA, V. A., 2010, esp. p. 204.

⁸⁵⁸ ABRAMOVICH, 2005, p. 191.

⁸⁵⁹ ABRAMOVICH, 2005, p. 192.

⁸⁶⁰ 2007, p. 315.

⁸⁶¹ 2006, p. 168-70.

*ção judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais são direcionadas para a correção da atividade estatal, quando esta deixa de cumprir obrigações de não fazer*⁸⁶².

A ideia de “social” (tal como em “direitos sociais”) apresenta-se antes como um obstáculo epistemológico (no sentido de Bachelard), pertencente a uma semântica datada e que pode sobreviver sem determinar a qual esfera, dimensão ou plano da sociedade (ou melhor, a que sistema) fazia referência⁸⁶³. Partindo-se nominalmente de cada direito fundamental (em espécie), podem ser identificadas em sua estrutura e conteúdo obrigações estatais positivas e negativas, em diferentes proporções. Em significativa parte dos casos, o equilíbrio entre abstenção e intervenção leva a caracterizar certo direito fundamental como um direito civil (restringindo-se tal categoria à noção de abstenção estatal) ou social (noção comumente restrita à ideia de prestações positivas) “*resulta de uma decisão convencional, mais ou menos arbitrária*”⁸⁶⁴. Na tutela de cada direito fundamental, são demandadas do Estado ações no sentido de respeitá-lo, protegê-lo, garanti-lo e promovê-lo⁸⁶⁵; todos os direitos, inclusive as liberdades, vinculam-se necessariamente à arrecadação e ao gasto público⁸⁶⁶. A partir dessa argumentação, cabe relativizar uma conceituação binária fundada na oposição entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos sociais, econômicos e culturais, de outro⁸⁶⁷.

Outro argumento para restringir o uso da oposição entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos sociais, de outro, consiste na ina-

⁸⁶² ABRAMOVICH, 2005, p. 191.

⁸⁶³ Cf. LUHMANN (2004a, p. 448), referindo-se às fórmulas da positividade e da razão, concebidas em relação ao sistema jurídico no século XVIII. Cf. LUHMANN, 2007b, p. 836, igualmente qualificando como “obstáculo epistemológico” a também iluminista ideia de “nação”.

⁸⁶⁴ ABRAMOVICH, 2005, p. 194.

⁸⁶⁵ ABRAMOVICH, 2005, p. 194-5 (destaques no original): “*As obrigações de **respeitar** se definem pelo dever do Estado de não interferir nem obstaculizar ou impedir o acesso ao desfrute dos bens que constituem o objeto do direito. As obrigações de **proteger** consistem em evitar que terceiros interfiram, obstaculizem ou impeçam o acesso a esses bens. As obrigações de **garantir** pressupõem assegurar que o titular do direito tenha acesso ao bem quando não puder fazê-lo por si mesmo. As obrigações de **promover** se caracterizam pelo dever de criar condições para que os titulares do direito tenham acesso ao bem*”.

⁸⁶⁶ Cf. HOLMES; SUNSTEIN, 1999.

⁸⁶⁷ GONZÁLEZ MORENO (2002, p. 71) afirma que essa distinção (direitos civis e políticos/direitos sociais, econômicos e culturais) consolidou-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mas não é generalizada universalmente no plano dos textos constitucionais dos diversos países.

dequação da nomenclatura, ao menos do ponto de vista da teoria sistêmico-social. Nesse sentido, todos os direitos fundamentais são “direitos sociais”. Em sua ambiguidade e vagueza, a colocação do termo “social” parece indicar uma referência não à sociedade, abrangentemente, nem a uma dimensão residual da sociedade (tudo o que não é econômico, político etc.), e sim, a uma espécie de filantropia estatal (assistência social), o que não se coaduna com seu sentido jurídico, segundo o qual tais direitos têm fundamentalidade formal e material, como os demais direitos humanos ou fundamentais.

Embora vinculadas às semânticas e às pretensões que expressaram a correlação de forças, os “*fatores reais do poder*” e a “*constituição real e efetiva*”⁸⁶⁸ existentes nos diversos contextos históricos e sociais pelos quais se deu o desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais, as denominações e a noção de gerações de direitos fundamentais cabem mais a uma visão histórica do que a uma análise jurídica ou jurídico-sociológica⁸⁶⁹. No último sentido, cabe partir-se da concepção dos direitos humanos fundamentais como interdependentes – no plano global de sua positivação⁸⁷⁰ – e, no plano individual (direitos em espécie), cabe

⁸⁶⁸ LASSALLE, 2008, p. 5-40.

⁸⁶⁹ A ideia de gerações de direitos vincula-se à análise de Thomas Humprey Marshall, em sua obra **Citizenship and Social Class**, de 1950. O autor indicou a emergência dos direitos civis no século XVIII, dos direitos políticos no século XIX e dos direitos sociais no século XX. ZOLO (2006, p. 61) comenta que a taxonomia de Thomas Marshall “*é de natureza histórico-sociológica e está, além disso, diretamente moldada nos últimos três séculos da história inglesa*”. NEVES (2008, p. 176) destaca a contribuição de Marshall ao conceito de cidadania “no sentido de sua maior abrangência semântica”, incluindo neste também os direitos sociais. Quanto aos direitos sociais, cf. MARSHALL, 1967, esp p. 87-114.

⁸⁷⁰ A Conferência Mundial dos Direitos Humanos destacou: “*Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais*” (Art. 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993). Para STEINER e ALSTON (2000, p. 237), esse “consenso formal”, entretanto, não deve “ *mascarar o profundo e duradouro desacordo sobre o status próprio dos direitos econômicos sociais e culturais. Em um extremo encontra-se a visão de que esses direitos são superiores aos direitos civis e políticos em termos de uma hierarquia de valor apropriada e em termos cronológicos. De que serve o direito à liberdade de expressão de opinião [freedom of speech] para quem permanece faminto e analfabeto? No outro extremo encontramos a visão de que direitos econômicos e sociais não constituem direitos (propriamente ditos) de forma alguma. Tratá-los como direitos mina o gozo da liber-*

entendê-los como complexos de sentido abrangentes, capazes de impor tanto ao Estado quanto aos entes privados (sob a forma de organizações, de grupos ou pessoas individuais) uma série de obrigações positivas e negativas.

2.3 A CONSTRUÇÃO DE UM CONSTITUCIONALISMO SOCIETAL

Partindo da tese luhmanniana de que os direitos fundamentais surgem como núcleo do constitucionalismo moderno, na forma de instituições voltadas contra o “perigo da desdiferenciação” da sociedade pela política – ou melhor, pelo Estado, organização central do sistema político –, Teubner reconhece os ciclos de desdiferenciação que uns sistemas funcionais provocam nos outros em sua progressiva diferenciação: “*diferenciação [do sistema funcional] [...] – autonomia – perda de limites inerentes – tendências expansionistas – politização [economicização, etc.] dos outros setores – risco de desdiferenciação*”⁸⁷¹. A partir daí, estende para (potencialmente) todos os sistemas funcionais da sociedade moderna os direitos fundamentais como um mecanismo interno de autocontenção desses sistemas, de limitação a uma dinâmica autodestrutiva e paradoxalmente desdiferenciante de “turbo autoipoiese”⁸⁷². Tal elaboração encontra-se na sua tese da “constitucionalização societal”⁸⁷³, que explora as ambiguidades do constitucionalismo: “*Enquanto a constituição deveria institucionalmente confinar-se ao processo político, ao mesmo tempo precisava constituir toda a sociedade. A organização política do aparato estatal supostamente representa a constituição para a nação. De fato, essa oscilação entre o político e o societal é transferida para a sociedade mundial de hoje*”⁸⁷⁴. Daí que “*na discrepância entre subsistemas sociais globalmente estabelecidos e uma política presa no nível interestatal, a totalidade constitucional se quebra e então só pode ser substituída por uma forma de fragmentação constitucional*”⁸⁷⁵.

dade individual, distorce o funcionamento de mercados livres por justificar uma intervenção estatal de larga escala na economia e alimenta uma desculpa para subestimar a importância dos direitos civis e políticos”.

⁸⁷¹ GRABER; TEUBNER, 1998, p. 65.

⁸⁷² TEUBNER, 2012, p. 79.

⁸⁷³ TEUBNER, 2012.

⁸⁷⁴ TEUBNER, 2004, p. 7-8.

⁸⁷⁵ TEUBNER, 2012, p. 51.

2.3.1 A tese de Sciulli

A tese teubneriana é legatária da *Teoria do constitucionalismo societal* do sociólogo e cientista político estadunidense David Sciulli⁸⁷⁶. Sciulli⁸⁷⁷ interpretou que as críticas dirigidas às instituições e práticas das democracias ocidentais, em correntes tais como a teoria da dependência latino-americana (v.g., Fernando Henrique Cardoso⁸⁷⁸), mas também em suas equivalentes no Norte, acabam por compartilhar o “*pressuposto das possibilidades exauridas*”, isto é, de que

[a]s muito particulares instituições políticas e práticas sociais que caracterizam as democracias ocidentais existentes exauram as possibilidades dos atores em todo e qualquer lugar no mundo (a) de estabelecerem uma ordem social não autoritária e (b) de assegurarem oportunidades de integração social, em oposição ao controle social.

De outro lado, tais teorias compartilham também a ideia de uma “*lacuna de possibilidades de integração*”, isto é, “[a] falha em distinguir analiticamente entre (a) uma ordem social que repousa em alguma medida na integração social **possível** de atores heterogêneos e grupos concorrentes e (b) uma ordem social que repousa exclusivamente ou crescentemente em seu controle social manifesto”.

Decerto, tal situação espelha em termos gerais o diagnóstico de toda a teoria social, desde Marx e Weber⁸⁷⁹, mas, notou Sciulli⁸⁸⁰, “*os teóricos da constituição e os teóricos liberais de nenhum modo alteraram seus retratos do Estado liberal e da economia de mercado*”. Durante o século XX, mesmo nomes como Loewenstein e Sartori permaneceram longe do estado da arte da teoria sociológica, e apenas mais recentemente é que o direito constitucional tem requerido a assistência das ciências sociais para

⁸⁷⁶ 1992.

⁸⁷⁷ 1992, p. 2.

⁸⁷⁸ CARDOSO, 2007, p. 218-9: deve-se entender por *dependência* “*uma abordagem integrada dos fatores econômicos, sociais e políticos na formação do capitalismo na periferia*”.

⁸⁷⁹ SCIULLI, 1992, p. 40: “*Teóricos sociais, não teóricos políticos nem filósofos, foram que mais plenamente apreciaram, na metade do século XIX e no início do XX, os efeitos que as pressões sistêmicas por mudança social estavam tendo sobre o governo e a sociedade civil. Dentre os teóricos sociais, foi primeiro Karl Marx e depois Max Weber que apontaram mais metodicamente os efeitos negativos da modernidade. Marx examinou esses efeitos negativos em termos da relação entre capitalismo, alienação e crises sistêmicas, e Weber o fez em termos da relação entre racionalização, burocratização e autoritarismo*”.

⁸⁸⁰ 1992, p. 40.

ampliar o potencial analítico-jurídico – destaca-se nesse sentido a aproximação que autores estadunidenses como Dworkin, Ely e Ackerman fizeram nos anos 80 em direção a uma compreensão sociológica⁸⁸¹.

Fundado então no “dilema weberiano” do autoritarismo no Estado e na sociedade civil, resultado de uma intensa competição pelo controle social e pela manutenção autoritária de uma ordem imposta, Sciulli⁸⁸² vislumbra no “constitucionalismo societal” as correspondentes oportunidades de correção, ou seja, de (auto)restrições do Estado e da sociedade civil. O “limiar institucional” do “constitucionalismo societal” são as “formações colegiais” e princípios de interpretação do direito. Tal limiar é construído para lidar com o “dilema weberiano” da pressão em direção à racionalização das esferas de valor (ou à redução da razão à razão instrumental fundada na lógica econômica) identificada por Weber⁸⁸³, retrabalhada por Parsons (esquematismo fim/ meio) e reconstruída por Habermas (ação instrumental e estratégica *versus* ação comunicativa). Sciulli⁸⁸⁴ aponta então as instituições de contenção de exercício intencional ou sistêmico de poder construídas na tradição ocidental; essas instituições seriam ora “diretamente substantivas”, ora fundadas na “mediação procedimental”; ora contenções ao poder “internas” à dinâmica da racionalização (construções tipicamente liberais, estratégicas no sentido habermasiano), ora contenções de caráter normativo – dentre estas as propostas por Sciulli. O “constitucionalismo societal”, encarnado em “formações colegiais” que seguem determinados “padrões de interpretação do direito”, constitui-se em mecanismos de mediação procedimental que se instalam em condições de competição de grupos e atores heterogêneos, mas ao mesmo tempo constituem um *locus* externo ao âmbito da ação estratégica e instrumental (a pressão racionalizadora weberiana), pois não se baseiam na ação estratégica (como também não se baseavam nesta as instituições do nacionalismo e da religião de Estado), mas proporcionam um agir orientado normativamente, embora não substantivo (como o direito natural e as “tradições nacionais”) e sim, procedimental⁸⁸⁵. Assim, mantém sua externalidade em relação à “pressão racionalizadora” da modernidade (reduzora do agir ao agir instrumental e estratégico), mas coloca-se em contato com as instituições típicas do Estado democrático de direito, de contenções “internas” à racionalização instrumental (sejam instituições em si fundadas no agir estratégico, como a competição de

⁸⁸¹ SCIULLI, 1992, p. 40.

⁸⁸² SCIULLI, 1992, p. 40-53.

⁸⁸³ Cf. SCIULLI, 1992, p. 40-53.

⁸⁸⁴ 1992, p. 54-83, esp. p. 54-60.

⁸⁸⁵ SCIULLI, 1992, p. 58.

grupos, as eleições, o *enforcement* racional-legal, sejam mesmo aquelas de cunho normativo, como a divisão de poderes)⁸⁸⁶.

O “constitucionalismo societal” é uma resposta à “soberania dos interesses subjetivos dos atores, incluindo o comportamento do **Ho-mo oeconomicus** nos mercados econômicos e políticos”⁸⁸⁷. Trata-se de um construto a desafiar a “presunção das possibilidades exauridas” típica de uma ideologia excessivamente otimista que resume a governo democrático e mercado livre os complexos desafios institucionais das estruturas contemporâneas de poder e desigualdade⁸⁸⁸ – o que Unger⁸⁸⁹ chamaria de “*fetichismo institucional*”. Tal constitucionalismo corporifica-se em um mecanismo institucional e procedimental “externo” à pressão racionalizadora⁸⁹⁰: “*formações colegiais*”. Estas implementam certos padrões de interpretação e realizam uma “ação voluntarística” nas diversas organiza-

⁸⁸⁶ SCIULLI, 1992, p. 59-67, 79-83.

⁸⁸⁷ SCIULLI, 1992, p. 67 (destaques no original).

⁸⁸⁸ SCIULLI, 1992, p. 69 (destaques no original): “*Mais que meramente benigna, então, a competição normativamente não mediada ou informalmente mediada dos atores sobre interesses subjetivos nos mercados econômicos e políticos é para liberais e pluralistas, do mesmo modo, positivamente virtuosa: fomenta a diversidade individual e a inovação, adaptabilidade econômica e política, tolerância étnica e cultural [...]. [...] O que é surpreendente é que esse relativamente desenfreado e injustificado otimismo permanece largamente não desafiado **conceitualmente** nas ciências sociais hoje. Isto ocorre precisamente pela lacuna de possibilidades de integração e pela resultante ideologia das possibilidades exauridas. Nesse contexto de omissão conceitual, liberais e pluralistas logo dispensam a significância para a mudança social de todo e qualquer desequilíbrio de recursos, poder e influência emergente dos mercados políticos e econômicos – incluindo a extensão e intensidade do controle social consentido às corporações privadas na sociedade civil. Todos esses produtos não são para eles relacionados à questão de se o **governo** permanece ‘democrático’ e se o **mercado** permanece ‘livre’. Porque sua complacência e otimismo ofuscam o dilema weberiano, eles falham em ver qualquer **infraestrutura social** identificável irreduzível à possibilidade de uma direção não autoritária da mudança **social** sob condições modernas. Falham então em ver, é claro, se e quando essa infraestrutura social é ariscada por certos produtos dos mercados políticos e econômicos liberal-democráticos?*”.

⁸⁸⁹ 2001, p. 33.

⁸⁹⁰ SCIULLI, 1992, p. 77 (destaques no original): “*Contenções externas **procedimentais** são instituições e normas em que atores heterogêneos e grupos concorrentes confiam, na prática, sempre que reconhecem que exercícios de poder coletivo de fato racionais estão, todavia, contribuindo **inadvertidamente** para a pressão da mudança social em direção a burocratização, controle e autoritarismo social. Se eles confiam nessas contenções explícita ou implicitamente, consciente ou inconscientemente, é de importância secundária. O que é de importância primária é se específicas contenções procedimentais externas podem ser isoladas, em princípio, e então alocadas sem ambiguidade nas sociedades civis existentes, na prática. Argumenta-se ao longo do resto deste volume que **unidades sociais (e governamentais) organizadas na forma colegial institucionalizam contenções externas procedimentais simplesmente por sua presença**”.*

ções da sociedade, construindo nestas uma “esfera pública” que modera o exercício de poderes e promove possibilidades de integração social. Para Sciulli⁸⁹¹, “*a mera presença de formações colegiais em qualquer sociedade civil moderna institucionaliza uma específica **infraestrutura social** que sublinha tanto uma direção não autoritária da mudança social quanto possibilidades para a integração social de atores heterogêneos e grupos concorrentes*”. Essas formações combinam de modo peculiar três construtos que Sciulli reconstrói: o limiar (*threshold*) procedimental de interpretação de Lon Fuller, a “ação voluntarística” descrita por Talcott Parsons e a “ética do discurso” de Jürgen Habermas. O quadro 1 esquematiza tal procedimento teórico reconstrutivo.

Quadro 1 – O contexto conceitual do constitucionalismo societal⁸⁹²

	Weber	Habermas	Parsons reformulado	Constitucionalismo societal
Ação racional	Ação racional com relação a fins	Ação instrumental Ação estratégica	Ação racional (meios instrumentais/ fins quantificáveis)	Normas e instituições <i>racionais</i> Ação institucionalizada estratégica e instrumental Mercados e burocracias (e.g., lucros econômicos, casos da burocracia, votos democráticos)
Campo não racional	Ação racional com relação a valores	Ação comunicativa	Ação voluntarística (meios normativos/ fins qualitativos)	Normas e instituições <i>procedimentais</i> <i>Orientações</i> normativas institucionalizadas Licitude procedimental e formações colegiais (e.g., corpos deliberativos, divisões de pesquisa, associações profissionais, universidades)
		Ação normativa		Normas e instituições <i>substantivas</i> <i>Motivações</i> normativas internalizadas Tradição, religião, cultura (e.g., famílias, bairros, comunidades, movimentos sociais, grupos étnicos e nacionalistas)
	Ação racional substantiva	X	Ação simbólica ou não racional (meios normativos/ fins transcendentais)	

⁸⁹¹ 1992, p. 77 (destaques no original).

⁸⁹² SCIULLI, 1992, p. 155.

A redução da moralidade do direito a limiares procedimentais de interpretação empreendida por Fuller⁸⁹³ resulta em alguns princípios que constituem condicionamentos procedimentais internos à dinâmica de competição dos grupos sociais e atores heterogêneos, evitando autoritarismo e possibilitando-lhes a deliberação sobre deveres sociais compartilhados (*shared social duties*)⁸⁹⁴: 1) generalidade; 2) promulgação (informação); 3) prospectividade (não retroatividade); 4) clareza (sobre o reconhecimento do cumprimento ou descumprimento das normas – *compliance*); 5) Não contradição (das prescrições); 6) possibilidade (do que é prescrito); 7) constância (consistência); 8) congruência (entre condutas e deveres proclamados a aquelas relativos, especialmente por parte dos que proclamam as normas).

Já a ação voluntarística é conceituada por Sciulli⁸⁹⁵ em um quadro reconstrutivo da sociologia weberiana e parsoniana. Assim, ao lado do campo da ação racional (meios eficientes/ fins empiricamente quantificáveis) e da ação não racional (meios simbólicos que são normas substantivas/ fins não empíricos transcendentais), surge o campo residual da ação que não é racional em sentido estrito (a ação instrumental ou estratégica burocrática ou econômica), mas guarda a correlação entre meios e fins – aqueles simbólicos e estes empírica e qualitativamente mensuráveis. Esta é a ação voluntarística, que pode se fundar em bases substantivas (motivações normativas compartilhadas entre atores homogêneos) ou procedimentais (orientações normativas compartilhadas por atores heterogêneos). A ação voluntarística procedimental seria institucionalizável a despeito da competitividade dos interesses e crenças.

Tal ação voluntarística, uma remodelagem das bases weberianas e parsonianas, é por sua vez inspirada na crítica de Habermas a tais bases (especialmente ao tipo ideal da “dominação racional-legal”) e ao positivismo jurídico daí resultante, bem como na peculiar proposta de ética procedimental discursiva elaborada por Habermas⁸⁹⁶. A “pragmática universal” construída em vista a um modelo normativo (a “situação discursiva ideal”) será então redescrita de forma a se corporificar nas “formações colegiais”, cuja operatividade obedece a basicamente três postulados⁸⁹⁷: 1) os participantes devem “*suspende’ todas as suas pressuposições relativas a condicionantes ‘objetivas’ das ações sociais*”; 2) “*a validade de qualquer proposta é avaliada independentemente de qualquer consi-*

⁸⁹³ 1969, p. 33-94.

⁸⁹⁴ SCIULLI, 1992, p. 112-3.

⁸⁹⁵ 1992, p. 131-49, esp. p. 141.

⁸⁹⁶ SCIULLI, 1992, p. 87-106.

⁸⁹⁷ SCIULLI, 1992, p. 102-3.

deração sobre a posição social do proponente fora da situação de fala”; 3) “os participantes ‘suspendem’ suas suposições prévias inclusive sobre os tipos de declarações e argumentos que sejam tipicamente válidos”.

Em uma aplicação de sua teoria do constitucionalismo societal à realidade judicial estadunidense, Sciulli⁸⁹⁸ preocupou-se em entender as expectativas do Judiciário e os deveres por este impostos às corporações no que concerne à relação da economia com a sociedade civil. Em outros termos, colocou a questão de em que medida o Judiciário compreende que, para além da geração de emprego e lucro, haveria padrões sociais de conduta a serem seguidos pelas organizações econômicas, não apenas impostos pelo autocontrole da competição (como na tese puramente contratualista), mas também normativamente executados pela jurisdição – como na tese de Sciulli de uma “vigilância republicana”, contraposta à “complacência liberal” que resulta da crença de que o exercício do poder privado na empresa não poderia colocar em risco a institucionalidade democrática e a sociedade civil (famílias, comunidades, associações voluntárias “intermediárias” entre o indivíduo e o Estado). Mas tal risco à manutenção de uma ordem social democrática seria de fato uma externalidade institucional derivada do poder corporativo não submetido a restrições normativas (no sentido de restrições à lógica meramente instrumental da competição econômica)⁸⁹⁹. No seio das corporações, órgãos ou organizações colegiais – não burocráticos, nem clientelistas nem apenas formalmente democráticos – garantiriam a autocontenção normativa e a aderência a padrões procedimentais por parte das organizações empresariais⁹⁰⁰. Assim, o desenho institucional de uma sociedade democrática precisa estender “mediações normativas de poder” (como obrigações fiduciárias que impeçam o exercício abusivo de poder) para as principais coletividades “intermediárias” da “sociedade civil”⁹⁰¹. Isso implica tratar a “governança corporativa” como mais do que um mecanismo de proteção dos investimentos e investidores, mas também como uma “importante janela no desenho institucional da sociedade civil”⁹⁰². Assim, o poder corporativo manifesta-se como uma realidade para além da apreensão de categorias puramente econômicas neoclássicas e jurídicas contratualistas⁹⁰³. O constitucionalismo societal seria uma resposta a este déficit teórico.

⁸⁹⁸ 2001, esp. p. 1-5.

⁸⁹⁹ SCIULLI, 2001, p. 8-30.

⁹⁰⁰ SCIULLI, 2001, p. 6.

⁹⁰¹ SCIULLI, 2001, p. 14-25.

⁹⁰² SCIULLI, 2001, p. 61.

⁹⁰³ SCIULLI, 2001, p. 75-82.

2.3.2 A tese de Teubner

Inspirado no estudo de Sciulli⁹⁰⁴, Teubner buscou desenvolver sua própria observação de um constitucionalismo societal (global, portanto) e fragmentado. Há que se registrar a divergência de pressupostos teórico-sociológicos desses autores: um parte da teoria da ação weberiana e da ação comunicativa habermasiana, nas quais baseia sua proposta (ação voluntarística consubstanciada nas formações colegiais, o que proporcionaria uma integração social não autoritária); o outro parte de uma teoria sociológica fundada na comunicação (com sua rejeição, por exemplo, ao individualismo metodológico e à intencionalidade). Assim, Teubner procura realizar uma *generalização* do conceito de constituição para toda a sociedade, partindo da ideia da constituição estatal, mas *reespecificando-o*⁹⁰⁵ para a sociedade civil, ou melhor, para os diversos sistemas funcionais⁹⁰⁶. Cabe notar este ponto: a (hipó)tese de Teubner⁹⁰⁷ primeiramente

⁹⁰⁴ Sobre a análise de Sciulli, TEUBNER (2004, p. 10) comentou: “*Partindo do dilema do processo de racionalização da modernidade analisado por Max Weber, ele coloca a questão de quais contraforças podem existir para fazer frente à tendência evolucionária massiva que se manifesta em quatro pressões: (1) fragmentação da lógica de ação, com as consequências da diferenciação altamente avançada, da pluralização e da compartimentalização regional de esferas sociais separadas; (2) domínio do cálculo instrumental como a única racionalidade que encontra reconhecimento através das esferas; (3) abrangente substituição da coordenação informal pela organização burocrática; (4) crescente confinamento na ‘gaiola de ferro da servidão ao futuro’, especialmente nas esferas sociais. Essa tendência acabaria inevitavelmente, em termos societais, em uma situação de intensa competição por posições de poder e influência social, controle social altamente formalizado e autoritarismo político e social. Ademais, isso tem a natureza de um dilema, pois cada tentativa consciente de atingir um controle coletivo sobre essa tendência torna a si mesma capturada nessa lógica e, então, apenas serve para reforçar a inclinação*”.

⁹⁰⁵ TEUBNER, 2004, p. 19: “*Generalização significa separar o conceito constitucional de certas peculiaridades do sistema político e, em particular, do aparato estatal, algo que é, entretanto, extremamente delicado tendo em vista a estreita interpenetração dos aspectos constitucionais e políticos. Então, reespecificação é uma tarefa não menos delicada, já que as peculiaridades do subsistema, suas específicas operações, estruturas, meios, códigos e programas requerem uma reelaboração de longo alcance das instituições constitucionais*”.

⁹⁰⁶ Essa adoção do conceito de constituição não é insuscetível a críticas que pretendem vinculá-la ao seu contexto histórico original de emergência na modernidade. Cf. NEVES, 2009a, p. 1-113. Para VESTING, 2004, p. 37: “*A primeira objeção pode ser formulada na moldura da teoria dos sistemas mesma: se a constituição é o produto de um específico acoplamento desde a segunda metade do século XVIII, o conceito constitucional não pode ser simplesmente destacado de sua contraparte política e reacoplado a outros subsistemas, como a economia, a ciência ou a internet. Se a política é deletada do acoplamento estrutural ‘constituição’, só resta o direito*”.

te se apresenta como uma espécie de isomorfismo entre a constituição estatal (que permanece fundada nacionalmente, *i.e.*, segmentariamente) e as “constituições civis transnacionais” (fundadas na diferenciação funcional de sistemas globais). Permanece aqui a dualidade moderna clássica *Estado/sociedade civil*. Posteriormente, Teubner⁹⁰⁸ parece ter levado mais a sério a colocação luhmanniana sobre a crise dessa dicotomia para a descrição da sociedade “policontextural” e multiplamente codificada⁹⁰⁹, que não mais se biparte em uma relação autoritária (Estado determinando a sociedade civil) ou democrática (sociedade civil constituindo o Estado), mas se multiparte de forma a levar o Estado apenas à posição de centro organizacional de um dos vários sistemas autopoieticos (a política), que apenas pode irritar os outros e com eles aprender se os reconstruir por dentro de suas próprias (políticas) operações (hetero-observação). Como já observado, tal entendimento coloca problemas sobre uma observação de diferente natureza – posta pelas teorias sobre a “constitucionalização do direito” ou sobre a “eficácia privada”, “horizontal” ou “vinculação de particulares a direitos fundamentais”⁹¹⁰ –, de que a Constituição (no sentido tradicional e estrito) deixa de ser uma constituição do Estado para ser uma constituição de toda a sociedade⁹¹¹.

Diferente desta perspectiva é a de Teubner, focada em regimes jurídicos de abrangência global e setorial (funcional). Inicialmente, Teubner⁹¹² identificava quatro traços caracterizadores do constitucionalismo societal: 1) o acoplamento estrutural entre o direito e um subsistema que não o político (*locus* da constituição estatal/ nacional clássica); 2) uma hierarquização, no respectivo acoplamento (constituição sistêmico-funcional), entre as normas constitucionais (igualadas às normas secundárias no sentido de Hart) e as normas ordinárias em sentido amplo (normas primárias no sentido de Hart)⁹¹³; 3) normas secundárias e procedi-

⁹⁰⁷ 2004, esp. p. 18-28.

⁹⁰⁸ 2012.

⁹⁰⁹ LUHMANN, 2007b, esp. p. 21-2, 63, 707; 2002c, p. 62-9; 1983, p. 33.

⁹¹⁰ Cf., por todos, STEINMETZ, 2004.

⁹¹¹ Ver a discussão dessas teorias no capítulo 3, item 3.3.1.1.

⁹¹² 2004, p. 20-8.

⁹¹³ Lembre-se que TEUBNER (1993, p. 53-94) entendia que um sistema jurídico que contivesse normas secundárias, no sentido de Hart, constituiria um “direito parcialmente autônomo”, estágio intermediário entre o “direito socialmente difuso” e o “direito autopoietico”. A autonomia parcial seria obtida quando já há autodescrições, e estas regulam o próprio sistema (autoconstituição) (TEUBNER, 1993, p. 81-2); a auto-poiese, porém, só existe quando se tem um “*sistema que gera os seus elementos a partir dos seus próprios elementos e estruturas. A autopoiesis jurídica apenas pode emergir caso as relações autorreferenciais circulares dos componentes do sistema se*

mentos de revisão judicial da constitucionalidade (segundo a constituição do sistema funcional em questão) das normas “ordinárias” do sistema⁹¹⁴; 4) constituição dual de setores espontâneos e organizados⁹¹⁵.

jam constituídas por forma a permitirem a sua própria articulação e interligação num hiperciclo autorreprodutivo”. (TEUBNER, 1993, p. 84, destaques no original). Neste caso, a autodescrição orienta a autorreprodução (TEUBNER, 1993, p. 86) e se constitui um hiperciclo envolvendo normas, doutrinas, processos e atos jurídicos (TEUBNER, 1993, esp. p. 77-8).

⁹¹⁴ TEUBNER, 2004, p. 24-5: “A revisão judicial de contratos comerciais padronizados, de *standards* privados de *due diligence*, de normatização [*standardisation*] por associações privadas, de decisões de cortes arbitrais tanto na esfera nacional quanto na internacional são exemplos de um controle de constitucionalidade de fato do direito não legislado. Ninguém deveria se iludir pelas fórmulas antiquadas de direito privado dos ‘bons costumes’ e da ‘boa-fé’, que as cortes ordinárias usam, como pelo fato de que aqui, substantivamente, é a ‘*ordre public*’, i.e., o ajuste entre normas ‘privadas’ e constitucionais, especialmente de direitos humanos, que está sendo decidida. Ainda, um olhar mais próximo mostra que elas estão sendo mensuradas não pela constituição política do Estado, mas por sua própria constituição. O resultado é simultaneamente uma liberação judicial e uma restrição judicial da dinâmica da racionalidade específica do sistema. A dimensão institucional dos direitos constitucionais é invocada em domínios privados da sociedade. Normas sociais na periferia do sistema jurídico são, em geral, aceitas no centro do direito, mas um processo de revisão judicial do direito defende-o contra elementos corruptores vindos das falhas de fontes externas do direito, medidos em face dos parâmetros do devido processo e do *rule of law*. Ao mesmo tempo, porém, o direito reconhece a racionalidade intrínseca de processos externos de criação jurídica, os traduz na qualidade de normas legais e assim lhes traz uma considerável elevação social. [...] Em seu relacionamento com a política, a revisão judicial da legislação apresentou o modelo que, até hoje, existe apenas rudimentarmente em relação a outros subsistemas. Em que sentido o direito deve ajustar-se à racionalidade intrínseca de outros subsistemas, e em que medida influências que corrompam o direito precisam ser repelidas? O controle constitucional da legislação política desenvolveu amplas técnicas de revisão que neutralizam decisões político-partidárias, traduzem políticas orientadas para resultados em princípios jurídicos universais, adéquam decisões políticas à doutrina jurídica, de acordo com o critério jurídico de consistência e, no pior caso, pronunciam a inconstitucionalidade do ato legislativo. De outro lado, o direito constitucional liberou a lógica intrínseca da política por meio da ‘politização’ mesma do direito: interpretação teleológica, orientação a políticas, sopesamento de interesses, avaliação de impacto e orientação para o resultado são indicadores de uma adaptação do direito à racionalidade da política. [...] Onde, entretanto, estão as combinações análogas de liberação e restrição em relação a setores não políticos da sociedade quando mecanismos não legislativos de criação do direito estão atuando? Evidentemente, o critério de revisão e os mecanismos de ajuste à constituição política devem ser trocados pelos de sua própria constituição”.

⁹¹⁵ Assim, com relação à constituição clássica (política), TEUBNER (2004, p. 27) analisa: “O caráter democrático de uma constituição parece depender de se um dualismo de racionalidade organizada formalmente e espontaneidade informal pode ser institu-

Já em análise posterior mais abrangente, Teubner destacou como nota fundamental de seu conceito o acoplamento estrutural entre o direito e outro sistema funcional, ambos funcionando em níveis internos de autorreflexividade:

A mera constituição de autonomia medial não é para ser igualada com sua constitucionalização. Devemos falar de constituições no sentido estrito apenas quando a reflexividade medial de um sistema social – seja a política, a economia ou algum outro setor – é apoiada pelo direito ou, para ser mais preciso, pela reflexividade do direito. As constituições emergem quando os fenômenos da dupla reflexividade emergem – a reflexividade do sistema social autoconstituente e a reflexividade do direito que suporta a autofundação⁹¹⁶.

Assim, para o direito, é fundamental a criação de normas secundárias, no sentido de Hart⁹¹⁷, ou normas de organização (cerne das constituições nacionais, como normas de organização do Estado); assim se constitui o mecanismo autorreflexivo do direito, ou seja, sua constitucionalização⁹¹⁸. Já no plano do sistema funcional outro que estiver acoplado ao direito para constitucionalizar-se, também a reflexividade se constitui pela aplicação de seus códigos e programas específicos sobre si mesmos, ou seja, no plano da metacodificação⁹¹⁹. Dessa forma, constitui-

cionalizado de forma bem sucedida como um jogo dinâmico sem a primazia de um sobre o outro. Na política, o ponto é o controle mútuo pelo setor formalmente organizado dos partidos políticos e da administração estatal, de um lado, e o setor espontâneo do eleitorado, dos grupos de interesse e da opinião pública, do outro⁹¹⁹.

⁹¹⁶ TEUBNER, 2012, p. 104.

⁹¹⁷ 2007, p. 89-109.

⁹¹⁸ TEUBNER, 2012, p. 105.

⁹¹⁹ TEUBNER, 2012, p. 103-4: “Os processos constitucionais são um caso de ‘duplo fechamento’ no sentido descrito por Heinz von Foerster. Os sistemas sociais desenvolvem um fechamento de primeira ordem ligando suas operações autoproduzidas entre si e assim se formando a parte de seus ambientes. Eles desenvolvem o fechamento de segunda ordem aplicando suas operações reflexivamente sobre suas operações. Desse modo, a ciência assegura sua autonomia quando é bem sucedida em estabelecer um segundo nível de cognição adicionalmente às operações de primeira ordem orientadas pelo código binário verdade/falsidade. As operações de primeira ordem são então testadas pelos valores de verdade de segundo nível – o nível da metodologia e da epistemologia. A política torna-se a esfera autônoma de poder da sociedade quando dirige processos de poder por meio de processos de poder e produz o duplo fechamento da política por processos eleitorais, modos de organização, divisão de competências, separação de poderes e direitos fundamentais. A economia torna-se autônoma quando, no ciclo monetário, operações de pagamento são usadas não ape-

-se uma “hibridização”⁹²⁰ dos códigos e programas, uma *re-entry* das diferenças entre jurídico e não jurídico em cada um dos sistemas acoplados. No caso da constituição do sistema funcional econômico, o direito reconstruiria em si mesmo a diferença jurídico/ econômico, bem como a economia, por hetero-observação, reconstrói internamente o setor jurídico em questão (com o qual está acoplada estruturalmente – portanto, do qual recebe e para o qual dirige “irritações” potencializadas por tal acoplamento). “A *re-entrada recíproca da economia e do direito então dá azo a dois diferentes ‘espaços imaginários’ da constituição econômica, dois diferentes programas constitucionais, um na economia, um no direito*”⁹²¹.

Sem pretender uma reconstrução global da proposta teubneriana, cabe adicionar às colocações anteriores a ideia de que a diferenciação funcional da sociedade não implica uma total opacidade dos sistemas funcionais uns em observação aos outros. Assim é que, presente a diferença sistema/ ambiente, são possíveis as interpenetrações, como conexões gerais à “complexidade externa” ao sistema⁹²², bem como os acoplamentos estruturais, que são “*dispositivos que cada sistema faz valer, ainda que cada um em sentido diferente*”⁹²³. Tais acoplamentos, ao potencializarem a irritação entre os sistemas⁹²⁴, fortalecem a coevolução entre os sistemas acoplados, pois, embora não possa haver influência direta de um sistema sobre o outro (não em termos funcionais, mas apenas em termos disfuncionais, desdiferenciantes e corruptivos), os sistemas passam a estar vinculados de forma que um conta com a irritação do outro para poder produzir-se internamente. Da mesma forma, o autismo sistêmico é evitado pelas operações mais generalizadas da hetero-observação e da *re-entry*: a reconstrução interna ao sistema não só de si mesmo, mas também a internalização, pela tradução para seus termos, do seu respectivo ambiente.

A expansão imperialista de um sistema em direção a outro(s), corrompendo-o(s), pode dar-se ou não a partir de mecanismos de acoplamento estrutural entre os sistemas ou de racionalidades transversais que

nas para efetivar transações mas para dirigir a própria provisão de dinheiro. Dessa forma, quando o duplo fechamento define as fronteiras externas e a identidade interna, o subsistema torna-se autônomo no sentido estrito. Essa ‘reflexividade medial’ produz para cada sistema funcional a ‘forma na qual o meio adquire distintividade e autonomia’”. O trecho final é uma citação de LUHMANN, 2007b, p. 291.

⁹²⁰ TEUBNER, 2012, p. 111-3.

⁹²¹ TEUBNER, 2012, p. 112.

⁹²² LUHMANN, 2004a, p. 116.

⁹²³ LUHMANN, 2007b, p. 624.

⁹²⁴ LUHMANN, 2007b, p. 901.

acabam por tornarem-se antes razões verticais de instrumentalização de um sistema por outro⁹²⁵. Dessa forma, o duplo movimento de expansionismo e corrupção, ou de colonização e desdiferenciação (ou de bloqueio à diferenciação do que ainda não se diferenciou) envolve os sistemas autopoieticos em uma dinâmica pela qual as comunicações de um passam a ser regidas pelos códigos e programas de outro(s), o que Neves⁹²⁶ designa como o fenômeno da alopoiese. A desdiferenciação dos sistemas, ou a manutenção de sua indiferenciação – quando (ainda) não são diferenciados – tem, para as formas predominantes de organização da sociedade, implicações altamente negativas, como a exclusão em cadeia das pessoas em relação a múltiplos sistemas funcionais, integrando os excluídos em uma sociedade que opera pela desintegração, pela contingência do entrelaçamento das diversas referências sistêmicas⁹²⁷.

Mesmo fora das condições de corrupção sistêmica, cada sistema funcional pode acabar por reconstruir internamente relações de poder, não propriamente do poder que emana do sistema político, que tendencialmente centraliza todo esse meio de comunicação (o poder-violência)⁹²⁸, mas das relações de influência (ou poder em sentido amplo) que surgem internamente à economia, por exemplo, pelas diferenças de acumulação do meio *ter*, ou seja, pela diferente disposição no *continuum* expresso na binariedade do código base do sistema funcional respectivo: no caso, *ter/*

⁹²⁵ NEVES, 2009b, p. 42-51.

⁹²⁶ 2007a, p. 127-89.

⁹²⁷ LUHMANN, 2007b, p. 500.

⁹²⁸ Nesse sentido, FISCHER-LESCANO (2010, p. 169) citou Teubner: “O ‘político’ aparece então como tomada de decisão num contexto de indefinição que ultrapassa o sistema político, assim como a incomensurabilidade de sentido em arranjos antagônicos”. Isso permite ver que, “apesar do monopólio estatal do uso da força, os processos de poder ocorrem além da política”. Em contraste com a citação de Teuber por Fischer-Lescano, em outro artigo GRABER e TEUBNER (1998, p. 70) consideram que “analogias estruturais com o poder do Estado” representam “uma obsessão com o fenômeno do poder que tende a negligenciar outros meios de comunicação [sistêmicos] como ameaças à autonomia individual e social”. Vale mencionar também o comentário de GIDDENS (1991, p. 30-1): “A explicação mais abrangente e sofisticada das conexões entre dinheiro e modernidade, entretanto, é a de Georg Simmel. [...] Entrementes, deve ser observado que uma preocupação com o caráter social do dinheiro faz parte dos escritos de Talcott Parsons e Niklas Luhmann em períodos mais recentes. Parsons é aqui o autor dominante. Segundo ele, o dinheiro é um dos diversos tipos de ‘meio de comunicação circulante’ nas sociedades modernas, além do poder, da linguagem e outros. Embora as abordagens de Parsons e Luhmann tenham afinidades com o que devo colocar mais adiante, não aceito a estrutura principal de suas análises. Nem o poder nem a linguagem estão ao mesmo nível do dinheiro ou outros mecanismos de desençaixe. O poder e o uso da linguagem são traços intrínsecos da ação social de modo muito geral, e não de formas sociais específicas”.

não ter⁹²⁹. Daí é que a teoria do constitucionalismo societal e fragmentado vislumbra, na autoconstitucionalização de cada sistema funcional (na verdade, principalmente do sistema *forte* da economia mundial), segundo seus próprios critérios e com o suporte do direito (que estaria aqui realizando uma “prestação”⁹³⁰ ao sistema funcional a ele acoplado estruturalmente), uma estratégia de “politização interna”⁹³¹ de cada sistema funcional (distinta da politização externa – ou estatização –, totalitária e disfuncional) e, portanto, de realização da democracia em uma sociedade funcionalmente diferenciada – para a qual o *tópos* democrático não deixa de perder a generalidade, embora dependa agora de certa fragmentação, ou melhor, de especificação. “*Nessa perspectiva, a democracia na sociedade vai ser realizada por meio de processos que são orientados pela responsabilidade social de atores coletivos descentralizados*”⁹³².

Nesse sentido, é fundamental a dualidade que Teubner⁹³³ identifica em cada sistema funcional entre a “esfera profissional organizada” e a “esfera espontânea” – por exemplo, na economia (empresas/consumidores), na política (governo/opinião pública), nas artes (artistas/público), no direito (tribunais/demandantes). Assim é que o sistema pode não só ser irritado por seu ambiente mas também promover sua autoirritação por meio dessas distinções internas, subsumíveis a alguns papéis sociais complementares. A partir dessa distinção de esferas é que se pode equacionar a tarefa sempre imperfeita do funcionamento de um sistema de balancear fechamento operacional (vinculável tendencialmente à “esfera profissional organizada”) e abertura cognitiva (vinculável tendencialmente à “esfera espontânea”). No plano de suas constituições internas, por exemplo, isso implicaria combinar princípios e regras constitucionais, no

⁹²⁹ ČERNIČ (2010, p. 19) nota que das 100 maiores corporações do mundo, 71 têm suas sedes em um dentre cinco países: França, Alemanha, Japão, Reino Unido ou Estados Unidos (dados da UNCTAD, *World Investment Report 2005*); ademais, as maiores 25 corporações transnacionais são mais ricas que aproximadamente 170 países. Segundo dados da UNCTAD de 2001, citados por JÄGERS (2002, p. 6), 90 das 100 maiores corporações eram sediadas nos países da tríade União Europeia, Estados Unidos e Japão, enquanto apenas três corporações desta lista tinham sede em países emergentes. Ademais, segundo o mesmo autor, “[d]as 100 maiores concentrações de riqueza do mundo, 51% é de propriedade de corporações globais e apenas 49% é de Estados”.

⁹³⁰ LUHMANN, 2007b, p. 600.

⁹³¹ TEUBNER, 2012, p. 119-23.

⁹³² TEUBNER, 2012, p. 122. CAMPILONGO (1997, p. 70) comentou: “*Por isso, para os teóricos do direito reflexivo [Teubner], democratização possui um significado muito peculiar. Não representa nem maior igualdade social nem incremento de participação política individual. Seu sentido é o da criação de mecanismos que substituem as intervenções externas ao sistema legal por suas estruturas de controle interno*”.

⁹³³ 2012, p. 88-96.

sentido que tem atualmente tal distinção entre tipos normativos na teoria constitucional na esteira de Dworkin⁹³⁴ e Alexy⁹³⁵ e, principalmente, na releitura que dela faz Neves⁹³⁶, associando os tipos normativos à justiça como “fórmula de contingência” do sistema jurídico⁹³⁷, ou seja à combinação de abertura/ adequação social (associada primordialmente aos princípios) e fechamento/consistência técnica jurídica (associada primordialmente às regras).

Assim é que normas capazes de capturar uma complexidade maior do ambiente, muitas vezes reconstruída internamente em primeiro lugar pela “esfera espontânea” – os princípios –, haveriam de combinar-se nas constituições às regras, normas mais capazes de estruturar tal complexidade externa em termos internos, zelando por tal *consistência* principalmente a “esfera profissional-organizada”. Dessa forma, por exemplo, as demandas de consumidores conscientes, por um comportamento socioambientalmente responsável das empresas, reconstrói, em termos do sistema econômico, as exigências ecológicas (no sentido amplo, do ambiente natural e social da economia), colocando uma exigência na forma de demanda à qual as empresas precisam responder com a oferta de produtos e processos sustentáveis. É aproximadamente nesses termos que Teubner⁹³⁸ coloca a questão da “politização ‘interna’ da economia”.

2.4 UM CONCEITO INSTITUCIONAL E ECOLÓGICO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na teoria econômica recente, autores como Douglass North promoveram à centralidade o conceito de instituição, levando-o a abarcar

⁹³⁴ 2010, esp. p. 23-125.

⁹³⁵ 2008.

⁹³⁶ 2013, esp. p. 120-41.

⁹³⁷ LUHMANN, 2007b, p. 371: “*Com a diferenciação de sistemas funcionais particulares, desenvolvem-se fórmulas de contingência (referidas a cada um deles) que podem afirmar o que, para cada sistema, constitui o especificamente indiscutível: por exemplo, a escassez para o sistema da economia, a legitimidade para o sistema político, a justiça para o sistema do direito, a limitacionalidade para o sistema da ciência*”. Embora constituam o indiscutível para o sistema, essas formas colocam-se como metas inatingíveis (por exemplo, o fim da escassez acabaria com o sistema econômico, assim como a total escassez), mas necessárias para que o sistema se reproduza funcionalmente (autonomamente/ consistentemente e cumprindo sua “função social”/ adequadamente) a cada operação.

⁹³⁸ 2012, p. 119.

potencialmente todo o espectro societal, isto é, o conjunto global das “regras do jogo da sociedade”⁹³⁹. A distinção entre ambiente institucional e arranjos institucionais também é demasiado fluída: o *ambiente institucional* compreenderia regras sociais, políticas e jurídicas que fornecem as bases para a produção, as transações e a distribuição de bens e serviços, enquanto os *arranjos institucionais* definiriam as relações de cooperação ou concorrência entre as unidades econômicas⁹⁴⁰. Williamson⁹⁴¹ destacou como as principais instituições do capitalismo contemporâneo as firmas (organizações empresariais e suas “estruturas de governança”), os mercados e os contratos relacionais, identificando desde os anos de 60 e 70 a emergência da *nova economia institucional* (ou *neoinstitucionalismo*), de inspiração neoclássica, cujo conceito-chave é o de custos de transação. A pressuposição central dessa teoria econômica é a de que “*as instituições econômicas do capitalismo tem o principal objetivo e efeito de economizar os custos de transação*”⁹⁴². Tais custos envolvem a decisão dos agentes econômicos entre fazer (na organização) ou comprar (no mercado)⁹⁴³. Definiu Coase⁹⁴⁴ que “[u]ma firma, portanto, consiste no sistema de relacionamentos que passa a existir quando a direção dos recursos é dependente do empreendedor”. Já o mercado estaria acessível por meio dos contratos empresariais com parceiros ao longo da cadeia produtiva. Ao analisar a “relação entre iniciativa ou empresa e gestão”, Coase concluiu: “*Iniciativa significa prever e operar por meio do mecanismo de preço, fazendo novos contratos. A gestão propriamente apenas reage às mudan-*

⁹³⁹ NORTH, 2012, p. 5-6: “As instituições são as regras do jogo de uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições humanamente desenhadas que estruturam a interação humana. São compostas de regras formais (*statute law, common law, regulações*), restrições informais (*convenções, normas de comportamento e códigos de conduta autoimpostos*), e das características de executoriedade [**enforcement**] de ambas. [...] As organizações são os jogadores: grupos de indivíduos ligados por um propósito comum de atingir objetivos. Incluem corpos políticos (*partidos políticos, o senado, uma câmara municipal, uma agência reguladora*); corpos econômicos (*empresas, sindicatos, fazendas familiares, cooperativas*); corpos sociais (*igrejas, clubes, associações atléticas*); e corpos educacionais (*escolas, universidades, centros de treinamento vocacional*)”.

⁹⁴⁰ Cf. WILLIAMSON, 1992, p. 341.

⁹⁴¹ 1985, esp. p. 16-8.

⁹⁴² WILLIAMSON, 1985, p. 17.

⁹⁴³ Podem-se destacar como espécies de custos de transação os *custos de coordenação* (referentes à situação em que uma organização integra verticalmente diversas etapas da cadeia produtiva, em uma estrutura hierárquica) e os *custos de motivação*, que derivam da incompletude e assimetria das informações e do comprometimento imperfeito dos agentes no mercado. Cf. MILGROM; ROBERTS, 1992, p. 29-33.

⁹⁴⁴ COASE, 1937, p. 393.

*ças de preço, rearranjando os fatores de produção sob seu controle. Que o homem de negócios normalmente combine ambas as funções é um resultado óbvio dos custos de mercado [...]*⁹⁴⁵.

Portanto, o conceito econômico de instituição tende a abarcar tanto os acoplamentos estruturais entre direito e economia (propriedade e contrato), na linguagem luhmanniana, quanto as próprias formas de estruturação dos sistemas organizacionais e os mecanismos de mercado (as transações). Luhmann⁹⁴⁶ notou que “*o conceito de mercado se desliga da designação de certos lugares liberados para as transações e se converte em forma conceitual para vir a designar a lógica própria daquelas transações que não dependem de nenhuma outras características sociais*”. Vale mencionar que a teoria luhmanniana vislumbra o mercado como a esfera pública da economia, a parte não organizacional do sistema funcional econômico⁹⁴⁷.

Já no direito, o conceito de instituição trilhou longa trajetória. Uma primeira elaboração pode ser localizada em Otto von Gierke, que em 1902 proferiu em Berlim uma conferência sobre *A natureza das associações humanas*. O problema do tratamento jurídico das sociedades organizadas foi então tratado em uma reelaboração da “teoria do Estado” da Antiguidade e da “doutrina social” da Idade Média; sob esse influxo, Gierke descreve a “teoria orgânica” e rebate as críticas a esta dirigidas – tal teoria “*considera como organismos sociais o Estado e demais associações; por conseguinte, coloca a existência do organismo total, do qual o homem constitui uma parte, por cima do organismo individual*”⁹⁴⁸. A conclusão que o autor dará aos “organismos sociais organizados juridicamente” será reconhecê-los por sua importância ética no âmbito da comunidade⁹⁴⁹. Note-se a afinidade dessa teoria com a ideia de “*função social do direito privado*”, tema de um discurso de Gierke em 1899⁹⁵⁰.

Santi Romano, em sua obra **O ordenamento jurídico**, cuja primeira edição é de 1918 e a segunda, de 1946, destacava que “*a instituição foi sempre concebida, nem mais, nem menos, como pessoa jurídica*”⁹⁵¹. Para o autor, porém, a solução foi considerar a instituição como

⁹⁴⁵ COASE, 1937, p. 405.

⁹⁴⁶ 2007b, p. 574

⁹⁴⁷ Vide, neste capítulo, item 2.6.1.1.

⁹⁴⁸ GIERKE, 1904, p. 73.

⁹⁴⁹ GIERKE, 1904, p. 91-5.

⁹⁵⁰ GIERKE, 1904, p. 5-59.

⁹⁵¹ ROMANO, 2008, p. 79, acrescenta: “*Neste sentido, deve-se antes de tudo recordar a teoria que encontra o substrato das pessoas jurídicas em uma organização e, conse-*

*um ordenamento jurídico, uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo. As características essenciais do direito já salientadas [...] coincidem com as da instituição. Não temos dúvida de que esta seja um ordenamento: as palavras organização, sistema, estrutura, edifício etc. com a qual é qualificada tendem a evidenciar este conceito*⁹⁵².

*quentemente, põe o conceito desta última como um antecedente ao de pessoa jurídica. A organização ou instituição (**Einrichtung**) não seria um ente natural dotado de vida própria, mas sim um ente voltado a alcançar determinados escopos sociais, sendo pensado ou considerado como sujeito de direito”.*

⁹⁵² ROMANO, 2008, p. 89. Para ROMANO (2008, p. 88, nota 30ter): “Por minha conta, afirmo que de modo preciso procurei incluir no mundo jurídico aquele fato do ordenamento social que geralmente era considerado antecedente do direito, procurando demonstrar que de tal erro advenham os defeitos e as incongruências das definições comuns de direito, especialmente enquanto tais definições são obrigadas, algumas mais, outras menos, mas todas indistintamente, a recorrer a elementos ou conceitos não jurídicos. [...] tentei dar uma definição jurídica do direito. Resultado este ao qual somente se poderia alcançar resumindo o fenômeno jurídico no fenômeno social-institucional e este no fenômeno jurídico, ou seja, identificando um e outro, o que não é um círculo vicioso, uma tautologia ou uma petição de princípio, mas a demonstração da perfeita autonomia do conceito de direito e da sua suscetibilidade de se fechar e se concluir inteiramente em si mesmo”. Ainda (ROMANO, 2008, p. 94-5): “Se temos por referência o momento em que surgem determinadas instituições e, conseqüentemente, começa a ter vida o seu ordenamento, vemos de imediato que este momento não é determinado por uma norma preexistente, e que, portanto, é impossível considerar que o direito não seja uma instituição, sendo, ao contrário, somente o conjunto das normas para qual ela existe e funciona. Isso é evidente, por exemplo, para o Estado, mas não somente para o Estado. Este existe porque existe, é entidade jurídica porque existe e do momento em que tem vida. A sua origem não é um procedimento regulado por normas jurídicas; é, como repetidamente evidenciamos, um fato. Ora, basta que este fato seja consumado para que tenhamos direito, basta que tenhamos um Estado efetivo, vivo e vital; a norma, ao contrário, pode ser instituída a seguir. A primeira posição do direito não é, deste modo, determinada pela última, que é uma manifestação mais tardia e subsidiária daquela. De resto, não pode existir direito antes e fora da instituição justamente porque falta a organização que torna jurídica a norma. O direito não pode ser somente a norma posta pela organização social, como frequentemente se afirma, mas é a organização social que, entre as suas outras manifestações, põe também a norma. Se é verdade que o caráter jurídico da norma é fornecido pelo poder social que a determina ou, ao menos, a sanciona, disto advém que este caráter deve ser encontrado já na instituição, que não poderia atribuí-lo à norma se essa mesma já não o possuísse”. Finalmente (ROMANO, 2008, p. 92): “Se o direito pode se concretizar e tomar corpo somente na instituição e se tudo o que passa a ser socialmente organizado é absorvido como elemento desta última – adquirindo caráter jurídico –, pode-se concluir que o direito é o princípio vital de toda instituição, que anima e mantém reunidos os vários elementos que desta advém, que determina, fixa e conserva a estrutura das entidades imateriais. Reciprocamente, a instituição é sempre um regime jurídico. Mesmo se em certo sentido poderia ser exato concebê-la como o corpo, a ossatura, o tecido do direito, isso não faz com que este

Ao elaborar suas teorias do direito como instituição e da pluralidade de ordenamentos jurídicos⁹⁵³, “*Romano apreendeu muito bem essa realidade quando observou que, se nos últimos séculos houve um contínuo processo de estatalização da sociedade, no presente encontrávamos, presumivelmente, diante do processo inverso, que poderíamos denominar de socialização do Estado*”⁹⁵⁴. Vale notar que a teoria oposta ao pluralismo de Santi Romano – qual seja, a perspectiva monista de Kelsen – está ligada a uma concepção do Estado como organização⁹⁵⁵.

Em seu **Economia e sociedade**, de 1922, Max Weber⁹⁵⁶ postulou uma “oposição *relativa*” entre união e instituição como “associações com ordens *racionalmente* estatuídas” (segundo um plano):

*Uma ‘instituição’ é sobretudo o próprio Estado junto com todas suas associações heterocéfalas e – desde que suas ordens estejam racionalmente estatuídas – a igreja. As ordens de uma ‘instituição’ pretendem vigência para toda pessoa à qual **se aplicam** determinadas características (nascimento, domicílio, utilização de determinados serviços), sendo indiferente se pessoalmente se associou – como no caso da união – ou não e, menos ainda, se participou ou não na elaboração dos estatutos. São, portanto, ordens **impostas**, no sentido específico da palavra. A instituição **pode** ser especialmente uma associação **territorial**.*

último possa vir a ser separado dela, nem materialmente, nem conceitualmente, assim como não se pode distinguir a vida do corpo vivo. Não se trata de dois fenômenos diferentes que se relacionam, se distinguindo um do outro; trata-se, ao contrário, do mesmo fenômeno”.

⁹⁵³ BOBBIO, 2007, p. 164: “Essas duas teorias são: a teoria do direito como instituição, que se contrapõe à teoria normativa, e a teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, que se contrapõe à teoria monista ou estatalista. Os estudiosos que até agora se ocupam da doutrina de Romano estavam tão habituados a considerá-la como um todo e a discutir as duas teorias conjuntamente que não perceberam que uma é independente da outra. Não há nenhum vínculo necessário entre teoria do ordenamento e pluralismo, nem entre teoria da norma e monismo. Ainda que, de fato, as mais conhecidas teorias institucionalistas sejam também pluralistas, a conjunção entre institucionalismo e pluralismo, assim como entre normativismo e monismo, não é uma regra”.

⁹⁵⁴ BOBBIO, 2007, p. 170.

⁹⁵⁵ KELSEN, 2006, p. 317: “Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda organização jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supraestadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada”.

⁹⁵⁶ 2009a, p. 33 (destaques no original).

Assim como Santi Romano, Weber trabalhou tanto com o conceito de instituição quanto reconheceu a partir deste a pluralidade de ordens jurídicas. “Weber mostrou a coexistência de várias ordens jurídicas, com relações complexas entre si (conflito, colaboração, indiferença), e mostrou a não-identidade entre ordem jurídica e Estado”⁹⁵⁷. Em 1925, Maurice Hauriou elaboraria outro conceito de instituição, iniciando pela afirmativa de que “[a]s instituições representam no direito, como na história, a categoria da duração, da continuidade e do real; a operação de sua fundação constitui o fundamento jurídico da sociedade e do Estado”⁹⁵⁸. Seu estudo se insere na polêmica jurídica entre subjetivismo e objetivismo: para alguns, o sistema jurídico seria estruturado em torno à personalidade jurídica (pelo que se reconheceu, por ficção, a personalidade das organizações), aos direitos subjetivos (o parâmetro da propriedade) e aos atos jurídicos (as regras jurídicas como emanção da vontade de uma pessoa jurídica – o Estado); para outros, o direito se estruturaria objetivamente, pela ordem pública e pela regulamentação (leis, regulamentos, costumes)⁹⁵⁹. Em sua nova teoria, a instituição surge como centro articulador do direito –

*uma instituição é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização desta ideia, organiza-se um poder que procura seus órgãos necessários; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas por órgãos do poder e regulamentadas por procedimentos*⁹⁶⁰.

Daí o discernimento de instituições que se personificam (Estados, associações, sindicatos) e que não se personificam (como a “regra do direito, socialmente estabelecida”, que toma do Estado seu poder de sanção e a comunhão que se produz em seu entorno)⁹⁶¹.

A teoria luhmanniana define o processo de institucionalização como a estabilização social de expectativas⁹⁶²; não fornece, porém, nenhum conceito específico de instituição (a não ser como *complexo de expectativas generalizadas que estruturam os sistemas sociais*), identificando “instituição” ora a qualquer estrutura social, ora a organizações (como o Esta-

⁹⁵⁷ BARBOSA, 2007, p. 126.

⁹⁵⁸ HAURIU, 1968, p. 31.

⁹⁵⁹ HAURIU, 1968, p. 32-3.

⁹⁶⁰ HAURIU, 1968, p. 39-40.

⁹⁶¹ HAURIU, 1968, p. 40.

⁹⁶² Vide capítulo 1, item 1.4.

do)⁹⁶³. Seguindo Luhmann⁹⁶⁴, que concebeu os direitos fundamentais como instituições, Teubner⁹⁶⁵ propôs uma concepção “institucional” de direitos humanos e um “*conceito ecológico de direitos fundamentais*”⁹⁶⁶. Seriam estas contrainstituições internas a cada sistema funcional (em sua reflexividade acoplada estruturalmente à reflexividade jurídica, ou melhor, constitucional), mecanismos para contrabalancear os “*perigos à integridade de instituições, pessoas e indivíduos que são criados [os perigos] por matrizes comunicativas anônimas (instituições, discursos, sistemas)*”⁹⁶⁷. Assim, os direitos humanos são “sistematicamente” desdobrados em três “dimensões”⁹⁶⁸:

- “**Direitos institucionais**, que protegem a autonomia dos processos sociais contra sua subjugação pelas tendências totalizantes da matriz comunicativa. Protegendo, por exemplo, a integridade da arte, da família ou da religião contra tendências totalitárias da ciência, dos meios de comunicação de massa ou da economia, os direitos fundamentais funcionam como ‘regras de conflito de leis’ entre racionalidades parciais na sociedade”;
- “**Direitos pessoais**, que protegem os espaços autônomos de comunicação na sociedade, atribuídos [os direitos] não a instituições, mas a artefatos sociais chamados ‘pessoas’”;
- “**Direitos humanos**, como limites negativos na comunicação societal em que a integridade do corpo e da mente de indivíduos é colocada em perigo por uma matriz comunicativa que cruza fronteiras”.

Assim, tais direitos se dirigiram a colocar a salvo sistemas autopoieticos (inclusive pessoas, mas não só) das tendências desdiferenciantes dos discursos e sistemas (funcionais, organizacionais etc.) com tendências expansivas, hegemônicas. Reafirma-se, afinal, uma proteção do indivíduo diante da sociedade, abrangentemente, concebido aquele na teoria luhmanniana como sistema (autopoietico) externo à sociedade que a ela se acopla por meio da linguagem e que assim pode produzir comunicações e ser observado pela referência ao “construto societal” de “pessoa”⁹⁶⁹.

⁹⁶³ Por exemplo, LUHMANN, 2007b, p. 67, 181, 316, 496, 517, 548, 559, 563, 637, 748.

⁹⁶⁴ 2002c.

⁹⁶⁵ 2012.

⁹⁶⁶ TEUBNER, 2006, p. 333-6.

⁹⁶⁷ TEUBNER, 2012, p. 143 (destaques no original). Note-se que tal concepção institucional vai além da chamada “ordem objetiva” dos direitos fundamentais, que existiria ao lado da concepção destes como direitos subjetivos (cf. HESSE, 1998, p. 239-44).

⁹⁶⁸ TEUBNER, 2012: 145 (destaques no original).

⁹⁶⁹ LUHMANN, 2007b, p. 637. Para TEUBNER (2006, p. 336): “Embora os direitos humanos não representem, é claro, direitos naturais no sentido de uma validade pré-

A reafirmação da exclusão dos indivíduos em relação ao sistema societal leva Teubner a uma ênfase no conceito-diferença *sistema/ambiente* e à conclusão de que, para “fazer justiça” aos indivíduos, corpos e mentes que dela se encontram fora, a sociedade apenas pode a eles dirigir-se pelos “inadequados sensores de irritação, reconstrução e re-entrada”, de modo que, mais do que criar condições justas, os direitos humanos estariam aptos antes a influenciar o processo de eliminação das condições injustas⁹⁷⁰. Os limites dessa conceituação e de tais conclusões teubnerianas são claramente suscetíveis de serem apontados e, como reconhece o próprio autor, não há um direito pronto a reconhecer seu conceito de direitos humanos e a dirigir-lhes mecanismos de implementação nesse nível de idealização tão abstrato, que refuta a identificação de conflitos interindividuais e, assim, ainda em grande medida, a própria justiciabilidade de tais direitos⁹⁷¹.

Uma ilustração da perspectiva institucionalista é dada quando se analisa o direito fundamental à cultura, ou os direitos culturais (dentre os quais as liberdades de expressão e informação). “*Na visão clássica, a relação entre arte e dinheiro simplesmente não é contemplada por direitos constitucionais*”, fundados no ideário tradicional da teoria política liberal, que, pela dicotomia público/privado, reduz as garantias e procedimentos do direito constitucional à simplificada dicotomia Estado/indivíduo⁹⁷². Ao nortear-se pela necessidade de uma expansão dos direitos fundamentais à esfera privada, de modo a garantir-lhes o mínimo de concretude e eficácia em uma sociedade crescentemente dirigida por organizações econômicas, Graber e Teubner propõem, com base na teoria dos sistemas sociais auto-poieticos, três diretrizes que se aplicam a uma concepção institucional dos direitos fundamentais coerente com os problemas e as ferramentas analíticas daquela teoria sociológica. Nesse sentido, destacam:

jurídica absoluta, eles são pré-sociais (extrassociais) em um sentido bem diferente, enquanto são baseados nos ‘direitos latentes’ do corpo e da mente à sua integridade, e ao mesmo tempo são ‘pré-políticos’ e ‘pré-jurídicos’, enquanto são construídos no ‘direito vivo’ dos direitos humanos emergentes fora dos conflitos comunicativos na política, na moral, na religião ou no direito, e dos resultantes conflitos. Positivá-los como direito tecnicamente não é uma livre decisão do legislador, mas é algo baseado nessa dupla fundamentação dos processos autossustentados fora da sociedade e nos conflitos em seu interior”. Sugestivamente, no contexto do direito brasileiro, GUERRA FILHO (1999, p. 177, destaques no original) propõe “*repensar [...] uma ampliação do conceito de habeas corpus, para que se tenha uma ‘garantia institucional’ da liberdade do corpo não só da prisão ilegal, mas frente a outras formas de disciplinamento, mais sutis e eficazes, a que estamos expostos em nossa sociedade pós-moderna*”.

⁹⁷⁰ TEUBNER, 2012, p. 148-9.

⁹⁷¹ TEUBNER, 2012, p. 146-9.

⁹⁷² GRABER; TEUBNER, 1998, p. 63.

*(1) Os direitos constitucionais não somente protegem a liberdade dos indivíduos, porém se estendem a outras expressões não individuais da liberdade na sociedade. (2) Os direitos constitucionais são dirigidos não só contra a ação do Estado, mas também contra as intrusões de outros sistemas sociais expansivos. (3) Os direitos constitucionais não lidam somente com relações de poder, eles refreiam quaisquer meios de comunicação [poder, dinheiro, verdade, beleza etc.] que tendam a colonizar outros setores da vida social*⁹⁷³.

A eficácia necessariamente restrita dos direitos fundamentais em uma sociedade complexa, em que pode ser disfuncional a juridificação das demais esferas⁹⁷⁴ (tal como a politização, a economicização etc.), os faz desempenhar um “papel limitado” no plano da tutela da cultura, mas decerto a estabilização de expectativas normativas, como função do direito, traz a necessidade de enraizamento da tutela jurídica do âmbito cultural como demanda positivada e concretamente difundida⁹⁷⁵. A manutenção e o reforço da expectativa normativa referida aos direitos fundamentais – culturais, inclusive – demandam esforços de políticas públicas, como contraposição à mera constitucionalização simbólica, mas decerto a concretização desses direitos também requer uma expansão das obrigações positivas e negativas de garantia e promoção dos direitos fundamentais – da liberdade cultural, do direito à produção e fruição das artes – a todos os sistemas sociais e seus respectivos agentes – pessoas e, notadamente, organizações. Essa expansão, que pode ser tratada dentro mesmo do sistema jurídico – por uma “fundamentalização” do direito privado, por exemplo –, é antes uma irritação do sistema jurídico com vistas a mobilizar soluções dos múltiplos sistemas para problemas também multifacetados (como são aqueles traduzidos em direitos fundamentais) do que um impacto desdiferenciante do direito em outros sistemas. A autonomia das esferas de comunicação e sua proteção contra um expansionismo corruptor de umas pelas outras passam necessariamente pela consolidação de irritações mútuas, por meio de acoplamentos estruturais que se desenvolvam entre tais esferas.

Para Graber e Teubner⁹⁷⁶, a tutela da arte diante da economia não pode ser reduzida a direitos fundamentais individuais contra organizações econômicas, mas deve contar com outros instrumentos constitucionais de garantia de autonomia da autopoiese dos sistemas, como a obrigação constitucional de o Estado garantir múltiplas fontes (estatais, cor-

⁹⁷³ GRABER; TEUBNER, 1998, p. 64.

⁹⁷⁴ Cf. TEUBNER, 1987.

⁹⁷⁵ GRABER; TEUBNER, 1998, p. 71-2.

⁹⁷⁶ 1998, p. 72-3.

porativas, locais, regionais, nacionais) de custeio para as atividades artísticas, evitando a colocação em risco da autonomia artística pelo monopólio de dinheiro por parte de uma única empresa patrocinadora. As leis de incentivo à cultura, a criação de fundações para a gestão de certas atividades culturais e demais conjugações da economia à política no campo cultural podem impedir a indiferenciação da arte pela economia (beleza = dinheiro), tornando mais mediato e abstrato o vínculo entre o fomento à arte e os objetivos lucrativos de patrocinadores⁹⁷⁷. Para isso, na tutela da cultura como bem coletivo e impedindo a privatização da arte, é essencial que Estado não se abstenha de seu papel de promover políticas públicas culturais, de garantir os direitos fundamentais culturais e de monitorar sua concretização, inclusive zelando pela diversidade cultural e pela autonomia artística. Nessas proposições estaria exemplificada a visão institucionalista dos direitos fundamentais.

2.5 CONSTITUCIONALISMO CORPORATIVO

Na análise de Teubner⁹⁷⁸, um dos grandes exemplos de constituição global seria o que poderíamos designar por constitucionalismo corporativo em sentido estrito (abarcando apenas autorregulações), isto é, os códigos de conduta desenvolvidos pelas grandes corporações transna-

⁹⁷⁷ PEREIRA (2010, p. 256-7), analisando o incentivo fiscal à cultura no Brasil: “É certo que os mecanismos das leis de incentivo são mais sofisticados, abrangendo, além da possibilidade de doação, o patrocínio e o investimento, dos quais se valem algumas figuras exonerativas. O investidor, patrocinador ou doador, a quem caberá o incentivo fiscal, não possui vínculo substancial com o projeto incentivado, isto é, o conteúdo do projeto a ser desenvolvido, os procedimentos aplicados, a forma de manifestação artístico-cultural não é da alçada daqueles, de maneira que sua contrapartida resume-se à entrega de recursos pecuniários para a efetivação das atividades por quem couber fazê-lo. [...] Em oposição ao que reza grande parte da doutrina que estuda o tema, os incentivos fiscais não são medidas que dizem respeito somente a formas de exclusão do crédito tributário. A exclusão do crédito é apenas um dos tipos de exoneração, que compreende também algumas formas de suspensão, como a moratória e o parcelamento. Esta consiste na principal forma, no Brasil, pela qual são estatuidos os incentivos fiscais à cultura. Além da exoneração, os incentivos fiscais também podem dar-se por meio das desonerações e das imunidades. De maneira geral, tudo o que possa representar, imediatamente, um estímulo de ordem pecuniária, relativo ao montante tributário a ser recolhido ou deduzido pelo sujeito passivo, visando à realização de conduta estranha ao simples pagamento do tributo, deve ser considerado incentivo fiscal”.

⁹⁷⁸ 2012.

cionais, sob pressão de organizações não governamentais locais e transnacionais, Estados e movimentos sociais, códigos que funcionariam como verdadeiros “equivalentes funcionais” das constituições políticas/ estatais/ nacionais. Ainda nesse contexto, organizações globais de normatização técnica (*standardisation*), como a ISO (*International Organization for Standardization*), têm cada vez mais se desvinculado de contextos nacionais para desenvolver um “direito constitucional autônomo”: “*Elas produzem normas para a representação de órgãos nacionais, especialistas e grupos de interesse, normas sobre devido processo e discurso institucionalizado, assim como princípios substantivos para a tomada de decisões*”⁹⁷⁹. Como interação que se poderia chamar de “transconstitucional” (por envolver o “problema constitucional” dos direitos humanos em um relacionamento entre diferentes ordens⁹⁸⁰), Teubner⁹⁸¹ destaca o exemplo da “autorregulação constitucional” construída por “*grupos corporativos como a Social Accountability International, que, como uma ONG representante de vários interesses, desenvolve standards trabalhistas (SA 8000) guiados por convenções da OIT e pela Declaração de Direitos Humanos da ONU*”. Ainda no plano econômico, “*a lex mercatoria, o direito autogerado que governa a economia global, desenvolveu uma hierarquia interna de normas jurídicas, no topo das quais ficam normas constitucionais, princípios, regras procedimentais e direitos fundamentais, tudo sob o termo genérico ‘ordre public d’arbitrage international’*”.

O que se poderia chamar de “constitucionalismo corporativo”, principalmente no concernente à vinculação de empresas – ou pessoas jurídicas de direito privado – a normas de direitos humanos fundamentais parece ocorrer não apenas no nível transnacional propriamente dito, mas também em todas as demais ordens jurídicas, algo que se poderia analisar desde uma perspectiva de “*diálogo das cortes*”⁹⁸², de “*diálogo das fontes*”⁹⁸³ ou, mais abrangentemente, de “*transconstitucionalismo*”⁹⁸⁴.

⁹⁷⁹ TEUBNER, 2012, p. 56.

⁹⁸⁰ Cf. NEVES, 2009a.

⁹⁸¹ 2012, p. 56.

⁹⁸² Cf. CARVALHO RAMOS, 2009, focando a relação entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos; CLAES; VISSER, 2012, atentando para as relações do Tribunal de Justiça da União Europeia com tribunais nacionais europeus e com a Corte Europeia de Direitos Humanos.

⁹⁸³ AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 152-63. Em uma transposição da ideia de “diálogo das fontes” no direito internacional privado, de Erik Jayme, para o direito internacional público, Amaral Júnior identifica três tipos de “diálogos das fontes”: 1) um “diálogo sistemático de coerência”, pelo qual basicamente um tratado mais geral fornece conceitos básicos para a exegese de um tratado mais específico, mas materialmente incompleto; 2) um “diálogo de coordenação e adaptação”, que envolve relações entre

Assim é que autores como Scott e Wai⁹⁸⁵ identificam possibilidades de se invocar tratados internacionais de direitos humanos na argumentação contra condutas de corporações transnacionais, em ações perante cortes nacionais. Esses tratados internacionais poderiam ser invocados diretamente por meio de aberturas das fontes de direito nacionais à ordem internacional, com a possibilidade de se buscar internamente compensação por ilícitos praticados em outras jurisdições, bem como poderia haver um uso indireto em uma argumentação no plano infraconstitucional que buscasse apoio na matéria de direitos humanos conforme regramentos internacionais⁹⁸⁶. Seria o caso de questões relativas à propriedade intelectual, campo no qual o ordenamento nacional tem ampla conexão com o tratamento internacional da matéria, em ambos havendo possibilidades de se construir argumentações postulando o reconhecimento de violações dos direitos humanos; então, as normas invocadas sobre esta matéria poderiam ter um efeito limitador e contextualizador das “*interpretações excessivamente expansivas dos direitos de propriedade intelectual*”⁹⁸⁷.

Como comentou Trubek⁹⁸⁸, tal perspectiva importa uma reconfiguração de vários campos, isto é, novos tratamentos (jurídicos e científico-jurídicos) de dicotomias como *direito público/ direito privado*, *direito nacional/ direito internacional* etc., bem como – poderíamos acrescentar – da tricotomia *direito/ política/ economia*. Sobretudo importa reconhecer

que há redes que operam através das fronteiras nacionais para promover interesses protegidos por normas de direitos humanos; que a atividade dessas redes inclui litigância de direito privado em cortes domésticas de um ou mais países; que, nessa litigância, atores transnacionais introduziram normas de direitos humanos na argumenta-

tratados estabelecidas desde seu texto (como a previsão de que um não modificará as previsões do outro ou por declarações de compatibilidade) até princípios hermenêuticos (de interpretação conforme um tratado “superior” ou materialmente mais abrangente) ou mecanismos de consultas mútuas entre as organizações depositárias dos tratados, em matérias de interesse comum por eles normadas; 3) um “diálogo sistemático de complementaridade”, que é representado pelo exemplo da inserção de exceções ambientais e sanitárias em matéria do direito comercial internacional, tal como previstas pelos tratados da OMC, as quais possibilitariam um recurso interpretativo a tratados internacionais em matéria ambiental ou sanitária.

⁹⁸⁴ NEVES, 2009a.

⁹⁸⁵ 2004.

⁹⁸⁶ SCOTT; WAI, 2004, p. 294.

⁹⁸⁷ SCOTT; WAI, 2004, p. 313.

⁹⁸⁸ 2004, p. 322.

*ção; e que, como resultado dessa introdução, resultados jurídicos favoráveis aos interesses protegidos vieram à tona*⁹⁸⁹.

De um lado, o direito transnacional propriamente dito cria ou incorpora normas de direitos humanos por meio de códigos de conduta, normatizações técnicas, regulamentos arbitrais com cláusulas de ordem pública internacional. De outro, normas de diferentes graus de impositividade são dirigidas por ordens tipicamente estatais (os direitos nacionais e o direito internacional público) às organizações empresariais. Do ponto de vista do direito nacional, cabendo aqui focar o direito brasileiro, há a possibilidade de, partindo-se do texto da Constituição nacional/ estatal, aplicar normas de direitos fundamentais (via de regra principiológicas) a sujeitos privados, inclusive empresários. Essa possibilidade de “eficácia privada”, “eficácia horizontal” ou “vinculação privada” dos/ aos direitos fundamentais, porém, apresenta – em autores brasileiros⁹⁹⁰ – exemplos de alcance bastante reduzido: (quase) exclusivamente o exemplo de relações de consumo em que o comerciante se nega a vender a uma pessoa natural em virtude de alguma discriminação, o que seria vedado pela incidência, na esfera privada, do princípio da igualdade, a limitar a liberdade negocial (mas o problema seria facilmente resolvido pelas normas consumeristas, dispensada a invocação do princípio constitucional da igualdade).

A constitucionalização corporativa apresenta-se também para além de ordens constitucionais, sejam elas nacionais/ estatais ou não – ou seja, trata-se de conceito que abrange a tutela de direitos fundamentais por via de legislações infraconstitucionais, como as de direito civil, empresarial e penal⁹⁹¹. A emergência contemporânea dessa temática deve-se, porém, sobretudo à ordem internacional. No que concerne a instrumentos internacionais na matéria de direitos humanos dirigidos a corporações, destacam-se os *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, adotados pela Comissão de Direito Internacional da ONU em 2001 e submetidos à Assembleia Geral da ONU. Tal documento, qualificável como *soft law*, reitera a noção de que os Estados estão obrigados a “*respeitar, proteger e implementar [fulfil] os direitos humanos fundamentais*”, zelando por estes no que diz respeito às atividades empresariais, as quais “*podem ser atribuídas ao Estado sede ou hospedeiro no qual a empresa esteja exercendo um elemento de autoridade*”.

⁹⁸⁹ TRUBEK, 2004, p. 323.

⁹⁹⁰ Especialmente STEINMETZ, 2004; SILVA, V. A., 2011.

⁹⁹¹ A argumentação e os exemplos a seguir desenvolvidos serão retomados e aprofundados no capítulo 3.

governamental, no qual esteja atuando sob a infraestrutura, a direção ou o controle do Estado, ou quando o Estado falhar em realizar a devida diligência [*due diligence*]⁹⁹². Černič⁹⁹³ conclui não haver previsões no direito internacional quanto à direta responsabilização criminal de empresas e destaca que, embora não abarcadas por nenhuma jurisdição internacional, poderiam sê-lo, já que não haveria obstáculos doutrinários em se desenvolver tal mecanismo jurídico. Jägers⁹⁹⁴ apresenta o mesmo diagnóstico e atribui a falta de uma regulação internacional da responsabilidade criminal de pessoas jurídicas às dificuldades políticas para tanto. Por enquanto, aponta Černič⁹⁹⁵, de um lado, a responsabilização pessoal (criminal) de dirigentes de empresas é a resposta jurídica mais realista nos casos em que tais organizações tenham perpetrado violações dos direitos humanos; de outro lado, a responsabilização civil da empresa no Judiciário nacional é a alternativa mais próxima e eficaz de indenização.

Em termos das perspectivas de evolução dos mecanismos de responsabilização internacional de empresas/ pessoas jurídicas, destacam-se em primeiro lugar as iniciativas da Organização das Nações Unidas, quais sejam: as Normas de Direitos Humanos da ONU para Empresas, o cargo e os relatórios do Representante Especial da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos e a iniciativa *Global Compact*, que mobiliza internacionalmente a comunidade empresarial em temas como ética, direitos humanos e meio ambiente. Cabe mencionar igualmente instrumentos como as Diretrizes da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para Empresas Multinacionais e a Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social, elaborada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), instrumentos estes que vão além do delineado em tratados internacionais (*hard law*), podendo evoluir até este grau de vinculatoriedade (principalmente à medida que as disposições de *soft law* vão se consagrando como costume internacional). Levando tal cenário em consideração, Černič⁹⁹⁶ aponta que as obrigações e a responsabilização de empresas em matéria de direitos humanos ainda se encontram em um “estágio embrionário” no direito internacional, sendo necessários um melhor detalhamento e uma maior especificação dos institutos jurídicos (*i.e.*, das obrigações e das hipóteses de responsabilização) nessa matéria. No mesmo sentido, cabe

⁹⁹² ČERNIČ, 2010, p. 275.

⁹⁹³ 2010, p. 275.

⁹⁹⁴ 2002, p. 242.

⁹⁹⁵ 2010, p. 275.

⁹⁹⁶ 2010, p. 276.

notar que a substância do que se tem pensado em termos de obrigações corporativas em matéria de direitos humanos permanece bastante aquém das necessidades de *enforcement* de tais direitos. Ilustrativamente, uma análise do marco regulatório proposto por John Ruggie, representante especial da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, conclui pela insuficiência dessa proposta, ao prever apenas obrigações negativas às empresas, sem lhes impor qualquer dever ativo, promocional⁹⁹⁷.

Todo esse desenvolvimento de programas⁹⁹⁸ no plano da(s) ordem(ns) internacional(is) se entrelaça com a autoconstitucionalização das corporações (enquanto organizações⁹⁹⁹) ou do sistema econômico (enquanto sistema funcional), processo este que cria um “fragmento constitucional global”¹⁰⁰⁰ que se poderia alcunhar por *constitucionalismo corporativo*. A contextura social na qual este é traçado precisa ser vislumbrada na própria medida em que o sistema econômico e suas organizações conformam a semântica e a estrutura da modernidade.

2.6 EXPLORANDO A SEMÂNTICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO CORPORATIVA

Trata-se aqui de analisar processos de transição estrutural e semântica da sociedade em geral e do direito em particular, ressaltando primeiramente a grande dicotomia que emerge com a sociedade moderna, entre o público e o privado (amplamente, o Estado *versus* a sociedade civil e, do ponto de vista jurídico, direito público *versus* direito privado). Em um segundo momento, cabe vislumbrar os novos construtos que vêm se colocando no lugar dessas diferenças clássicas, especialmente aqueles que se fazem fortemente presentes no processo de constitucionalização corporativa.

2.6.1 As dicotomias em desconstrução: Estado/sociedade civil e direito público/direito privado

O projeto jusnaturalista moderno de construção de uma ética racional, universalizável¹⁰⁰¹, ganhou força em um mundo que já começava a

⁹⁹⁷ Cf. BILCHITZ, 2010.

⁹⁹⁸ No sentido de LUHMANN, 2007b, p. 280-2.

⁹⁹⁹ LUHMANN, 2007b, p. 655-72; 2005c.

¹⁰⁰⁰ TEUBNER, 2012.

¹⁰⁰¹ BOBBIO, 1991, p. 17.

sentir a desintegração das esferas de valor e sentido, diante do qual as semânticas de fundamentação divina do poder, embora contemporâneas à via do direito natural racional, teriam menor possibilidade de enraizamento. Tal plausibilidade, porém, somente ganha tais contornos em uma análise retrospectiva. É certo que, analisado contextualmente e dispensado o anacronismo, o projeto universalista do direito natural moderno foi altamente inovador – e seu sucesso bastante improvável – se considerado o cenário em que floresceu. Observe-se que Grócio, considerado por Pufendorf o fundador do direito natural, produziu sua obra quase meio século depois de Jean Bodin, que escrevera durante as guerras de religião na França (segunda metade do século XVI); pouco depois da morte de Grócio, Hobbes publicaria o *Leviatã* (1651), e a ele seguiriam, ao mesmo tempo, as obras do pai do liberalismo, John Locke, mas também de outro teórico do direito divino dos reis, Jacques Bossuet. É claro que viviam contextos nacionais diferentes – da França aos Países Baixos, da Grã-Bretanha à atual Alemanha –, mas a superposição de semânticas no tempo não deixa de ser significativa.

Pufendorf, na segunda metade do séc. XVII, é o autor que explicitamente identifica a construção de uma nova ciência do direito natural, fundada nas certezas matemáticas, na demonstração e na construção de sistemas de regras universais de conduta ditadas pela *reta razão*; tudo isso teria sido desconhecido de Aristóteles e dos comentadores do direito romano, que apenas teriam elaborado preceitos morais a partir da coletânea de costumes de um ou outro povo, conducente a uma lógica do provável, à argumentação tópica e à interpretação de textos progressivamente anacrônicos¹⁰⁰². Contra o argumento (empírico e histórico) do consenso dos povos, o jus-racionalismo trazia também um potencial antiautoritário e encontrou na explicação da fundação da soberania pelo contrato social antes uma exigência racional¹⁰⁰³.

A ideia de contrato social é fundante não apenas da dicotomia fictícia¹⁰⁰⁴ *estado natural/ estado civil*, mas principalmente de duas outras dicotomias, que se enraizaram historicamente na construção social e jurí-

¹⁰⁰² BOBBIO, 1991, p. 18 (nota 5), 20-3, 27-9.

¹⁰⁰³ BOBBIO, 1991, p. 29 (nota 13), 31.

¹⁰⁰⁴ Embora em geral concebida como fictícia ou hipotética, a dicotomia teria tido alguns enraizamentos históricos: para Hobbes, existiria o estado de natureza, por exemplo, durante uma guerra civil ou nas “sociedades primitivas”; para Locke, existiria entre os soberanos de Estados independentes, ou entre dois homens em uma ilha deserta ou entre o de “um suíço e um indiano nas florestas da América”; para Rousseau, o estado de natureza se encontraria realmente nos primórdios da humanidade. Cf. BOBBIO, 1991, p. 50-2.

dica da modernidade. De um lado, a contraposição entre Estado e sociedade civil tem aí sua origem, embora tenha sofrido desde então sucessivas e concomitantes desconstruções e reconstruções. De outro, também nesse contexto intelectual é que passa a se afirmar a justaposição do direito privado ao direito público, até então desenvolvidos paralelamente (com o primado do direito privado na tradição romanística e com o nascimento do direito público ainda como parte de teorias políticas/ do Estado) e sem uma solução que os filiasse em comum ao sistema jurídico unitariamente concebido; a ideia de *sistema*, que se enraíza no campo jurídico de forma especial com o jus-racionalismo, funda a *unidade* do direito, enquanto sua bipartição entre público e privado já traz uma *diferença* central para o sistema (sua “grande dicotomia”¹⁰⁰⁵), fomentando a própria diferenciação *interna* do direito¹⁰⁰⁶. Tal processo ficará ainda mais claro com a

*redução de toda possível forma de direito estatal a direito legislativo, do qual nascerá aquela (suposta) positivação do direito natural que é constituída pelas grandes codificações, em especial pela napoleônica [o código civil de 1804], e que pretende, através da eliminação da pluralidade das fontes de direito, assegurar a certeza do direito contra o arbítrio, a igualdade (ainda que formal) contra o privilégio, ou, em suma, o Estado de direito contra toda forma de despotismo*¹⁰⁰⁷.

A contraposição entre lei e contrato, aliás, chegou a ser tomada em paralelo à passagem do estado de natureza para o estado civil, já que naquele as relações se regeriam contratualmente, enquanto neste a autoridade superior do Estado é que determinaria por lei as relações jurídicas (entre súdito e Estado) ou seus limites (a validade dos contratos entre

¹⁰⁰⁵ Cf. BOBBIO, 2007, p. 115-58.

¹⁰⁰⁶ Antes da época jus-racionalista, “[...] direito privado e direito público permaneceriam habitualmente separados. Enquanto o direito privado se fora desenvolvendo sem aparente solução de continuidade através da *interpretatio* dos juristas – chamados a resolver controvérsias que, mesmo nascendo de uma sociedade diversa da sociedade romana, continuavam a envolver de qualquer modo institutos típicos de direito privado, como propriedade, contratos, testamentos –, o direito público moderno nascera de conflitos de poder desconhecidos na sociedade antiga: antes de mais nada, o conflito entre poder espiritual e poder temporal, que constituiu por alguns séculos o principal argumento da tratadística política, e, por conseguinte, o conflito entre *regna* e *imperium*, ou aquele entre *regna* e *civitates*. [...] Mas, a uma sistemática geral do direito, que compreendesse ao mesmo tempo e com igual dignidade tanto o direito privado quanto o direito público, jamais se chegara antes da tratadística do direito natural” (BOBBIO, 1991, p. 35).

¹⁰⁰⁷ BOBBIO, 1991, p. 93.

privados)¹⁰⁰⁸. Assim, se todo o direito passa a ser produção do Estado (pois os atos privados só são direito na medida em que reconhecidos pelo Estado e conforme as leis por este emanadas), mas se mantém a diferença entre direito público e direito privado, ocorre aquilo que Luhmann, em termos de Spencer-Brown, denomina de *re-entry* (reentrada)¹⁰⁰⁹, ou seja, a diferença entre sistema e ambiente (no caso, entre Estado e sociedade) é reproduzida pelo próprio sistema – o direito (estatal) é dividido entre público e privado; é o que Kelsen¹⁰¹⁰ denomina como uma “distinção intrassistemática”.

A própria contingência do direito e das instituições políticas ganhou impulso com o jus-racionalismo, em comparação com o determinismo teológico. Mesmo um teórico da autoridade, como Hobbes, marca uma ruptura com a autoridade no campo de seu discurso – ao preferir a reconstrução de uma hipótese racional sobre a fundação do Estado ao argumento de autoridade (típico de Bodin) das referências a Aristóteles ou aos romanistas –, mas também internamente à sua teoria: o Estado como produto da vontade racional; o ditame da razão, embora superior, já é menos distante do homem que a fundação divina da autoridade¹⁰¹¹. Deve-se destacar que a transição ao estado civil foi vista com diferentes graus de determinismo pelos autores da tradição jus-racionalista: “*é preciso sair do estado de natureza porque é útil (Hobbes e Locke) ou necessário (Spinoza) ou algo imposto pelo dever (Kant) instituir o estado civil [...]*”¹⁰¹².

Por outro lado, a teoria do contrato social também representa uma ruptura paradigmática não apenas no plano das ideias (enquanto teoria), mas ainda em seu próprio conteúdo: se na tradição aristotélica “*a sociedade humana passa das sociedades privadas para as sociedades públicas certis gradibus ac progressionibus*”¹⁰¹³, agora a fundação da sociedade civil e do Estado é concebida como uma transição consensual de um estado de paixões e instintos, determinismo natural e liberdade na medida da força (com o direito sobre todas as coisas que estão em seu poder, como elaborou Spinoza¹⁰¹⁴) para um estado artificial, humanamente fundado, de vida reta (conforme a razão) e liberdades reguladas para o

¹⁰⁰⁸ BOBBIO, 2010: 17-9; KELSEN, 2006, p. 309-11.

¹⁰⁰⁹ Para alguns usos da ideia de *re-entry* por Luhmann, cf. LUHMANN, 1995a, p. 167; 2004a, p. 115, 180, 204, 226, 461; 2007b, p. 23, 28-9, 32-3, 38-9, 54, 70-1, 136-9, 456, 473, 512, 629, 658, 687, 690,696.

¹⁰¹⁰ 2006, p. 312.

¹⁰¹¹ BOBBIO, 1991, p. 36-8, 41.

¹⁰¹² BOBBIO, 1991, p. 53.

¹⁰¹³ BOBBIO, 1991, p. 42.

¹⁰¹⁴ Cf. BOBBIO, 1991, p. 68.

convívio civilizado – a ambiguidade de “civil” como *civitas* e *civilitas*, o cidadão, o homem urbano, o civilizado¹⁰¹⁵. Essa ruptura revolucionária, de fundação da sociedade (civil e política – o Estado), ganha tons ainda mais fortes com Locke, que elabora não apenas a possibilidade de construção do Estado pelo consenso, mas também de sua desconstrução e reconstrução, a partir do direito de resistência. Enquanto para Hobbes pelo contrato social só se abre mão do direito à vida, e para Spinoza da liberdade de pensamento, Locke tem uma posição minimalista: tal contrato só implicaria a cessão do direito de autotutela (com a constituição do monopólio da força pelo Estado), mas preservaria os demais direitos – aliás, é o fim da instituição da comunidade política a melhor preservação da propriedade individual, amplamente concebida¹⁰¹⁶.

Para Rousseau, porém, não seria suficiente a transição do estado de natureza ao estado civil. Se para Kant bastava a ideia reguladora do contrato social a obrigar o legislador para que editasse leis *como se* todo súdito tivesse nisso consentido¹⁰¹⁷, para Rousseau o homem natural

¹⁰¹⁵ BOBBIO, 1991, p. 39.

¹⁰¹⁶ HOBBS (1994, p. 222, 97) alude aos “direitos essenciais (que são as leis naturais e fundamentais) da soberania” e aos “direitos da natureza” dos quais se abriu mão (não se tendo mais “liberdade para fazer tudo o que previam”), ao lado dos quais estão aqueles que os homens retiveram pelo pacto social (como o “direito de governar seus próprios corpos”). Ilustrando a argumentação que marcava a transição do absolutismo ao Estado burguês de Direito e do jusnaturalismo ao positivismo, LOCKE (1999, p. 162) considerou: “*O grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis estabelecidas na sociedade; a primeira lei positiva fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo; como a primeira lei natural fundamental, que deve reger até mesmo o próprio legislativo, é a preservação da sociedade [...]. O legislativo não é o único poder supremo da comunidade social, mas ele permanece sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade um dia o colocou [...]*”. Na concepção de ROUSSEAU (1999, p. 77-8): “*O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar. O que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui. A fim de não fazer um julgamento errado dessas compensações, impõe-se distinguir entre a liberdade natural, que só conhece limites nas forças do indivíduo, e a liberdade civil, que se limita pela vontade geral, e, mais, distinguir a posse, que não é senão o efeito da força ou o direito do primeiro ocupante, da propriedade, que só pode fundar-se num título positivo*”. Finalmente, PAINE (2006, p. 237, destaques no original) considerava que “[o] homem não ingressou na sociedade para tornar-se pior do que era antes, tampouco para ter menos direitos do que tinha antes, mas para ter esses direitos mais bem garantidos. Seus direitos naturais são a base de todos os seus direitos civis”.

¹⁰¹⁷ Cf. BOBBIO, 1991, p. 65.

não é livre (pois se submete ao “impulso físico” e ao “apetite”), mas tampouco o homem civil, em uma sociedade fundada na desigualdade, em que cada um ganha “*a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui*”¹⁰¹⁸, pois nesta a legislação é imposta pelos que mais têm, e não pela *vontade geral*, única capaz de gerar a autonomia da comunidade política, isto é, a república.

A contraposição *estado de natureza/ estado civil*, com todas as suas variações, consagrou certa unidade no pensamento jus-racionalista, capaz de configurar um modelo teórico; contraposto a este, porém, surgirá outro modelo, capaz de conferir uma interpretação totalmente inovadora à dicotomia análoga – assim será com Hegel, Marx e Gramsci¹⁰¹⁹. No jus-racionalismo o estado de natureza fora identificado como o reino da necessidade e da busca (violenta) pela sobrevivência, o campo da escassez e, portanto, da economia, enquanto do estado ou sociedade civil, ao formalizar a liberdade em direito, emergia o reino da liberdade, da cultura, do homem emancipado das necessidades e com sua liberdade preservada pelo direito. Já Hegel é o ponto de sublimação desta teoria: representa tanto o ápice da ideia de Estado-razão quanto a superação da ideia de contrato social – o Estado é antes o resultado final do desenvolvimento do espírito objetivo, uma totalidade concreta, substancial, orgânica e ética do povo, superior à sociedade civil, esta representando um estágio de transição a partir da desagregação da unidade familiar¹⁰²⁰. A crítica de Hegel à tese do contrato social é imputada ao individualismo metodológico dos jusnaturalistas, que os teria levado a conceberem o Estado como “*um todo composto de partes e não [como] uma totalidade que cria ela mesma, em seu próprio seio, as partes de que é composta [...]*”¹⁰²¹. Hegel identifica o direito privado com a esfera da sociedade civil burguesa, com o mercado, isto é, com a concepção atomizante do homem; daí que o direito público represente a concretude do povo enquanto construção do Estado¹⁰²². Por outro lado, à época de Hegel já surge uma filosofia da história que inverte a trajetória (r)evolucionária clássica e passa a propugnar o fim do Estado (não um todo imparcial, mas uma estrutura cujo Executivo é “*um comitê para gerenciar os assuntos comuns de toda a burguesia*”, como definirão Marx e Engels¹⁰²³) como a libertação definitiva do homem. Só no século XIX, de fato, a sociedade civil deixou de

¹⁰¹⁸ ROUSSEAU, 1999, p. 77 (capítulo VIII).

¹⁰¹⁹ Cf., respectivamente, BOBBIO (1991) e BOVERO (1991).

¹⁰²⁰ BOBBIO, 1991, p. 96-7.

¹⁰²¹ BOBBIO, 1991, p. 98.

¹⁰²² BOVERO, 1991, p. 117 (nota 1), 122.

¹⁰²³ 2006, p. 13.

representar a comunidade antes de tudo política dos cidadãos que legislavam para si mesmos para se constituir como a esfera da busca pela sobrevivência, o âmbito mesmo da criação e reprodução de desigualdades econômicas; a sociedade civil naquele século representou a transição do autoritarismo e da estratificação social para a democracia de classes¹⁰²⁴.

Hegel concebe o estado de natureza como aquele no qual ocorre uma luta pelo reconhecimento e indica como estágio inicial da sociedade civil o “sistema de carecimentos”, isto é, a esfera econômica juridificada, com resíduos da luta por reconhecimento e pela sobrevivência típica do estado de natureza; por outro lado, o Estado despótico constituído com a saída do estado de natureza não permite porém, a liberdade, pois se baseia em relações de senhoria e servidão¹⁰²⁵. Deve-se notar que a sociedade civil em Hegel ganha um contorno nitidamente histórico e contingente, pois é identificada com a sociedade civil moderna burguesa (*moderne bürgerliche Gesellschaft*), e não como a sociedade civil em que se finaliza a libertação do homem; assim, constrói-se uma contraposição entre a esfera da sociedade civil plenamente desenvolvida (passando-se a identificar a *societas civilis* ao Estado, à dimensão política) e a esfera da sociedade civil burguesa (*bürgerliche Gesellschaft*), que se aproxima do *status naturae* e do não político¹⁰²⁶.

Assim, os modelos jus-racionalista e hegeliano não são plenamente coincidentes, mas a permanência das mesmas palavras ou de termos análogos com a concomitante variação de suas denotações (em outras palavras, a permanência do signo e a transformação do referente) revelam, sobretudo, uma mudança da semântica diante da qual as formas linguísticas ganham conteúdo. Assim é que entre o estado de natureza jus-racionalista e sua sociedade civil, o modelo hegeliano interpõe a sociedade civil burguesa e, para além da sociedade civil jus-racionalista, vislumbra a realização ética do Estado (*politischer Staat*)¹⁰²⁷. Já Marx con-

¹⁰²⁴ KOSELLECK, 2002, p. 211-2, 215.

¹⁰²⁵ BOVERO, 1991, p. 111-2, 118, 120-1, 124.

¹⁰²⁶ BOVERO, 1991, p. 124, 129, 132-4.

¹⁰²⁷ BOVERO, 1991, p. 137; BOBBIO, 1982, p. 28; 1999, p. 51. Assim (BOVERO, 1991, p. 149-50): “[...] com a crise do modelo jusnaturalista, que amadurece entre o fim do século XVIII e o início do século XIX e que se expressa de modo pleno no modelo hegeliano-marxiano, os atributos ‘político’ e ‘civil’, originariamente coincidentes, derivando respectivamente da grega *pólis* e da latina *civitas*, tendem a se distinguir; o sujeito social se duplica na figura do cidadão privado ou civil-burguês (*Bürger*) e na do cidadão propriamente dito (para designar o qual é cunhado o termo pleonástico de *Staatsbürger*); e a sociedade como sociedade civil se separa do Estado como Estado político”.

ceberá o Estado “*como conservação, prolongamento e estabilização do estado de natureza [...]*”¹⁰²⁸, justamente por preservar a sociedade civil.

A economia política de Adam Smith e David Ricardo teve papel transformador no entendimento jusnaturalista que até então se tinha sobre a sociedade civil. “*A economia moveu-se da tríade aristotélica de ética, economia e política e se diferenciou como uma esfera independente da sociedade civil movida pelo puro interesse*”¹⁰²⁹. A economia política, “*que interpreta a sociedade civil como esfera do comércio e do trabalho social dominado por leis anônimas*” influirá no modelo hegeliano da ausência de liberdade real em um “*sistema das necessidades*”¹⁰³⁰. “*O modelo realista de uma socialização anônima não intencional, que se impõe sem a consciência dos atores, vai substituir o modelo idealista de uma associação intencional de parceiros de direito*”¹⁰³¹. As teorias contratualistas que vislumbravam a sociedade “*como o complexo intencional de uma associação livre de membros originariamente autônomos e iguais*” darão lugar à dialética marxiana:

*De um conjunto de condições autorizadoras, que possibilitam a liberdade, e sob as quais os indivíduos se associam com consciência e vontade, podendo submeter o processo social sob o seu controle comum, a sociedade burguesa transforma-se num sistema **que domina anonimamente**, sem levar em conta as intenções dos indivíduos, obedecendo apenas à sua própria lógica e submetendo a sociedade global aos imperativos econômicos*¹⁰³².

Seguindo a análise de Bovero¹⁰³³, é possível vislumbrar o seguinte: na dicotomia jusnaturalista *estado de natureza/ sociedade civil* – que expressa uma ideia reguladora diacrônica, processual – partia-se de um hipotético estado pré-social no qual os indivíduos não formavam ligações sociais estáveis, mas se guiavam por suas próprias paixões na busca da sobrevivência; eram, entretanto, naturalmente livres e iguais, o que lhes teria permitido instituir por consenso – como representado por um instrumento típico de direito privado, o contrato – uma ordem de relações mais ou menos estáveis (a sociedade civil), imersa no seio ordenador e

¹⁰²⁸ BOBBIO, 1982, p. 21; 1999, p. 45.

¹⁰²⁹ KOSELLECK, 2002, p. 213.

¹⁰³⁰ HABERMAS, 1997a, p. 68.

¹⁰³¹ HABERMAS, 1997a, p. 67.

¹⁰³² HABERMAS, 1997a, p. 68 (destaques no original).

¹⁰³³ 1991, esp. p. 132-64.

racionalizante do Estado (sem o qual não haveria tal sociedade – não se saltaria da natureza à civilização). Na contraposição hegel-marxiana entre sociedade civil e Estado, tem-se um modelo primordialmente sincrônico da contradição que se forma entre duas esferas resultantes de uma evolução histórica, e não de uma hipótese. Essas esferas não se confundem, mas se contradizem como partes (a política e a apolítica) de uma mesma estrutura, formada quando o homem, naturalmente social, chega à sociedade moderna, em que é criada a figura do indivíduo e nasce propriamente a ideia de liberdade individual. Na sociedade civil de sujeitos formalmente livres, predominam as relações individualistas, os institutos do contrato e propriedade – fundados no reconhecimento da autonomia privada –, a busca da realização do autointeresse, os liames sociais menos densos, organizados objetivamente (e não conforme as vontades individuais, aqui autocentradas, e não solidárias tais como as das partes do “contrato social”), conforme a divisão social do trabalho e no limite das interdependências que esta cria; o Estado aparece como o ordenador racional do interesse público e promotor dos fins coletivos (Hegel), ou como a superestrutura ideológica a encobrir e manter – com seu monopólio de poder-violência – a dependência material engendrada nas relações sociais de produção (Marx). Assim,

*relações jurídicas, tais como formas de Estado, não podem ser compreendidas nem a partir de si mesmas, nem a partir do assim chamado desenvolvimento geral do espírito humano, mas, pelo contrário, elas se enraízam nas relações materiais de vida, cuja totalidade foi resumida por Hegel sob o nome de ‘sociedade civil’ (**bürgerliche Gesellschaft**), seguindo os ingleses e franceses do século XVIII; [...] a anatomia da sociedade burguesa (**bürgerliche Gesellschaft**) deve ser procurada na Economia Política¹⁰³⁴.*

Nesses termos, a sociedade civil é que regula e condiciona o Estado¹⁰³⁵; isto porque a diferença *Estado/ sociedade (civil)* parece ser antes uma diferenciação interna da própria sociedade civil do que uma relação entre pares exclusivos em si¹⁰³⁶. Em termos luhmannianos, a diferença *Estado/ sociedade* reentra a sociedade mesma. Assim,

¹⁰³⁴ MARX, 1999: 51.

¹⁰³⁵ Cf. MARX; ENGELS, 2007, p. 39, 74-6.

¹⁰³⁶ Embora MARX e ENGELS (2007, p. 75) afirmem: “Por meio da emancipação da propriedade privada em relação à comunidade, o Estado se tornou uma existência particular ao lado e fora da sociedade civil; mas esse Estado não é nada mais do que a forma de organização que os burgueses se dão necessariamente, tanto no ex-

na sociedade civil, Hegel inclui não apenas a esfera das relações econômicas e a formação das classes, mas também a administração da justiça e o ordenamento administrativo e corporativo, ou seja, dois temas do direito público tradicional [...]. [...] A sociedade civil em Hegel é a esfera das relações econômicas e, ao mesmo tempo, de sua regulamentação externa, segundo os princípios do Estado liberal; e é conjuntamente sociedade burguesa e Estado burguês: Hegel concentra nela a crítica da economia política e da ciência política, inspiradas respectivamente nos princípios da liberdade natural e do Estado de direito.

É também atribuída a uma diferença de interpretação de Hegel a postura inovadora que Gramsci assume em relação a Marx: isto porque Hegel entenderia o Estado como o momento superior do desenvolvimento da humanidade, enquanto Marx centraria tal momento na sociedade civil, entendida como infraestrutura; porém Gramsci também o centra na sociedade civil, mas entendida como momento superestrutural, pois interpreta que Hegel definia sociedade civil como “*hegemonia política e cultural de um grupo social sobre toda a sociedade, como conteúdo ético do Estado*”¹⁰³⁷. Ademais, para Gramsci, a antítese entre Estado e sociedade civil é superestrutural, pois aí é que se interpreta a economia, dando-se sentido à esfera da produção material (infraestrutura, que conjugada à superestrutura compõe o “bloco histórico”); por dar ênfase, no interior da superestrutura, à dimensão do consenso (ideologia/ sociedade civil) em detrimento da dimensão da força (instituições/ Estado), Gramsci também se diferencia de Marx¹⁰³⁸. Aqui, portanto, sociedade civil não é mais a esfera das relações econômicas simplesmente, mas a esfera da produção do sentido dessas relações. Gramsci¹⁰³⁹ destaca:

É preciso distinguir a sociedade civil tal como é entendida por Hegel e no sentido em que é muitas vezes usada nestas notas (isto é, no sentido de hegemonia política e cultural de um grupo social sobre toda a sociedade, como conteúdo ético do Estado) do sentido que lhe dão os católicos, para os quais a sociedade civil, ao contrário, é a sociedade política ou o Estado, em oposição à sociedade familiar e à Igreja.

terior como no interior, para a garantia recíproca de sua propriedade e de seus interesses”.

¹⁰³⁷ BOBBIO, 1982, p. 34; 1999, p. 56.

¹⁰³⁸ BOBBIO, 1982, p. 37, 39, 41, 66-7; 1999, p. 32, 59-62.

¹⁰³⁹ 2007, p. 225.

Assim, contra o conceito comum de Estado, considerado unilateral, Gramsci o coloca como o outro lado da sociedade civil, isto é, “*por ‘Estado’ deve-se entender, além do aparelho de governo, também o aparelho ‘privado’ de hegemonia ou sociedade civil*”¹⁰⁴⁰. Tal hegemonia, enquanto liderança na formação do consenso, constitui como “dirigente” a classe que a detém, diferenciando-a da mera classe “dominante”, “*detentora da pura força coercitiva*”¹⁰⁴¹.

A retomada da(s) semântica(s) que embasou(aram) a dicotomia *estado/ sociedade civil* descortina, antes que uma evolução linear dos conceitos, diversos caminhos iniciados de pressupostos inconciliáveis, construções, desconstruções e reconstruções de conceitos, todos porém, vinculados à emergência da sociedade e do Estado modernos. A grande dicotomia entre direito público e direito privado, embora com raízes na Antiguidade (a filosofia aristotélica e o direito romano, notadamente), parece haver sido ressignificada na modernidade e expressa uma reconstrução jurídica da distinção social mais ampla entre público e privado. O *contrato social* foi a grande semântica de transição do jusnaturalismo racionalista ao positivismo (e estatalismo) jurídico e ao construtivismo social¹⁰⁴². Nesta formulação, a própria formação da sociedade civil a partir do estado natural teria sido um marco da predominância do direito público/ estatal, já que no estado de natureza as relações eram dadas pelos institutos privados do contrato, propriedade e família¹⁰⁴³ – daí a crítica de Hegel sobre a fundação do Estado por meio de um instituto de direito

¹⁰⁴⁰ GRAMSCI, 2007, p. 254-5.

¹⁰⁴¹ GRAMSCI, 2007, p. 184.

¹⁰⁴² ROMANO, 2008, p. 140: “*A doutrina que vê no Estado o único órgão, ou, como se ouve dizer, o único produtor do direito, evidentemente se fundamenta nessas perspectivas, completadas com a outra – mais recente em determinados desenvolvimentos – que faz figurar no Estado o ente ético por excelência. Somente a fusão dessas duas teorias poderá dar corpo para a teoria moderna da qual falamos, que se tornou predominante no princípio do século XVIII e que continua a ser afirmada, mesmo por quem rejeita os seus fundamentos históricos. [...] E, de fato, não se saberia como teoricamente justificá-la a não ser assumindo, por um lado, que o direito positivo pode e deve ser somente um produto do direito natural e, por outro, que o único ente que tenha, ao menos hoje, a possibilidade de interpretar e traduzir nas suas leis o direito natural seja o Estado. Deste modo se chega àquela concepção de Estado do qual Hegel foi o mais sistemático e o mais sugestivo defensor. Se, com tal filósofo, se admite que o Estado é a totalidade ética, que ele é a irrupção de Deus no mundo, que deve ser honrado como algo de mundano-divino, e que, antes, é um Deus real, então se está perante um sistema o qual não pode se retirar as bases sem a elas contrapor outras*”.

¹⁰⁴³ BOBBIO, 2007, p. 155-6.

privado, o contrato¹⁰⁴⁴. Ainda no século XX, ora se enfatizou a crise do Estado e a predominância da ordem privada (a passagem do *status* ao *contractus*), ora se vislumbrou o declínio das instituições privatistas, com a publicização do sistema jurídico¹⁰⁴⁵. Ilustrativamente, note-se a emergência da teoria jurídica pluralista e institucionalista de Santi Romano¹⁰⁴⁶ – cuja primeira formulação é de 1918 – em um contexto identificado como de crise do Estado¹⁰⁴⁷. Justamente na obra que apresenta tal teoria, *O ordenamento jurídico*, Santi Romano criticou a indistinção entre direito público e direito privado, como em Kelsen, mas submeteu o último ao primeiro, entendendo o direito privado como, “*sem dúvida, uma simples especificação do primeiro [o direito público], uma das suas formas ou orientações, um dos seus ramos*”¹⁰⁴⁸.

2.6.1.1 Sociedade civil versus esfera pública

Firmada no século XVIII a noção de indivíduo enquanto pessoa¹⁰⁴⁹, a ideologia liberal pôde ressignificar a oposição entre Estado e sociedade, sendo o direito associado àquele e contraposto a esta, de forma que deveria se limitar ao mínimo de interferência nas relações sociais¹⁰⁵⁰ (exceto no que diz respeito ao instituto ou forma do contrato, fundado no reconhecimento, pelo Estado, da autonomia – jurídica – privada). A dicotomia Estado/ sociedade civil, porém, perdeu sua centralidade com a diferenciação funcional e a emergência enfim de uma sociedade mundializa-

¹⁰⁴⁴ Cf. BOBBIO, 1991, p. 97.

¹⁰⁴⁵ Bobbio, 2007, p. 146-7.

¹⁰⁴⁶ 2008.

¹⁰⁴⁷ Assim GROSSI (2008, p. 14) retoma o conteúdo da conferência de Santi Romano sobre *Lo Stato moderno e la sua crisi*: “*Em primeiro lugar, uma denúncia, uma denúncia franca e precisa: o edifício político-jurídico construído pelo Iluminismo e pela Revolução, quando ‘quis pôr perante o Estado somente o indivíduo’ [...], reduzindo a complexa organização e composição da sociedade a uma dialética elementar entre pessoas, o Estado-pessoa e a pessoa individual e física, leva consigo ‘o seu pecado original: aquele de ser excessivamente simples’ [...]. [...] Toda a conferência proferida em Pisa, em 1909, é dominada pela visão realista da crise do Estado Moderno, identificada na proliferação de coletividades, muitas vezes antagonistas ao aparelho estatal, sempre, de qualquer modo, desagregadoras da sua artificial solidez, coletividades que se mostram ao desencantado observador como um componente não eliminável de um difícil e complicado fragmento histórico*”. Desarte: “*Delinea-se uma nova – indispensável – tarefa, que não é a de combater o emergente corporativismo, mas de ser ‘uma organização superior que una, modere e harmonize as organizações menores. [...]’*”. (GROSSI, 2008, p. 14, nota 13)

¹⁰⁴⁸ ROMANO, 2008, p. 64.

¹⁰⁴⁹ SARTORI, 1994, p. 43-5.

¹⁰⁵⁰ LUHMANN, 1985a, p. 117. Cf. LUHMANN, 2002c, p. 63-9.

da, na qual, por um lado, a política perdeu a centralidade pretendida na época inicial do Estado moderno, hoje conformado a uma organização central de um dos vários subsistemas sociais funcionais em concorrência na produção estrutural e semântica da sociedade. Por outro lado, a economia precisou diferenciar-se da política para com esta buscar acoplamentos estruturais definidos (a política econômica, por exemplo) – o que pressupõe o paradoxo da interdependência, consagração da dependência (ou melhor, coordenação) que só pode se obter com a independência de ambos os sistemas envolvidos na irritação mútua que os acoplamentos estruturais potencializam. Daí que, se a economia política fora a ciência acoplada à reflexividade da sociedade civil e pela anatomia desta se desvendaria também a do Estado (conforme a tese marxista), a diferenciação dos dois sistemas (política e economia, notadamente nos regimes liberais/capitalistas) também revela o declínio explicativo da centralidade da contraposição Estado/ sociedade civil. Por isso, Luhmann¹⁰⁵¹ classifica tal conceito/ distinção como “superado” e o concebe como uma “*formulação provisória e não mais adequada do problema da diferenciação das esferas de comunicação [...]*”. Vale mencionar também o desconcerto de Luhmann¹⁰⁵² diante de justaposições como a do célebre título weberiano, *Economia e Sociedade*, quando parece haver uma exclusão de um dos termos pelo outro; porém, só é possível observar a economia dentro da sociedade (incluindo a observação de primeira ordem, que consiste na comunicação de *dentro* do sistema; no caso, no “agir” econômico¹⁰⁵³). O mercado era, porém, para Weber¹⁰⁵⁴, oposto às demais “formas de comunidade”, que envolveriam “uma racionalização apenas parcial de sua ação social”, enquanto o mercado se constituiria de forma particularmente racionalizada, sempre que houvesse “*uma pluralidade de interessados que competem por oportunidades de troca*”.

A corrente proeminência da fórmula *sociedade civil*, não só na academia como também na mídia, apresenta-se pouco ligada à longa tradição que emprestou a esse termo os mais diversos significados¹⁰⁵⁵ (dos jusnaturalistas ao marxismo), e mesmo à elaboração vinculada à própria experiência histórica dos Estados Unidos, onde a formação do Estado teria apresentado em paralelo uma tradição associativista deste independente, baseada na confiança, no capital social, na reciprocidade entre pessoas “livres e iguais”, que constituíam assim uma rede de preservação

¹⁰⁵¹ 1983, p. 33; 2002c, p. 62.

¹⁰⁵² 2007b, p. 65.

¹⁰⁵³ LUHMANN, 2007b, p. 135, 260, 264.

¹⁰⁵⁴ 2009a, p. 419.

¹⁰⁵⁵ LAVALLE, 1999, p. 123.

do “bom governo democrático”¹⁰⁵⁶. A “nova sociedade civil”, sintetizada por Cohen e Arato, não se apresenta como cisão interna da política, mas como esfera externa e oposta ao Estado, portadora de altas virtudes e do interesse geral, não redutível à política nem à economia, espontânea e independente de interesses organizados em sindicatos, partidos políticos, igrejas, cooperativas, universidades etc¹⁰⁵⁷. Trata-se, sobretudo, de um conceito normativo, uma simbolização da esperança, por vezes identificado com o espaço da ação comunicativa, o mundo da vida racionalizado, a esfera pública preceituada por Habermas¹⁰⁵⁸. Habermas, tal como Luhmann, elabora um conceito de “esfera pública”, mas ao contrário deste, acolhe também a “sociedade civil” – nela localiza a “*eticidade democrática dos cidadãos e da cultura política liberal*”¹⁰⁵⁹.

A partir dos pressupostos epistemológicos construtivistas (a construção dos conceitos a partir da forma de distinção e os “pontos cegos” que isso implica), do caráter de observação de segundo grau (que realça a transição das semânticas diacronicamente) e do diagnóstico radical da diferenciação funcional apresentados por Luhmann, o que culmina em uma (auto)descrição de sistemas funcionais expansivos em uma sociedade heterárquica, acêntrica¹⁰⁶⁰, é preciso tanto julgar criticamente a validade explicativa das dicotomias quanto diferenciá-las diante dos âmbitos de comunicação a que se referem. Daí a perda de centralidade de contraposições entre Estado e sociedade e entre (direito) público e privado, por exemplo, ao menos para descrever o funcionamento de sistemas para além do político. Mesmo neste, porém, outros códigos e programas passam a ganhar proeminência, como é o caso da ideia de opinião pública.

É sobremaneira valioso distinguir, nesse sentido, os conceitos luhmannianos de esfera pública e de opinião pública, vinculados ao próprio desenvolvimento de um sistema funcional diferenciado: o sistema dos meios de comunicação de massa. O conceito luhmanniano de meios de comunicação (de massa) cobre “*todas as instituições da sociedade que servem de meios técnicos de reprodução para a difusão da comunicação*”, abrangendo os meios impressos (como livros, jornais, revistas), sonoros, audiovisuais, informáticos etc., sendo

¹⁰⁵⁶ LAVALLE, 1999, p. 126-7.

¹⁰⁵⁷ LAVALLE, 1999, p. 130-1.

¹⁰⁵⁸ Cf. LAVALLE, 1999: 132-4; RIBEIRO, 2012, p. 260-3.

¹⁰⁵⁹ HABERMAS, 1997b, p. 323. Sobre o conceito de esfera pública em NEVES (2008), que toma distâncias tanto de Habermas quanto de Luhmann, cf. item 1.5, capítulo 1.

¹⁰⁶⁰ LUHMANN, 2007b, p. 118.

*decisivo, em todos os casos, o fato de não poder ocorrer, nas pessoas que participam, nenhuma interação entre emissor e receptor [ou melhor, na terminologia luhmanniana, entre alter e ego]. A interação torna-se impossível pelo fato de ocorrer a interposição da técnica e isso tem consequências de longo alcance que definem para nós o conceito de meios de comunicação*¹⁰⁶¹.

A autoconstrução do sistema dos meios de comunicação de massa como um sistema funcionalmente diferenciado e autopoietico tem por base a alta liberdade de comunicação que é proporcionada por se interromper – por meio das tecnologias de difusão – o contato direto entre *alter* e *ego* (interação) como condição para a comunicação, o que gera um excedente de informação de tal nível que demanda a auto-organização de um sistema próprio, que construa a própria realidade¹⁰⁶² segundo seus programas (especialmente os temas), código (informação/não informação ou informativo/não informativo¹⁰⁶³) e função – “produção contínua e processamento de irritações”¹⁰⁶⁴, fornecendo à sociedade um substrato comum de informações, dada a alta redundância que os meios de comunicação de massa produzem¹⁰⁶⁵ e a simplificação da realidade por eles construída (pela constante atribuição de ações a pessoas e pela avaliação moral das condutas, por exemplo¹⁰⁶⁶). Se não é possível dar-se a conhecer o mundo e orientar a ação de forma generalizada pela ciência ou pelo direito, por exemplo, e se não se pode deixar uma base de conhecimentos para a vida em sociedade, “na moderna sociedade mundial”, restritivamente ao “conhecimento cotidiano meramente local”, é necessário o surgimento de um sistema que forneça uma construção da realidade simplificada mas abrangente, que acaba por regular a memória (lembrança e esquecimento) da sociedade e por irritar seus múltiplos subsistemas¹⁰⁶⁷.

A partir de Dirk Baecker, Luhmann¹⁰⁶⁸ define esfera pública “como a reflexão sobre cada fronteira sistêmica interna à sociedade, ou, dito de outra forma, como o ambiente social interno dos subsistemas sociais”, o que inclui as organizações e interações que se processam no

¹⁰⁶¹ LUHMANN, 2005d, p. 16-7 (destaques no original).

¹⁰⁶² LUHMANN, 2005d, p. 17, 36-7.

¹⁰⁶³ LUHMANN, 2005d, p. 39.

¹⁰⁶⁴ LUHMANN, 2005d, p. 159.

¹⁰⁶⁵ LUHMANN, 2005d, p. 44.

¹⁰⁶⁶ LUHMANN, 2005d, p. 63-5.

¹⁰⁶⁷ LUHMANN, 2005d, p. 160.

¹⁰⁶⁸ 2005d, p. 168-9.

marco de determinado sistema funcional, bem como os movimentos sociais. Assim, por exemplo, o mercado seria a esfera pública da economia, o âmbito de reflexão desse sistema, centralizado em organizações e interações específicas para as quais o mercado não é senão o ambiente que re-entra o sistema econômico e potencializa sua autoirritação¹⁰⁶⁹. A opinião pública nada mais seria do que o correspondente ao mercado no âmbito político, ou seja, uma expressão interna do ambiente, uma auto-observação do sistema por meio da construção interna reflexiva de sua hetero-observação; assim “internalizado”, o ambiente pode apresentar ao sistema postulações pouco estruturadas, que lhe incrementam a complexidade, forçando (irritando) o processamento e a estruturação de novos sentidos pelas organizações e interações que compõem o núcleo duro do sistema funcional da política¹⁰⁷⁰. “A esfera pública, assim, é um *medium social geral de reflexão que registra a intransponibilidade das fronteiras e, inspirado nisso, o observar das observações*”¹⁰⁷¹. Luhmann registra a historicidade desse conceito ao situá-lo no século XVIII, quando o ideário constitucionalista o expressou como “meio de imposição da razão” e “*marcado por exigências como a liberdade de opinião, de imprensa, de abolição da censura*”¹⁰⁷². Data desse cenário histórico, portanto, a utilização da imprensa para a obtenção de “ressonância pública para as comunicações politicamente ambiciosas”, que pretendiam reconstruir avaliativamente diagnósticos (cognitivos) e projetos (normativos) sobre a sociedade em geral, politizando-a – já que a esfera pública não decide politicamente e está fora do sistema político em seu fechamento institucional, apela-se ao ambiente para que produza irritações passíveis de serem duplicadas no sistema político quando este reflete internamente (sob a menção à opinião pública) sua face espontânea, “civil”. Os meios de comunicação de massa funcionam então na representação, na coagulação e generalização simbólica das comunicações produzidas flutuantemente por aqueles que ocupam os papéis não organizados nos diversos sistemas funcionais (*i.e.*, os clientes “unidos” no mercado, e não os trabalhadores e organizações econômicas; os cidadãos que conformam a opinião pública, e não os políticos)¹⁰⁷³. A opinião pública constitui-se, portanto, pela reflexão de sentidos mais ou menos espontaneamente conformados (pois podem ser produzidos extrainstitucionalmente) neste *medium* (a própria

¹⁰⁶⁹ LUHMANN, 2005d, p. 169.

¹⁰⁷⁰ *Idem.*

¹⁰⁷¹ LUHMANN, 2005d, p. 170 (destaque no original).

¹⁰⁷² LUHMANN, 2005d, p. 170. Cf. LUHMANN, 2007b, p. 242, 244, 403, 431.

¹⁰⁷³ LUHMANN, 2005d, p. 170.

opinião pública) que promove a abertura cognitiva do sistema político ao seu ambiente¹⁰⁷⁴.

Outros conceitos de esfera pública foram produzidos no âmbito da teoria sistêmica, em diálogo com outras correntes sociológicas ou filosóficas – as concepções de Brunkhorst¹⁰⁷⁵ e Neves¹⁰⁷⁶ são exemplos disso. Com o conceito de Neves, por exemplo, seria possível pensar uma esfera pública econômica não redutível ao mercado: tal esfera estaria estruturada quando de “*um boicote ‘público’ a determinado produto ou empresa, não atribuível a um determinado sistema funcional ou organizacional*” e não direcionado à institucionalidade estatal-constitucional¹⁰⁷⁷. Cabe notar, porém, que, ao elevar a abstração do conceito de esfera pública e generalizá-lo para além da política (encontrando-o, por exemplo, na economia), Luhmann o despolitiza¹⁰⁷⁸. Tal operação conceitual se afina à sua concepção epistemológica da sociologia, por sua vez inserida no contexto da sociedade moderna como sociedade mundial. Enquanto comunicação sobre a sociedade produzida na sociedade (especificamente no sistema social científico), a sociologia não pode ob-

¹⁰⁷⁴ LUHMANN, 2007b, p. 870. Cf. RIBEIRO, 2012, p. 187-8.

¹⁰⁷⁵ BRUNKHORST, 2005, p. 138: “*Onde há uma constituição normativamente efetiva, qualquer esfera pública autônoma é uma esfera pública forte, na medida em que não exclui ninguém do discurso e contribui para decisões vinculantes de um modo juridicamente assegurado. Todos os debates públicos que são garantidos por direitos básicos, e que se intersectam com as decisões políticas do povo ou de seus órgãos representativos por meio de normas processuais e organizacionais da constituição, são fortes. Nesse caso, pode-se falar de um ‘acoplamento estrutural’ entre o poder comunicativo da ‘vida pública’ (Arendt), o poder administrativo do sistema político e a força juridicamente vinculante do direito*”.

¹⁰⁷⁶ NEVES (2009a, p. 96, destaque no original): “*Na distinção entre esfera pública ‘forte’ e ‘frágil’, Brunkhorst [cf. BRUNKHORST, 2006; 2005, p. 137-51] [...] recorre a Fraser [...] e a Habermas [...], mas se afasta desses autores, que se concentram na diferença entre esfera pública organizada (forte) e não organizada (frágil) no Estado constitucional, e propõe [que] só seja incluída na esfera pública forte aquela dimensão que está organizada juridicamente ‘como povo’ por meio de procedimentos (eleição, referendium e plebiscito) e que, mediante a ressonância da opinião pública em seus órgãos, exerce poder estatal ou transnacional [...]. Eu restrinjo o conceito de esfera pública à chamada esfera pública ‘informal’ ou ‘não organizada’, localizada no entorno dos sistemas jurídico e político [...], reduzindo o conceito de povo constitucional a uma dimensão procedimental interna do sistema jurídico [...]. A esfera pública é forte quando influencia de maneira abrangente e relevante os procedimentos constitucionais; frágil, quando só tiver influência eventual e pouco relevante sobre esses procedimentos, não contribuindo satisfatoriamente para sua heterolegitimação*”. Cf. NEVES, 2009b.

¹⁰⁷⁷ NEVES, 2009c, p. 671.

¹⁰⁷⁸ Cf. RIBEIRO, 2012, p. 189-90.

servar e descrever a partir de lugar nenhum, mas apenas pode, centrada em sua posição funcional, observar as distinções entre sistemas e seus respectivos ambientes, produzindo assim uma visão policontextual de sistemas sociais policontextuais¹⁰⁷⁹. Os conceitos de direitos fundamentais e sociedade civil, enquanto expressões contemporâneas de dados complexos semântico-estruturais e de suas transformações, passam eles mesmos por mutações. Eis por que, de um lado, os direitos fundamentais são conceituados segundo sua função no quadro geral da formação da sociedade moderna, isto é, enquanto instituição social voltada à manutenção da diferenciação funcional¹⁰⁸⁰ (embora limitada a capacidade de realização do sistema jurídico, como de qualquer outro sistema operacionalmente fechado e produtor de seus próprios elementos, não seria descabido ver nesses direitos também uma função “promocional” desta diferenciação, no sentido de irritar o sistema jurídico e os demais sistemas para a inclusão das pessoas e a desintegração dos meios de comunicação – poder, dinheiro, saber, etc.). De outro lado, o próprio conceito de sociedade civil torna-se subcomplexo para captar o sentido da diferenciação funcional, emergindo em seu lugar as esferas públicas de cada sistema. Ainda, a distinção público/ privado representada pela contraposição Estado/ sociedade ganha novos contornos também no sistema jurídico: a sempre problemática distinção entre direito público e direito privado (por critérios dos mais diversos) é substituída por uma lógica ainda mais fragmentária, como expressa a emergente semântica dos *regimes* de direito, notadamente no direito internacional (regime dos direitos humanos, ambiental, econômico etc.)¹⁰⁸¹.

2.6.1.2 Direito público e direito privado

A perda de verossimilhança da dicotomia entre (direito) público e privado também se revela por meio de suas dicotomias correspondentes; por exemplo, a que contrapunha uma sociedade de iguais (a sociedade civil) a uma sociedade de desiguais (as relações entre Estado e súdito como relações de subordinação)¹⁰⁸². Ora, a emergência do Estado de Direito, notadamente do Estado democrático de Direito, e suas mais significativas expressões de autolimitação hauridas do pensamento liberal (a

¹⁰⁷⁹ LUHMANN, 2007b, p. 21, 63, 707.

¹⁰⁸⁰ LUHMANN, 2002c.

¹⁰⁸¹ Sobre a fragmentação no direito internacional e os regimes jurídicos globais, cf. KOSKENNIEMI, 2006, esp. p. 71; 2011b, p. 331-61; TEUBNER, 2012, esp. p. 57-72.

¹⁰⁸² BOBBIO, 2010, p. 15-7; KELSEN, 2006, p. 310-1.

separação de poderes e os direitos fundamentais), bem como o fechamento operacional do direito, colocam em xeque tal perspectiva vertical¹⁰⁸³ (note-se a passagem da condição de súdito à de cidadão), assim como a visão sociedade civil ou âmbito privado como esfera das relações entre iguais perde plausibilidade notadamente desde as análises marxianas – a não ser que tal igualdade se entenda no sentido da comensurabilidade universal pelo meio de comunicação *dinheiro*¹⁰⁸⁴, que ganha proeminência na estruturação dos mercados modernos¹⁰⁸⁵. Se para a sociedade a pessoa é um endereço de suas comunicações, para o sistema jurídico ela corresponde ao sujeito de direito, referente construído pelo próprio direito estatal; daí Kelsen¹⁰⁸⁶ tiraria a conclusão de que *“toda esta oposição entre o ‘político’ e o ‘privado’ não existe no domínio do direito subjetivo, que os direitos privados são direitos políticos no mesmo sentido que o são aqueles que assim costumam ser designados [...]”*.

A diferenciação direito público e direito privado parece ter-se tornado subcomplexa em relação ao grau e ao caráter da diferenciação da sociedade moderna, principalmente quando esta já se constitui, nas décadas finais do século XX, como uma sociedade mundial¹⁰⁸⁷. Daí, ilustrativamente, o diagnóstico (de expressa inspiração luhmanniana) da frag-

¹⁰⁸³ Cf. CHEVALLIER, 2003, p. 206. Veja a discussão sobre governança no item 2.6.2.1, deste capítulo.

¹⁰⁸⁴ Obviamente em outro contexto histórico e filosófico, ARISTÓTELES (1991, p. 88-9) via o dinheiro como “um meio-termo, visto que mede todas as coisas”, *“torna ele os bens [e as pessoas, diria Marx] comensuráveis e os equipara entre si [...]”*. Para LUHMANN (2004b, p. 98): *“A diferença [entre a economia da sociedade moderna e as mais antigas] reside na universalidade do código do dinheiro, realizado, pela primeira vez dentro da história, pela sociedade moderna. Pela primeira vez, todas as operações econômicas orientaram-se no dinheiro. [...] A orientação pelo dinheiro (Geldorientierung) substituiu a escassez de bens por um segundo símbolo de escassez diretamente operacional, o dinheiro. Com isso, todas as limitações do desejo, que estariam ainda fundadas num sentido objetivo das coisas, encontram-se niveladas”*.

¹⁰⁸⁵ Como já registrado, em uma fase inicial de seu pensamento, no seu livro sobre sociologia do direito (*Rechtssoziologie I*) publicado em 1972, LUHMANN (1983, p. 23) parecia concordar com o diagnóstico de Marx, que teria identificado um dos caracteres essenciais da modernidade: a passagem da política à economia como esfera com predominância na estrutura e na determinação de sentido na sociedade. Posteriormente (cf., especialmente, LUHMANN, 2007b), Luhmann enfatizará todos os sistemas sociais funcionais como produtores de sentido e reforçará a impossibilidade de conferir predominância a qualquer destes. Sobre sua teoria dos meios de comunicação (*media*) – dinheiro, poder etc. –, cf. LUHMANN, 2007b, p. 145-323, esp. p. 258-307.

¹⁰⁸⁶ 2006, p. 314.

¹⁰⁸⁷ Sobre a emergência da sociedade mundial, cf. LUHMANN, 1985a; 1999.

mentação do direito internacional¹⁰⁸⁸, com a “*especialização funcional dos regimes regulatórios*”¹⁰⁸⁹ e a emergência de “*regimes hegemônicos*”¹⁰⁹⁰ (direitos humanos, meio ambiente, direito da OMC, direito da União Europeia, direito internacional criminal), de difícil integração coerente a um direito internacional (público) geral¹⁰⁹¹.

A teoria dos sistemas, que pretende observar sistemas observadores (tal qual a ambiguidade proposta na formulação “*observing systems*”, de Heinz von Foerster¹⁰⁹²), sustenta que cada sistema autopoiético – sendo operacionalmente fechado e cognitivamente aberto – apenas tem acesso ao seu ambiente na medida em que reconstrói internamente as irritações deste meio, produzindo elementos e estruturas internas¹⁰⁹³. Esse processo denota uma *coevolução* entre os sistemas, especialmente entre a sociedade e cada um de seus subsistemas funcionais¹⁰⁹⁴. Nesse sentido, o direito não haverá de reproduzir internamente, ponto por ponto, a diferenciação funcional da sociedade moderna, mas tenderá a se programar de forma a dar conta desta diferenciação. Daí que a simples contraposição entre direito público e direito privado subsista, mas perca capacidade operacional diante da fragmentação e constituição de programas jurídicos especializados, como o direito da educação, o direito da saúde, o direito ambiental, o direito econômico. A constituição e os direitos humanos e fundamentais (nacionais ou internacionais) permanecem como a comunicação comum ou argumentativamente fundante em cada um desses programas ou “subsistemas” jurídicos¹⁰⁹⁵ – pense-se nos direitos humanos

¹⁰⁸⁸ KOSKENNIEMI, 2006, p. 11, 14, 16, 33 (nota 53), 68, 71 (nota 168), 72, 85, 105, 108, 247.

¹⁰⁸⁹ KOSKENNIEMI, 2006, p. 16.

¹⁰⁹⁰ KOSKENNIEMI, 2012b; 2011b, p. 353.

¹⁰⁹¹ KOSKENNIEMI, 2006, p. 14.

¹⁰⁹² Cf. LUHMANN, 1997e, p. 49.

¹⁰⁹³ LUHMANN, 1997b, p. 63 (destaque no original): “[...] o fechamento operacional é uma condição real de qualquer conhecimento. Só se pode conhecer o ambiente **porque** (o idealismo diria: apesar de) não se poder manter com ele nenhum contato operacional. A condição da ausência de contato possibilita e é compensada através de uma complexidade própria e internamente construída”.

¹⁰⁹⁴ Cf. capítulo 1, item 1.3.

¹⁰⁹⁵ A noção de subsistema é reservada por Luhmann aos sistemas parciais da sociedade (o direito, a economia, a arte, a política); pensar em subsistemas desses subsistemas não é algo explícito na teoria – que trata da construção das operações e estruturas internas a cada sistema social funcionalmente diferenciado em termos de “programas”, *i.e.*, da programação do código principal desse sistema (lícito/ilícito, poder/não poder, ter/ não ter), e de seus códigos secundários – no caso do direito, o “poder”, por exemplo, a partir da constituição como acoplamento entre os sistemas jurídico e político; ou o “ter”, a partir dos institutos da propriedade e do contrato.

fundamentais, como o direito à educação, dando ensejo à área do “direito da educação” (ou o direito fundamental ao meio ambiente sadio como “base” para o direito ambiental).

Todavia, sendo históricos, os sistemas sociais guardam em si anacronismos, ou seja, estruturas construídas e reconstruídas a partir de diferentes momentos da evolução do sistema. Veja-se, por exemplo, a pretensão ainda holística do direito civil, que faz referência a subsistemas sociais diversos como a família (casamento, filiação etc) e a economia (propriedade e contrato), denotando sua “memória” oitocentista, suas bases liberais/ burguesas. Cite-se ainda o exemplo de uma espécie de derivação da dicotomia *direito público/ direito privado*, qual seja, a contraposição *direito econômico/ direito comercial*, com as superposições entre um e outro dadas suas diferentes lógicas de diferenciação (o direito econômico aproximado à diferenciação funcional, o direito comercial à dicotomia público/ privado)¹⁰⁹⁶. Ainda para ilustrar as contradições e paradoxos internos à lógica da dicotomia jurídica entre público e privado, citem-se as polêmicas da emergência da ideia de contratos administrativos, concebidos como oxímoros dado o caráter privado e voluntarista do instituto “contrato”, em oposição à vinculação estrita à lei e ao indisponível “interesse público” por parte do Estado¹⁰⁹⁷. Como se contrapõe o direito administrativo sancionador ao direito penal? Como o direito admi-

Assim, para pensar em subsistemas jurídicos (reservando a ideia de sistema sempre para sistemas autopoieticos), ter-se-ia talvez que verificar um código próprio que diferenciase cada “ramo” do direito, e de qualquer forma cada “área” teria que se fechar em comunicações autorreferenciais apenas. A especialização interna aos sistemas sociais funcionais (política, arte, educação, direito) não parece atingir esse grau de autonomização de seus subsistemas. Assim, a rigor, é preferível a referência a programas do direito à menção a “subsistemas” jurídicos.

¹⁰⁹⁶ COMPARATO, 1965, p. 19-20, tratando da emergência do “direito econômico” no contexto após a Segunda Guerra Mundial, afirma: “*O que nos impressionou antes de tudo foi o surgimento de instituições jurídicas de conteúdo econômico que não se enquadravam em nenhum dos ramos tradicionais da dogmática ou da legislação, e que pareciam mesmo rebeldes a uma classificação geral no quadro do binômio direito público-direito privado. [...] Assim é que, para alguns, o direito econômico seria propriamente o direito das atividades econômicas, englobando todos os institutos referentes à produção e à circulação das riquezas. Mas enquanto certos autores operam, sob a noção de direito econômico, um simples reenquadramento dos institutos públicos ou privados de conteúdo econômico (empresas públicas, direito comercial, direito do trabalho e da previdência social, direito rural etc.), outros preferem conceber o novo direito como uma espécie de ordenamento constitucional da economia, no qual se situariam os princípios básicos que devem reger as instituições econômicas. [...] Esta última concepção, na verdade, aproxima-se muito daquela que vê no direito econômico a tradução jurídica da economia dirigida [...]*”.

¹⁰⁹⁷ Cf. MENEZES DE ALMEIDA, 2008, p. 194-7.

nistrativo legislado se contratualiza a partir do paradigma da “administração contratual”, da concepção da Administração Pública como um centro regulador de contratos que delegam a organizações privadas a execução de atividades-fim da Administração¹⁰⁹⁸?

Cite-se ainda a posição do direito penal, núcleo da violência estatal, diante das dificuldades engendradas pela dicotomia entre público e privado. Com as propostas de desencarceramento¹⁰⁹⁹, justiça restaurativa¹¹⁰⁰ e mediação penal entre vítima e ofensor¹¹⁰¹, ou mesmo com o instituto da transação penal¹¹⁰², não é atenuada a diferença deste “ramo do direito público” diante das soluções processuais *civis*? Decerto, mesmo as “penas restritivas de direitos”¹¹⁰³ são concebidas na relação entre o indivíduo e a “comunidade” (“representada” pelo Estado) – não cumprem totalmente o prognóstico de Durkheim: para ele, a passagem da solidariedade orgânica (sociedades diferenciadas segmentariamente, com crenças e sentimentos comuns compartilhados e densa consciência coletiva) para a solidariedade mecânica (sociedades diferenciadas funcionalmente, com grande individualização diante da divisão do trabalho social) implicaria a correspondente decadência do direito repressivo e fortificação do direito restitutivo ou cooperativo¹¹⁰⁴. Em 1893, registrou:

*De fato, basta dar uma olhada em nossos Códigos para constatar a reduzida importância que o direito repressivo ocupa em relação ao direito cooperativo. O que é o primeiro comparado a esse vasto sistema formado pelo direito doméstico, o direito contratual, o direito comercial, etc.? Portanto, o conjunto das relações submetidas a uma regulamentação penal representa apenas a menor fração da vida geral e, por conseguinte, os vínculos que nos ligam à sociedade e que derivam da comunidade das crenças e dos sentimentos são muito menos numerosos do que os que resultam da divisão do trabalho*¹¹⁰⁵.

Finalmente, pense-se na privatização da jurisdição (em última análise, fundado este Poder nas bases constitucionais do acoplamento

¹⁰⁹⁸ Cf. MARQUES NETO, 2009.

¹⁰⁹⁹ Cf. FERRAJOLI, 2002.

¹¹⁰⁰ Cf. SANTOS, 2008; MELO, 2005; SICA, 2007, p. 3-80.

¹¹⁰¹ SICA (2007, p. 80) destaca que a maioria dos estudos indica que a mediação não pode substituir o processo e a pena tradicionais, conservando-se os dois sistemas em uma “autonomia condicional”.

¹¹⁰² Constituição brasileira de 1988, art. 98, I; Lei 9.009/95, art. 76.

¹¹⁰³ Código Penal brasileiro, art. 43 (redação dada pela Lei 9.714/98).

¹¹⁰⁴ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, 2010a, p. 569-73.

¹¹⁰⁵ DURKHEIM, 2004, p. 127.

estrutural entre política e direito) pelas arbitragens comerciais¹¹⁰⁶ – embora a executoriedade de suas sentenças (isto é, a coercitividade) seja remetida aos Poderes Judiciários estatais, dado o dogma do monopólio da violência legítima pelo Estado. Em que medida construções como a *lex mercatoria* transnacional são instrumentalizações econômicas do direito ou apenas novos acoplamentos estruturais entre direito e economia (sem a política)? Pode haver direito que não seja político – nos termos kelsenianos – ou que não esteja *estruturalmente* acoplado à política? As “constituições civis” teubnerianas podem ser constituições, se são apolíticas? Em que medida pode o direito prescindir da legitimidade (fórmula de contingência *da política*¹¹⁰⁷), “legitimando-se” pela eficiência (*econômica*)^{1108?}

2.6.2 Estrutura e semântica da constitucionalização corporativa: cognitivização, despolitização e economicização do direito

Na sequência são tratadas as mudanças nas estruturas jurídicas e alguns dos *topoi* que expressam uma semântica do “mundo corporativo” que se expande principalmente a partir do sistema econômico para outros sistemas e ganha reconstrução jurídica – trata-se dos arranjos jurídicos da governança, da responsabilidade social, da ética corporativa, da sustentabilidade. O “mundo” é o “horizonte último de toda comunicação”, o pressuposto de toda a sociedade, um “horizonte sem horizonte” no qual se fundam as estruturas comunicacionais em sua circularidade (expectativas), ancorando as escolhas de sentido contingentes¹¹⁰⁹. Nesse sentido, o *mundo corporativo* – fórmula corrente de autodescrição do sistema econômico – ganha um *status* heurístico na presente construção teórica, como horizonte hegemônico na formação de novas semânticas sociais, em geral, e particularmente jurídicas. No limite, mas não infrequentemente, a violência simbólica da “cidadania corporativa” e de outras formas de autorreflexão da “cultura” empresarial aparecem como expressão do perigo de totalitarismo para além do Estado e do sistema político¹¹¹⁰ – já Weber¹¹¹¹ destacava o “aparelhamento psicofísico do homem” no “sistema americano do *scientific management*” (preceituado por Frederick

¹¹⁰⁶ Cf. MENDES, R. O. B., 2008, p. 23.

¹¹⁰⁷ LUHMANN, 2007b, p. 371.

¹¹⁰⁸ Cf. MENÉNDEZ, 2004.

¹¹⁰⁹ CLAM, 1997, p. 178, 232.

¹¹¹⁰ Cf. FARIA, 1988, esp. p. 141-9.

¹¹¹¹ 2009b, p. 362 (destaque no original).

Taylor) e concluía com um paralelo entre a gestão da moderna empresa privada e do Estado moderno: *“Todo este processo de racionalização realiza-se, aqui e por toda parte, sobretudo também no aparelho burocrático do Estado, paralelamente à centralização dos recursos materiais sob o poder de disposição do chefe”*.

O direito autorregulado reclamado pela ética empresarial e pelas comunidades de negócios pode ser um veículo desta expansão do código econômico sobre a sociedade (como instância abarcante de sistemas comunicacionais diferenciados) e o mundo (como horizonte de sentido), ao mesmo tempo em que pode ser normativamente desenvolvido como forma de autocontenção. Em todo caso, o “mundo corporativo” como horizonte de novas formas de programação do sistema jurídico vincula-se a um processo de cognitivização do direito, analisado a seguir.

O campo semântico que permeia a construção das estruturas jurídicas da constitucionalização corporativa não é exclusivo deste processo, mas revela uma somatória de *topoi* de um discurso que lhe permanece subjacente. Trata-se de pontos que se fazem presentes não apenas no discurso jurídico mas sobretudo no discurso econômico e até no político. Entretanto, no direito esses lugares-comuns enraízam-se por diversos “ramos”. Na problemática da constitucionalização corporativa, os vários pontos se alinham. As afinidades entre as diversas figuras de discurso – de origem não exclusivamente jurídica –, que vão da “governança global” e “corporativa” à sustentabilidade, da “responsabilidade social corporativa” às “exigências” de *accountability*, da “ética empresarial” à importância das “instituições”, ganha uma notável tradução jurídica, configurando o pano de fundo inclusive de alterações na autopoiese, na reflexão, na função e nas prestações do sistema jurídico. Daí que possamos explorar a hipótese de vinculação desses “conceitos” à matriz de um processo de *cognitivização do direito*.

A vinculação do direito à política e a reprodução deste sistema com base principalmente em uma diferenciação segmentária (a divisão territorial entre Estados/ países) os colocou em uma posição desfavorável diante de sistemas como o econômico, o religioso, o científico e o da comunicação de massa, cuja reprodução tende a ser verdadeiramente global – daí a emergência de uma sociedade mundial¹¹¹². Para os últimos sistemas, a construção de seus “mundos” depende menos de delimitações espaciais do que a programação do direito por decisões políticas de parlamentos “locais”.

¹¹¹² LUHMANN, 1985a, p. 154.

*Dessa forma, todo sistema parcial estabiliza não só limites intrassociais frente a outros sistemas parciais [diferenciação funcional], mas exige um outro dimensionamento da sociedade, ampliando seus limites, a partir da perspectiva abstrata de sua função específica e da lógica própria de sua autopreservação e do seu desenvolvimento autônomo*¹¹¹³.

Se “é meramente casual se sistemas parciais postularem os mesmos limites externos da sociedade”¹¹¹⁴, o primado dos sistemas que se reproduzem em escala mundial, como a economia e a ciência, dá-se pelo aumento da elasticidade estrutural e da variabilidade interna propiciados a estes sistemas por sua mundialização. Por outro lado,

*[a] regionalidade, a participação e a concretude necessária dos temas comunicativos e formadores de opinião na política se condicionam e fortalecem reciprocamente, constituindo uma aliança que praticamente exclui o encaminhamento, com os meios da política, dos problemas estruturalmente condicionados da sociedade mundial*¹¹¹⁵.

Daí que os problemas mundiais sejam geridos politicamente apenas em recortes territoriais, na medida dos impactos nos mercados internos, nas fronteiras nacionais¹¹¹⁶. Daí também as discrepâncias dos sistemas internacionais, como a Organização das Nações Unidas, com seus mecanismos de contenção, mas também de extrapolação das desigualdades, com reforço das hegemonias regionais.

*O antigo **ius gentium** desenvolvido a partir da praxis romana era inicialmente apenas um direito de circulação para estrangeiros (subprivilegiados). Mais tarde ele foi filosoficamente interpretado como um direito que colocava o homem enquanto homem, independentemente da associação política à qual ele pertencia. Nessa acepção, ele era um direito da sociedade mundial enquanto simples **societas generis humani**, enquanto generalidade de certas características da espécie humana, não estando portanto à disposição da política, por constituir um direito natural*¹¹¹⁷.

¹¹¹³ LUHMANN, 1985a, p. 155.

¹¹¹⁴ LUHMANN, 1985a, p. 156.

¹¹¹⁵ LUHMANN, 1985a, p. 158.

¹¹¹⁶ LUHMANN, 1985a, p. 158.

¹¹¹⁷ LUHMANN, 1985a, p. 160 (destaques no original).

A politização do direito internacional pelo paradigma voluntarista e interestatal de Vestfália marcou, entretanto, um novo caminho.

*A diferenciação entre 'Estado e sociedade' já continha a renúncia à capacidade de ação; mas no século XIX ainda se imaginava o Estado como organização atuante da sociedade, que com ela coincidia em termos de população e território. A renúncia à capacidade de ação no plano do sistema da sociedade implica uma renúncia aos respectivos meios de atribuição e legitimação, assim como renúncia a estruturas organizacionais que possibilitem uma seleção no âmbito da ação social global*¹¹¹⁸.

O direito e a política – em seu casamento sempre regional – são vistos agora como potenciais fatores de risco ao desenvolvimento sem fronteiras, embora os mecanismos normativos tenham desempenhado importantes funções históricas ao estruturarem a “*expansão de incertezas sustentáveis*” e a “*estabilização de conquistas periclitantes, improváveis*”, com o “*entrelaçamento condicional de estados de coisas contingentes*”, tornando “*expectável*” o inesperado¹¹¹⁹ e abrindo caminho aos ciclos de variações, seleções e estabilizações, ou seja, à inovação estrutural e semântica¹¹²⁰.

A perda da capacidade de solução de problemas e de influência pela política e seu respectivo direito marcam-se em um quadro geral de hegemonia das expectativas cognitivas em detrimento da normatividade. Da pesquisa científica às negociações diplomáticas, do turismo aos meios de comunicações de massa, das arbitragens transnacionais aos fóruns econômicos, a assimilação cognitiva despista quaisquer expectativas normativas –

*[c]ertamente ocorrem suposições morais, mas elas são em parte de ordem ideológica, ou seja, de natureza contingente, em parte tática, em parte ingênua, mas nunca essenciais para a sustentação da estrutura da interação nos contatos em escala mundial. A sociedade mundial constitui-se em princípio em atitudes de expectativas cognitivas. Extrapolando especulativamente o que hoje já é visível, seria possível falar de um deslocamento do primado evolutivo dos mecanismos normativos aos cognitivos*¹¹²¹.

¹¹¹⁸ LUHMANN, 1985a, p. 159.

¹¹¹⁹ LUHMANN, 1985a, p. 159.

¹¹²⁰ LUHMANN, 1985a, p. 159-60.

¹¹²¹ LUHMANN, 1985a, p. 162.

O cenário vislumbrado por Luhmann¹¹²² não é o de uma demissão do Estado ou do direito, mas sim do que poderíamos referir como uma *cognitivização do direito*, isto é, uma maior inserção das expectativas cognitivas neste campo de estruturas normativas.

Tal cognitivização tem primeiro lugar com o próprio fenômeno da positivação do direito, que elabora no sistema jurídico capacidade de assimilação de mudanças; afinal, a positividade é “*o princípio da variabilidade estrutural do direito*”¹¹²³. De um lado, no plano dos que decidem, há divisões de papéis e “figurações categoriais” mutáveis que encaminham seu processo decisório e positivador; de outro lado, coloca-se o problema da legitimidade das decisões, *ex parte populi*¹¹²⁴. A emergência da sociedade mundial moderna é coetânea a um direcionamento do direito não para normatizações abrangentes ou determinações suprapositivas, mas para a solução técnica de problemas específicos:

*[...] a continuidade do desenvolvimento não depende da fidelidade normativa do direito positivo com referência a pressupostos suprapositivos de expectativas humanas globais, mas sim de capacidade de solução de problemas que, enquanto capacidade de análise e decisão, de reestruturação assimilativa e adaptação de programas, terão que ser inseridas no sistema jurídico tanto em termos categoriais, quanto institucionais*¹¹²⁵.

De outro lado, Luhmann identifica deslocamentos na própria função do direito: os conceitos de direito vinculados a definições como comandos estatais soberanos que requerem obediência sob a ameaça de sanção e a esquemas como normas construídas na simplicidade de hipótese e consequência (se/ então) “*não são apropriados para desvendar deslocamentos sublimantes no modo como o direito preenche sua função e seu sentido é experimentado*”¹¹²⁶. O sistema jurídico tem a necessidade de generalizar expectativas nas dimensões temporal (normatização), social

¹¹²² LUHMANN, 1985a, p. 162: “*Isso certamente não significa que as expectativas cognitivas tomem o lugar das normativas, suplantando-as, substituindo-as, dispensando-as. Sabemos [...] que uma fixação unilateral em um processamento cognitivo ou normativo de frustrações acarretaria riscos insustentavelmente elevados. Em nenhuma parte delinea-se uma desmontagem ou um recuo do direito ou um ‘definhar do Estado’*”.

¹¹²³ LUHMANN, 1985a, p. 168.

¹¹²⁴ LUHMANN, 1985a, p. 162-3.

¹¹²⁵ LUHMANN, 1985a, p. 163.

¹¹²⁶ LUHMANN, 1985a, p. 163-4.

(institucionalização) e material ou prática (identificação)¹¹²⁷. Mas a predominância de uma ou outra dimensão é variável historicamente. Nas sociedades segmentárias tradicionais (pense-se em tribos como um caso paradigmático) o grande problema é a institucionalização do direito, a “competência” de uma “autoridade” legitimada a tratar das transgressões; já na história europeia,

*[o] primeiro plano foi assumido pela segurança da possibilidade de manutenção de expectativas mesmo frente a frustrações e pela segurança de manter o consenso **nessa** questão. É tão-só essa segurança que permite projetar um futuro contingente, relativamente em aberto, e possibilita a organização da condução da vida como uma cadeia de estações seletivas. Daí vem nosso costume de pensar e definir o direito como tendo seu núcleo essencial na norma*¹¹²⁸.

A diversa temporalização e as assimetrias estruturais da sociedade mundial moderna em suas diversas diferenciações (predominantemente funcionais, mas também segmentárias, hierárquicas e centro-periféricas), com a expansão dos sistemas autoprodutores de expectativas predominantemente cognitivas, irritam o sistema jurídico a deslocamentos na forma de estruturação e de implementação de sua função. A “segurança jurídica”, ou seja, a estabilização normativa, a dimensão temporal cristalizada pelo direito em seu caráter orientador, permanece relevante; entretanto, a “funcionalização” do direito, a demanda pela pronta e eficiente mediação jurídica de soluções técnicas apresentadas como eficazes notadamente pela economia, dão ênfase especial à dimensão material do direito, ou seja, à contingência de seu conteúdo, ao caráter substancial das *regulações* (as expectativas cognitivas generalizadas com o apoio da normatização jurídica), com o ofuscamento da típica forma *regulamentar* (a direção política pela forma jurídica) em si¹¹²⁹.

¹¹²⁷ LUHMANN, 1983, p. 44-5, 109-10; 2004a, p. 148.

¹¹²⁸ LUHMANN, 1985a, p. (destaque no original).

¹¹²⁹ LUHMANN, 1985a, p. 164-5: “É de se supor que a segurança em termos temporais, que a estabilização normativa, contrafática das expectativas permaneça sendo uma necessidade da sociedade moderna. Não se deve contar com uma desmontagem da normatividade do direito. A questão no entanto é se a normatividade, apesar de toda relevância que lhe é concedida com referência ao comportamento, seria capaz de sustentar o contato com os desenvolvimentos estruturais da sociedade mundial. As dúvidas a esse respeito surgem quando se pensa na predominância das estruturas de expectativas cognitivas nas interações em escala mundial, quando se considera o ritmo crescentemente acelerado da mudança, e quando se avalia que a

*Com isso, a formulação material do conteúdo dos princípios jurídicos e a construção conceitual-dogmática de suas interdependências não seriam mais apenas um recurso para o reconhecimento do que vige enquanto norma jurídica. O direito assumiria a forma de modelos comportamentais normatizados, que, tendo em vista o solucionamento de problemas reconhecidos enquanto tais, seriam desenvolvidos, colocados em vigor, testados e, conforme as experiências, modificados. A normatividade manteria apenas a função de assegurar a constância das expectativas, enquanto e na medida em que isso parecesse sensato. A fundamentação moral e ideológica do direito seria substituída pela crítica funcional*¹¹³⁰.

Neste sentido, é relevante retomar a polêmica entre Luhmann e Habermas sobre o “mundo da vida” e o caráter sistêmico, ou não, do direito¹¹³¹. Na crítica de Habermas, por um lado,

*[a] própria reinterpretação das expectativas normativas de comportamento, que passam a ser expectativas cognitivas mantidas contrafactualmente, tal como se dá na teoria da aprendizagem, apaga a dimensão deontológica da validade normativa e, com isso, o sentido ilocucionário de mandamentos e normas de ação. [...] Tal interpretação empirista dos aspectos normativos do direito desliga o sistema jurídico de todas as relações **internas** com a moral e a política*¹¹³².

Por outro lado, “[n]ão se supõe mais que as normas e os atos jurídicos possam ser processos de entendimento motivados racional-

positividade do direito depende da colaboração de processos de assimilação. Poderia ser que a pressão desse paulatino deslocamento de realidades e possibilidades acabaria por deslocar também o ponto focal da experiência do direito à dimensão material”.

¹¹³⁰ LUHMANN, 1985a, p. 165.

¹¹³¹ Vide capítulo 1, item 1.3.

¹¹³² HABERMAS, 1997a, p. 74 (destaque no original). Ainda (HABERMAS, 1997a, p. 74, destaques no original): “A diferença entre ser e dever-ser, entre validade em termos de verdade e validade normativa, é reduzida a apenas **duas** possibilidades de reação: o aprender e o não aprender, que representam uma alternativa, porém, **somente** em relação a expectativas **cognitivas**. A partir daí, passam a ser ‘normativas’ as expectativas cognitivas que não estamos dispostos a rever em caso de decepção”. Vale lembrar a observação de LUHMANN (1983, p. 57) de que “[t]oda expectativa é fática, seja na sua satisfação ou no seu desapontamento o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. [...] O oposto adequado ao normativo não é o fático, mas sim o cognitivo”.

mente no interior de uma organização de membros de direito”¹¹³³. Assim, a negação luhmanniana do mundo da vida como um espaço de integração social e formação do consenso minaria as bases para a compreensão da normatividade do direito. Daí que não convença Habermas¹¹³⁴ a tentativa de Teubner de defender de que um mesmo evento comunicativo se produzia tanto no plano do sistema jurídico quanto no “*medium da ‘comunicação social geral’*”¹¹³⁵, compartilhado. Enquanto na teoria dos sistemas apenas em um mundo pré-moderno poderia a comunicação poder circular livremente através da moral universalizada¹¹³⁶, a solução habermasiana será vislumbrar o direito entre os sistemas funcionais (reproduzidos pelo poder e pelo dinheiro) e o mundo da vida (“reproduzido através do agir comunicativo”). Assim, “[*m*]ensagens normativas só conseguem circular em toda a amplidão da sociedade através da linguagem do direito; sem a tradução para o código do direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema, estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios [administração burocrática e mercado]”.

Habermas¹¹³⁷ elabora então um “conteúdo ideal dos pressupostos pragmáticos do agir comunicativo”, inseridos na “prática não formalizada do dia a dia” e “colidindo com os imperativos funcionais da economia de mercado e da administração burocratizada”. Atribui a Luhmann a culminação de uma tradição de “desencantamento sociológico do direito”, de raízes marxianas, para a qual o direito, já tornado periférico, precisa “*despir-se da aparência de normatividade, caso pretenda continuar preenchendo as suas funções no âmbito da complexidade social*”¹¹³⁸. Marx postulou a perda da função jurídica de integração social pela emergência da sociedade civil¹¹³⁹, na qual a integração se dá funcionalmente, ou seja, pelas relações materiais de produção e nos circuitos fechados de circulação de mercadorias¹¹⁴⁰. Com Luhmann:

¹¹³³ HABERMAS, 1997a, p. 75.

¹¹³⁴ 1997a, p. 77-82.

¹¹³⁵ HABERMAS, 1997a, p. 78.

¹¹³⁶ HABERMAS, 1997a, p. 82 (nota 22).

¹¹³⁷ 1997a, p. 65.

¹¹³⁸ HABERMAS, 1997a, p. 65-6.

¹¹³⁹ Sobre a análise marxiana da sociedade civil, vide item 2.6.1, neste capítulo.

¹¹⁴⁰ HABERMAS, 1997a, p. 69: “*Parece que a reprodução da vida social é por demais complexa, não se prestando a uma apreensão por parte das figuras normativas rígidas do direito racional: e se começa a pensar que os próprios mecanismos da integração social são de natureza não normativa. A anatomia da sociedade burguesa, vertida em conceitos de economia política, possui um efeito desmascarador: revela que o esqueleto que mantém coeso o organismo social não é mais o conjunto*

O funcionalismo do sistema pode superar o realismo do modelo marxiano através do conceito de uma sociedade descentrada, diferenciada funcionalmente e que se compõe de muitos sistemas que tendem a se separar; o observador sociológico descobre que tanto ele como sua ciência estão subsumidos nela, formando um sistema ao lado de outros sistemas. Nesta sociedade sem base e sem ponta, estilhaçada policentricamente, os muitos sistemas parciais recursivamente fechados e mantenedores de limites formam mundos circundantes uns para os outros; eles encontram-se situados, de certa forma, [no] nível horizontal e se estabilizam, na medida em que se observam uns aos outros e refletem sobre sua relação, sem possibilidades de intervenção direta¹¹⁴¹.

Uma grande diferença entre Marx e Luhmann seria que este considera a especificidade do fenômeno jurídico, não o concebendo como derivação direta da forma econômica (mercadoria).

Entretanto, numa sociedade descentrada em sua totalidade, ele consegue apenas uma posição periférica, formando um sistema ou um discurso em meio a uma variedade subordinada de sistemas e discursos. [...] Ele não pode assumir funções de orientação na sociedade como um todo. Quanto muito, o direito pode 'regular' a sociedade num sentido metafórico: na medida em que se modifica a si mesmo, ele se apresenta a outros sistemas como um mundo circundante modificado, em relação ao qual os outros podem 'reagir' do mesmo modo indireto¹¹⁴².

2.6.2.1 Regulação e governança

A elaboração do discurso da regulação (econômica), contraposta às “antigas” regulamentações jurídicas, foi comungada pela nova economia institucional, em suas vertentes mais ou menos associadas à economia neoclássica e ao neoliberalismo. Afastando-se de uma visão mítica da espontaneidade e racionalidade *per se* dos mercados¹¹⁴³ e afirmando a

das relações de direito, e sim, o das relações de produção. [...] O círculo recursivamente fechado entre produção e reprodução de valores de troca impõe-se ao direito e às suas realizações de integração social, reduzindo-o às dimensões de um epifenômeno. E com isso o mecanismo de mercado, descoberto e analisado pela economia política, passa a tomar as rédeas da teoria da sociedade”.

¹¹⁴¹ HABERMAS, 1997a, p. 70-1.

¹¹⁴² HABERMAS, 1997a, p. 71-3.

¹¹⁴³ LUHMANN, 2007b, p. 143 (destaques no original): “Parece que a racionalidade foi, não obstante a complexidade crescente da sociedade, a válvula de escape em

racionalidade limitada dos agentes econômicos, a nova economia institucional (neoinstitucionalismo) ergueu a premissa fundamental de política econômica a identificação da legitimidade e eficiência da intervenção estatal no caso de “falhas de mercado”, ou seja, a autorização da ação política quando identificados desvios do sistema econômico em relação ao modelo normativo da concorrência perfeita, quais sejam: concentração de “poder de mercado” (cartéis, monopólios, oligopólios), assimetria informacional e externalidades (vantagens ou desvantagens geradas para terceiros e não precificadas)¹¹⁴⁴. O Estado regulador é por excelência o autocontido agente corretor dessas falhas (no modelo neoclássico e neoliberal, tipicamente estadunidense e associado à “desregulação”) – autorizado a atuar quando as “falhas de governo” não excederem as de mercado – ou, mais amplamente, também um agente indutor do desenvolvimento por meio de políticas macroeconômicas keynesianas, inclusive de criação de mercados¹¹⁴⁵. Assim, a

*que se podiam colocar as esperanças de uma harmonia definitiva; e a economia tira todavia proveito disso quando legitima sua autodescrição pressupondo racionalidade em sua práxis de decisão. Mas também partindo daqui se aprecia que a perspectiva de racionalidade registra por sua vez a dissolução dessa ideia de harmonia final: primeiro, mediante a suposição de uma ‘invisible hand’ que garantia bons resultados, logo por meio da teoria da evolução, depois com a relativização das preferências subjetivas (que mesmo quando se considerem socialmente interdependentes não podem ser consideradas estáveis). Finalmente haveria de se duvidar se se sustenta a referência ao indivíduo do problema da racionalidade – seja no sentido da **rational choice**, seja no de entendimento comunicativo. No melhor caso isso também é tão só um elemento tradicional, porque se se espera racionalidade dos membros de uma organização ou de uma profissão, dificilmente se esperaria das pessoas em sua vida privada. A sociologia nesta pendente não pode oferecer sustentação – e muito menos mediante conceitos como os de ética, cultura ou instituição. A teoria dos sistemas vale-se pelo menos da relativização das referências sistêmicas ao colocar a pergunta de em que sistema se confere maior peso na questão da racionalidade. E então a resposta deveria ser inequívoca: às organizações e profissões – aludindo ao sistema social omniabarcador da sociedade e às formas nas quais a sociedade reespecifica aqueles critérios que chegaram a ser considerados gerais”.*

¹¹⁴⁴ Nítida é a implicação que Alexy, em sua **Teoria dos Direitos Fundamentais**, retira desses postulados político-econômicos. Assim (ALEXY, 2008, p. 499): “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. Destaca-se que a fundamentação de ALEXY (2008, esp. p. 512), que identifica os direitos sociais (prestacionais) à liberdade fática, enquanto pressuposto das liberdades fundamentais, estas sim garantidas pelo texto constitucional alemão, constitui argumento inadequado se transposto para outras realidades constitucionais (aquelas que prevejam direitos sociais prestacionais expressamente).

¹¹⁴⁵ CHANG, 1997, esp. p. 708-9, 717.

[r]egulação é usualmente definida como o governo (ou o Estado) diretamente prescrevendo ou proscrevendo o que agentes do setor privado podem e não podem fazer, de modo que as ações destes não contradigam o ‘interesse público’. Definida dessa forma, a regulação é distinguida da provisão governamental de bens públicos [...] e da provisão de bens e serviços ‘comerciais’ por meio de empresas estatais. É também distinguida das atividades que pretendem afetar os comportamentos dos agentes do setor privado indiretamente, modificando preços, como pela a administração de tributos e subsídios¹¹⁴⁶.

A garantia da propriedade privada consolidada (inclusive intelectual) e a proteção dos investimentos, além da segurança jurídica, são os veículos jurídicos do discurso econômico ordoliberal (ou liberal ortodoxo) quando este visualiza a importância do *rule of law* (ou do “império do direito”, ou das “instituições”) para o desenvolvimento¹¹⁴⁷. Por outro lado, a visão institucionalista desenvolvimentista enfoca arranjos jurídicos híbridos entre “Estado e mercado”¹¹⁴⁸.

Os discursos indissociáveis¹¹⁴⁹ da governança e da regulação emergem com o deslocamento da típica questão da legitimidade do poder estatal soberano, ou seja, das razões que sustentam a obediência à autoridade. Supiot¹¹⁵⁰ identifica a emergência coetânea das noções de governança e de regulação no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, por uma transposição da cibernética (e) da teoria geral dos sistemas à “gestão” social: o *kubernetes*, o piloto, vincula-se à função regulatória dos sistemas homeostáticos (mecânicos, biológicos e humanos), prevenindo a entropia – surge daí a (con) fusão das normas jurídicas com as “normas” científicas, a tecnicização e cognitivização do direito e do poder. Vale lembrar a enorme distância que a teoria luhmanniana toma dessa versão da teoria geral dos sistemas (em geral associada a von Bertalanffy), negando as transferências diretas de matéria e energia entre os sistemas abertos (*inputs* e *outputs*), sustentando o fechamento operacional dos sistemas e desenvolvendo a especificidade dos sistemas sociais (que se realizam por comunicação). De qualquer modo, a apropriação liberal da teoria geral dos sistemas sustentou a transição de um paradigma de dire-

¹¹⁴⁶ CHANG, 1997, p. 704.

¹¹⁴⁷ Cf. RODRIK; SUBRAMANIAN; TREBBI, 2002. Para uma visão crítica, cf. CHANG, 2006.

¹¹⁴⁸ CHANG, 1997, p. 720-5; HAQUE, 2007; TRUBEK, 2010; TRUBEK; COUTINHO; SHAPIRO, 2013.

¹¹⁴⁹ Cf. CHEVALLIER, 2003, p. 204.

¹¹⁵⁰ 2005, p. 227.

ção estatal (o Estado social) para o de Estado regulador, pretensamente despolitizado e tecnocrático, árbitro distante dos conflitos entre as “forças autônomas” ou “naturais” da “sociedade livre e aberta”. Assim, a distinção entre poder e autoridade retorna com o discurso e a prática da governança, isto é,

*com a atribuição a Autoridades independentes de um magistério tecnocientífico sobre o poder. A razão do poder não é mais buscada em uma instância soberana transcendente da sociedade, mas nas regras de funcionamento inerentes a esta. A questão do poder não se coloca mais então em termos de **governo** soberano, mas de **governança** eficaz*¹¹⁵¹.

Para Hannah Arendt¹¹⁵², a noção de autoridade teria se esvaído no mundo moderno, assim como dele se teria perdido a religião. “Visto que a autoridade sempre exige obediência, ela é comumente confundida como alguma forma de poder ou violência. Contudo, a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é usada, a autoridade em si mesmo fracassou”¹¹⁵³.

O desencantamento do mundo e a pressão racionalizadora da modernidade ligaram-se em Max Weber à teorização sobre a dominação legítima. Weber diferencia poder e dominação. Define poder como a probabilidade de um ator social impor sua vontade a outro, mesmo contra a resistência deste¹¹⁵⁴; chama

*‘dominação’ a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas. [...] Conforme ensina a experiência, nenhuma dominação contenta-se voluntariamente com motivos puramente materiais ou afetivos ou racionais referentes a valores, como possibilidades de sua persistência. Todas procuram despertar e cultivar a crença em sua ‘legitimidade’*¹¹⁵⁵.

Pode-se considerar que tal pretensão de legitimidade é – ao menos no tipo de dominação racional – a própria antítese da noção de autoridade, no sentido da sustentação do domínio sobre as próprias qualidades

¹¹⁵¹ SUPIOT, 2005, p. 226-7 (destaques no original).

¹¹⁵² 2009, p. 127, 131.

¹¹⁵³ ARENDT, 2009, p. 129.

¹¹⁵⁴ WEBER, 2009a, p. 33.

¹¹⁵⁵ WEBER, 2009a, p. 139.

naturais ou sociais do senhor (*dominus*) – mais que uma pretensão, uma evidência na qual se funda a *potestas*¹¹⁵⁶. A dominação, ao contrário, funda-se no reconhecimento das ordens como um dever, por parte dos destinatários. Daí os “três tipos *puros de dominação legítima*”¹¹⁵⁷:

1. de caráter **racional**: baseada na crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (*dominação legal*), ou [...] 2. de caráter **tradicional**: baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (*dominação tradicional*), ou, por fim, [...] 3. de caráter **carismático**: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (*dominação carismática*).

Se associarmos os tipos de ação social aos tipos de dominação (a dominação racional-legal, à conduta racional com relação a fins; a dominação carismática, à conduta afetiva; a dominação tradicional, à conduta tradicional), podemos ainda vislumbrar um quarto tipo de dominação legítima¹¹⁵⁸, vinculado à ação racional com relação a valores, fundada na “*crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e inerente a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado*”¹¹⁵⁹.

A concepção weberiana de legitimação a colocava no plano de uma crença racional, mas “[a] discussão sobre a relação de verdade na crença na legitimidade foi detonada pela concepção de crença na legalidade segundo Max Weber”¹¹⁶⁰. No juízo de Habermas, houve de um lado autores (como Johannes Winckelmann) que buscaram condicionar a legitimidade à substancialidade axiológica que ela consagrasse. Nesse sentido: “A legalidade pode criar legitimação quando, e apenas quando, os fundamentos possam ser apresentados para mostrar que certos procedimentos formais obedeceram as pretensões materiais e empíricas sob certas condições institucionais limítrofes”¹¹⁶¹. De outro lado, Habermas imputa a Luhmann a redução da legitimidade à legalidade, na esteira do

¹¹⁵⁶ Cf. WEBER, 2009a, p. 140; 2009b, p. 189, 334-5.

¹¹⁵⁷ WEBER, 2009a, p. 141 (destaques no original).

¹¹⁵⁸ Cf. ARON, 2008, p. 813-23.

¹¹⁵⁹ WEBER, 2009a, p. 15 (destaque no original).

¹¹⁶⁰ HABERMAS, 1994, p. 129.

¹¹⁶¹ HABERMAS, 1994, p. 127.

decisionismo de Carl Schmitt¹¹⁶². Nesse caso, a autoridade racional é reconhecida se se crê no processo de formação das leis. A terceira via, buscada por Habermas, aponta como solução que “[b]asta recorrer às normas fundamentais do discurso racional, que pressupomos em qualquer discurso (incluindo os discursos práticos)”¹¹⁶³.

A noção de governança por vezes é apresentada por instituições econômicas e financeiras mundiais e seus porta-vozes como projeto de racionalização burocrática (explicitamente referenciada em Weber) dos governos nacionais, apta a aumentar a “qualidade” destes¹¹⁶⁴. Decerto, tal noção prescreve ou descreve uma reorientação da autoridade e da legitimidade. A contestação dos poderes soberanos, que remonta à estrapolação das duas guerras mundiais no Norte, ultrapassou a contestação da autoridade estatal e se espalhou por âmbitos como a família (sob o pátrio poder) e a empresa (sob a supervisão gerencial)¹¹⁶⁵. Um primeiro movimento, de “*recuo do poder discricionário em proveito do poder funcional*”, expressou-se na complexificação estrutural e especialização dos processos decisórios, com a definição de controles *a priori* (como obrigações de motivação e transparência das decisões) e *a posteriori* (a revisão ou auditoria das decisões estatais ou privadas por juízes e “especialistas independentes”); o próprio administrador empresarial deixou de ser o (talvez mítico) proprietário que supervisionava diretamente a produção e viu-se dependente de determinações do acionista controlador e de órgãos fiscais e administrativos, bem como de “controles sociais” sindicais e judiciais; assim também, a “livre concorrência” se viu regulada por “agências” ou “autoridades independentes”¹¹⁶⁶. Paradoxalmente, outro movimento foi o de “*recuo da centralização do poder em proveito de uma distribuição dos poderes*”, com a relativização da hierarquia e a conjugação de princípios de igualdade e subsidiariedade, seja na família (com a igualdade dos cônjuges), seja nos Estados (com a regionalização e federalização de competências), seja nas organizações empresariais – com a desintegração vertical (em sentido amplo, “terceirização”), o enxugamento administrativo (*downsizing*), a reticularização, a gestão participativa e o trabalho em equipes semiautônomas, em detrimento do taylorismo-fordismo¹¹⁶⁷.

¹¹⁶² HABERMAS, 1994, p. 125-6.

¹¹⁶³ HABERMAS, 1994, p. 128.

¹¹⁶⁴ FUKUYAMA, 2013.

¹¹⁶⁵ SUPIOT, 2005, p. 228-9.

¹¹⁶⁶ SUPIOT, 2005, p. 229-30 (destaques no original).

¹¹⁶⁷ SUPIOT, 2005, p. 229-30 (destaques no original).

À desregulamentação jurídica corresponde uma intensificação da pretensão universalista de uma normatização técnica constituída em padrões globais de harmonização comercial, normas técnicas de qualidade (inclusive ambiental) e procedimentos privados de certificação por organizações transnacionais – antes que uma retomada do liberalismo clássico do mítico pequeno produtor realizador de suas potencialidades empreendedoras, essa nova combinação de autonomia e heteronomia é uma colocação em questão tanto da mão invisível do mercado (que precisa combinar a regulação estatal com a autorregulação) quanto do Estado como potência pública (*puissance publique*) atributiva de cidadania política e “social” (direitos trabalhistas individuais e coletivos, serviços públicos, seguridade social)¹¹⁶⁸. “*Nessa perspectiva neoliberal, o Direito da concorrência ocupa o lugar de um Direito constitucional na escala planetária, e as instituições internacionais do comércio disputam com os Estados o papel de Terceiros garantidores das trocas*”¹¹⁶⁹. Ao Estado é alocado o papel de contrabalançar as falhas de mercado e as disfunções da economia global, por medidas dirigidas e conjunturais, gerenciando ilegalidades funcionais (como o mercado de trabalho “informal”/ilegal), cumprindo programas de “ajuste estrutural” e sendo uma das partes do “diálogo social” *neocorporativista* produzido pelas relações de força constituídas pela concorrência entre interesses particulares¹¹⁷⁰.

As contraposições entre Estado e nação, Estado e sociedade civil ou Estado e mercado, que emergiram desde a laicização do Estado, são agora confrontadas com a velha distinção romana entre *potestas* e *auctoritas*: de um lado, a faculdade de agir, o Estado como “operador” ou agente “econômico e social”; de outro, a capacidade de influência sobre a ação de outras pessoas, o Estado regulador, a Comissão Europeia, a OMC, as comissões de ética e as autoridades “independentes” (na medida em que lhes permitam as nomeações políticas e os *lobbies* privados)¹¹⁷¹. A desestatização e deslegalização do direito abre espaço ao desvio das maiorias representativas e rituais democráticos e libera ou induz, com normas legais “incitativas”, “dispositivas” e “subsidiárias”, “*soft laws*”, o “espontâneo” jogo das forças sociais, com seus próprios rituais de negociações coletivas, certificações técnicas de entidades como a ISO (*International Organization for Standardization*), diretrizes (*guidelines*), critérios de melhores práticas (*benchmarking*) e soluções de compromisso por

¹¹⁶⁸ SUPIOT, 2005, p. 230-4.

¹¹⁶⁹ SUPIOT, 2005, p. 235 (destaque no original).

¹¹⁷⁰ SUPIOT, 2005, p. 235.

¹¹⁷¹ SUPIOT, 2005, p. 236-40.

formas privadas isomórficas a contratos, que substituem um abrangente “contrato social” público ou privado¹¹⁷².

O que estamos descrevendo como cognitivização do direito assume claramente, então, uma despolitização do direito – com o que se passa a prescindir da legitimidade (fórmula de contingência da *política*) – à mesma medida em que se desenvolve sua economicização, não só pela vinculação ou submissão de justiça a eficiência, mas também pela constante renovação do direito que isso implica: não basta definir normas e implementá-las, tem-se que processar rapidamente a revisão dessas normas tendo em vista as assimetrias entre resultados programados e resultados atingidos. A separação dos *Poderes* e o processo legislativo então são substituídos pelo oxímoro da “legitimação pela eficácia” de órgãos técnicos “independentes”. Nesse contexto, podem até surgir constituições sem Estado e sem democracia, direito sem qualquer base política, constituições corporativas. Assim, a governança é uma nova versão da tecnocracia, da “política científica” descrita por Habermas em 1963¹¹⁷³.

Poliglota e paradoxal, o discurso da governança é englobado, reconstruído e utilizado estrategicamente por vários sistemas sociais, para sua expansão ou contenção. Empodera a lógica econômica e o simbolismo científico da neutralidade (o ideal das teorias econômicas neoclássicas e marginalistas) ao mesmo tempo em que se constrói como ideologia. Assimetriza sistemas e diferenças (por exemplo, fortalecendo a administração pública e o Judiciário, independentes, sobre o legislativo e mesmo o governo – a dimensão política do Executivo) e tende a promover mais a corrupção (dis)funcional e a sobreposição de códigos (ter sobre poder, poder sobre direito, ter sobre direito) que o acoplamento estrutural (ortogonal ou horizontal) intersistêmico. Ao mesmo tempo reforça a cooperação e o consórcio entre público e privado, mas não deixa de reforçar padrões de diferenciação, como as distinções entre administração burocrática e governo político, Estado e mercado.

A dupla circulação do discurso da governança, como aparato teórico e como ideologia¹¹⁷⁴, sugere uma avaliação ponderada do tema, entre a crítica e a constatação de reais propostas e práticas de transformação institucional. De fato, como ideologia, as comunicações redundam em discursos um tanto quanto aerados, fluídos, voláteis; sua circulação pelo meio da moral os torna metanarrativas de fácil difusão, visões de mundo compartilhadas como valorações de valores – pense-se na cons-

¹¹⁷² SUPIOT, 2005, p. 240-54, 267-73.

¹¹⁷³ HABERMAS, 1994, p. 107-28, esp. p. 114.

¹¹⁷⁴ CHEVALLIER, 2003, p. 204.

trução de *ideologias sistêmicas* econômicas que se reforçam na semântica contemporânea e reiteram a expansão da economia; nesse sentido, as ideologias de uma sociedade fragmentada vão para além mesmo da noção política de ideologia, mas não deixam de ser uma forma de política por outras vias, com o reforço da ciência¹¹⁷⁵. Nesse sentido, para Supiot¹¹⁷⁶, a “*ideologia da governança [...] revive assim paradoxalmente a utopia totalitária de um mundo purgado de conflitos sociais*”. Chevallier¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁵ LUHMANN (1985, p. 14; 2007b, p. 290) concebe a ideologia como uma valoração de valores, coordenados em um discurso mais ou menos coerente. O sentido corrente de ideologia (originário da tradição marxista e gramsciana) é referido ao sistema político (a como a política reconstrói a si e à sociedade) ou mesmo à sociedade. Quando se faz referência a “ideologias sistêmicas”, está-se adotando um uso análogo a este, a designar a representação (reconstrução), por cada sistema funcional (e.g., a economia, o direito), principalmente em acoplamento com a ciência (e.g., gerando a ciência econômica), da própria identidade sistêmica (auto-observação) e da sociedade (hetero-observação). A noção de ideologia – para LUHMANN (2007b, p. 290) referente a um discurso de conjunção de valores –, se transposta em seus termos totalizantes (da sociedade) para o plano de cada sistema funcional da sociedade – portanto, para todos – resulta em uma descrição muito próxima à luhmanniana: cada sistema, guiado por sua própria ideologia, produz invisibilizações; o ponto cego de cada sistema não pode ser totalmente visualizado, mas seu esclarecimento, no limite, leva a contradições ou paradoxos; em seu operar, cada sistema não distingue observações e descrições (uma espécie de observação). Para CHAUI (2006a, p. 15-6, destaque no original): “*A ideologia, forma específica do imaginário social moderno, é a maneira necessária pela qual os agentes sociais representam para si mesmos o aparecer social, econômico e político, de tal sorte que essa aparência (que não devemos simplesmente tomar como sinônimo de ilusão ou falsidade), por ser o modo imediato e abstrato de manifestação do processo histórico, é o ocultamento ou a dissimulação do real. Fundamentalmente, a ideologia é um corpo sistemático de representações e de normas que nos ‘ensinam’ a conhecer e a agir. A sistematicidade e a coerência ideológicas nascem de uma determinação muito precisa: o discurso ideológico é aquele que pretende coincidir com as coisas, anular a diferença entre o pensar, o dizer e o ser e, destarte, engendrar uma lógica da identificação de todos os sujeitos sociais com uma imagem particular universalizada, isto é, a imagem da classe dominante. Universalizando o particular pelo apagamento das diferenças e contradições, a ideologia ganha coerência e força porque é um discurso lacunar que não pode ser preenchido. Em outras palavras, a coerência ideológica não é obtida malgrado as lacunas, mas, pelo contrário, graças a elas. Porque jamais poderá dizer tudo até o fim, a ideologia é aquele discurso no qual os termos ausentes garantem a suposta veracidade daquilo que está explicitamente afirmado*”. Para LUHMANN (2007b, p. 855), de fato, “*as ideologias são textos que contêm algo que eles não contêm, quer dizer, informação sobre o autor e o usuário e que na interpretação habitual significa informação sobre os interesses destes. Trata-se – para usar outras formulações – do ponto cego, do problema da latência*”.

¹¹⁷⁶ 2005, p. 273.

¹¹⁷⁷ 2003, p. 206.

vislumbra a face ideológica da governança como uma revivescência da velha ideologia liberal do Estado Policial – um Estado só chamado a atuar na necessidade da repressão e manutenção da ordem e segurança –, inscrevendo-se no pano de fundo do discurso político e ocultando “*a persistência das relações de força, das lutas de poder*”:

a imagem de um mundo apaziguado, reconciliado, pela reabsorção dos conflitos e erradicação dos antagonismos irreductíveis; o apagamento do poder, as escolhas coletivas que deixam de ser questões políticas para ser apenas técnicas; a banalização do Estado, não mais que um ator entre outros; a crença na possibilidade de uma autorregulação dos grupos sociais; a possibilidade de um acordo coletivo sobre certas regras do jogo etc.

A inserção da ciência no âmbito cultural (*i.e.*, no horizonte de sentidos emergente de dada estrutura social) é relevante na medida em que em suas operações se apreende também a diversidade cultural no plano da construção dos discursos científicos referidos a cada sistema funcional (educação, direito, economia etc.) e à sociedade mesma (sociologia)¹¹⁷⁸. Por um lado, entende-se que, pela especialização, embora cada sistema funcional pretenda expandir-se¹¹⁷⁹, ele apenas é viável na medida em que coopera com os demais. A incompletude de cada sistema e sua decorrente pretensão expansiva fundam-se sobretudo na criação de *ideologias sistêmicas*, que são metadiscursos incompletos formados principalmente a pelos próprios sistemas (reflexivamente) e pelo sistema científico em acoplamento com outro sistema funcional, o que cria a “ciência econômica” e outras ciências sociais. A ciência retorna sobre a prática do respectivo sistema, *i.e.*, a comunicação “científica” integra-se na própria autopoiese daquele sistema acoplado, pois não é mais que uma operação (observação) deste sistema – no caso, uma autodescrição¹¹⁸⁰. Portanto, a ciência contribui para a expansividade não só de si mesma mas também dos sistemas com os quais se acopla, potencializando a politização, a juridificação, a economicização: “*Especialistas das respectivas áreas aplicam a lógica do respectivo campo e, fazendo isso, aumentam as con-*

¹¹⁷⁸ É pertinente a reflexão de CHAU: 2006b, p. 9: “*Sob o primeiro aspecto – saber de especialistas –, a cultura é algo que alguns fazem e possuem enquanto os demais a recebem passivamente. Com essa perspectiva, simplesmente aderimos à forma atual da ideologia, a ideologia da competência, que divide a sociedade entre aqueles que sabem, e por isso mandam, e aqueles que não sabem, e por isso obedecem*”.

¹¹⁷⁹ Por todos, cf. GRABER; TEUBNER, 1998, p. 65.

¹¹⁸⁰ Cf. LUHMANN, 2007b, p. 687-708.

tradições na sociedade global, de um modo específico, funcionalmente fragmentado”¹¹⁸¹.

A hegemonia da economia, enquanto ciência e ideologia emergentes de dada estrutura sistêmica funcional mas marcadas sob o pano de fundo comum das semânticas sociais, é sentida no próprio discurso sociológico ou, mais amplamente, das ciências sociais: do foco de Marx¹¹⁸² nas relações de produção da vida material e espiritual, analisadas sob a ótica da economia política, à identificação, por Weber¹¹⁸³, de “afinidades eletivas”¹¹⁸⁴ (uma recusa ao causalismo) entre o “espírito” do capitalismo e a ética protestante; da “solidez” econômica das análises sociológicas clássicas à fluidez “pós-moderna” da sociologia da reflexividade cultural¹¹⁸⁵. A teoria luhmanniana, ao negar a centralidade estrutural ou semântica de qualquer sistema, bem como esvaecer uma contraposição mecânica entre estrutura e semântica (que se correlacionam em qualquer sistema funcional, inclusive mas não só o econômico, e na própria sociedade), permite a crítica das hegemonias ou, em seus termos, corrupções, desdiferenciações ou indiferenciações (*Entdifferenzierung*)¹¹⁸⁶. Nesse sentido é que a governança não deixa de ser um sintoma do expansionismo econômico, embora gere (auto)construções jurídicas e políticas – ou, para os economistas, “institucionais”.

¹¹⁸¹ TEUBNER; FISCHER-LESCANO, 2008, p. 37.

¹¹⁸² 1999, p. 51.

¹¹⁸³ 2003.

¹¹⁸⁴ LÖWY (2004, p. 94) afirma que o termo “afinidades eletivas” tem como primeiro registro (*attractionis electivae*) um tratado de química publicado em Uppsala, Suécia, em 1775. Weber construiu seu conceito sobre a metáfora apresentada por Goethe em seu romance assim intitulado (*Wahlverwandtschaften*), de 1809. Segundo LÖWY (2004, p. 94): “O termo torna-se aqui uma metáfora para designar o movimento passional pelo qual um homem e uma mulher são atraídos um pelo outro – apesar da separação em relação a seus parceiros anteriores – a partir de uma afinidade íntima entre suas almas”. LÖWY (2004, p. 95) nota que o conceito de “afinidades eletivas” não teve boa recepção no contexto anglossaxão; Parsons, ao traduzir *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo* (WEBER, 2003), simplesmente o substituiu por “certain correlations” ou “those relationships”: “enquanto que o conceito Weberiano reenvia a uma relação interna rica e significativa entre duas configurações, a ‘tradução’ de Parsons o substitui por uma banal correlação exterior e vazia de sentido”. Os prefaciadores das sucessivas edições em inglês da tradução de Parsons citam apenas “a suposta falta de ‘afinidade’ [‘affinity’] entre Catolicismo e atividade empresarial regular [...]” (GIDDENS, 2001, p. xxiii) ou o fato de que “[é] essa segunda fase do Calvinismo, individualista, em vez dos rigores impiedosos do Calvinismo em si mesmo, que pode plausivelmente ser sustentada como tendo afinidades [affinities] com o estado que Weber chamou ‘o espírito do Capitalismo’”. (TAWNEY, 2003, p. 10)

¹¹⁸⁵ FRIESE; WAGNER, 1999.

¹¹⁸⁶ Cf. LUHMANN, 2007b, p. 262, 316, 481, 488, 568, 639, 861, 907.

Expressando a complexificação de problemas, novas formas de cooperação entre diversos agentes e métodos diferentes de tomada de decisão, a noção de governança, vivificada ao mesmo tempo como paradigma científico e argumento de autoridade em um referencial político reformador, teve diversas elaborações¹¹⁸⁷: o neoinstitucionalismo da Escola de Chicago a tomou como mecanismo de coordenação das atividades econômicas, alternativo simplesmente às trocas no mercado ou à hierarquia organizacional; na ciência política, descreveu o advento do “Estado vazio” (*Hollow State*) diante da necessidade de composição com setores crescentemente fortes da sociedade civil e do mercado; a “governança urbana” expressou a complexidade da cidade e a aproximação dos diversos agentes em sua gestão; nas relações internacionais, a “governança internacional” foi a síntese da fragmentação e heterogeneidade da “sociedade internacional”, assim como a “governança global” (matéria de uma comissão especial da ONU criada em 1995) foi o mote de discussões sobre novas formas de regulação e integração desta sociedade, não mais só de Estados mas também de pessoas, ONGs, corporações etc. (os novos “atores” da “comunidade internacional” e/ ou sujeitos de direito internacional); a “governança multinível” (*layered, multi-layered, multi-level*) foi utilizada para descrever o jogo de poder de instituições e organismos internacionais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Tratado Norte-Americano de Livre-Comércio (NAFTA), a União Europeia (UE) e a Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN)¹¹⁸⁸, as práticas de “boa governança” foram imposições recomendatórias das instituições financeiras internacionais, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, visando à “reforma institucional”, ao saneamento da gestão pública dos “países em desenvolvimento” e à criação de contextos favoráveis ao investimento e à iniciativa privada (*market friendly*); finalmente, a “governança corporativa” se imprimiu como discurso renovador das práticas de gestão e da estruturação dos poderes nas organizações empresariais, focando a geração de valor para os acionistas, disseminando autorregulações setoriais ou organizacionais e práticas de estruturação de códigos e comitês de ética, implementação, *enforcement* e exigência de obediência a normas e regulamentações internas (*compliance*), elaboração de códigos de conduta, iniciativas de responsabilidade social corporativa, projetos de sustentabilidade socioambiental, relatórios financeiros, relatórios de sustentabilidade e balanços sociais, prestação de contas visando à “ampla transparência” (*full disclosure*) e

¹¹⁸⁷ CHEVALLIER, 2003, p. 205-6.

¹¹⁸⁸ Especificamente esses exemplos são os de JÄGERS, 2002, p. 4.

responsabilização (*accountability*), com uma “abertura” das corporações às “partes interessadas” (*stakeholders*), como o Estado, os investidores, as organizações do mercado financeiro (como bolsas de valores e câmaras de comércio), os sindicatos, as comunidades locais, os empregados, os concorrentes, os parceiros do negócio, ONGs etc. Nesse sentido é que corpos regulatórios e órgãos consultivos desenvolveram normas de *accountability* e *disclosure*, por exemplo para a operação em bolsas de valores e a constituição de fundos de investimento¹¹⁸⁹.

As transformações do direito internacional – do projeto de política do federalismo global à técnica da governança ou “gestão” por regimes jurídicos – é um dos exemplos da cognitivização do direito. A “gestão” toma o espaço da linguagem de direitos e obrigações, instituindo um “gerencialismo” ou “administrativismo” (*managerialism*, nos termos de Koskenniemi¹¹⁹⁰) em que se fixa uma “programação finalística” do direito, concitando as partes do compromisso a tomarem as medidas adequadas, necessárias e proporcionais para concretizá-lo – o (não) resultado é um “*infundável processo de sopesamento, ajuste e gestão*”¹¹⁹¹ em busca do ótimo de Pareto. Mesmo quando a “regulação” se dá na forma de *hard law*, de um tratado multilateral, a gestão dos compromissos fica a cargo de especialistas que atuam *ad hoc*¹¹⁹². Os *experts* do direito internacional trabalham

*para instituições privadas ou público-privadas, administrações nacionais, grupos de interesse ou corpos técnicos, desenvolvendo melhores práticas e soluções padronizadas [standardised] – ‘modelização’, ‘contratualização’ e reconhecimento mútuo – como parte da gestão de regimes particulares. Os vocabulários de coerção são cognitivos em vez de normativos. Emergem de fatos e cálculos econômicos, militares ou tecnológicos – remodelando problemas políticos como problemas de conhecimento especializado. A regulação resultante pode também ser mais direcionada a habilitar o poder privado do que a limitá-lo*¹¹⁹³.

A fragmentação do direito internacional em diversos regimes com racionalidades colidentes reforça o problema, pois o cenário de indeterminação em que se dá a decisão política legítima pretensamente teria

¹¹⁸⁹ ČERNIČ, 2010: 85.

¹¹⁹⁰ 2012b, p. 305 (nota 1); 2011b, p. 342.

¹¹⁹¹ KOSKENNIEMI, 2011b, p. 343.

¹¹⁹² KOSKENNIEMI, 2011b, p. 339.

¹¹⁹³ KOSKENNIEMI, 2011b, p. 338-9.

sido substituído por decisões técnicas não discricionárias – mas, quando cada regime pretende impor sua semântica (daí serem “*regimes hegemônicos*”¹¹⁹⁴), abre-se novamente o espaço de indeterminação em que juízes ou técnicos terão que agir “*politicamente*”¹¹⁹⁵.

Há ainda autores que adotam uma perspectiva “transnacional” do conceito de *governança*¹¹⁹⁶, o qual daria conta de apresentar a fluidez das formas de comunicação implementadas nessas formas de juridicidade transnacional, as quais repousam, de um lado, no que se poderia classificar como um acoplamento estrutural entre direito e outro sistema funcional – havendo, portanto, uma potencialização da irritação entre as comunicações jurídicas e as econômicas, por exemplo, quando não uma sobre-determinação dessas outras formas de comunicação sobre as jurídicas (casos de corrupção sistêmica, talvez). Na outra face da moeda, essa irritação parece se desdobrar em uma tensão entre abertura e fechamento dos sistemas em acoplamento, tensão esta nem sempre resolvida de forma ortogonal ou horizontal (como fechamento operacional e abertura cognitiva), mas tendencialmente produzindo uma proemiência do sistema funcional ao qual o direito se acopla sobre o próprio sistema jurídico – as comunicações dessas ordens podem ser mais econômicas, esportivas, midiáticas do que propriamente jurídicas. Essa conturbada relação se revela nas descrições que Teubner, ilustrativamente, produz sobre o direito transnacional como um direito ancorado na sociedade civil, mas simultaneamente fechado em discursos técnicos altamente especializados¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁴ KOSKENNIEMI, 2012b.

¹¹⁹⁵ KOSKENNIEMI, 2011b, p. 340.

¹¹⁹⁶ SAND, 2004, p. 26 (destaques no original): “*Aqui, julga-se que o conceito [de governança] nasceu no contexto do trabalho do Banco Mundial no terceiro mundo com o escopo de designar o desenvolvimento como um conceito mais amplo e também enfatizar o papel do setor privado. Schmitter define o conceito como tipicamente designando organizações sem fins lucrativos, semi-públicas, semi-voluntárias. Comparada a outras contribuições, essa parece ser muito estreita. Outros usam uma definição mais ampla, que também inclui autoridades públicas e corporações privadas. [...] A ênfase é em coordenação, colaboração e redes entre vários atores, tanto públicos quanto privados, e não em decisões de um único ator. O argumento é que a tomada de decisão política e jurídica deve ser vista no contexto da complexidade de suas tarefas, condições e pretextos, assim como seus fatores complicadores de implementação. Todas as políticas [policies] têm que lidar com a coordenação de fatores econômicos, científicos, tecnológicos, sociais e administrativos. Os atores envolvidos incluem especialistas [experts], profissionais, autoridades públicas, ONGs e corporações, etc. A ênfase é em ver a tomada de decisão como parte de um processo mais amplo e variado*”.

¹¹⁹⁷ TEUBNER, 2003, p. 11: “*A relativa distância à política internacional e ao direito internacional não preservará o ‘direito mundial sem Estado’ de uma repolitização.*”

Este direito para além do Estado, portanto, envolve tanto agentes privados, como as corporações transnacionais e seu entorno sistêmico-funcional, quanto atores quase-públicos, como as organizações não governamentais; como uma ordem jurídica distinta a emergir ao lado (ou acima!) daquelas lideradas pelos Estados (e também das ordens “culturais”/locais), o(s) direito(s) transnacional(is) envolve(m)-se em conflitos múltiplos, notadamente ao tratar de “temas constitucionais”, como os direitos humanos fundamentais e a organização e divisão de poderes¹¹⁹⁸. Para Joerges¹¹⁹⁹, ainda, “*um afrouxamento dos laços entre direito e poderes de enforcement foi inerente na virada para a governança, o que, novamente, é um fenômeno com que todos os níveis de governança aprenderam a viver*”.

O exemplo da União Europeia é ilustrativo e merece menção. Similarmente ao colocado em relação às ordens transnacionais (privadas), mas com diferentes matizes, a questão democrática, da legitimidade, destaca-se também no plano do direito supranacional europeu. Embora se trate de uma ordem liderada por Estados, também aqui há óbices à representatividade da esfera pública. Tal cenário se expressa enfaticamente na contraposição entre as atividades do Parlamento Europeu, cujos representantes dos Estados-membros europeus são eleitos por sufrágio universal, pelos respectivos cidadãos, e a atuação da Comissão Europeia, que equi-

Muito pelo contrário: justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas como atos jurídicos globais solapa o caráter apolítico do direito global e fornece dessarte o fundamento da sua repolitização. Ela, porém, ocorrerá previsivelmente sob novas formas, pouco conhecidas até agora. Suspeito que o direito mundial não será repolitizado por instituições políticas tradicionais, e.g. de natureza por assim dizer parlamentar, mas justamente pela via daqueles processos nos quais o direito mundial se ‘acopla estruturalmente’ a discursos altamente especializados, isolados”.

¹¹⁹⁸ NEVES, 2009b, p. 188: “Essas ordens, que não se restringem à dimensão econômica (embora essa se apresente como a dimensão mais relevante do transnacionalismo jurídico), não permanecem isoladas, entrando em relação de colisão ou de cooperação com outras ordens jurídicas, inclusive com a ordem jurídica estatal. Nesse contexto, também surge o problema do transconstitucionalismo, quando questões constitucionais, a saber, casos concernentes a direitos fundamentais ou à organização básica do poder, levam ao entrelaçamento das ordens e dos respectivos tribunais supremos. Embora as ordens jurídicas transnacionais tenham dificuldade de construir-se autonomamente perante os sistemas funcionais globais e as organizações com as quais estão estruturalmente vinculadas (economia, esporte, internet, organizações não governamentais etc.), elas afirmam, exatamente com base na força dos respectivos sistemas funcionais e organizações, uma pretensão de autonomia perante o direito estatal, do que resultam problemas de entrelaçamentos, no plano reflexivo de autofundamentação, entre elas e as ordens estatais”.

¹¹⁹⁹ 2004, p. 340 [destaque acrescentado].

vale a um governo (Poder Executivo) na esfera supranacional e cuja atividade administrativa se desenvolve por meio de estruturas burocráticas altamente especializadas, os “comitês de comitologia”¹²⁰⁰. Os comitês de comitologia realizam um “trabalho coordenativo, mas não juridicamente vinculante”¹²⁰¹. Essa dualidade entre o “Legislativo” e o “Executivo” europeus por vezes assume a forma da dicotomia entre democracia e tecnocracia, trazendo, pois, contestações à legitimidade da organização e atuação da União Europeia. Assim, se há autores¹²⁰² para os quais a legitimação democrática é possível na medida da eficiência das decisões tomadas em órgãos técnicos e da devida justificação racional da deliberação perante a esfera pública (ainda que sem uma maior participação dessa esfera)¹²⁰³, outros postulam que “[o]utras fontes de legitimidade apenas

¹²⁰⁰ Comissão Europeia, 2012: “O termo ‘comitologia’ designa a forma como a Comissão exerce as competências de execução que lhe são atribuídas pelo legislador da UE, com a ajuda de comitês de representantes dos países da UE. [...] Estes ‘comitês de comitologia’ discutem os projectos de actos de execução que lhes são apresentados pelos serviços da Comissão. [...] Os ‘comitês de comitologia’ apoiam a Comissão no exercício das suas competências de execução, emitindo pareceres sobre os projectos de actos de execução antes de estes serem adoptados. [...] Os comitês são compostos por representantes de todos os Estados-Membros da UE e presididos por um funcionário da Comissão. [...] Os comitês de comitologia são criados pelo legislador da UE, com base em regulamentos, directivas ou decisões (‘actos jurídicos de base’), para apoiar a Comissão no exercício das suas competências de execução. [...] O ‘acto jurídico de base’ define o conteúdo e o âmbito das competências de execução e estabelece o tipo de procedimento de comitologia a aplicar consoante os casos. [...] Cada comité estabelece o seu próprio regulamento interno, com base no regulamento interno harmonizado adoptado pela Comissão”.

¹²⁰¹ SAND, 2004, p. 47-8: “Relações transnacionais e infranacionais são ajustadas em tipos de cooperação delegada e descentralizada entre atores privados assim como entre Estado e atores não estatais, mas apenas quando o primeiro não está usando seu poder soberano supremo. O nível transnacional foi usado na CE/UE para designar o trabalho coordenativo, mas não juridicamente vinculante, dos comitês de comitologia. O trabalho das organizações de normatização [standardisation] pode ser outro exemplo disso. A governança transnacional pode também se aplicar à formação de redes entre cientistas, profissionais, corporações e organizações não governamentais. [...] A ‘governança transnacional’ suplementa, mais que substitui, os conceitos de governo, Estados-nação, sua soberania e suas instituições”. Acrescenta a autora (SAND, 2004, p. 54): “A coordenação e a tomada de decisão dos comitês trabalhando sob a Comissão Europeia, particularmente nos estágios de implementação, também foram rotulados de direito transnacional ou direito deliberativo supranacional. O trabalho dos vários comitês no sistema da UE pode ter várias funções transnacionais de intercâmbio e comparação de informação e experiência, ajustamentos mútuos e decisões sobre a coordenação da implementação do direito da UE”.

¹²⁰² STEFFEK, 2004.

¹²⁰³ STEFFEK, 2004, p. 81-2: “Consequentemente, a noção de legitimidade supranacional aqui esposada é não é baseada na ‘performance institucional’ como nas abor-

*podem ser complementares. Elas devem ser integradas em um invólucro político democrático maior, mais amplo*¹²⁰⁴.

O conflito institucional interno às estruturas da União Europeia pode ser assim resumido:

*A colisão entre duas formas de representação e conseqüentemente de legitimação constitui o conflito central: trata-se de uma disputa sobre representação legitimada direta ou indiretamente. As questões, contudo, são complexas. Os representantes diretamente eleitos no Parlamento Europeu lutam contra a ignorância dos cidadãos sobre seu trabalho, bem como contra a imagem de emergirem de ‘eleições de segunda ordem’, demonstrada pelo reduzido interesse dos partidos nacionais e da mídia nas campanhas eleitorais europeias e pelo ainda menor comparecimento. De outro lado, os membros do governo indiretamente eleitos, velando seu papel no plano europeu, desfrutam de considerável ‘consenso permissivo’ com relação à política cotidiana. Executivos nacionais venderam com sucesso a ideia de ‘Bruxelas’ [capital da UE] como uma fonte autônoma de poder identificada com a Comissão e, embora em menor grau, com o Tribunal de Justiça de União Europeia interferindo nas ordens nacionais, embora eles tendam a se apresentar às suas audiências domésticas como ‘guerreiros dos interesses nacionais’. Se bem-sucedidos, querem todo o crédito para si; se falham, podem fazer Bruxelas de bode expiatório. Tal comportamento é bem conhecido nas federações nacionais, mas funciona particularmente bem dentro da opaca estrutura da União*¹²⁰⁵.

*dagens funcionalistas clássicas, tampouco em alguma sorte de ‘isomorfismo institucional’ que advoga parlamentos pós-nacionais ou uma proposta de república mundial. [...] Argumento que parece haver alguns critérios de boa governança que são independentes da presença de instituições democráticas, de um lado, e da performance institucional em termos de resultado material, de outro. A governança internacional parece ser considerada como legítima quando é dirigida a valores acordados da comunidade internacional e quando respeita padrões procedimentais comumente compartilhados”. STEFFEK (2004, p. 88) ilustra: “Por exemplo, por que as pessoas pensam que a Organização das Nações Unidas é uma instituição legítima? O déficit democrático da ONU na dimensão do **input** é óbvio, e seu **output** em termos de vantagens tangíveis para os indivíduos é pequeno. Sobretudo, essa organização deixou de cumprir, por décadas, tarefas atribuídas em sua Carta e, ainda assim, continua a desfrutar de um nível confortável de apoio popular. Isso claramente pode não ter nada a ver com a eficiência ou eficácia da ONU em atingir a paz mundial, o bem estar ou a justiça social, mas sim com os genuínos princípios de acordo com os quais a instituição trabalha e com a validade admitida dos valores que ela persegue”.*

¹²⁰⁴ MENÉNDEZ, 2004, p. 104.

¹²⁰⁵ RIEKMANN, 2010, p. 129-30.

Observa-se que a ordem político-jurídica supranacional europeia tem sido objeto das leituras mais variadas. Sand¹²⁰⁶ destaca quatro destas perspectivas. Em primeiro lugar, sob a ótica da “democracia e constitucionalismo normativo”, representada por Joseph Weiler, foca-se a UE como um ambiente de integração cultural, e não simplesmente de cooperação econômica e livre-comércio. Forjar uma identidade europeia passa a ser essencial para a legitimação democrática da organização e de suas comunicações jurídicas, políticas e econômicas¹²⁰⁷. Por outro lado, a visão neoliberal enfatiza uma restrição ao caráter puramente econômico da UE, preconizando uma gestão técnica tal qual a das corporações privadas, evitando uma administração que se rodeie de discursos políticos mais enraizados¹²⁰⁸. Em terceiro lugar, a autora avalia o “supranacionalismo deliberativo”, representado por Christian Joerges, que enfatiza o

¹²⁰⁶ 2004, p. 58-65.

¹²⁰⁷ SAND, 2004, p. 58-9: “*Nacionalidade não é idêntico a etnicidade comum, mas, na concepção de Weiler, há um reconhecimento dos valores de um espaço comum e dos potenciais desse espaço para a criação de identidade. [...] [O projeto de integração europeia] É sobre ‘pertencimento’, mas em um nível outro que o nacional. Ele é definido como um comprometimento com os valores compartilhados dos documentos constituintes da união. Na visão de Weiler, isso é interpretado como comprometimentos com uma sociedade civil que é maior que o nível nacional, e que transcende atributos culturais nacionalmente definidos. Os europeus não são vistos como um novo demos, mas sim como múltiplos demoi coexistentes. Uma especificidade europeia é definida ainda para incluir a responsabilidade social mútua e o ethos do Estado de bem estar social, bem como dos direitos humanos corporificados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. [...] Weiler considera a UE como uma nova comunidade política, mas é aberto em sua crítica dos déficits democráticos. De fato, os temas que ele criticou e em relação aos quais mostrou ceticismo incluem os comitês de comitologia da UE, em uma estrutura constitucional. Ele sustenta uma separação entre as arenas científicas e administrativas, de um lado, e entre as arenas políticas e jurídicas, de outro. Apenas as últimas poderiam ser incluídas como constitucionais. Ele mantém que, ao final, qualquer problema ou conflito social deve ser resolvido em uma base política e por instituições politicamente responsáveis e potencialmente constitucionais. Está implícito nisto que a participação de especialistas e o uso de argumentação cientificamente baseada não podem ser vistos como parte dessa estrutura*”.

¹²⁰⁸ SAND, 2004, p. 59-60: “*É presumido que a prática e a teoria econômica verificaram os mercados liberais como a [instituição] mais eficiente, assim como criam o bem estar ótimo. É então presumido que os mercados liberais e os direitos que o embasam deveriam ser constitucionalizados, e que qualquer novo debate sobre isso é desnecessário. [...] Aqui, o uso do conhecimento científico pode ser visto largamente como técnico e neutro. [...] Esse argumento presume a possibilidade de delimitar a regulação técnica dos mercados diante das regulações políticas, que demandam procedimentos políticos e de responsabilidade [accountable]. O primeiro problema com essa argumentação é a manutenção do livre mercado como um arranjo tecnocrático, axiológica e politicamente neutro*”.

potencial deliberativo que se pode extrair das discussões de caráter técnico levadas a efeito no sistema da comitologia, que representaria uma forma de legitimação especial, mais distanciada dos padrões políticos de negociação¹²⁰⁹. Finalmente, haveria de se enfatizar a proposta de “experimentalismo democrático”, liderada por Charles Sabel e Oliver Gerstenberg, a qual preconiza uma abertura à esfera pública dissensual por meio de *devidos processos legais*¹²¹⁰.

Outros autores apresentam a União Europeia como esfera diferenciada de governo, não necessariamente organizável isomorficamente aos Estados nacionais, mas destes dependentes para sua efetiva atuação. Nesse sentido, Börzel¹²¹¹ visualiza os arranjos governamentais na esfera da União Europeia como um sistema isomórfico aos federalismos coope-

¹²⁰⁹ SAND, 2004, p. 60-1: “*Em seu projeto sobre comitologia na CE/ UE, Christian Joerges e Jürgen Neyer focaram a preparação e implementação da legislação em áreas em que especialistas ou organizações de interesses participaram do processo. Mais diretamente, sua pesquisa diz respeito a como são realizadas negociações referentes a regulação (a) em áreas envolvendo conhecimento especializado e novo, incerteza na aplicação de tal conhecimento e um balanceamento complexo de fatores substancialmente diferentes, (b) em ambientes que incluem representação de vários níveis constitucionais, em alguns casos também especialistas ou representantes privados, e (c) onde se lida com problemas tipicamente nas fronteiras entre política, administração e conhecimentos específicos [expertise]. [...] há uma ênfase em suas descrições e avaliação no que podemos chamar sociedade de risco ou do conhecimento, com o uso amplo de novas tecnologias [...]. [...] tais complexas matérias podem requerer métodos ou procedimentos adicionais ou mais qualitativos que aqueles que hoje existem nas instituições governamentais, constitucionais e internacionais mais tradicionais. A pesquisa mostrou que, quando confrontadas com questões regulatórias ‘novas’ e complexas, as partes em negociação aceitaram métodos mais abertos e deliberativos, em vez dos métodos de barganha quid-pro-quo, para atingir resultados tão bons quanto possível para os problemas regulatórios envolvidos. [...] Mais especificamente, mostrou-se que as negociações dos comitês de comitologia do sistema CE/ UE não foram nem apenas nem primariamente políticas ou de sopesamento de interesses no sentido político mais tradicional; elas também foram avaliadas como sendo deliberativas*”.

¹²¹⁰ SAND, 2004, p. 62: “*Aquí, o público é colocado no lugar da noção universal de soberania. O público é então presumido como um grupo aberto e variado com noções subjacentes de um pluralismo inerente. As áreas/ objetos a serem regulados estão em contínua mudança, complexa e fragmentada. Então, há uma infiltração da incerteza na tomada de decisões. Como resultado, a sociedade atual complexa e sempre mutante não pode desenvolver processos de significado consensual e universal, pelo menos em áreas vitais. Em vez de consenso, há um contínuo processo de aprendizado e uma aceitação da linguagem como ambígua. [...] Para evitar a fragmentação, parece vital focar em qualidades procedimentais como transparência, publicidade, objetividade e avaliabilidade da informação para o público*”.

¹²¹¹ 2010.

rativos nacionais, como o alemão, e destaca ainda a dependência da ordem jurídica e política supranacional europeia diante dos Estados nacionais. Para a autora,

A governança na UE é uma governança com [Estado] em vez de uma sem ou pelo Estado. De um lado, o papel dos atores não estatais é muito mais limitado do que frequentemente sugerido pela literatura sobre a UE como um protótipo de rede ou novos modos de governança. De outro, a UE pode sustentar formas substanciais de governança hierárquica [...]. Ainda, falta na UE (o monopólio da) força coercitiva, e ela precisa fiar-se nos Estados-membros para a executoriedade [enforcement] de sua autoritativa alocação de valores. Enquanto os Estados-membros crescentemente partilharam poderes com a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu ou autoridades regulatórias (trans)nacionais, eles permanecem os tomadores e implementadores de decisão centrais das políticas da UE¹²¹².

Para Scharpf¹²¹³, a concentração das fontes de legitimidade no plano dos Estados-membros e da ação burocrática eficaz no plano da própria União Europeia colocaria limitações na legitimação dessa esfera supranacional, demandando um novo balanceamento entre o aspecto comunitário e a autonomia dos Estados constituintes do bloco.

O exemplo europeu é testemunha da estruturação de formas de elaboração e tomada de decisão, de produção do direito e de regulação que se construíram sob o paradigma da governança. A teia complexa de organizações e âmbitos de comunicação e produção de decisões programantes e programadas já despista, por si só, as dicotomias rígidas entre público e privado, Estado e mercado. Nesse sentido, citem-se como exemplos do direito produzido no âmbito da União Europeia os *white papers* (relatórios ou guias dotados de alguma “autoridade” ou força persuasiva) e, com ainda menor grau de vinculatoriedade, os *green papers* (propostas para discussão de políticas); são exemplos o *green paper* sobre responsabilidade social corporativa¹²¹⁴ e o *white paper* sobre governança¹²¹⁵, ambos apresentados

¹²¹² BÖRZEL, 2010, p. 84-5.

¹²¹³ 2010, esp. p. 117-9.

¹²¹⁴ Commission of the European Communities. **Green paper**: promoting a European framework for corporate social responsibility. Brussels: EU, 2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001-_0366en01.pdf>. Acesso em: 18 maio 2013.

¹²¹⁵ Commission of the European Communities. **European governance**: a white paper. Brussels: EU, 2001. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf>. Acesso em 18 maio 2013.

pela Comissão Europeia em 2001. Na interpretação de Sand¹²¹⁶, o *white paper* adota o termo *good governance* com a concepção de que a governança é, do ponto de vista dos Estados, “*um processo multifacetado: Estado de direito [rule-of-law], transparência, participação, qualidade e eficiência. Parlamentos transparentes e responsáveis [accountable] e democracias são vitais, mas não o bastante*”.

Fora do âmbito da experiência regulatória supranacional europeia, há outras experiências que mostram as novas formas jurídicas da governança, de direito construído descentralizada, consorcial e cooperativamente entre organizações estatais ou de composição por Estado, “mercado”, “sociedade civil” e eventuais outros “atores”: *soft law* de instituições internacionais, autorregulações de organizações econômicas como bolsas de valores e organizações transnacionais (estatutos de câmaras arbitrais, diretrizes de associações corporativas)¹²¹⁷ e ainda as normas das organizações empresariais e suas redes de parceiros de negócio. Nesse sentido, além das que serão citadas no capítulo 3, ilustre-se a profusão dessas fontes de direito ou protodireito por referência a exemplos como os *papers* da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), os *draft articles* da Comissão de Direito Internacional da ONU, a norma de responsabilidade social SA8000 (*Social AccountAbility* 8000, gerida e certificada pela organização não governamental, transnacional e “*multi-stakeholder*” *Social Accountability International*), a certificação (privada mundial, de origem britânica) OHSAS 18000 (*Occupational Health and Safety Zone*), em matéria de sistemas de segurança e saúde ocupacional, e as normas da *International Organization for Standardization* (ISO), como as séries ISO 9000 (sobre gestão da qualidade), ISO 14000 (sobre gestão ambiental), ISO 26000 (sobre responsabilidade social), ISO 50001 (sobre gestão energética), ISO 31000 (sobre gestão de riscos) e ISO 22000 (sobre segurança alimentar). Ainda, como parâmetro de governança corporativa, uma lei estadunidense de 2002, *Sarbanes-Oxley Act*¹²¹⁸, e outra de 2011, *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*¹²¹⁹, também simbolizam hoje padrões de excelência na transparência e auditoria de operações financeiras difundidos por todo o mundo corporativo, para além do âmbito espacial

¹²¹⁶ 2004, p. 47.

¹²¹⁷ Para a distinção entre ordens jurídicas, veja o capítulo 3, item 3.2.

¹²¹⁸ United States of America. **Sarbanes-Oxley Act of 2002. Corporate responsibility.** Disponível em <www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>. Acesso em: 18 maio 2013.

¹²¹⁹ United States of America. **Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.** Disponível em: <www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>. Acesso em: 18 maio 2013.

formal de validade deste ato (dentro do qual é uma norma vinculante). No mesmo sentido, em 2004 a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apresentou seus princípios de governança corporativa¹²²⁰. Citem-se ainda os padrões de governança corporativa construídos por bolsas de valores para companhias abertas que se dispõem a voluntariamente adotá-los: tal é o caso do “novo mercado” da bolsa de valores de São Paulo¹²²¹, assim como das normas da bolsa de Nova Iorque¹²²², que preveem, dentre outros, tópicos sobre governança corporativa, abertura de informações e responsabilidade social (além do *Dow Jones Sustainability Index*). A governança corporativa imprimiu novas configurações na estruturação e funcionamento de órgãos societários, como comitês de auditoria, comitês de remuneração, comitês de nomeação – estes últimos, “*mais do que serem compostos por membros independentes, deveriam assegurar que houvesse independência na composição dos demais Comitês com funções de monitoramento [...], bem como em parcela do próprio board of directors [...]*”¹²²³.

Frise-se que as diversas regulações ou normatizações construídas em torno do ideário da governança corporativa cobrem uma ampla variedade de assuntos: em geral (e o exemplo das bolsas é o paradigma) o tema central é a disposição de informações para o mercado e os potenciais investidores (*full disclosure*) bem como (notadamente nos códigos de ética das corporações) as estruturas de tomada de decisão internas e os deveres de lealdade e confiança. Fora esses temas, estritamente funcionais para o mercado, o apelo à “sustentabilidade” e à “responsabilidade corporativa”, em grande parte dos casos, é vago e sem mecanismos efetivos de desdobramento, implementação e fiscalização; isso vale, ainda em maior grau, para eventuais disposições acerca de direitos humanos, que não costumam ultrapassar parâmetros legais mínimos em qualquer país ou no direito internacional (muitas das normas voluntárias se resumem a proibir o trabalho infantil ou forçado, prever genericamente liberdade de associação sindical, remuneração “justa” e limitação da jornada de trabalho). Tal é o caso brasileiro, segundo revela pesquisa dos códigos de ética e diretrizes de responsabilidade corporativa das dez

¹²²⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development. **OECD Principles of corporate governance**. Paris: OECD, 2004. Disponível em: <www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>. Acesso em: 18 maio 2013.

¹²²¹ BM&F Bovespa. **Novo Mercado**. Disponível em: <www.bmfbovespa.com.br/empresas/pages/empresas_novo-mercado.asp>. Acesso em: 18 maio 2013.

¹²²² New York Stock ExCHANGE. **Listed company manual**. Disponível em: <nyse-manual.nyse.com/LCM/Sections/>. Acesso em: 18 maio 2013.

¹²²³ MORELLI, 2012, p. 30 (destaques no original).

maiores corporações atuantes no país¹²²⁴. Tal estudo corrobora as observações que registram

*a retórica moralista e [...] o uso de símbolos emotivos, expressivos e não-cognitivos nos códigos de conduta ou nos contratos-tipo elaborados pelas empresas multinacionais ou pelas associações internacionais cooptadas por elas, como se demonstra pelo uso corrente de expressões como concertação, interesse comum, confiança recíproca, solidariedade, cooperação, assistência, lealdade etc.*¹²²⁵.

Ao lado da dimensão material e das fontes organizacionais variadas de tais normas, elas são expressão de uma complexificação e graduação do sistema jurídico – no sentido de que ilustram diferentes graus de vinculatoriedade e de exigência de cumprimento (*enforcement*), para além das diferenças, também político-estratégicas, entre fontes jurídicas como constituição, legislação infraconstitucional e normatividade infralegal. De um lado, há leis nacionais vinculantes; de outro, *soft law* internacional; de outro, estatutos, diretrizes, recomendações de câmaras arbitrais, associações corporativas, órgãos supranacionais da União Europeia¹²²⁶. Especialmente nos casos “não governamentais” ou privados, mas também nas recomendações, diretrizes e relatórios de diversas origens, se a função do direito permanece sendo a generalização congruente de expectativas normativas, essas expectativas não deixam de ser cognitivizadas por fatores como a forma dos mecanismos de fiscalização do cumprimento das normas (muitos dos quais, comitês técnicos, não jurídicos, autorregulados) e o tipo de elaboração dos textos normativos (ora detalhamento técnico, ora mandamentos principiológicos indefiníveis). Não deixa de ser sintomático – talvez mesmo um ato falho – do fenômeno que vislumbramos como cognitivização do direito a definição do processo de criação e implementação normas técnicas como *normalização* (e não *normatização*). Para a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), entidade privada sem fins lucrativos, responsável pela elaboração e “recepção” de normas técnicas no país, *normalização* seria a “[a]tividade que estabelece, em relação a problemas existentes ou potenciais, prescrições destinadas à utilização comum e repetitiva com vistas à obtenção do grau ótimo de ordem em um dado contexto”¹²²⁷. Norma é definida neste

¹²²⁴ AMATO; AMATO NETO, 2013.

¹²²⁵ SOUSA SANTOS, 2002, p. 218.

¹²²⁶ Para uma melhor especificação desses tipos de fontes normativas, veja o capítulo 3, item 3.2.

¹²²⁷ ABNT, 2013a.

âmbito como “[d]ocumento estabelecido por consenso e aprovado por um organismo reconhecido, que fornece, para uso comum e repetitivo, regras, diretrizes ou características para atividades ou seus resultados, visando à obtenção de um grau ótimo de ordenação em um dado contexto”¹²²⁸.

É ilustrativa desse fenômeno cognitivizador a questão das “barreiras técnicas” – a principal classe de “barreiras não-tarifárias” reconhecidas e reguladas no sistema jurídico-econômico da Organização Mundial do Comércio. Dentre essas barreiras, distinguem-se os *standards* (normatizações voluntárias sobre produtos e processos de produção) e os regulamentos técnicos (normatizações mandatórias). Essa distinção gera diferentes efeitos na obstrução do comércio internacional: enquanto os regulamentos técnicos contam com *enforcement* jurídico, sendo proibida a exportação, importação e venda ao consumidor de produtos que os desobedeçam, os *standards*, de regra elaborados no seio de organizações internacionais de normatização, geram efeito meramente econômico: a preferência dos importadores e consumidores por produtos que os sigam. Observa-se, porém, que meros *standards* podem adquirir caráter mandatório uma vez incluídos nas legislações nacionais, o que é procedimento naturalmente adotado pelos países, notadamente os de maior desenvolvimento relativo¹²²⁹. O jogo com os “tipos” de direito passa então a integrar as argumentações e construções conceituais jurídicas, imprimindo flexibilidade ao direito.

A governança é, portanto, um “discurso competente”¹²³⁰ do direito mundial que se diferencia “*internamente em ‘colégios invisíveis’*,”

¹²²⁸ ABNT, 2013b.

¹²²⁹ OLIVEIRA, 2002, p. 259-60.

¹²³⁰ CHAUI, 2006a, p. 19-23 (destaque no original): “*O discurso competente é aquele que pode ser proferido, ouvido e aceito como verdadeiro ou autorizado (estes termos agora se equivalem) porque perdeu os laços com o lugar e o tempo de sua origem. Assim, não é paradoxal nem contraditório em um mundo como o nosso, que cultua patologicamente a cientificidade, surgirem interdições ao discurso científico. [...] O discurso competente é o discurso instituído. É aquele no qual a linguagem sofre uma restrição que poderia ser assim resumida: não é qualquer um que pode dizer a qualquer outro qualquer coisa em qualquer lugar e em qualquer circunstância. O discurso competente confunde-se, pois, com a linguagem institucionalmente permitida ou autorizada, isto é, com um discurso no qual os interlocutores já foram previamente reconhecidos como tendo o direito de falar e ouvir, no qual os lugares e as circunstâncias já foram predeterminados para que seja permitido falar e ouvir e, enfim, no qual o conteúdo e a forma já foram autorizados segundo os cânones da esfera de sua própria competência. [...] O que é o discurso competente enquanto discurso do conhecimento? Sabemos que é o discurso do especialista, proferido de um ponto determinado da hierarquia organizacional. Sabemos também que haverá tantos discursos competentes quanto lugares hierárquicos autorizados a falar e a*

*‘mercados e ramos de negócios invisíveis’, ‘comunidades profissionais invisíveis’ e ‘redes sociais invisíveis’, estendendo-se por cima de fronteiras territoriais, mas, apesar disso, buscando insistentemente a formação de formas jurídicas autônomas*¹²³¹. É um “absolutismo da verdade disciplinar declarada por instituições que pretendem validade universal, um absolutismo da razão especulativa”¹²³² e, sobretudo, um dos mais recorrentes símbolos do discurso a que se pode remeter uma série de mudanças estruturais no sistema jurídico. Teubner¹²³³, por exemplo, postula a irrelevância da sanção como “apoio simbólico” da “pretensão de vigência” das ordens privadas transnacionais e a desimportância da distinção entre normas sociais e normas jurídicas. Esse modelo de pluralismo jurídico dos altos poderes técnicos invisíveis¹²³⁴ também interage com permissões do direito estatal, dentro de cujos marcos regulatórios

*os atores econômicos, sociais e políticos têm total liberdade para desenvolver as mais variadas e criativas formações contratuais e optar pelos regimes normativos mais adequados às suas expectativas e interesses. Eles podem, inclusive, promover acordos corporativos, dando nova configuração às relações entre capital e trabalho, e firmar pactos ‘sociais’ orientados por objetivos de produtividade, aumento de competitividade, metas de sustentabilidade etc.*¹²³⁵.

*transmitir ordens aos degraus inferiores e aos demais pontos da hierarquia que lhes forem paritários. Sabemos também que é um discurso que não se inspira em ideias e valores, mas na suposta realidade dos fatos e na suposta eficácia dos meios de ação. [...] A condição para o prestígio e para a eficácia do discurso da competência como discurso do conhecimento depende da afirmação tácita e da aceitação tácita da incompetência dos homens enquanto **sujeitos** sociais e políticos”.*

¹²³¹ TEUBNER, 2003, p. 14.

¹²³² KOSKENNIEMI, 2011b, p. 358.

¹²³³ 2003, p. 19.

¹²³⁴ TEUBNER, 2003: 20 (destaques no original): “Se, no entanto, acompanharmos o **linguistic turn**, o centro da análise desloca-se não apenas da estrutura para o processo, da norma para a ação, da unidade para a diferença, e sim – com o maior significado para a identificação do fator especificamente jurídico – da função para o código. Essa mudança de foco não só ressalta o caráter dinâmico do pluralismo jurídico, mas simultaneamente delimita o fator jurídico nitidamente de outros tipos da ação social. O pluralismo jurídico, então, não estará mais definido por um grupo de normas sociais conflitantes num determinado campo social, mas como coexistência de diferentes processos comunicativos que observam ações sociais na ótica do código binário direito/não-direito”. NEVES (2004, p. 145, destaques no original) comenta: “E se transportarmos o elegante modelo pós-moderno [...], à la Teubner, àquelas situações de carência de direitos, cairemos na virtualidade de um direito **soft** irresponsável em relação ao mundo **hard** (da falta) dos direitos básicos”.

¹²³⁵ FARIA, 2009, p. 320 (destaques no original).

Por meio de contratos relacionais¹²³⁶, por exemplo, as corporações envolvem sua rede de parceiros de negócios em um “neocorporativismo procedimental”, autorregulando suas relações com atores públicos e privados “em vários níveis de formulação, decisão, implementação e execução” dos “programas normativos relacionais”¹²³⁷. Nestes, a cognitivização do direito é assumida com clareza¹²³⁸. Nesse sentido é que, ao projetar cenários sobre o futuro do direito após a crise de 2008, Faria¹²³⁹ destaca um modelo de “governança mundial e direito sem Estado” – “uma governança à ‘margem’ ou ‘exterior’ ao direito positivo tradicional”, na qual “redes funcionalmente especializadas”, um mercado auto-corretor e um “direito impulsionado por sistemas parciais da sociedade” perseguem “o equilíbrio ecológico dos sistemas e subsistemas em que atuam”, buscando assim a tomada de decisões de impacto coletivo e a autogestão dos conflitos.

¹²³⁶ MACEDO JR., 2007, p. 5: “O conceito de contrato relacional é, em sua dimensão descritiva, um tipo ideal que se contrapõe ao contrato descontínuo. Este último caracterizado pela pretensão de antecipação completa do futuro no presente, pela impessoalidade, por se constituir como unidade separada (ou descontínua) e por se apoiar na pressuposição de que a barganha instrumental, isto é, nele o acordo de vontades derivado da promessa é seu exclusivo núcleo de fonte obrigacional”. Para GORDON (2007, p. 198), o contexto em que cabe falar de contrato relacional é aquele em que as “transações de mercado isoladas e entre estranhos dão lugar, cada vez mais, a relações continuadas – dentro de empresas, em setores comerciais cada vez mais especializados, em associações cada vez mais solidárias (associações comerciais, sindicatos, etc.). Em segundo lugar, a regulação restringe mais e mais a liberdade contratual, ou atua na correção de ‘falhas de mercado’; ainda, para redistribuir poder e riqueza em prol de grupos de interesse cada vez mais organizados e politicamente poderosos. O direito dos contratos passa a reconhecer tanto realidades relacionais quanto diretrizes regulatórias”. Para MACNEIL (2009, p. 83): “Quando nos voltamos para o direito contratual relacional, qualquer distinção entre o *status quo* antes da troca e a situação seguinte à projeção de troca no futuro tende a se tornar praticamente inútil. As relações envolvem um fluxo de complexos que não se adaptam a divisões em períodos separados”.

¹²³⁷ FARIA, 2004, p. 212.

¹²³⁸ FARIA, 2004, p. 197: “Já no caso específico do ‘direito reflexivo’, os programas normativos ‘condicionais’ e ‘finalísticos’ são substituídos pelo que Willke, um dos principais teóricos deste modelo de direito, chama de programas ‘relacionais’. Baseados antes no ‘saber’, no ‘conhecimento’, na ‘informação’ e na ‘razão discursiva’ do que propriamente em ‘atos de império’, diz este autor, os programas ‘relacionais’ não arbitram interesses conflitantes (função dos programas ‘condicionais’), limitando-se a estimular interações ou relações convergentes entre as ‘organizações complexas’; mais precisamente, a disseminar entre elas um sentido de ‘responsabilidade social’”. Para a proposição do conceito de “sociedade policêntrica”, associado a um declínio da soberania estatal, cf. WILLKE, 1986.

¹²³⁹ 2011, p. 50-2.

Assim, as formas jurídicas da governança, empoderadas pelo *medium* do dinheiro, podem atuar no sentido da privatização da política, do espaço público, do direito – tanto pela tomada de espaço do direito público pelo direito privado, nas ordens estatais, quanto pela geração não estatal de normatividades jurídicas. Em suma, “*as práticas neocorporativas desestimulam a participação dos cidadãos, reduzem a responsabilidade das autoridades e eliminam a competitividade*”¹²⁴⁰. A governança não se reduz, porém, a tais pretensões de hegemonia; expressa também a irritação pela inovação da programação do sistema jurídico, que deve ser considerada em resposta à complexidade, à diferenciação e à superirritação da sociedade atual, mas sempre no sentido da moderação possível dos efeitos desdiferenciantes, desigualdades crescentes e exclusão em massa.

2.6.2.2 Sustentabilidade, ética corporativa e responsabilidade social

Outros *topoi* do discurso empresarial ou de inspiração empresarial (o *managerialism* criticado por Koskeniemi¹²⁴¹) que mantêm notáveis afinidades com o ideário da governança são as recorrentes referências à sustentabilidade (ambiental, econômica, social, sociocultural ou socioambiental), à ética corporativa ou empresarial e à responsabilidade social corporativa. Em todos esses casos, afirma-se uma “responsabilização” do sistema econômico por problemas causados pela operação deste sistema ou dos quais este antes não tratava (problemas “sociais” e ambientais – no sentido estrito do meio ambiente natural). Mas, no mesmo ato, firma-se uma ambiguidade: de um lado uma autocontenção da economia frente aos “imperativos” de seu ambiente social e natural; de outro, e talvez com mais força, a reiteração da economia como sistema competente (no sentido dos “*discursos competentes*”¹²⁴²) para a “governança” dos problemas e geração das soluções – ou seja, uma economicização da “questão ambiental”, expressa não só na quantificação de metas de redução de impactos ambientais, mas também na *commoditização* de recursos naturais (por exemplo, para citar uma criação jurídica, pelo *mecanismo de desenvolvimento limpo*, previsto no Protocolo de Quioto¹²⁴³).

¹²⁴⁰ CAMPILONGO, 1997, p. 120.

¹²⁴¹ 2012b, p. 305, 321; 2011b, p. 339-45.

¹²⁴² CHAUI, 2006a.

¹²⁴³ O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), definido no art. 12 do Protocolo de Quioto, permite a um país com obrigação de redução ou limitação de emissões de gás carbônico sob o Protocolo, implementar projetos de redução de emissões em um país em desenvolvimento. Esses projetos podem gerar créditos de Reduções Certifi-

A ideia de *sustentabilidade* ganha melhores contornos quando descrita sob a perspectiva da teoria dos sistemas. Sob tal ótica, a fórmula da sustentabilidade é a própria expressão da diferença sistema/ ambiente, que reentra os sistemas sociais (operação pela qual passam a incluir o que excluem), sendo reconstruída no plano geral da sociedade (em relação à natureza), no sistema funcional da economia (em relação aos seu ambiente social extraeconômico – a sustentabilidade social em sentido amplo, cultural ou educacional etc.) e na perspectiva de cada sistema organizacional (aqui há referências à “comunidade” em que se insere a organização empresarial, a seus trabalhadores, à sua cadeia de fornecedores, enfim, a todas as “partes interessadas” – *stakeholders*). A fórmula da sustentabilidade é, então, a principal referência nos discursos correntes, científicos ou não, consistindo naquela expressão da formação de sentido sobre o ambiente de cada sistema em cada sistema (em especial, sobre a significação da natureza na sociedade). Daí a pertinência da observação luhmanniana já referida:

*Temos então duas classes de entornos [ambientes], os quais se distinguem entre si, conforme contribuam para a continuação da comunicação, isto é: se são abordáveis como ‘pessoas’ ou não [natureza]. A biomassa dos corpos humanos participa de ambos os entornos e oferece de fato o ponto de vista desde o qual a comunicação social se ocupa de problemas do ambiente sobretudo enquanto problemas de sobrevivência da humanidade*¹²⁴⁴.

A construção de uma noção sistêmica de sustentabilidade pode ser enriquecida por uma breve remissão à lógica policontextural de Gotthard Günther, a qual permite melhor compreensão do papel da distinção sistema/ ambiente (em suas diversas aplicações por cada sistema ou, amplamente, pelo sistema da sociedade) na teoria dos sistemas luhmanniana, inclusive com a clarificação de seu vislumbre da diferenciação entre múltiplos sistemas autopoieticos a partir de lógicas bivalentes, representadas pelos códigos-diferença que guiam tais sistemas: membro/ não membro nas organizações, direito/ não direito e, secundariamente poder/ não poder (ou ter/ não ter?) no sistema jurídico etc. Nesse sentido, cada sistema há que ser entendido como uma contextura e o fechamento e a lógica bivalente aplicados por Günther aos sistemas vivos hão que ser transferidos à descrição dos sistemas sociais em sua autopoiese; na sua autorre-

cadadas de Emissões (RCEs), cada qual equivalente a uma tonelada de CO₂, gerando abatimento nas metas que o país poluidor deveria cumprir.

1244

LUHMANN, 2007b, p. 637.

produção, cada ser vivo constitui em si uma contextura fechada: não se pode pensar os pensamentos alheios, um processo não pode continuar se cruzar os limites de sua contextura¹²⁴⁵.

A mais ampla distinção concebível é aquela entre Ser e Nada (ou Inexistente), referenciada ontologicamente pelo princípio do terceiro excluído (*tertium non datur*). O papel que tal princípio

joga com relação ao conceito de contextura indica que a estrutura de tal domínio pode ser exaustivamente descrita em uma lógica bivalente [que seja a dicotomia mais ampla deste domínio]. [...] Se falamos na linguagem cotidiana de contexto, não implicamos um universal TND [tertium non datur] cuja generalidade não pode ser ultrapassada, mas fazemos essa assertiva quando falamos de contextura ou contextualidade¹²⁴⁶.

A epistemologia aristotélica concebia o Universo como logicamente monocontextural, pois tudo o que lhe pertencesse possuía “a contextura universal do Ser [**Being**] objetivo. E o que não lhe pertencesse seria apenas Nada [**Nothingness**]”¹²⁴⁷. “Daí que cada operação lógica que podemos realizar seja confinada à contextualidade na qual se origina. É trivial adicionar que nenhuma operação lógica pode começar no Nada ou nele permanecer. [...] Você não pode cruzar as fronteiras entre Ser e Nada e ainda continuar seu processo de cálculo”¹²⁴⁸.

Porém, Günther¹²⁴⁹, na esteira de Hegel, propõe a abordagem também do Nada como contextural, rompendo com a tradição de se projetar nesse domínio a irracionalidade do não cognoscível objetivamente, deslocando o sujeito cognoscente para fora do mundo e alocando neste não domínio todos os terceiros excluídos das negações parciais de dada contextura.

*Se a contextualidade do Devir [**Becoming**] ultrapassa, por assim dizer, a contextura do Ser [**Being**] assim como do Nada [**Nothingness**], e a contextura do Ser por seu turno pode ser ultrapassada por uma quarta contextura que se estenda para além dos confins das três primeiras, vamos obter uma estrutura multinível de extrema complexida-*

¹²⁴⁵ GÜNTHER, 2004, p. 5.

¹²⁴⁶ GÜNTHER, 2004, p. 3.

¹²⁴⁷ GÜNTHER, 2004, p. 3.

¹²⁴⁸ GÜNTHER, 2004, p. 3.

¹²⁴⁹ 2004, p. 3-4.

*de lógica. A lógica de Hegel então mostra que se uma pluralidade de contexturas é introduzida, não se pode parar com três. De fato, tem-se que postular uma potencial infinidade delas. Se se acredita em Hegel, e há convincentes argumentos para tanto – então cada mundo dado na contextualidade do Ser deveria ser considerado uma interseção de um número ilimitado de contexturas*¹²⁵⁰.

Assim, “cada dado ontológico do mundo deve ser considerado uma interseção de um número infinito de contexturas”¹²⁵¹ e o fato de pertencer a uma contextura não exclui sua múltipla “filiação”. “Outra forma de colocar isso é que para cada dois dados que comunguem de uma dada contextura haverá sempre um terceiro dado que é excluído desta. Esse é o sentido da insistência de Hegel diante do TND [*tertium non datur*], de que há um Terceiro”¹²⁵².

“Mas insistimos que não há nada como o caos na Realidade. De fato, podemos dizer que Realidade e Ordem são termos sinônimos. Se algo é, deve ter ordem e, se aparece como caos, isso só significa que ainda não achamos o código que desvela o aparente caos e nos mostra a ordem escondida no imbróglio”. A opacidade de cada contextura diante de outra e mesmo diante si é reconhecida; apenas a observação dos dois valores que constituem a diferença-diretriz do sistema poderão reconstruir sua ordem interna, que se dá pela programação do código (isto é, pela alocação de valores) – mas tal ordem apenas é acessível ao observador de segundo grau, pois a unidade de cada sistema não é posta em questão em suas operações elementares. O paradoxo da autorreferência dos sistemas foi concebido por Luhmann¹²⁵³ no reconhecimento do ponto cego em que se vislumbra a unidade de cada um deles (por exemplo, direito e não direito). Para operar, o sistema precisa invisibilizar seu paradoxo fundante (sua “descontextualidade”, nos termos de Günther¹²⁵⁴), degradando-o a mera contradição interna (o que antes era a distinção entre o sistema jurídico e seu ambiente passa a ser a diferença interna entre lícito e ilícito) – mas essa desparadoxização é mera solução de compromisso contingente, uma aporia “resolvida” pela invocação de elementos de outra contextura para preencher, enquanto convencer, o ponto cego do sistema: assim o fechamento do sistema jurídico foi ora dado pelo sistema da ciência (a hipótese da norma fundamental, de Kelsen), ora pelo sistema político (a constituição como

¹²⁵⁰ GÜNTHER, 2004, p. 4-5.

¹²⁵¹ GÜNTHER, 2004, p. 9.

¹²⁵² GÜNTHER, 2004, p. 10.

¹²⁵³ 2004b.

¹²⁵⁴ 2004, p. 14.

acoplamento estrutural, isto é, estrutura “reconstruída” e operada tanto ao lado da política quanto do direito), entre tantas outras hipóteses¹²⁵⁵.

A opacidade de cada contextura implica fechamento operacional, mas não isolamento; assim, o cruzamento entre múltiplas contexturas (na teoria luhmanniana, pelos mecanismos da interpenetração ou do acoplamento estrutural) cria heterarquias policontexturais no lugar da ideia piramidal/ hierárquica construída na ontologia platônica, para a qual cada individualidade derivaria de um princípio unitário ideal¹²⁵⁶.

Assim se forma uma sociedade sem base e sem topo¹²⁵⁷, como também o próprio sistema jurídico se heterarquiza. Pense-se, por exemplo, na absorção das demandas ambientais reconstruída pelo sistema jurídico, potencializada pelos princípios constitucionais: não há precedência apriorística de nenhum princípio (nem da dignidade da pessoa humana); em cada caso, a cadeia argumentativa terá que defender, na observação da observação constitucional, uma diferente ordem de precedência ao “valor” constitucionalizado (da eficiência econômica, da “moralidade” da administração pública, da liberdade religiosa etc.)¹²⁵⁸. É neste círculo heterárquico de conceitos doutrinários, normas e atos jurídicos que a questão ambiental passa a ser reconstruída pelo direito. Para a economia, problemas ambientais tornam-se questões de custos e externalidades, informando a tomada de decisões¹²⁵⁹.

A sustentabilidade, enfim, expressa um reforço da abertura cognitiva ao ambiente proporcionada pelo fechamento operacional dos sistemas autopoieticos. Se a complexidade da sociedade moderna é tal que sua autorreprodução não pode ser descrita nos termos fabris da transformação de *inputs* em *outputs*, é certo que, em casos excepcionais, diferentes níveis da realidade (contexturas) são simultaneamente irritados por certos fatores ambientais, que “reverberam” de tal modo nas comunicações produzidas em tais sistemas que passa a existir uma “ressonância” abrangente da sociedade¹²⁶⁰. Se ambiente é tudo o que é excluído de cada sistema e se a maior escala da distinção sistema/ ambiente é justamente aquela entre sistema social abrangente (sociedade) e ambiente extrassocietal, o ponto cego aqui parece constituir a grande “descontextualidade”, em termos güntherianos¹²⁶¹, de toda a comunicação social – a maior tema-

¹²⁵⁵ LUHMANN, 2004b.

¹²⁵⁶ Cf. GUNTHER, 2004, p. 8-14.

¹²⁵⁷ LUHMANN, 2007b, p. 637.

¹²⁵⁸ NEVES, 2013, esp. p. 141-70.

¹²⁵⁹ LUHMANN, 1989, p. 61.

¹²⁶⁰ LUHMANN, 1989, p. 15.

¹²⁶¹ GUNTHER, 2004, p. 14-5.

tização do grande excluído, pelo menos em termos mundanos (pois o grande Terceiro religioso é Deus¹²⁶²). Daí a ressonância.

A sociologia clássica, lastreada na divisão entre natureza e cultura ou congêneres, tomou como seu objeto apenas o segundo termo, preocupando-se com a boa ordenação da vida social; os reclamos ecológicos, embora não recentes, atingem a observação sociológica apenas nas últimas décadas do século XX, quando seu “barulho” se faz sentir com maior distinção na comunicação dos sistemas sociais¹²⁶³. O tratamento corrente dos problemas ambientais é baseado no causalismo e no subjetivismo¹²⁶⁴ que visa à atribuição de responsabilidades individuais, bem como prescreve pequenas atitudes ecológicas que poderiam, por uma sinergia espontânea, encaminhar soluções pelo corte das dissonâncias em suas origens. A dinâmica desse discurso muitas vezes confunde-se com a oposição à sociedade ou “ao sistema”, pleiteada pelos movimentos de protesto¹²⁶⁵. No plano dos sistemas funcionais trata-se, porém, de – irritados pela ressonância da temática ambiental – reconstruí-la internamente e mobilizar seus próprios elementos e estruturas para dar respostas a problemas ambientais (sejam naturais, sejam simplesmente do ambiente social de determinado sistema), que passam a ser problemas econômicos, políticos, jurídicos, artísticos, educacionais, religiosos. Irritado, cada sistema vai produzindo tentativas de processamento dos ruídos, traduzindo-os em temas, bem como elaborando as respectivas soluções – gerando variedade a ser selecionada. “*A codificação é a condição que permite aos eventos ambientais aparecerem como informação para o sistema [...]*”¹²⁶⁶. O meio ambiente torna-se então questão de custos (sociais e ambientais), de educação (ambiental), de ponderação de direitos (ao meio ambiente, à saúde, à cultura) – e cada problema/solução vai se multiplicar diante da não substitutibilidade da função de cada sistema¹²⁶⁷. Daí o apelo à interdisciplinaridade, no plano da ciência, e a outros acoplamentos estruturais que se possa construir entre os sistemas funcionais (por exemplo, noções que informem institutos jurídico-econômicos como a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil – ideias como “função socioambiental da propriedade e do contrato”, responsabilidade/ indenização por dano ambiental etc.).

Fora sua decodificação pelos sistemas funcionalmente diferenciados, a moralização ou eticização do discurso ambiental não são in-

¹²⁶² Cf. GUNTHER, 2004, p. 14-5; LUHMANN, 1989, p. 94-9; 2007c, p. 129-62.

¹²⁶³ LUHMANN, 1989, p. 1-2.

¹²⁶⁴ LUHMANN, 1989, p. 8-10.

¹²⁶⁵ LUHMANN, 1989, p. 121-6.

¹²⁶⁶ LUHMANN, 1989, p. 116.

¹²⁶⁷ LUHMANN, 1989, p. 115.

comuns e, no sistema econômico, o apelo à ética corporativa ou empresarial é sua expressão, vinculada também a outras questões *interna corporis* e à demanda pela igualmente interna autorregulação (por “códigos de ética”, comitês e similares, que bastariam à questão ambiental, mais que a imposição estatal do direito). Tampouco é nova, embora se manifeste qualitativa e quantitativamente diferente, a “retórica da ansiedade”¹²⁶⁸ com a qual se expressa o discurso sobre os riscos ambientais – a ponto de se culminar na definição de uma sociedade nem de massas, nem pós-industrial, nem do espetáculo, nem pós-capitalista, mas *do risco*¹²⁶⁹.

Moralidade deve ser entendida como codificação da comunicação pelo esquema binário de bem e mal (ou, se subjetivizada, do bom e do mau). O código é sempre aplicável quando o comportamento que é objeto da comunicação é sancionado pela outorga ou retirada de consideração ou desprezo. [...] Apenas a ética pode fazer um julgamento moral sobre a moralidade. Pelo menos, confia ser hábil para tanto. A

¹²⁶⁸ LUHMANN, 1989, p. 127-32.

¹²⁶⁹ LUHMANN (2007b, p. 862-8, 896-7) critica a descrição sociológica da sociedade por “palavras-chave”, fórmulas “espetaculares” e “propagandísticas” ou por características de um sistema funcional supostas “*como algo decisivo, dominante, determinante da forma*” da sociedade – tais como capitalismo (economia), sociedade industrial ou pós-industrial (economia), sociedade do espetáculo (meios de comunicação de massa), sociedades de massa (política e meios de comunicação), sociedade da tecnociência (ciência, técnica e economia) ou do conhecimento (educação, técnica, economia). Mais recentemente, as fórmulas pouco nítidas da “sociedade da informação” (ou do conhecimento) ou da “sociedade de risco” focam-se em aspectos da comunicação e tomam “*como representativos alguns fenômenos particulares*” (LUHMANN, 2007b, p. 863), obedecendo também à necessidade de simplificação da descrição da sociedade para a sociedade (redução da complexidade) e à demanda por enfatizar o historicamente novo. Em regra, refere-se ao surgimento da informática (computador e internet) e à consequente multiplicação da informação, que eleva a complexidade tecnológica e amplia a insegurança: “*As notícias produzem e reproduzem inseguranças em relação ao futuro – contra todo um contínuo do mundo conhecido, obtido com base na percepção cotidiana*” (LUHMANN, 2005d, p. 69). LUHMANN (2007b, p. 864) relê tais descrições segundo sua própria teoria, identificando a importância da diferenciação funcional como condição da informação e do risco. Prossegue afirmando que, se essa informação abundante não é sempre dada a conhecer e compreendida, consiste, na maioria das vezes, em informação potencial. Questiona ainda a implicação lógica de que, na sociedade da informação, este componente da comunicação (*informação*) teria mais importância em relação ao componente *mensagem* ou *dar a conhecer* (em que está envolvido o aspecto performativo da comunicação) e em relação ao componente *compreensão*, do que decorreria a menor relevância “*do status e dos estratos sociais*” e a maior demanda pela novidade da informação, que se torna de curta vida útil, entretanto.

*ética (não mais por referência a ethos, mas no sentido válido atualmente) deve ser entendida como a teoria reflexiva da moralidade. Sua função é refletir a unidade do código moral, a unidade da diferença de bem e mal*¹²⁷⁰.

Na falta de uma ética ambiental, Luhmann¹²⁷¹ recomenda cautela em se lidar com a moralidade, considerada a complexidade e a contingência dos problemas ambientais, que impedem imputações simplistas de causas e prescrições fáceis de soluções. Em geral, e em particular quando se debruça sobre o tema dos direitos fundamentais, a teoria luhmanniana vislumbra a remissão a valores como um anacronismo vétero-europeu, uma ontologia metafísica que perde suas condições de sentido no mundo com a diferenciação funcional e a pluralização das experiências e contexturas, de modo que hierarquias axiológicas não são mais passíveis de ampla generalização social¹²⁷². A ampla divergência acerca de pretensões morais ou valorativas é notada especialmente no âmbito das decisões constitucionais programadas e programantes, quando os processos decisórios democráticos precisam ser fundados em bases de consenso formal que proporcione condições sempre renovadas de dissenso conteudístico¹²⁷³.

Talvez da mesma forma que em relação aos apelos à ética, o discurso da responsabilidade (social, ambiental etc.) caminha *pari passu* com o da sustentabilidade. A falta de tematização sociológica mais fundamentada da questão ambiental talvez seja também responsável pela recomendação de soluções individuais por “pequenas atitudes”, uma ação guiada por valores (a própria sustentabilidade) ou por fins (a salvação humana ou do planeta), nos termos de um *individualismo metodológico* weberiano¹²⁷⁴ transferido à prática. A distância durkheimiana entre fatos sociais e fatos individuais¹²⁷⁵ já colocaria em descrédito, porém, tal dis-

¹²⁷⁰ LUHMANN, 1989, p. 139-41 (destaques no original).

¹²⁷¹ 1989, p. 141-2.

¹²⁷² CLAM, 1997, p. 98-103.

¹²⁷³ NEVES, 2008, p. 123-56.

¹²⁷⁴ Sobre tais tipos de ação social, cf. WEBER, 2009a, p. 13-9. FARIA (2004, p. 197-8, nota 34) destaca a apropriação de Weber pelos teóricos do “direito reflexivo” e da “governança corporativa”, como o próprio Teubner, os quais associam recorrentemente a “ética empresarial” à “ética da responsabilidade”. Para uma síntese dos usos do conceito de “individualismo metodológico”, cf. UDEHN, 2002, esp. p. 485.

¹²⁷⁵ DURKHEIM, 2007, p. 10: “*Um fato social se reconhece pelo poder de coerção externa que exerce ou é capaz de exercer sobre os indivíduos; e a presença desse poder se reconhece, por sua vez, seja pela existência de alguma sanção determinada, seja pela resistência que o fato opõe a toda tentativa individual de fazer-lhe violência. Contudo, pode-se defini-lo também pela difusão que apresenta no interior*

curso, que pode ser lido como uma transformação de questões sociais e estruturais em apelo kantiano à *boa vontade*¹²⁷⁶ com alguma afinidade com o método sociológico weberiano¹²⁷⁷. Assim é que Weber¹²⁷⁸ distinguuiu a ética da responsabilidade e a ética da convicção:

Pode orientar-se segundo a ética da responsabilidade ou segundo a ética da convicção. Isso não quer dizer que a ética da convicção equivale à ausência de responsabilidade e a ética da responsabilidade, a ausência de convicção. Não se trata disso, evidentemente. Não obstante, há oposição profunda entre a atitude de quem se conforma às máximas da ética da convicção – diríamos, em linguagem religiosa, ‘O cristão cumpre seu dever e, quanto aos resultados da ação, confia em Deus’ – e a atitude de quem se orienta pela ética da responsabilidade, que diz: ‘Devemos responder pelas previsíveis consequências de nossos atos’.

Embora concebível em sede filosófica¹²⁷⁹ e jurídica¹²⁸⁰, sociológicos de correntes diversas haveriam de descrever no discurso da responsa-

do grupo, contanto que, conforme as observações precedentes, tenha-se o cuidado de acrescentar como segunda e essencial característica que ele existe independentemente das formas individuais que assume ao difundir-se. [...] Pode-se defini-lo igualmente: uma maneira de pensar ou de agir que é geral na extensão do grupo, mas que existe independentemente de suas expressões individuais”.

¹²⁷⁶ “É **absolutamente boa a vontade** que não pode ser má, portanto quando a sua máxima, ao transformar-se em lei universal, se não pode nunca contradizer. A sua lei suprema é pois também este princípio: Age sempre segundo aquela máxima cuja universalidade como lei possas querer ao mesmo tempo; esta é a única condição sob a qual uma vontade nunca pode estar em contradição consigo mesma, e um tal imperativo é categórico”. (KANT, 2005, p. 80, destaques no original)

¹²⁷⁷ Sobre a influência de Kant em Weber, cf. KIM, 2012; RUTGERS; SCHREURS, 2004. 2011, p. 113.

¹²⁷⁹ Em Kant, a noção de responsabilidade é vinculada à de autonomia – enfim, ao imperativo categórico: “devo proceder sempre de maneira que **eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal**”. (KANT, 2005, p. 33) Em uma versão contemporânea de liberalismo igualitário e “individualismo ético”, também se acolhe o “princípio da responsabilidade especial”, pelo qual, “quando é preciso optar com relação ao tipo de vida que a pessoa viva, dentro de qualquer escala de opções que lhe sejam permitidas pelos recursos ou pela cultura, essa pessoa é responsável por suas próprias escolhas. O princípio não endossa nenhuma opção de valor ético. Não despreza a vida que seja tradicional e enfadonha, nem a que seja inovadora e excêntrica, contanto que essa vida não tenha sido imposta a alguém pelo juízo alheio de que é a vida certa para essa pessoa viver”. (DWORKIN, 2011, p. xvi-xvii)

¹²⁸⁰ COELHO (2009, p. 1418-9) aponta o princípio da responsabilidade como princípio da ordem social, especialmente da previdência social (ancorada, de outra parte, no

bilidade, de Bourdieu¹²⁸¹ e a Luhmann. Uma específica concepção filosófica é ilustrativa a respeito da “ética da responsabilidade” – trata-se da ética do discurso elaborada por Apel. Para Apel¹²⁸², a ética da responsabilidade como ética do discurso surge no Estado social ocidental (com sua cultura política liberal) e na condição planetária de assunção, por parte de todos os cidadãos – (já) livres e emancipados –, da responsabilidade solidária pelas consequências econômicas, científicas e técnicas de suas atividades coletivas. Tal ética só teria surgido com a queda da filosofia da história determinista e cientificista, redutora à explicação do mundo por fatores objetivos (luta de classes, interesses, forças e relações de produção) (Marx), e dos Estados burocratizados que confiavam a uma elite o planejamento total da sociedade e de seu curso evolutivo (socialismo real). Diferentemente, a aposta na democracia argumentativa para além do saber competente científico e burocrático centralizar-se-ia sobre o cidadão, que “*necessariamente pertence sempre a uma comunidade de comunicação real e, ao mesmo tempo, ideal, antecipada contrafactualmente como membro com igual direito e, em princípio, igualmente corresponsável*”¹²⁸³. Nesses termos, caberia questionar em que medida a governança, enquanto discurso (ou semântica) e estrutura (ou institucionalidade), não aposta mais na burocracia e no discurso competente, desconhecendo uma esfera pública para além do mercado e da opinião pública. Nessa medida, o apelo à responsabilidade seria uma inclusão argumentativa efetiva e eficaz, ou uma socialização dos danos e dos riscos –

princípio da solidariedade). Nesse sentido, partindo do filósofo Hans Jonas, entende que aquele princípio impõe “*a todos quantos têm algo a ver com essa rede de proteção social – governo, empresários, sindicatos, segurados e beneficiários, entre outros – a obrigação moral de cuidar do dia de hoje mas com os olhos postos no amanhã, porque a felicidade das gerações presentes não pode ser obtida com a infelicidade das gerações futuras*”.

¹²⁸¹ BOURDIEU, 2002, p. 26-7 (destaques no original): “*Há também todo um discurso segundo o qual o welfare State estimula a preguiça, velho discurso americano ligado à tradição calvinista do self-help [se virar por conta própria]. [...] O famoso livro de Max Weber A ética protestante e o espírito do capitalismo começa por um texto de Benjamin Franklin que enuncia um certo número de preceitos econômicos que são, ao mesmo tempo, preceitos morais. De fato, há uma moral americana da poupança, da ascese econômica, que está no centro da noção de self-help. Nesse momento, no mundo inteiro, só se fala em responsabilidade. Evidentemente o axioma principal é que o pobre é responsável por sua pobreza. Em meu jargão, digo que isso é uma sociodiceia, ou seja, uma narrativa que tem por função justificar a sociedade tal como ela é. [...] Esse processo de globalização dos discursos se acompanha de processos reais*”.

¹²⁸² 1992.

¹²⁸³ APEL, 1992, p. 121.

potencializados pelas pessoas e, principalmente, organizações que mais acumulam e usam estrategicamente os vários meios de comunicação simbolicamente generalizados?

Para Luhmann, os apelos a “ética”, “planejamento”, “direção”, “responsabilidade”, “sociedade civil” não são mais que tentativas de haurir-se de esperança com “*conceitos de desespero*” que “*a história desmentiu*”¹²⁸⁴; busca-se resolver os problemas gerados pela diferenciação funcional em uma sociedade hiperirritada, despistando-os por um discurso axiológico que procura compensar um déficit de realidade apelando a fórmulas fáceis de consenso¹²⁸⁵. O “*chamado atual a uma ética de responsabilidade*”¹²⁸⁶ vincula-se a um contexto em que

*as causas de irritação vindas do entorno do sistema da sociedade aumentaram dramaticamente nas últimas décadas – e principalmente sobre a tela da sociedade mesma. O que é válido pelo menos em três aspectos: [...] (1) Com relação aos problemas ecológicos do ambiente extraumano causados pela técnica e pela superpopulação. [...] (2) Com relação ao aumento mesmo da população, quer dizer, ao rápido incremento de corpos humanos e de suas migrações incontroláveis. [...] (3) Com relação às expectativas cada vez mais individualizadas e ‘idiossincráticas’ dos indivíduos particulares orientados para a felicidade e a autorrealização*¹²⁸⁷.

A dimensão de abertura ao ambiente e adequação social da economia e das corporações, entretanto, é o núcleo comum que pode ser heurísticamente buscado nos *topoi* da responsabilidade social e da sustentabilidade. No sentido de uma nova forma jurídica que decodifica as irritações produzidas pela questão ambiental é que se instala a proposta ou teoria do constitucionalismo societal fragmentado de Teubner. Ao visualizar múltiplas ordens constitucionais (basicamente normas secundárias que “constituem” não só o sistema político mas também outros sistemas, com variáveis abrangências dentro de sua lógica setorial), Teubner¹²⁸⁸ ergue a sustentabilidade a um “*princípio de justiça requerido em tais normas constitucionais descentralizadamente produzidas*”. Se originalmente se impôs como princípio limitador do crescimento econômico di-

¹²⁸⁴ LUHMANN, 2007b, p. 616.

¹²⁸⁵ LUHMANN, 2007b, p. 632-5.

¹²⁸⁶ LUHMANN, 2007b, p. 615-6.

¹²⁸⁷ LUHMANN, 2007b, p. 630.

¹²⁸⁸ 2012, p. 172.

ante da proteção do meio ambiente em vista das futuras condições de vida, a sustentabilidade não pode, todavia, ser reduzida à interface economia/natureza, argumenta¹²⁸⁹; precisa antes ser considerada como um princípio geral aplicável aos vários regimes (constitucionais) funcionais; e “*deve ao mesmo tempo incluir não apenas o meio ambiente natural, mas todos os ambientes relevantes. Meio ambiente deve ser entendido aqui no seu sentido mais amplo, como os meios naturais, sociais e humanos dos regimes transnacionais*”¹²⁹⁰. A sustentabilidade específica de cada regime é uma fórmula a demandar a autocontenção, prevenção de “tendências destrutivas” (expansionistas) sobre seu(s) ambiente(s), mas tal função limitativa pode ser incrementada com uma versão mais “intensificada” de sustentabilidade constitucional, abrangendo o suporte e a promoção dos respectivos ambientes por cada sistema constitucionalizado. “*A base é sempre a covariação de formas societárias de organização e princípios de direito constitucional*”¹²⁹¹. Saltando da “solidariedade orgânica” ainda demandável em condições de divisão do trabalho social (em termos durkheimianos) para a limitação dos efeitos da complexa diferenciação funcional global, com a respectiva demanda por maior sensibilização dos sistemas aos seus ambientes (em termos luhmannianos), Teubner¹²⁹² postula a dupla reflexividade que as constituições produzem (no sistema jurídico e nos outros sistemas que ela acople a este – agora não mais apenas a política), incrementando a irritabilidade dos sistemas funcionais em relação aos seus ambientes sociais, naturais e humanos, e colocando-os mais equidistantes em relação à racionalidade discursiva, à escolha racional e à competitividade; a “tarefa genuína” seria “criar as precondições normativas” para a “politização interna” de cada sistema, o que significaria “argumentar e decidir” sobre o “papel” destes na sociedade¹²⁹³.

1289 TEUBNER, 2012, p. 172.

1290 TEUBNER, 2012, p. 173.

1291 TEUBNER, 2012, p. 173.

1292 2012, p. 173.

1293 Vale lembrar o já citado comentário de CAMPILONGO (1997, p. 70): “*Por isso, para os teóricos do direito reflexivo [Teubner], democratização possui um significado muito peculiar. Não representa nem maior igualdade social nem incremento de participação política individual. Seu sentido é o da criação de mecanismos que substituam as intervenções externas ao sistema legal por suas estruturas de controle interno*”.

CAPÍTULO 3

CONSTITUCIONALIZAÇÃO CORPORATIVA: A PROGRAMAÇÃO COMPLEXA DO SISTEMA JURÍDICO

Até o momento, a constitucionalização corporativa foi proposta conceitualmente e analisada no plano da teoria sociológica, com atenção à observação e descrição sociológica do direito. A proposta deste capítulo é ilustrar, predominantemente de um ponto de vista interno ao sistema jurídico, os instrumentos normativos e as observações doutrinárias que têm emergido no que concerne à imposição a sujeitos da atividade econômica de obrigações e responsabilidades decorrentes de violações de direitos humanos. Por um lado, a “parte sociológica” do estudo pode ser vista como “fundamentação” teórica para a descrição estrutural desta “área” do sistema jurídico; por outro, a remissão a uma observação *jurídica* da constitucionalização corporativa adensa e reflete a elaboração sociológica construída – é necessária, sobretudo, por se tratar de construções normativas, institucionais e dogmáticas emergentes, não consolidadas, do sistema jurídico. Tal observação jurídica não é exaustiva, mas, conjugada à análise sociológica precedente, permite a elaboração de algumas questões persistentes que impedem um veredito definitivo sobre este “setor” do direito em (trans)formação.

3.1 SOBRE A OBSERVAÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO CORPORATIVA: PROGRAMAS E DOCTRINAS

A observação que pretende realizar o presente capítulo acerca das normas, organizações e proposições doutrinárias relativas à temática que aqui se conceituou como constitucionalização corporativa pressupõe alguns esclarecimentos em termos da teoria luhmanniana. A distinção entre dogmática jurídica (aqui entendida como sinônimo de doutrina), teoria do direito, filosofia do direito e sociologia do direito não é estável em Luhmann e não chega a consolidar-se com clareza. Tomadas ortodoxamente, são dificilmente conciliáveis¹²⁹⁴ as análises realizadas em *Sistema jurídico e dogmática jurídica*¹²⁹⁵ (de 1974) e em *O direito da sociedade* (de 1993) – notadamente em seu capítulo sobre *A autodescrição do sistema jurídico*¹²⁹⁶; tampouco a *Sociologia do direito* (de 1971) traz considerações especificamente esclarecedoras sobre dogmática ou teoria do direito. Se na obra de 1974 a dogmática era concebida em termos de elevação do grau de abstração e da flexibilidade do sistema jurídico¹²⁹⁷, na segunda obra citada (de duas décadas depois) se diferenciam as “teorias jurídicas normais” das “teorias reflexivas”; enquanto aquelas discutem problemas como “a irrelevância do motivo em um contrato, com exceção do caso de erro”, estas são responsáveis pela “referência à identidade do sistema que descreve a si mesmo”, pela elaboração conceitual da unidade, função e autonomia do direito¹²⁹⁸. As teorias reflexivas identificam-se, pois, ao campo da teoria do direito (pense-se em Kelsen, Hart e Dworkin, por exemplo), a qual não guia frequentemente a prática no sistema jurídico¹²⁹⁹, mas responde por uma fundamentação pressuposta na tomada das decisões programantes e programadas do direito¹³⁰⁰. Frequentemente, a reflexão do sistema jurídico acopla-se estruturalmente ao sistema científico (à linguística, à semiologia, à hermenêutica, à sociologia) ou a outros sistemas e teorias (políticas, econômicas) – daí que a teoria do direito

¹²⁹⁴ Cf. NEVES, 2007a, p. 154, nota 125; VILLAS BÔAS FILHO, 2010b, p. 52-3 (esp. nota 46).

¹²⁹⁵ LUHMANN, 1978.

¹²⁹⁶ LUHMANN, 2004a, p. 423-63.

¹²⁹⁷ LUHMANN, 1978, esp. p. 44-5.

¹²⁹⁸ LUHMANN, 2004a, p. 425.

¹²⁹⁹ Excetuada, provavelmente, a pretensão de DWORKIN (1986, esp. p. 1-44; 2006, esp. p. 140-86), que pretende enraizar sua teoria na prática jurisdicional.

¹³⁰⁰ LUHMANN, 2004a, p. 425. Para uma ampla observação sociológico-jurídica sobre a teoria do direito, cf. LUHMANN, 2004b.

usualmente seja uma construção interdisciplinar¹³⁰¹. A dogmática, por outro lado, é também uma reflexão do sistema jurídico no próprio sistema, embora não lide com sua “fundamentação” (com suas questões fundamentais) – frequentemente, a dogmática reflete setores do sistema jurídico, construídos por este – por meio de códigos, leis gerais, mas também pela própria doutrina.

Adota-se então o entendimento de que a dogmática é uma instância de reflexão do direito no próprio sistema jurídico; diferencia-se da autorreprodução basal deste sistema (a produção normativa) e também de sua reflexividade (a normatização jurídica da normatização jurídica, pelos procedimentos legislativos, judiciais, administrativos, eleitorais etc.). Como visto, é no plano da reflexão que o sistema presta um serviço a si mesmo, ou seja, realiza auto-observações que geram comunicações (essencialmente textos, autodescrições – a doutrina) voltadas principalmente à sistematização do material jurídico (doutrina/ dogmática) ou principalmente à conformação da autonomia e da identidade do próprio sistema (teoria do direito)¹³⁰². O serviço que a dogmática jurídica presta ao próprio sistema jurídico ocorre dentro deste mesmo sistema – daí por que a função (social) da dogmática jurídica seja efetivamente a mesma do sistema jurídico, qual seja: a estabilização generalizada de expectativas contrafáticas, com a especificidade, poder-se-ia acrescentar, de seu direcionamento ao núcleo profissional/ organizado do sistema (os profissionais do direito). Observada a distinção entre função (operação do sistema em relação à sociedade), prestação (operação de um sistema em relação a outro) e reflexão (operação de um sistema voltada ao próprio)¹³⁰³, é no interior do sistema jurídico e em relação ao mesmo sistema – ou seja, no plano da reflexão – que a diferença entre a comunicação dogmática (doutrina) e outras comunicações jurídicas (sentenças, leis, decretos, atos administrativos, contratos, títulos de propriedade etc.) pode ser desenhada.

A especificidade da descrição dogmática (ou doutrinária) está não só na tomada do direito positivo como dogma, como ponto de partida inegável das cadeias argumentativas doutrinárias, mas também no grau de abstração que produz em seu discurso, flexibilizando o próprio sistema jurídico e expandindo as possibilidades de construção de argumentos dentro deste sistema¹³⁰⁴. À diferença de descrições externas do sistema jurídico, a doutrina é útil para a operacionalidade do direito por seu cará-

¹³⁰¹ LUHMANN, 2004a, p. 429, 459.

¹³⁰² NEVES, 2009a, p. 263.

¹³⁰³ LUHMANN, 2007b, p. 600.

¹³⁰⁴ LUHMANN, 1978, p. 43-5.

ter *de lege lata*, pela ordenação abstratizante e complexa das normas jurídicas, construindo sua inserção em figuras mais genéricas – como “instituições” (a família, a propriedade, o contrato) e ordenamentos (segundo a matéria, a abrangência espacial, etc.). Tal é uma ordenação complexa por contribuir para a moldagem de uma série de cadeias argumentativas que podem ser mobilizadas e atualizadas na fundamentação de uma tese jurídica, voltada à sustentação de uma decisão reconhecida pelo sistema. Isto significa que a doutrina é responsável por elaborar diferentes relações entre os elementos basais do sistema jurídico (as normas e atos jurídicos, em sentido amplo), mas apenas algumas dessas relações poderão ser invocadas e coordenadas em um discurso voltado à produção de uma decisão jurídica – ao mesmo tempo em que estrutura a complexidade do direito, conferindo sistematicidade a seus elementos pela conformação de estruturas do sistema, a dogmática gera virtualmente um excedente de comunicações que não são todas realizáveis ao mesmo tempo em um mesmo evento jurídico (por exemplo, em um dado processo judicial), já que a construção de cada argumento, em concreto, restringe as possibilidades de coordenação com argumentos ulteriores na encadeação que constitui cada tese jurídica; esse excedente de comunicações (isto é, de elementos do sistema) é denotado pelo conceito de complexidade¹³⁰⁵ e é incrementado pela reflexão jurídica dogmática.

Tal excedente de possibilidades não atualizáveis de operação do sistema jurídico e uma multiplicidade de caminhos de acesso e “uso” do direito são descortinados pela inserção das corporações no campo dos direitos humanos fundamentais, processo que tem se aproveitado de uma série de reconfigurações do sistema jurídico, colocando em crise tradicionais construções (de ramos do direito, de formas de acesso a decisões para casos particulares, de divisões de obrigações e responsabilidades etc.) e irritando o sistema para a produção de novas construções, isto é, novas programações – entendidos os programas como critérios de alocação dos códigos-base de cada sistema, isto é, como padrões de correção das comunicações¹³⁰⁶. O objeto deste capítulo é analisar a emergência de novos programas do sistema jurídico no campo dos direitos humanos fundamentais, ou melhor, das obrigações e responsabilidades alocadas principalmente às organizações econômicas privadas nesta “área” do

¹³⁰⁵ Cf. BARALDI, 1996c, esp. p. 43.

¹³⁰⁶ LUHMANN, 2005d, p. 120: “Os sistemas de função identificam-se – assim poderíamos resumir a análise – como unidade no nível de seu código, quer dizer, por meio de uma diferença primária, e diferenciam suas relações com o ambiente externo no nível de seus programas. Na reflexividade do sistema, a diferença entre codificação e programação é ao mesmo tempo a diferença entre identidade e diferença”.

direito. Trata-se, portanto, de uma observação dos programas (normatizações e organizações correlatas) e da descrição “doutrinária” desses programas, de um ponto de vista definido como “externo moderado”¹³⁰⁷.

A perspectiva adotada pode ser entendida como uma subespécie do ponto de vista externo moderado, tal como diferenciado na teoria do direito de Hart¹³⁰⁸, para quem, sob este ponto de vista, cabem todas as descrições que vislumbrem não apenas as regularidades das ações (ponto de vista externo extremo), mas também a normatividade jurídica como razão para as ações – ainda que não se aceite (endosse) tal normatividade (como se aceita do ponto de vista interno, que corresponderia a uma observação de primeiro grau, em termos luhmannianos). O que se realiza é uma observação de observações, ou seja, uma observação de segundo grau – dada a diferenciação funcional, a observação de segundo grau de cada sistema (funcional) realiza-se em vista dos observadores de primeiro grau desse mesmo sistema, isto é, dos “atores” ou “agentes interessados”; no caso do direito, a observação sociológica pode fazer referência não apenas aos atos legislativos, judiciais, administrativos ou atos jurídicos privados (dentre os quais os contratos) – todos em sentido amplo –, mas também à própria “construção” dogmática que os observa. Chega-se, assim, a uma observação de terceiro grau.

A observação sociológica (de segundo, ou melhor, de terceiro grau) do sistema jurídico inclui a observação sobre a doutrina, uma vez que esta é concebida como incluída no próprio sistema jurídico, ao contrário da observação sociológica, produzida pelo sistema científico ou em acoplamento com este. Entender tal pressuposto epistemológico é condição para a presente análise e demanda alguns esclarecimentos. Nesse sentido, a dogmática é concebida como uma descrição interna do sistema jurídico, uma observação de primeiro grau – embora reflexiva, inserida no mesmo plano de autorreprodução do direito em que as leis, contratos, atos jurídicos, enfim, programas jurídicos. As descrições dogmáticas não deixam de ser, funcionalmente, textos normativos, como o são os textos de atos jurídicos públicos (legislativos, administrativos, judiciários) ou privados; isso porque, sejam ou não reconhecidas como “fontes do direito”¹³⁰⁹, as construções doutrinárias informam a estruturação de expectativas contrafáticas, sua generalização congruente por parte dos “atores” do sistema jurídico – juízes, administradores, legisladores, sujeitos ativos ou passivos de processos judiciais etc. A doutrina é não apenas parte do sis-

¹³⁰⁷ Cf. KERCHOVE; OST, 1988, p. 29-30.

¹³⁰⁸ 2007, p. 98-101.

¹³⁰⁹ Sobre fontes do direito, cf. LUHMANN, 2004a, p. 445-6.

tema jurídico que ela descreve, como também joga um papel estruturante na programação desse sistema, “na organização de uma série de considerações, de motivações, de critérios de ponderação de relações, mediante os quais o material jurídico é controlado para além de seu dado imediato e torna-se praticamente utilizável”¹³¹⁰.

Diferentemente, a “perspectiva externa” é uma “observação de segundo grau” por abarcar todas essas ações do sistema jurídico (suas operações, que são uma observação de primeiro grau), mas não se interessar pelas intenções ou “motivos” dos “agentes” (como o fazia a sociologia weberiana); apenas descreve as comunicações e, embora as visualizando em um dado pano de fundo diante do qual projetam seus sentidos (a semântica) – ou por assim vislumbrá-las –, atinge o entendimento da contingência das estruturas sistêmicas, isto é, de como poderiam ser diferentes os elementos selecionados e estabilizados na autoprodução do sistema (tais são suas estruturas)¹³¹¹. Essa perspectiva sociológica sobre os programas jurídicos (critérios de alocação do código *lícito/ ilícito*) é científica e regida pelo código *verdade/ falsidade*, diferentemente da dogmática, cujo “papel” de orientação normativa a subsume sobretudo ao código *lícito/ ilícito* – não que a dogmática não possa realizar observações *de lege ferenda*, mas sua “função” orientadora dos discursos e fundamentadora de teses jurídicas comanda uma autorrestrição para o horizonte do direito posto. Essa diferença não impede que as descrições internas e externas se influenciem mutuamente¹³¹².

Entende-se especialmente frutífera a observação sociológica do direito (incluindo sua autorreflexão pela dogmática) que aqui se propõe pelo próprio caráter emergente e precário das comunicações normativas que se estão realizando sobre a interseção *corporações – direitos humanos*; a própria doutrina sobre a matéria é muitas vezes composta por observações *de lege ferenda*, já que desconstrói dicotomias e categorias tradicionais do direito, sem ainda dispor de equivalentes hegemônicos na própria reflexão jurídica; as normas e organizações que atuam nessa interface têm antes um caráter experimental que consolidado. Daí que a “contingenciação” ressaltada pela observação sociológica (“a descrição da realidade como algo contingente, como algo também possível de outra maneira”¹³¹³) e seu “testemunho ocular” sobre construções e reconstruções em curso nas categorias e entendimentos jurídico possam contribuir

¹³¹⁰ LUHMANN, 1978, p. 45.

¹³¹¹ LUHMANN, 2007b, p. 260 (esp. nota 254), 889.

¹³¹² LUHMANN, 2004a, p. 423.

¹³¹³ LUHMANN, 2007b, p. 889.

para a elucidação destes processos, potencializando inovações por novas irritações do sistema jurídico.

3.2 O DIREITO “MULTIORDENADO”

A constitucionalização corporativa, como emergência da temática dos direitos humanos fundamentais em referência às obrigações e responsabilidades das organizações empresariais (pessoas físicas ou jurídicas que desenvolvam atividade empresarial ou auxiliar a esta), consiste na expansão de um problema tradicionalmente tratado pelas constituições modernas (na semântica dos direitos fundamentais), nas ordens jurídicas nacionais, para outras ordens jurídicas – internacionais (notadamente no período posterior à Segunda Guerra Mundial, com a construção do direito internacional dos direitos humanos – seja na ordem universal, sob liderança da ONU, seja nas ordens regionais – americana, europeia, africana), supranacionais (*vide*, por exemplo, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000) e transnacionais (especialmente as autorregulações de corporações e a *soft law* de organizações não governamentais). A diferenciação entre as ordens jurídicas (ou ordenamentos, ou instituições, na linguagem de Santi Romano¹³¹⁴) nacional e internacional em sentido estrito é clara, bem como sua identidade na reconstrução jurídica da forma segmentária de diferenciação social – no caso, em países, representados por seus Estados. Tanto o direito nacional quanto o internacional tomam como centro jurígeno o Estado (daí a tese monista kelseniana¹³¹⁵) e, dada a proeminência da diferenciação segmentária em que se funda esta organização e o sistema funcional da política, na qual ela se insere, bem como considerado o acoplamento estrutural de política e direito (pela constituição, norma positiva fundante de cada ordenamento jurídico, na versão kelseniana¹³¹⁶), os âmbitos espaciais de validade das ordens jurídicas são definidos em vista da diferenciação do órgão produtor do direito: o Estado, seja por sua legislação interna, seja pelo consenso interestatal ou reconhecimento do costume internacional. Fora do Estado, em nível nacional ou subnacional, emergem ordens reconhecidas em concepções de pluralismo jurídico, como as variadas formas de juridicidade reconhe-

¹³¹⁴ 2008. Sobre o pluralismo jurídico de Santi ROMANO (2008, p. 137 ss.), cf. BOBBIO, 2007, p. 159-80. Sobre o institucionalismo de Santi Romano, *vide* ainda capítulo 2, item 2.4.

¹³¹⁵ KELSEN, 2006, p. 364-86.

¹³¹⁶ KELSEN, 2006, p. 246-9.

cíveis a partir de culturas indígenas. Vale lembrar que na ordem internacional também se desenvolveram especializações, de forma que os conflitos políticos internacionais não raro foram substituídos por conflitos de competência entre órgãos judiciais internacionais e pela concorrência de demandas ancoradas em semânticas e estruturas de diferentes “*regimes hegemônicos*”¹³¹⁷ (direito da OMC, direito ambiental internacional, direito internacional dos direitos humanos, direito internacional penal etc.), entre as quais não há possibilidade de otimização técnica e apolítica¹³¹⁸.

Por outro lado, fundado em outra forma de diferenciação segmentária, o direito comunitário europeu é a única ordem jurídica que pode ser apontada como supranacional em sentido estrito¹³¹⁹, o que se caracteriza principalmente pelo princípio da aplicabilidade direta do direito comunitário, isto é, pela imediata vinculatoriedade da normatividade da União Europeia em relação aos cidadãos de seus Estados-membros, sem a necessidade de internalização legislativa por tais Estados. Assim, as normas emanadas da UE “*têm efeito direito, quer dizer, aplicam-se diretamente no interior dos Estados-membros sem necessidade de atos de execução ou de reconhecimento destes, criando, em consequência, direta e automaticamente, direitos e deveres para os sujeitos submetidos à soberania dos Estados-membros*”¹³²⁰. Mais restritamente¹³²¹, também é relevante o princípio da primazia do direito supranacional europeu sobre as ordens jurídicas nacionais dos Estados-membros. Há ainda que se destacar que o Tratado de Lisboa, de 2007, previu, em seu art. 3º-B, 1: “*A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade*”.

Finalmente, as ordens transnacionais procuram fundar-se em um princípio de diferenciação diverso do segmentário, qual seja, o da

¹³¹⁷ KOSKENNIEMI, 2012b; 2011b, p. 353. Cf. TEUBNER, 2012, p. 152-62.

¹³¹⁸ KOSKENNIEMI, 2011b, p. 344.

¹³¹⁹ NEVES, 2009a, p. 152: “*Se restringirmos o conceito jurídico de supranacionalidade para uma organização fundada em tratado que atribui, para os seus próprios órgãos, competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade, com força vinculante direta para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, poderemos afirmar que a União Europeia constitui a única experiência de supranacionalismo. Embora o tratado de fundação (‘tratado constitucional’) e suas transformações dependam de ratificação dos Estados-membros, as normas ordinárias e decisões administrativas e jurisdicionais da União vinculam imediatamente os cidadãos e agentes estatais*”.

¹³²⁰ SILVA, J. A., 2002, p. 26.

¹³²¹ Cf. NEVES, 2009b, p. 153.

diferenciação funcional. Embora por vezes associada também ao direito internacional¹³²², é nos âmbitos transnacionais que a semântica dos regimes jurídicos ganha densidade¹³²³. As ordens transnacionais são conformadas por atores privados (em geral corporações transnacionais) e quase públicos (como ONGs igualmente transnacionais), ou seja, por organizações ou redes de organizações que produzem suas comunicações (inclusive jurídicas) em um âmbito espacial tendencialmente global. Esses atores conformam ordens jurídicas paralelas, independentes do reconhecimento estatal, mas que por vezes se chocam com as ordens estatais, em conflitos transversais envolvendo matérias como os direitos humanos¹³²⁴. Exemplos de ordens transnacionais são a nova *lex mercatoria* (cujo centro organizacional é a Câmara de Comércio Internacional de Paris), a *lex sportiva* (cujo centro de organização é o Tribunal Arbitral do Esporte em Lausanne, Suíça, vinculado ao Comitê Olímpico Internacional) e a *lex digitalis* (consolidada pela ICANN, *Internet Corporation of Assigned Names and Numbers* ou Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números, uma parceria público-privada sediada na Califórnia).

A nova *lex mercatoria* apresenta-se como um direito transnacional autônomo, vinculado ao comércio internacional. A pioneira sistematização do conceito foi lograda por Berthold Goldman, no artigo *Frontieres du droit et "lex mercatoria"*, publicado nos *Archives de Philosophie du Droit*, vol. IX, n. 9, em 1964¹³²⁵. Na concepção original de Goldman, a nova *lex mercatoria* expressar-se-ia nos contratos internacionais comerciais e, principalmente, nas consequentes arbitragens instaladas sobre o tema, notadamente em sedes institucionais como a Câmara de Comércio Internacional (CCI) de Paris. Na formulação do autor, “*não nos parece que o caráter de regras possa ser recusado aos elementos constitutivos da lex mercatoria, ainda que esta não forme um sistema inteiramente autônomo*”¹³²⁶.

A releitura dessa tese, efetuada nos termos da teoria sistêmica luhmanniana, foi realizada com grande difusão por Teubner. De fato, a releitura da teoria da nova *lex mercatoria* pareceu encontrar um terreno fecundo na descrição luhmanniana dos sistemas funcionais e na sua concepção de contrato como acoplamento estrutural entre economia e direito – ao que se poderia acrescentar a arbitragem como um acoplamento estru-

¹³²² Criticamente, KOSKENNIEMI, 2011b, p. 331-61, esp. p. 350-4.

¹³²³ TEUBNER, 2003; 2012, p. 57-72.

¹³²⁴ Sobre conflitos entre ordens transnacionais e estatais, cf. NEVES, 2009b, p. 187-216.

¹³²⁵ Cf. GOLDMAN, 1997.

¹³²⁶ GOLDMAN, 1997, p. 19.

tural congênere, até mesmo mais estreito, já que os tribunais arbitrais poderiam ser vislumbrados como organizações centrais do acoplamento estrutural geral entre os sistemas jurídico e econômico. Assim é que Teubner¹³²⁷ apresentou uma descrição da nova *lex mercatoria* como uma ordem jurídica muito mais autônoma, complexa e autorreferencial do que aquela apresentada por Goldman¹³²⁸, o que pode ser atribuído não apenas a uma evolução do objeto analisado mas também às próprias ferramentas conceituais de análise e, talvez, à tentativa teubneriana de encontrar na realidade observada algo tão próximo do que a teoria lhe proporcionava construir¹³²⁹.

Outro exemplo que consolidaria a noção de uma ordem jurídica transnacional é a chamada *lex sportiva*, cujo centro de organização é o Tribunal Arbitral do Esporte, que, vinculado ao Comitê Olímpico Internacional, iniciou suas operações em 1984, na sua sede em Lausane (Suíça). Essa corte arbitral do esporte opera segundo seus próprios “programas” jurídicos¹³³⁰, bem como considerando programas de outras organizações privadas transnacionais, como a FIFA, sediada também na Suíça, em Zurique. Tal ordem jurídica transnacional, construída pelo acoplamento entre os sistemas funcionais do direito e do esporte¹³³¹, tem se envolvido em conflitos com ordens jurídicas de diferentes naturezas (como

¹³²⁷ Especialmente TEUBNER, 2003.

¹³²⁸ 1997, p. 21: “*Retorna-se nesse caso à dificuldade advinda do fato de que a lex mercatoria não é um sistema jurídico completo, e aqui será acrescentado que ela não se reporta a uma coletividade politicamente organizada, a única que pode ser dotada de uma força coercitiva irresistível. Mas isso não nos parece ser o suficiente para constatar que ao menos algumas das normas que a compõem – e na verdade todas, com exceção dos contratos-tipo que emanam das empresas isoladas – são regras de direito geral (e não normas individuais ‘enganchadas’ em uma regra estatal reconhecendo força obrigatória aos contratos); nem por desconhecer seu movimento em direção de uma sistematização com certeza incompleta, mas crescente*”.

¹³²⁹ Para uma abordagem crítica das origens e pretensa autonomia da “nova *lex mercatoria*”, cf. COSTA, J. A. F., 2012. O autor enfatiza a ambivalência do reconhecimento dessa ordem jurídica do comércio mundial, entre a narrativa mítica de sua espontaneidade e de sua base social (a *societas mercatorum*) e o pragmatismo da argumentação voltada à uniformização normativa, atividade liderada por organizações internacionais como a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO) e o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT); ainda, lembra o contexto em que Berthold Goldman cria o argumento de uma ordem transnacional privada do comércio global, para enfrentar pressões nacionalizantes e estatizantes dirigidas contra corporações multinacionais.

¹³³⁰ No sentido de LUHMANN, 2007b, p. 280-2, 294.

¹³³¹ Cf. NEVES, 2009b, p. 197-206.

os direitos nacionais), afirmando e reafirmando sua autonomia inclusive em matérias tipicamente constitucionais¹³³².

Finalmente, destaca-se a *lex electronica*¹³³³ ou *lex digitalis*¹³³⁴, consolidada pela ICANN (*Internet Corporation of Assigned Names and Numbers* ou Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números). Decorrente de uma iniciativa do próprio governo (Clinton) dos Estados Unidos, a ICANN foi fundada como pessoa jurídica sem fins lucrativos subordinada ao direito da Califórnia, mas suas pretensões regulatórias são globais¹³³⁵. Hoje, a instituição se define como uma parceria público-privada¹³³⁶. Nas análises informadas pela teoria dos sistemas luh-

¹³³² NEVES, 2009b, p. 197: “A *lex sportiva*, ordem jurídica construída em conexão com o esporte como sistema funcional da sociedade mundial, mediante as associações esportivas transnacionais, tem afirmado um alto grau de autonomia perante o direito estatal, com impactos em questões de direitos individuais de natureza constitucional, especialmente no campo da liberdade contratual e profissional. Ao proibir que os atletas pleiteiem seus direitos perante a justiça estatal, por exemplo, as associações esportivas transnacionais têm a pretensão de sustentar a autonomia de suas respectivas ordens jurídicas, em matéria de direito esportivo. O problema reside precisamente no fato de que o direito esportivo, como já afirmado, envolve direitos de liberdade contratual e profissional, do que decorre a questão do transconstitucionalismo. Essa pretensão de exclusividade de jurisdição não é algo que permanece no plano das normas gerais e abstratas, sem repercussão prática no plano da concretização processual da *lex sportiva*. Os tribunais arbitrais esportivos têm afirmado, com êxito, a sua autonomia perante os tribunais estatais na prática das decisões de conflitos, levando com isso a colisões e, portanto, à necessidade de uma ‘conversação’ transconstitucional”.

¹³³³ TEUBNER, 2004, esp. p. 3-5, 20-28; VESTING, 2004, p. 37-9.

¹³³⁴ NEVES, 2009b, p. 206-13.

¹³³⁵ NEVES, 2009b, p. 207.

¹³³⁶ ICANN, 2005: “A *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN – Corporação para Atribuição de Nomes e Números na Internet)* é uma corporação internacional sem fins lucrativos, responsável pela alocação do espaço de endereços de Protocolos da Internet (IP), pela atribuição de identificadores de protocolos, pela administração do sistema de domínios de primeiro nível, tanto genéricos (gTLDs) quanto com códigos de países (ccTLDs), e também pelas funções de gerenciamento do sistema de servidores-raiz. Originalmente, esses serviços foram desempenhados segundo um contrato do governo dos EUA com a *Internet Assigned Numbers Authority (IANA – Autoridade para Atribuição de Números na Internet)* e outras entidades. Agora a ICANN desempenha a função da IANA. [...] Como parceria público-privada, a ICANN se dedica a preservar a estabilidade operacional da Internet, a promover a concorrência, obter a ampla representação das comunidades globais da internet e desenvolver políticas adequadas à sua missão, por intermédio de processos baseados em consenso e ‘de baixo para cima’. [...] Na estrutura da ICANN, governos e organizações criadas por tratados internacionais trabalham em parceria com empresas, organizações e indivíduos capacitados envolvidos na construção e manutenção da Internet global. A inovação e o crescimento contínuo

manianna, compreende-se a *lex electronica* como um acoplamento estrutural entre o direito e um emergente sistema funcional da internet¹³³⁷. Vesting, entretanto, entende que esse sistema da “comunicação digital”, diferenciado mesmo do sistema dos meios de comunicação de massa (Luhmann apenas tratou deste último¹³³⁸), operaria segundo um princípio diferente daquele da diferenciação funcional, tendo mesmo potencial para modificar a diferenciação funcional da sociedade moderna nos próximos tempos¹³³⁹.

Em suma, ao lado de ordens jurídicas estatais (nacionais) e subnacionais ou locais extraestatais, destacam-se, em sentido estrito, a ordem internacional (cuja normatividade depende de procedimentos de internalização legislativa nos Estados), a ordem supranacional (existente na União Europeia, cuja legislação é imediatamente válida para os cidadãos e funcionários dos Estados-membros) e as ordens transnacionais. Estas são

da internet trazem novos desafios para manter sua estabilidade. Trabalhando em conjunto, os participantes da ICANN tratam aqueles assuntos que afetam diretamente a missão de coordenação técnica da ICANN. Dentro do princípio de autorregulamentação máxima na economia de alta tecnologia, talvez a ICANN seja o exemplo mais acabado de colaboração dos diversos integrantes da comunidade da Internet. [...] A ICANN é dirigida por um Conselho de Diretores provenientes de diversos países, que supervisiona o processo de elaboração de políticas. O Presidente da ICANN dirige uma equipe internacional, que trabalha em três continentes e garante que a ICANN cumpra seu compromisso operacional para com a comunidade da internet. [...] Criado para atender às demandas de tecnologias e economias em rápida transformação, o processo normativo flexível e de implementação simples se origina nas três Organizações de Apoio. Comitês consultivos de organizações de usuários e comunidades técnicas trabalham com as Organizações de Apoio para criar políticas adequadas e efetivas. Mais de oitenta governos assessoram de perto o Conselho de Diretores por intermédio do Comitê Consultivo para Assuntos Governamentais”.

¹³³⁷ Cf. esp. TEUBNER, 2004, p. 3-5, 20-28.

¹³³⁸ Cf. LUHMANN, 2005a.

¹³³⁹ VESTING, 2004, p. 38-9: “A internet não é um ‘sistema autônomo de comunicações’, isto é, uma forma com fronteiras claras, mas sim um novo tipo de **medium** de comunicações, baseado em um código digital por meio do qual todos os outros meios de comunicação (linguagem, imagens, som) podem ser integrados. A internet é então um novo ‘transmeio’, que, em princípio, não tem fronteiras. Isso é que faz da internet tão interessante objeto de estudo. É provável que a internet vá reestruturar as características dos meios dos sistemas funcionais e, daí, também mudar o conceito de diferenciação da sociedade moderna. Partindo dessa compreensão, pode ser desenvolvida a tese de que não haverá uma ‘constituição digital’, como nunca houve uma ‘constituição da linguagem’ juridicamente relevante. Em termos mais gerais: a rede das redes que irá emergir como resultado da internet pavimenta-se sob a assunção de **subsistemas** autônomos; uma concepção forte de ‘constituições civis’ não pode compreendê-lo”.

formadas por uma normatividade ditada por atores privados ou quase públicos – como corporações e organizações não governamentais transnacionais – e obedece a uma lógica setorial ou funcional, com baixa consideração à normatividade jurídica de âmbito de vigência territorialmente delimitado (ou seja, aos demais tipos de ordem jurídica)¹³⁴⁰.

Quanto às relações entre ordens jurídicas, destacam-se aqui três modelos teóricos contemporâneos: o transconstitucionalismo (Neves¹³⁴¹), o modelo de hierarquias descontínuas e pirâmides inacabadas (Delmas-Marty¹³⁴²) e a teoria pluriversalista do direito internacional (Teixeira¹³⁴³), entendido este *lato sensu* (cobrindo potencialmente as ordens supranacionais e transnacionais).

O modelo do transconstitucionalismo, considerando todos os tipos de ordens jurídicas mencionados, parte da constatação de que problemas tradicionalmente definidos como matéria constitucional (estatal) – notadamente a divisão de poderes e os direitos humanos fundamentais – têm sido levados a essas diversas instâncias do sistema jurídico da sociedade (mundial), transpassando-as (daí a ideia de transconstitucionalismo, inspirada no conceito de “racionalidade transversal” de Wolfgang Welsch). Assim, postula a construção de racionalidades transversais entre as diversas ordens jurídicas presentes na sociedade mundial (o que tem se dado principalmente no âmbito dos tribunais, mas não só¹³⁴⁴), de forma a se construir em cada ordem uma “abertura normativa” às demais. Assim formam-se relações transconstitucionais entre duas ou mais (“transconstitucionalismo multiangular”) ordens jurídicas da mesma espécie ou de tipos diversos, respeitando-se a estrutura (hierárquica ou heterárquica) de cada ordem em um exercício de alteridade e construção de soluções conjuntas, configurando-se, portanto, um “*sistema jurídico mundial de níveis múltiplos*” com “*heterarquias e hierarquias entrelaçadas*”¹³⁴⁵.

¹³⁴⁰ Tais são os sentidos adotados por NEVES (2009b).

¹³⁴¹ 2009ab.

¹³⁴² 2004.

¹³⁴³ 2011.

¹³⁴⁴ Pode-se destacar como um exemplo de transconstitucionalismo o fato relatado por PIOVESAN (2011, p. 118, 180), de que o sistema europeu de direitos humanos – organizado a partir da respectiva Corte – tem sido mais um “agente de reforma legal” com relação às práticas de direitos humanos (influenciando não só os Estados europeus) do que atendido a grandes violações pontuais desses direitos, o que era seu foco originalmente pensado. Assim, legislativos nacionais têm sido influenciados por um judiciário internacional ao qual nem estão organicamente vinculados.

¹³⁴⁵ NEVES, 2009b, p. esp. p. 115-32, 235-8 e 270-98.

Aponta-se o transconstitucionalismo como “fator de da integração sistêmica da sociedade hipercomplexa da atualidade”, por meio da “promoção de uma ‘ordem diferenciada de comunicações’”, e como um modelo normativamente orientado a “enfrentar o problema da inclusão/exclusão de pessoas”, tratando dos temas e pretensões constitucionais no plano da sociedade mundial¹³⁴⁶. Em uma sociedade mundial como aquela que caracteriza a modernidade (progressivamente, desde os séculos XV/XVI), embora o sistema político se diferencie segmentariamente em unidades territoriais regionais (Estados) que contam com uma estrutura jurídico-política (constitucional) voltada às mencionadas questões, a necessidade da articulação das questões constitucionais (controle do poder e direitos humanos) expressa-se como contrabalanceamento à força de setores altamente especializados dos diversos sistemas sociais diferenciados funcionalmente, setores estes que passam a se reproduzir no plano mundial, com certo descolamento de suas origens territoriais¹³⁴⁷.

*Mas a força crescente dos sistemas baseados em expectativas cognitivas, seja no plano estrutural (economia, técnica e ciência) ou semântico (meios de comunicação de massa) da sociedade mundial, tornou praticamente imprescindível a emergência de uma ‘nova ordem mundial’ concernente não só a processos de tomada de decisão coletivamente vinculante, mas também a mecanismos de estabilização de expectativas normativas e regulação jurídica de comportamentos*¹³⁴⁸.

A tese do transconstitucionalismo vislumbra ainda¹³⁴⁹: 1) como restrição empírica, o problema da assimetria das formas de direito, que incrementa a dificuldade da pretensão de um diálogo transconstitucional ortogonal, isto é, não conducente à reiteração da dominação de formas de direito mais fortes diante das mais fracas (o direito global dos comerciantes *versus* o direito de Estados periféricos, o direito estatal *versus* as ordens autóctones etc.); 2) como “exigência funcional” (problema para o qual o transconstitucionalismo busca solução), a construção de uma “ordem diferenciada de comunicações” capaz de restringir a fragmentação jurídica global sem retrotraí-la de forma desdiferenciante a uma “utopia constitucional”; 3) como “pretensão normativa” (expectativa a ser contrafaticamente generalizada no plano da sociedade mundial), a promoção da

¹³⁴⁶ NEVES, 2009b, p. XXIV-XXV.

¹³⁴⁷ NEVES, 2009b, p. 26-34. Cf. TEUBNER, 2003.

¹³⁴⁸ NEVES, 2009b, p. 31.

¹³⁴⁹ NEVES, 2009b, p. 279-93.

inclusão, em lugar tanto do idealismo humanista da “comunidade internacional” quanto do realismo da hegemonia das relações internacionais de poder.

Adotando a ideia de “hierarquias entrelaçadas” ou “enredadas” de Douglas Hofstadter, em que também se fundamenta o transconstitucionalismo de Neves¹³⁵⁰, Delmas-Marty procede a uma crítica da noção kelseniana monista de estrutura escalonada do ordenamento jurídico, na qual a hierarquia fundaria em uma só direção a validade de uma norma – exclusivamente com base na norma superior¹³⁵¹: “*Em vez da hierarquia contínua e linear que a imagem da pirâmide expressava, aparecem hierarquias descontínuas, como outras tantas pirâmides inacabadas, e hierarquias enredadas que formam ‘anéis estranhos’, retomando a imagem de Hofstadter*”¹³⁵². Entre ordens jurídicas diversas, a autora visualiza relações de “hierarquias descontínuas e pirâmides inacabadas”, interrupções de cadeias normativas e “coexistência de cortes supremas autônomas e não hierarquizadas entre si” (e.g., o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Corte Europeia dos Direitos Humanos)¹³⁵³; de fato: há uma “*interrupção quase total entre o direito da Comunidade Europeia e o da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. [...] Do direito interno aos direitos europeus, existe uma hierarquia e a norma europeia prevalece sobre a lei interna*”. Ao lado da ideia de que o enredamento entre ordens normativas por “anéis estranhos” marca uma alternatividade entre hierarquias¹³⁵⁴, a autora propõe uma noção mais controversa em termos de teo-

¹³⁵⁰ 2009b.

¹³⁵¹ DELMAS-MARTY, 2004, p. 85-7. Cf. KELSEN, 2006, 215-38, esp. p. 221-4.

¹³⁵² DELMAS-MARTY, 2004, p. 87.

¹³⁵³ DELMAS-MARTY, 2004, p. 88.

¹³⁵⁴ DELMAS-MARTY, 2004, p. 98-9: “[...] a imagem do anel introduz a ideia de uma interação que não acarreta forçosamente o desaparecimento de todas as hierarquias, mas, antes, o enredamento delas e, por isso, o aparecimento de novos modos de geração do direito. Modos novos e diferentes uns dos outros conforme o enredamento ocorra entre sistemas autônomos e não hierarquizados, que criam hierarquias ‘alternativas’ que estabelecem certa continuidade no ponto em que o processo normativo estava interrompido, ou se desenvolve a partir de sistemas já hierarquizados, ou parcialmente hierarquizados, tendo o efeito de inverter os níveis normativos ao fazer o nível inferior participar da determinação das normas de nível superior e favorecendo assim o aparecimento de hierarquias ‘invertidas’. [...] Daí a análise proposta aqui em termos de hierarquias ‘alternativas’, que talvez evoque mais o jogo das referências cruzadas que se observam de um sistema para outro. Referências que marcam alternativamente a primazia de um, e depois do outro, graças ao instrumento privilegiado de troca interativa constituído pelos princípios gerais do direito inclassificáveis na hierarquia piramidal clássica, mas também facilita o transporte das mensagens que ligam entre si sistemas aparentemente autô-

ria do direito: trata-se da ideia de “hierarquias invertidas”, inversão esta que já se iniciaria pelo fato de o conteúdo de uma norma superior não ser absolutamente determinado, mas sim preenchido pela norma inferior (que elegeu uma das alternativas de desdobramento possíveis a partir da norma superior) – assim, a norma inferior seria, ao menos em termos materiais, tão determinante à norma supraordenada quando esta em relação à infraordenada¹³⁵⁵.

Finalmente, a “teoria pluriversalista do direito internacional” de Teixeira, tomando o termo “internacional” em um sentido amplo (cobrindo também as ordens supranacionais), parte de uma crítica do monismo jurídico e do universalismo internacionalista, representados respectivamente por autores como Kelsen e Kant, e descreve a proposta de um modelo pluriversalista inspirado em Carl Schmitt. Teixeira identifica dois momentos fundantes do direito internacional contemporâneo: a “tradição romana do *jus gentium*”, que “reconhecia a autonomia dos direitos locais (nacionais) e diante destes exercia não mais do que uma função supletiva”¹³⁵⁶, e o *jus publicum Europaeum*, marcado pela Paz de Vestfália (1648) e vigente nos séculos XVIII e XIX, que reforçou o sistema internacional como um sistema interestatal com base no direito positivo, ao qual se acabou atribuindo uma função civilizatória¹³⁵⁷ a partir da *domestic analogy* inspirada em Hobbes (analogia da relação entre um Estado e seus cidadãos à relação entre Estados)¹³⁵⁸. Em ambos os casos, a “vontade soberana dos Estados” permanece como “fundamento de validade” da ordem internacional. Alternativamente, destaca-se a proposta kantiana de um direito internacional cosmopolita fundado não nos Estados, mas sim nas pessoas, como cidadãos de uma república mundial capaz de instituir a paz perpétua¹³⁵⁹. Porém, diante do pluralismo cultural e da complexidade da sociedade moderna, a proposta kantiana seria incapaz de implementar-se a não ser como uma simplificação desdiferenciante e/ ou como uma estrutura potencializadora das assimetrias de poder e, portanto, facilmente capturável autoritariamente. Buscando uma alternativa a um universalis-

nomos. [...] Ainda há que distinguir conforme os diferentes casos específicos. Entre as normas constitucionais e o direito comunitário, a ideia de hierarquia não está totalmente excluída, em razão da primazia da ordem comunitária sobre as ordens jurídicas nacionais”.

¹³⁵⁵ Tal processo de inversão da hierarquia aconteceria mesmo na decisão judicial, na qual “uma indeterminação da norma” geral e abstrata “remete ao nível inferior o poder de determinar esta” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 105).

¹³⁵⁶ TEIXEIRA, 2011, p. 234.

¹³⁵⁷ Cf. KOSKENNIEMI, 2001.

¹³⁵⁸ TEIXEIRA, 2011, p. 238-9.

¹³⁵⁹ TEIXEIRA, 2011, p. 249-40.

mo abstrato que pode ressaltar ao invés de conter as assimetrias políticas, culturais, econômicas da sociedade moderna, bem como a uma legitimação meramente estatal-voluntarista do direito internacional, Teixeira propõe

*um modelo de sistema político-jurídico internacional que seja multi-nível, multiator, dotado de espaços públicos de cooperação institucionalmente internalizados pelos Estados, e que seja, antes de tudo, um sistema em que os agentes estejam vinculados regionalmente, em especial, por elementos antropológicos, culturais e, até mesmo, étnicos, pois são elementos como estes, consolidados historicamente, que aproximam os povos e Estados de modo que se aprofundem a identidade cultural e o reconhecimento mútuo já previamente existente entre eles*¹³⁶⁰.

Assim, toma-se como inspiração a teoria schmittiana dos “grandes espaços” (*Grossräume*)¹³⁶¹, a qual postulava um pluriversalismo, mais capaz que o universalismo de resistir a uma cooptação por pretensões imperialistas¹³⁶²; tratava-se de “*um modelo de regionalismo político-jurídico policêntrico e multipolar, que deveria ter as suas decisões com força normativa tomadas a partir da negociação multilateral e dos processos de integração regional*”¹³⁶³. Teixeira¹³⁶⁴ propõe, então, dois planos de estruturação e funcionamento do direito internacional: 1) no âmbito dos espaços regionais¹³⁶⁵, fundados, sobretudo, na identidade cultural – ao contrário do modelo de ênfase quase que exclusivamente econômica dos blocos regionais; nesses espaços regionais fundar-se-ia uma governança multilateral dos principais problemas e interesses dos países envolvidos; 2) no plano universal, o direito internacional (que o autor chama de “supranacional”)¹³⁶⁶ vigeria com uma função supletiva e uma competência residual: aí poderiam interagir espaços regionais e países pertencentes a diferentes espaços regionais, de forma a alcançar uma cooperação em nível planetário para grandes questões relacionadas, por exemplo, aos tráficos internacionais e ao meio ambiente. Em ambas as instâncias, ao contrário do que existe no direito comunitário europeu, haveria a necessidade de internalização legislativa da normatividade internacional pelos

¹³⁶⁰ TEIXEIRA, 2011, p. 248.

¹³⁶¹ Cf. TEIXEIRA, 2011, p. 272-82.

¹³⁶² TEIXEIRA, 2011, p. 281.

¹³⁶³ TEIXEIRA, 2011, p. 277-8.

¹³⁶⁴ TEIXEIRA, 2011, p. 231-305.

¹³⁶⁵ TEIXEIRA, 2011, esp. p. 282-92.

¹³⁶⁶ TEIXEIRA, 2011, esp. p. 292-305.

Estados-membros¹³⁶⁷, de modo que a relativização das soberanias permanesse seletiva¹³⁶⁸. Esse modelo seria capaz de: 1) melhor legitimar o sistema jurídico internacional – excluindo o fundamento único do consenso de Estados e ao mesmo tempo facilitando-o pela congregação de países culturalmente próximos; 2) ampliar as possibilidades de dissenso e pluralidade cultural e moral, pela estruturação dos espaços regionais na mediação com o direito internacional universal e suas instituições; 3) ampliar a ressonância da esfera pública no direito internacional – notadamente pela abertura dos espaços regionais; 4) elidir os riscos de imperialismo, proporcionais à concentração de poder exclusivamente em uma esfera internacional universal; 5) fundar um sistema de equilíbrio de poderes (similar à ideia constitucionalista dos Poderes do Estado como “freios e contrapesos”¹³⁶⁹) entre o regional e o universal, sem esvaziar a importância das estruturas regionais (mais próximas dos problemas enfrentados por cada país e mais acessíveis aos seus cidadãos) e sem sobrecarregar de pretensões a esfera universal, possibilitando a esta atuar de forma não simplificadora sobre a diversidade (notadamente cultural) e a complexidade, que então restam reconhecidas e melhor trabalhadas no plano do direito internacional.

Os três modelos apresentados negam um simples diagnóstico da passagem de um direito hierarquizado para um direito em rede totalmente desestruturado¹³⁷⁰ e apresentam perspectivas inovadoras de desenhos institucionais e de reconstrução jurídica da complexidade e diferenciação da sociedade moderna e da diversidade cultural a ela inerente (cognitivamente) e nela presente também normativamente, como pretensão legítima – refletida nos direitos humanos fundamentais culturais. O sistema jurídico apresenta-se, nesses diagnósticos, como fragmentado e multiordenado,

¹³⁶⁷ TEIXEIRA, 2011, p. 303.

¹³⁶⁸ TEIXEIRA, 2011, esp. p. 297-99.

¹³⁶⁹ Cf. HAMILTON; JAY; MADISON, 1959.

¹³⁷⁰ DELMAS-MARTY, 2004, p. 110-1: “*Em última análise, quer o enredamento ligue sistemas totalmente distintos e não hierarquizados (pelo jogo de hierarquias alternativas), quer se situe no interior de sistemas já hierarquizados, unificados ou parcialmente distintos (hierarquias invertidas), ele oferece possibilidades novas e sugere a hipótese de que, para além da teoria americana da pluralidade de ‘esferas de justiça’ [Walzer], somente justapostas umas às outras, poderia existir um verdadeiro pluralismo jurídico. [...] Jurídico desde que, a respeito de critérios de juridicidade que será preciso definir, esse pluralismo seja suficientemente ordenado para que a retirada de marcos, o surgimento de fontes e o deslocamento de linhas não signifiquem somente desordem e decomposição da paisagem, mas anunciem uma recomposição cujas linhas diretrizes ainda estão por apreender*”. Para uma visão crítica sobre a aplicabilidade de estruturas de rede no direito, cf. TEUBNER, 2009.

isto é, reproduzido em diferentes subsistemas (diferenciados conforme seu âmbito de validade), cada um construído segundo princípios, categorias e programações inconciliáveis plenamente nas relações de um a outro sistema. A semântica do transconstitucionalismo¹³⁷¹, especialmente, traduz a ideia da insubordinação de um ordenamento ao outro, reconhecendo a conflitividade das relações entre ordenamentos de mesmo tipo ou de tipos diferentes e colocando como pretensão normativa a autocontenção de cada ordem para a viabilização de hetero-observações e para a construção, a cada conflito, de possibilidades de diálogo entre programas, decisões e organizações produzidos por cada ordem. Essas possibilidades de diálogo e abertura normativa heterárquica entre as ordens jurídicas redimensionam debates como aqueles sobre hierarquia nacional de tratados internacionais de direitos humanos¹³⁷².

3.2.1 As várias ordens jurídicas na constitucionalização corporativa

Considerado o direito brasileiro como referência de ordem nacional, pode-se afirmar que a temática das obrigações e responsabilidades das corporações em decorrência de violações de direitos humanos por estas perpetradas não tem provocado grande inovação legislativa, jurisprudencial ou doutrinária; em geral, não se mobilizam instrumentos especificamente do campo dos direitos humanos e as questões são resolvidas segundo a legislação ordinária de campos como o direito ambiental ou consumerista, com a mobilização de instrumentos processuais típicos para a responsabilização civil. Merece uma referência crítica, porém, a recepção (principalmente doutrinária) da ideia de eficácia privada dos direitos fundamentais – objeto da análise no item 3.3.1.1.

¹³⁷¹ NEVES, 2009b.

¹³⁷² A doutrina brasileira vem entendendo que os tratados internacionais de direitos humanos têm caráter materialmente constitucional, do que muitos inferem que tais tratados teriam também hierarquia constitucional (cf., entre outros, SARLET, 2010). O Supremo Tribunal Federal tradicionalmente atribuía a tais tratados (como a todos os demais) a hierarquia de lei ordinária; atualmente, tem firmado o entendimento de que os tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional ou, no mínimo (cf. RE 466.343-1 São Paulo, voto-vogal Min. Gilmar Mendes), supralegal infra-constitucional. De qualquer modo, um tratado de direitos humanos pode vir a receber *status* formalmente constitucional se submetido ao requisito procedimental inserido pela EC 45/2004 como § 3º no art. 5º da Constituição brasileira vigente: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”.

Quanto à ordem internacional, é nela que se localiza a liderança do tratamento da temática dos direitos humanos no seio da regulação da atividade econômica. Note-se, desde já, que a ordem internacional, classicamente restrita aos Estados como sujeitos de direito e aos tratados e costumes como fontes, tem passado por modificações estruturais – dentre as quais aquelas que a fazem expandir seus sujeitos (principalmente desde a emergência do direito internacional dos direitos humanos) e suas fontes (colocando ao lado dos tratados instrumentos como os de *soft law*¹³⁷³). Tais reestruturações são visualizáveis no campo sob enfoque, a começar pelo fato de que vem sendo construído como domínio de *soft law* e por iniciativas institucionais mais “promocionais” que sancionatórias¹³⁷⁴, o que envolve sobretudo problemas de *enforcement* das obrigações. Assim, por exemplo, se os tratados internacionais de direitos humanos, de natureza vinculante, têm sua implementação monitorada por órgãos específicos¹³⁷⁵, a atividade corporativa, enquanto regulada apenas

¹³⁷³ Cabem aqui algumas conceituações. *Ius cogens* (cf. NASSER, 2005; AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 124-30; CARVALHO RAMOS, 2012a, p. 124-42) é definido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (art. 53) como “*norma imperativa de direito internacional geral*”: “*Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza*”. As obrigações *erga omnes* podem não ser *ius cogens*; são aquelas obrigações de um Estado perante toda a comunidade internacional, com fundamento na proteção dos “valores essenciais” desta comunidade (cf. AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 118-124; CARVALHO RAMOS, 2012a, p. 64-9). ABBOTT e SNIDAL (2000, p. 421), notando “*grande variedade nos graus e formas de legalização*”, conceituam *hard law* como “*obrigações juridicamente vinculantes que são precisas (ou podem ser precisadas por adjudicação ou por regulamentações detalhadas) e que delegam autoridade para a interpretação e implementação do direito*”; são em regra os tratados e o costume vinculante internacional. Quanto à *soft law*, exemplificada por declarações e recomendações (como a Declaração Universal de Direitos Humanos, uma resolução não vinculante da Assembleia Geral das Nações Unidas), ABBOTT e SNIDAL (2000, p. 422, destaques no original e acrescentados) notam: “*O domínio da ‘soft law’ começa uma vez que arranjos jurídicos são enfraquecidos ao longo de uma ou mais dimensões de obrigatoriedade, precisão e delegação. Esse amolecimento pode ocorrer em vários graus ao longo de cada dimensão e em diferentes combinações entre as dimensões. Usamos o termo taquigráfico soft law para distinguir essa ampla classe de desviações da hard law – e, no outro extremo, dos arranjos puramente políticos em que a juridificação é largamente ausente. Mas tenha-se em mente que a soft law vem em muitas variedades: a escolha entre hard law e soft law não é binária*”.

¹³⁷⁴ “Promocionais” no sentido de BOBBIO, 2007, p. 1-21.

¹³⁷⁵ Os principais tratados de direitos humanos no âmbito da ONU neste estabelecem órgãos especializados de monitoramento da sua respectiva implementação, dentre os

por *soft law*, permanece sem uma institucionalização minimamente consistente.

Para alguns, as obrigações e responsabilidades corporativas quanto aos direitos humanos teriam, em termos gerais, atingido o *status* de costume internacional regional, pelo menos na Europa, mas também além, consideradas constituições nacionais dos cinco continentes¹³⁷⁶. Ademais, quanto ao direito humanitário internacional, o art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949 “*vincula todas as partes de um conflito armado, incluindo corporações e outros atores não-estatais*”¹³⁷⁷. Por outro lado, o relator da ONU para o assunto concluiu em seu relatório de 2007 que os principais instrumentos internacionais de direitos humanos não parecem impor obrigações jurídicas diretamente a corporações¹³⁷⁸.

Černič¹³⁷⁹ defende a possibilidade de as pessoas jurídicas serem diretamente obrigadas pelo direito internacional (já o são pelas leis europeias sobre concorrência, por exemplo, e, se o são em um campo do direito, por que não o poderiam sê-lo em outro, questiona o autor), apesar de reconhecer que hoje os tratados internacionais vinculam apenas Estados. Entretanto, destaca: a Convenção sobre a Responsabilidade Civil no Domínio da Energia Nuclear (1960), que trata da pessoa designada ou reconhecida pela autoridade pública competente como explorador de uma instalação nuclear; a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo (1969), que prevê, por exemplo, que “*o proprietário [inclusive pessoa jurídica] do navio no momento do incidente, ou se o incidente consiste numa sucessão de fatos, no momento do primeiro fato, será responsável por qualquer dano por poluição causado por óleo que tenha sido derramado ou descarregado de seu navio como resultado do incidente*”; a Convenção do Conselho da Europa sobre Responsabilidade Civil por Danos Resultantes de Atividades Perigosas para o Meio Ambiente (1993), que integra a pessoa jurídica à sua definição de pessoa (“*qualquer indivíduo ou parceria ou qualquer corpo governado pelo direito público ou privado, corporativo ou não,*

quais: o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê de Direitos Humanos, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher, o Comitê Contra a Tortura, o Comitê sobre os Direitos da Criança, o Comitê sobre Trabalhadores Migrantes e o Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

¹³⁷⁶ ČERNIČ, 2010, p. 39.

¹³⁷⁷ ČERNIČ, 2010, p. 62.

¹³⁷⁸ ČERNIČ, 2010, p. 40.

¹³⁷⁹ 2010, p. 41.

incluindo um Estado ou quaisquer de suas subdivisões” – art. 2, § 6º); a Convenção de Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito (1989), que obriga os Estados-Partes a imporem deveres a pessoas físicas e jurídicas. De outro lado, a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais prevê, em seu art. 2: “*Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos*”.

Se um campo como o direito da concorrência supranacional europeu é capaz de vincular diretamente pessoas físicas e jurídicas, o direito internacional dos direitos humanos também poderia fazê-lo; entretanto, essa vinculação tem sido apenas indireta, com a imposição de obrigações diretamente apenas ao Estado, no sentido que regule pela legislação nacional a conduta de atores não estatais, como as corporações¹³⁸⁰. Nesse sentido, Ratner¹³⁸¹ propõe quatro elementos a serem considerados em tal regulação: as relações entre corporações e governos, as ligações das corporações com as populações afetadas por suas atividades, os direitos substantivos em questão, os princípios de atribuição de responsabilidade (consideradas as estruturas corporativas).

As iniciativas de regulação internacional das corporações transnacionais remontam à década de 70, no contexto da descolonização, em grande medida por pressão dos novos Estados que surgiam e que haviam sofrido violações de direitos humanos perpetradas com o envolvimento daqueles atores, em regra com sede nos países do Norte – este contexto foi refletido na Resolução 3201 (S-VI) da Assembleia Geral da ONU, de 1974, “*sobre o estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional*”¹³⁸². Antes mesmo dessa década, a atividade corporativa já fora tangenciada por diversas resoluções da Assembleia Geral da ONU afirmando a soberania dos Estados sobre os recursos naturais de seus territórios. No mesmo ano de 1974, porém, a ONU criou o *Centre on Transnational Corporations* (UNCTC), seguindo o relatório de um grupo criado pela Resolução 1721 do Conselho Econômico e Social para estudar o impacto das corporações no desenvolvimento e nas relações internacionais – fora expressiva uma manifestação do representante do Chile na

¹³⁸⁰ ČERNIČ, 2010: 41-2.

¹³⁸¹ 2001, p. 496-524.

¹³⁸² **Resolution adopted by the General Assembly 3201 (S-VI). Declaration on the Establishment of a New International Economic Order.** Disponível em: <<http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>>. Acesso em: 05 maio 2013.

ONU, em 1972, sobre a interferência da corporação americana ITT no processo que culminaria com a deposição de Allende no ano seguinte. Outro episódio marcante na regulação internacional das corporações deu-se em 1981, com a adoção, pela Assembleia Mundial da Saúde, de um Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno, após protestos sobre a produção e publicidade desses produtos (fórmula infantil) pela Nestlé¹³⁸³.

Por diversas vezes foram produzidas no âmbito da ONU propostas de instrumentos vinculatórios às corporações, esboços que não tiveram sucesso – enquanto os países do “primeiro mundo” defendiam como foco principal do Código de Conduta para Corporações Transnacionais a proteção ao investimento estrangeiro direto, os países do “terceiro mundo” entendiam que o Código deveria vincular apenas as corporações para não interferir em sua soberania, enquanto os países socialistas defendiam que seu sistema socioeconômico já controlava suficientemente as atividades corporativas, pelo que o Código seria uma interferência indevida¹³⁸⁴. As negociações sobre o Código de Conduta foram abortadas em 1992 e, no ano seguinte, o Centro para Corporações Transnacionais foi transformado em uma agência subordinada à UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento); outras iniciativas continuaram no âmbito da ONU, como o estabelecimento, pela Subcomissão sobre a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, de uma subcomissão para examinar as corporações transnacionais, o que culminou em um Esboço de Diretrizes de Direitos Humanos para as Corporações, em 2000¹³⁸⁵.

Em 2003 a Subcomissão da ONU sobre Promoção e Proteção dos Direitos Humanos aprovou as Normas da ONU sobre Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outras Empresas com Relação a Direitos Humanos¹³⁸⁶, que se mantêm como uma referência, isto é, como uma proposta de regulação (*draft proposal*). As Normas, de caráter não vinculante, cobrem diversos campos do direito (internacional criminal e humanitário, direitos humanos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, direito do consumidor e do meio ambiente) e aplicam-se não só às corporações multinacionais como também a seus fornecedores, subcontratados, licenciados, distribuidores e demais par-

¹³⁸³ Para o histórico relatado, cf. ČERNIČ, 2010, p. 183; JÄGERS, 2002, p. 119-21.

¹³⁸⁴ JÄGERS, 2002, p. 121-2.

¹³⁸⁵ JÄGERS, 2002, p. 123-8.

¹³⁸⁶ **Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights.** Disponíveis em: <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En)>. Acesso em: 05 maio 2013.

ceiros de negócio¹³⁸⁷. As Normas deslocam-se do campo da autorregulação por si só das corporações, impondo ora obrigações, como as relacionadas à transparência¹³⁸⁸ da implementação de suas diretrizes, ora encorajando condutas por meio de recomendações, como a de as corporações “*aplicarem e incorporarem normas [nessa temática, seguindo as Normas da ONU] nos seus contratos com parceiros de negócio e assegurarem que só fazem negócios com quem segue padrões similares aos das Normas*”¹³⁸⁹, o que ampliaria enormemente o *enforcement* das Normas, integrando-a a disputas contratuais judiciais e arbitrais no plano nacional¹³⁹⁰. Ademais, as Normas da ONU, em seu preâmbulo, parágrafo 4, preveem: “*corporações transnacionais e outras empresas, seus administradores e pessoas que trabalhem para elas são também obrigadas a respeitar as normas e responsabilidades geralmente respeitadas contidas nos tratados das Nações Unidas e outros instrumentos internacionais [...]*”.

De outro lado, em 2005 foi nomeado um Representante Especial do Secretário-Geral da ONU para o Tema dos Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e Outras Empresas, que veio a ser John Ruggie. Com essa iniciativa, a crítica de Ruggie às Normas de 2003 e a apresentação, por parte deste professor de Harvard, de um marco regulatório (conhecido como Marco Ruggie ou Marco “Proteger, Respeitar e Reparar [*remedy*]”), as Normas foram praticamente substituídas pelas iniciativas do mandato de Ruggie. Em seu relatório de 2009, Ruggie destacou que a obrigação corporativa de *respeitar* direitos humanos “*ganhou um reconhecimento quase universal por todas as partes interessadas [stakeholders]*”¹³⁹¹, reconhecendo que tal obrigação de respeitar é a exigência mínima em qualquer situação, sendo extensíveis as obrigações corporativas em outras situações especiais¹³⁹². Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da ONU endossou os princípios propostos por Ruggie (*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*¹³⁹³); destaca-

¹³⁸⁷ Seção 21.

¹³⁸⁸ Comentário à seção 15 (d). **Commentary on the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights**, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003). Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/links/commentary-Aug2003.html>>. Acesso em: 05 maio 2013.

¹³⁸⁹ Seção 15.

¹³⁹⁰ ČERNIČ, 2010, p. 226.

¹³⁹¹ RUGGIE, 2009, p. 13 (§ 46).

¹³⁹² RUGGIE, 2009, p. 14 (§ 48).

¹³⁹³ Cf. RUGGIE, 2011 (os princípios estão anexos a seu relatório).

-se o princípio 12, que elencou como bases normativas das obrigações corporativas de direitos humanos a Carta Internacional de Direitos Humanos (composta pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pelos Pactos Internacionais sobre Direito Civil e Político e sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais) e a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Para Ruggie¹³⁹⁴, tais princípios constituem uma “*plataforma comum global de ação, sobre a qual progressos cumulativos podem ser construídos, passo a passo, sem excluir quaisquer outros desenvolvimentos promissores de longo prazo*”.

Outra iniciativa a se destacar no âmbito da ONU é o conjunto de princípios contidos no *Global Compact* (ou Pacto Global), iniciativa do Secretário-Geral das Nações Unidas Kofi Annan, surgida no Fórum Econômico Mundial de Davos em 1999 e lançada em 2000 em Nova Iorque; as empresas participantes desse Pacto adotam voluntariamente dez princípios nas temáticas de direitos humanos, trabalho¹³⁹⁵, meio ambiente¹³⁹⁶ e combate à corrupção¹³⁹⁷ – no campo dos direitos humanos, os compromissos são de “apoiar e respeitar” na sua “esfera de influência” aqueles direitos reconhecidos internacionalmente (princípio 1) e de assegurar sua não cumplicidade em abusos de direitos humanos (princípio 2)¹³⁹⁸. Os princípios são inspirados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos Princípios Fundamentais da OIT sobre Direitos no Trabalho e na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Aqueles relativos a direitos humanos são bastante genéricos (mais que os especificamente relativos aos direitos trabalhistas) e conferem às corporações uma ampla margem de apreciação sobre como implementá-los, favorecendo medidas tópicas; ademais, não havendo qualquer mecanismo de monitoramento e sanção, mesmo corporações que abertamente violem os princípios do Pacto podem gozar dos benefícios simbólicos e consequentes de integrarem tal iniciativa¹³⁹⁹.

¹³⁹⁴ 2011, p. 5 (§ 13).

¹³⁹⁵ Princípio 3: “As empresas devem defender a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva”; Princípio 4: “a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório”; Princípio 5: “a erradicação efetiva do trabalho infantil”; e Princípio 6: “a eliminação da discriminação no emprego e ocupação”.

¹³⁹⁶ Princípio 7: “As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva sobre os desafios ambientais”; Princípio 8: “desenvolver iniciativas a fim de promover maior responsabilidade ambiental”; e Princípio 9: “incentivar o desenvolvimento e a difusão de tecnologias ambientalmente sustentáveis”.

¹³⁹⁷ Princípio 10: “As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina”.

¹³⁹⁸ JÄGERS, 2002, p. 129.

¹³⁹⁹ ČERNIČ, 2010, p. 229; JÄGERS, 2002, p. 129-30.

Ainda na ordem internacional, destacam-se iniciativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A OCDE criou em 2000 as Linhas Diretrizes para Empresas Multinacionais, como parte da Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais. Por meio dessas Linhas Diretrizes, único instrumento na temática da “responsabilidade corporativa” adotado formalmente por Estados, que assumem a obrigação não vinculante (*soft law*) de promover e cobrar sua implementação nas “empresas multinacionais” sob sua jurisdição (inclusive nas respectivas subsidiárias que operem no território de outros Estados, mesmo que não membros da OCDE), qualquer pessoa (natural ou jurídica) pode reclamar perante um Ponto de Contato Nacional (PCN), que é um corpo quase-judicial – no Brasil, existente desde 2003 e localizado organicamente no Ministério da Fazenda; o PCN oferece um procedimento que envolve consultas, bons ofícios, mediação e conciliação, o que permite uma diversidade de soluções construídas caso a caso (v.g., instar a corporação ao desenvolvimento de diretrizes éticas, à cessação de trabalho infantil ou forçado, inclusive junto a fornecedores ou outras organizações com as quais tenha relação de investimento, à realização de *due diligence* na sua cadeia de suprimentos, à implementação de mecanismos de monitoramento externo etc.). A localização em órgãos do Estado, bem como a falta de parâmetros estruturados para o processo e seus resultados e para o balizamento dos efetivos poderes dos PCNs permanecem como pontos institucionais críticos e solapam suas possibilidades sancionatórias¹⁴⁰⁰. Daí propostas para o aperfeiçoamento regulatório e institucional, como a do estabelecimento de um *ombudsman* nacional para liderar processos investigatórios no campo dos direitos humanos e negócios¹⁴⁰¹.

Já no âmbito da OIT, a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social (adotada em 1977 e revisada em 2000), de caráter recomendatório, aplica-se a corporações, Estados, empregados e suas organizações, compondo-se de princípios gerais (em vez de direitos específicos) e instando tais sujeitos a contribuir para a realização da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998), bem como a implementar a Constituição da OIT (notadamente os direitos de liberdade de associação e de expressão), as legislações nacionais e os instrumentos internacionais de direitos humanos no âmbito da ONU, notadamente a Decla-

¹⁴⁰⁰ ČERNIČ, 2010, p. 184-207.

¹⁴⁰¹ ČERNIČ, 2010, p. 204-6.

ração Universal dos Direitos Humanos¹⁴⁰². Problemas institucionais e processuais semelhantes aos dos PCNs emergem aqui¹⁴⁰³: além dos pedidos de esclarecimento da interpretação da Declaração Tripartite, que as organizações trabalhistas e patronais podem encaminhar ao Subcomitê sobre Empresas Multinacionais da OIT, os Estados, os empregados e suas organizações devem requisitar informações às corporações e relatá-las confidencialmente àquele Subcomitê, procedimento que traz em si problemas de imparcialidade, confiabilidade dos dados, transparência e efetividade.

Embora de natureza não vinculante, as disposições das Linhas Diretrizes da OCDE e da Declaração Tripartite da OIT com relação a direitos humanos poderiam ganhar vinculatoriedade jurídica uma vez consolidadas como direito costumeiro internacional, o que requer uma prática geral, uniforme e consistente dos Estados, com o reconhecimento de sua obrigatoriedade; não é o que ocorre com as obrigações previstas naqueles documentos, um tanto quanto abertas e sem apoio em mecanismos sancionatórios¹⁴⁰⁴.

Outra possibilidade de reforço às obrigações e responsabilidades das corporações no campo dos direitos humanos é inseri-los na normatividade internacional sobre investimento estrangeiro. Nesse sentido, em relatório do Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos, sobre *direitos humanos, comércio e investimento*, destacou-se: “*É necessário equilibrar o reforço dos direitos dos investidores em acordos de liberalização de investimentos com a clarificação e reforço [enforcement] das obrigações dos investidores em relação a indivíduos e comunidades*”¹⁴⁰⁵. Ainda se ressaltaram o direito e o dever dos Estados de regularem a questão do investimento:

Os Estados devem assegurar que nos acordos de investimento eles mantenham a flexibilidade para usar certas opções de políticas para promover e proteger direitos humanos. Similarmente, os Estados devem manter a flexibilidade para promover a diversidade cultural e

¹⁴⁰² Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, princípio 8.

¹⁴⁰³ ČERNIČ, 2010: 210-4.

¹⁴⁰⁴ JÄGERS, 2002: 116-7.

¹⁴⁰⁵ United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights. **Human rights, trade and investment. Report of the High Commissioner for Human Rights**. New York: UN, 2003, p. 4. Disponível em: <daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/148/47/PDF/G0314847.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 maio 2013.

*implementar medidas especiais para proteger pessoas vulneráveis, marginalizadas, desfavorecidas ou pobres*¹⁴⁰⁶.

No mesmo sentido, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), em seu *paper* sobre contratos do Estado em uma série de escritos sobre questões de acordos internacionais de investimento, frisou:

*De fato, se os contratos do Estado devem servir como mecanismo útil ao investimento e ao desenvolvimento, eles precisam permitir um balanço entre expectativas comerciais legítimas de uma parte investidora e o direito de determinado país receptor [do investimento] de supervisionar a evolução do relacionamento resultante de modo que seja consistente com as políticas nacionais de desenvolvimento*¹⁴⁰⁷.

Ainda, uma rede de investidores organizada pela ONU elaborou seis princípios para o investimento responsável¹⁴⁰⁸.

Deve-se lembrar que a competição por investimento estrangeiro direto tem levado a ciclos de rebaixamento dos patamares de proteção jurídica trabalhista, sanitária, ambiental, com incentivos fiscais e financeiros e a formação de zonas voltadas à exportação – processo

¹⁴⁰⁶ *Idem*, p. 31.

¹⁴⁰⁷ United Nations Conference on Trade and Development. **State contracts**. New York: UN, 2004, p. 45. Disponível em <unctad.org/en/Docs/iteit200411_en.pdf>. Acesso em: 19 maio 2013.

¹⁴⁰⁸ Organização das Nações Unidas. **Princípios para o investimento responsável**. Disponível em <www.unpri.org/about-pri/the-six-principles/?mealingua_lang_id=13>. Acesso em: 19 maio 2013. Destaque-se: “Na condição de investidores institucionais, temos o dever de priorizar os melhores interesses de longo prazo de nossos beneficiários. Neste papel de fiduciários, acreditamos que temas como meio ambiente, desenvolvimento social e governança corporativa (ESG – **Environmental, Social and Corporate Governance**) podem afetar o desempenho das carteiras de investimento (variando em níveis por empresas, setores, regiões, classe de ativos e através do tempo). Também reconhecemos que a aplicação desses Princípios pode melhor alinhar os investidores aos objetivos mais amplos da sociedade. Por conseguinte, comprometemo-nos a: 1 Incluir as questões de ESG nas análises de investimento e nos processos de tomada de decisão. [...] 2 Sermos proprietários ativos e incorporar os temas de ESG nas políticas e práticas de detenção de ativos. [...] 3 Buscar a transparência adequada nas empresas em que investimos quanto às questões de ESG. [...] 4 Promover a aceitação e a implementação dos princípios no conjunto de investidores institucionais. [...] 5 Trabalhar juntos para reforçar nossa eficiência na implementação dos Princípios. [...] 6 Divulgar nossas atividades e progressos em relação à implementação dos Princípios”.

chamado de “corrida para o fundo do poço” (*race to the bottom*)¹⁴⁰⁹. No campo do direito internacional do investimento estrangeiro, uma possibilidade é a inclusão de cláusulas de direitos humanos (dirigidas a corporações, investidores e Estado(s)) nos tratados bilaterais de investimento, que, embora gerem efeitos positivos pelos investimentos em si considerados, potencialmente tendem a gerar impactos negativos àqueles direitos, devido notadamente às suas cláusulas de estabilização – aquelas que impõem mudanças legislativas e regulatórias ao Estado receptor do investimento, geralmente um país em desenvolvimento, podendo ser: a) cláusulas de equilíbrio econômico, as quais requerem compensações ou ajustes no acordo por qualquer mudança legislativa ou regulatória que interfira no investimento; b) cláusulas de congelamento total, que impedem a aplicação de quaisquer mudanças regulatórias e legislativas posteriores ao tratado que possam alterar o *status quo* do momento de sua celebração (tais cláusulas podem também ser elaboradas de forma a colocar aquele tratado de investimento e as “exigências” nele contidas em hierarquia superior à do direito nacional e internacional); c) cláusulas híbridas, que combinam as anteriores¹⁴¹⁰. Uma das formas de limitar a onipotência dessas cláusulas seria a previsão de que não se aplicariam a medidas devidamente justificadas em campos tais como direitos humanos, meio ambiente, trabalho, saúde e segurança¹⁴¹¹. Outra questão diz respeito ao direito a um efetivo remédio às vítimas de violações, o que envolve a questão de saber como coordená-lo às disputas no campo do investimento estrangeiro, em geral resolvidas por arbitragem¹⁴¹² – mecanismo com suas conhecidas características quanto a altos custos e a sigilo e um meio pouco especializado no tratamento de questões de direitos humanos, em geral fora de seu escopo na previsão das legislações arbitrais nacionais.

Dentre as propostas regulatórias¹⁴¹³, destaca-se a da exigência da condução *ex ante* (prévia a qualquer obra ou investimento), pelas corporações, de estudos de impactos sobre direitos humanos (EIDHs) – à semelhança dos estudos de impacto ambiental – e do relato periódico da situação de suas atividades e das medidas tomadas em relação às obrigações de respeitar, proteger e realizar/ reparar¹⁴¹⁴. A imposição dessa obrigação pelas legislações nacionais serviria também para infor-

¹⁴⁰⁹ JÄGERS, 2002, p. 8-9.

¹⁴¹⁰ ČERNIČ, 2010, p. 234-9.

¹⁴¹¹ Cf. ČERNIČ, 2010, p. 242.

¹⁴¹² ČERNIČ, 2010, p. 244.

¹⁴¹³ Cf. ČERNIČ, 2010, p. 253-69.

¹⁴¹⁴ ČERNIČ, 2010, p. 259-62.

mar o planejamento das corporações e induzir seus investimentos, embora uma regulação internacional da matéria auxiliasse a estabilizar o clima de investimentos e a impedir a fuga das atividades econômicas, por motivos de vantagem competitiva, para “zonas de governança fraca”, em que se aproveita os baixos custos proporcionados por uma regulação jurídica deficiente (*forum shopping*)¹⁴¹⁵. Ainda quanto à ordem jurídica internacional voltada ao sistema econômico, a questão dos direitos humanos tem suscitado amplos debates acerca de sua inserção na prática normativa e judicial da Organização Mundial do Comércio (OMC)¹⁴¹⁶.

Uma ilustração da regulação supranacional europeia em matéria de corporações e direitos humanos pode ser dada por referência ao *green paper* da Comissão Europeia sobre responsabilidade social corporativa¹⁴¹⁷. Além da relevante distinção entre dimensão interna¹⁴¹⁸ e dimensão externa¹⁴¹⁹ da responsabilidade social corporativa, o *paper* apresenta al-

¹⁴¹⁵ JÄGERS, 2002, p. 14, 121, 258.

¹⁴¹⁶ JÄGERS, 2002, p. 237: “*Alguns acadêmicos argumentam que os direitos humanos têm primazia sobre o direito da OMC, já que a DUDH [Declaração Universal dos Direitos Humanos] é geralmente considerada direito internacional costumeiro e algumas normas de direitos humanos são também princípios de jus cogens. Assim, as previsões da OMC deveriam ser interpretadas de modo consistente com as normas de direitos humanos na DUDH. Não obstante, a realidade atual é que os dois sistemas internacionais se desenvolveram em total isolamento um do outro e o forte enforcement do sistema estabelecido pela OMC, em vez de beneficiar os direitos humanos, pode de fato miná-los*”.

¹⁴¹⁷ Commission of the European Communities. **Green paper**: promoting a European framework for corporate social responsibility. Brussels: EU, 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001-0366en01.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2013.

¹⁴¹⁸ **Green paper**: promoting a European framework for corporate social responsibility, p. 8, § 27: “*Dentro da companhia, práticas socialmente responsáveis envolvem empregados e são relacionadas a assuntos como investimento em capital humano, saúde e segurança, e gestão da mudança, enquanto práticas ambientalmente responsáveis se relacionam principalmente à gestão de recursos naturais usados na produção. Elas abrem um caminho para gerir a mudança e reconciliar desenvolvimento social com competitividade reforçada*”.

¹⁴¹⁹ **Green paper**: promoting a European framework for corporate social responsibility, p. 11, § 42: “*A responsabilidade social corporativa vai além das portas da companhia na Comunidade local e envolve uma ampla gama de interessados [stakeholders] para além dos empregados e acionistas: parceiros de negócios e fornecedores, clientes, autoridades públicas e ONGs representantes das comunidades locais, assim como o meio ambiente. Em um mundo de investimento multinacional e cadeias globais de suprimentos, a responsabilidade social corporativa deve também estender-se para além das fronteiras da Europa. A rápida globalização encorajou a discussão sobre o papel e o desenvolvimento da governança global: o desenvolvi-*

gumas considerações especificamente sobre os direitos humanos, em seu item 2.2.3. – dentre as quais:

- § 52: os desafios enfrentados pelas companhias na definição de suas esferas de responsabilidade (em contraposição aos governos), a obrigação da União Europeia de assegurar o respeito aos direitos trabalhistas, aos direitos humanos e ao meio ambiente, em coerência com suas políticas de comércio, desenvolvimento e investimento em países em desenvolvimento;
- § 53: os avanços do Acordo de Cotonou (2000), entre a União Europeia e países em desenvolvimento, no combate à corrupção;
- § 54: a adoção de códigos de conduta pela pressão de ONGs e grupos de consumidores;
- § 55: o reconhecimento de que o impacto das atividades das companhias sobre os direitos humanos de seus trabalhadores e comunidades locais vai além dos direitos trabalhistas;
- § 56: a dependência da efetividade dos códigos de conduta de uma adequada implementação e fiscalização do cumprimento, inclusive pelos subcontratados;
- § 57: a necessidade de ampla divulgação de informação da companhia e de aplicação dos códigos de conduta em todos os níveis da organização e da produção;
- § 58: a necessidade de permanente acompanhamento da implementação dos códigos.

Como exemplo de regulação transnacional abrangendo matéria de direitos humanos, vale mencionar as normas técnicas e sistemas de certificação como a SA 8000¹⁴²⁰ (da *Social Accountability International*), que prevê a vedação do trabalho infantil ou forçado, de discriminação e de práticas disciplinares, a garantia de saúde e segurança no trabalho, de liberdade de associação e negociação coletiva, limites de carga horária de trabalho e suficiência de remuneração.

mento de práticas voluntárias de RSC [responsabilidade social corporativa] pode ser visto como contribuindo para isso”.

¹⁴²⁰ Social Accountability International. **Social Accountability 8000**. Disponível em: <www.sa-intl.org/_data/n_0001/resources/live/2008StdEnglishFinal.pdf>. Acesso em: 18 maio 2013.

3.3 OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES: A TRANSVERSALIDADE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO CORPORATIVA

Iniciando a análise específica da doutrina e da normatividade dos direitos humanos fundamentais na vinculação de corporações, cabe destacar o uso da semântica dos direitos humanos na configuração de uma estrutura jurídica que permita:

- lidar com as limitações de acesso e uso de uma ou outra ordem jurídica, permitindo o tratamento de violações corporativas por ordens de variado tipo, nos termos colocados em 3.2. (direito interno, direito internacional, etc.);
- mobilizar os diversos ramos do direito, concebendo as respostas às violações de direitos humanos como possíveis não apenas a partir do direito constitucional interno ou das estruturas consolidadas em torno de tratados internacionais de direitos humanos, mas também desde os ramos do direito penal, do direito civil, do direito empresarial, do direito ambiental, do direito do consumidor (consolidados internamente por legislação infraconstitucional; produzidos no direito internacional segundo tratados e órgãos especiais – como o Tribunal Penal Internacional e seu respectivo Estatuto de Roma; criados na União Europeia por diretivas e outras formas regulatórias);
- responsabilizar pessoas públicas (Estado) ou privadas (corporações, empresários individuais ou dirigentes/ empregados), conjunta ou alternativamente.

O uso dos termos obrigação e responsabilidade, quando se trata de direitos humanos fundamentais relacionados a empresas, também há que ser esclarecido. Em termos sociológicos e filosóficos, a distinção entre ambos não é significativa, porém juridicamente se entende por responsabilidade a consequência do descumprimento da obrigação. Em se tratando de um estudo sociojurídico, há que se esclarecer o enfoque a ser conferido ao emprego desses termos. O campo da responsabilidade decorrente de violações de obrigações em matéria de direitos humanos relacionadas à atividade corporativa (ao exercício da atividade empresarial, por pessoas naturais e, principalmente, por pessoas jurídicas) abarca possibilidades de responsabilização de diversos sujeitos: não só a pessoa jurídica (corporação) ou o empresário pessoa física, mas também os em-

pregados ou dirigentes envolvidos na atividade, ou ainda o Estado¹⁴²¹. As obrigações e responsabilidades dos Estados, corporações e indivíduos são “*interconectadas, interdependentes e complementares*”¹⁴²².

Quanto à alocação de obrigações relacionadas aos direitos humanos no sistema econômico, especialmente em referência às corporações, destacam-se inicialmente problemas de atribuição de responsabilidades a pessoas jurídicas; uma das questões diz respeito ao *status* dessas pessoas na ordem internacional. Segundo uma dicotomia construída pelo positivismo oitocentista, entre sujeitos e meros objetos do direito internacional, as corporações não teriam personalidade jurídica na ordem internacional, sendo meros objetos de direito, já que sequer haveria algum tratado internacional que as vinculasse; por outro lado, no século XVII corporações como a Companhia Inglesa das Índias Orientais e a Companhia Holandesa das Índias Orientais tinham poderes para ocupar territórios, fazer guerra e concluir tratados¹⁴²³. A extensão da personalidade jurídica internacional a organizações não estatais passou a ser uma exigência de coerência e verossimilhança da ordem jurídica internacional desde o reconhecimento da personalidade jurídica internacional da ONU pela Corte Internacional de Justiça, em 1949, e com o sucessivo reconhecimento das pessoas naturais como sujeitos perante o direito internacional (principalmente a partir da atribuição de direitos humanos por esta ordem jurídica e, posteriormente, com o reconhecimento da legitimidade passiva de pessoas naturais perante tribunais criminais internacionais)¹⁴²⁴. Partindo da consideração de que a personalidade jurídica é uma forma que normativamente reconhece a potencialidade da titularidade de direitos e deveres materiais e processuais¹⁴²⁵, Jägers¹⁴²⁶ conclui que, mesmo que se queira assumir a dicotomia – não mais central no sistema jurídico – entre sujeitos e objetos de direito, é necessário reconhecer a personalidade jurídica internacional das corporações, diante de evidências como seu *locus standi* diante de órgãos judiciais ou quase-judiciais nesta ordem jurídica (como o painel arbitral de solução de disputas do NAFTA) e a capacidade das corporações de celebrarem contratos internacionais com Estados, para não dizer dos direitos humanos internacionais também titularizados por pessoas jurídicas (propriedade, inclusive intelectual, liberdade

¹⁴²¹ ČERNIČ, 2010, p. 14-5.

¹⁴²² ČERNIČ, 2010, p. 17.

¹⁴²³ JÄGERS, 2002: 19-20.

¹⁴²⁴ JÄGERS, 2002: 20-2.

¹⁴²⁵ DEWEY (1926), com base em Maitland, trabalha a corporação como uma “unidade de imputação de direitos e deveres” (“*a right-and-duty-bearing unit*”).

¹⁴²⁶ 2002, p. 22-35, 245.

de expressão, acesso à Justiça etc.). Afinal, “*‘pessoa’ significa o que o direito a faz significar*”¹⁴²⁷.

Tem-se afirmado que a responsabilidade corporativa quanto aos direitos humanos fundamentais, embora em desenvolvimento jurídico embrionário, já traz possibilidades de efetivação¹⁴²⁸. Černič¹⁴²⁹ entende que as obrigações corporativas relativas aos direitos humanos fundamentais emergem principalmente das ordens nacionais e nestas é que podem ganhar maior eficácia, restando a ordem internacional como suplementar, principalmente quando a ordem nacional em questão não abriga instituições e processos suficientes para a prevenção ou reparação da violação; destaca ainda¹⁴³⁰ que o fato de não haver jurisdição para pessoas jurídicas na ordem internacional faz recair o controle destas em seus respectivos países ou, quando possível, pela aplicação judicial extraterritorial de leis nacionais. Jägers¹⁴³¹, embora enfatize o potencial inexplorado dos mecanismos internacionais em sua aplicação às corporações, entende que as obrigações internacionais apenas conseguem *enforcement*, nesse campo, na forma de violação de obrigações estatais.

As diferentes teorias sobre a natureza da personalidade jurídica têm repercussões na construção das possibilidades e fundamentos de sua responsabilização: a teoria da pessoa jurídica como ficção jurídica reconhecida por conveniência da atividade econômica distancia-se da teoria da personalidade jurídica como uma realidade (Gierke), que reconhece o corpo organizacional como capaz de ter vontade e implementá-la por decisões – o que permite um passo adiante no reconhecimento, pelas vias dogmáticas tradicionais, da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica¹⁴³². A própria teoria da pessoa jurídica como ficção jurídica teria sido superada pela crítica kelseniana (já em direção ao “giro linguístico”), que notou o caráter constitutivo da linguagem jurídica em relação à construção sistêmica da personalidade jurídica, tanto de pessoas jurídicas em sentido estrito (organizações) quanto de pessoas naturais¹⁴³³.

Uma visão coerente com o campo dos direitos humanos fundamentais deve manter uma perspectiva orientada à vítima, pela qual se busca não apenas a interpretação mais favorável às normas em questão

¹⁴²⁷ DEWEY, 1926, p. 655.

¹⁴²⁸ ČERNIČ, 2010, p. 7.

¹⁴²⁹ 2010, esp. p. 26, 30-3, 47, 253, 262-3.

¹⁴³⁰ ČERNIČ, 2010, p. 48.

¹⁴³¹ 2002, esp. p. 164, 220 e 254.

¹⁴³² ČERNIČ, 2010, p. 11-2.

¹⁴³³ ČERNIČ, 2010, p. 11.

em dado caso – como já amplamente reconhecido –, mas também a possibilidade de acesso a várias vias de fiscalização e responsabilização dos violadores desses direitos (judiciais e extrajudiciais), a potencial concorrência entre as vias de responsabilização (nas diversas ordens jurídicas – nacionais, internacionais, etc. –, bem como de natureza civil, penal e administrativa) e entre os diversos sujeitos responsabilizáveis (pessoas naturais e pessoas jurídicas, incluindo indivíduos em cargos de decisão nas corporações e demais empregados envolvidos, as próprias corporações e o Estado)¹⁴³⁴. Essa diversidade de caminhos de provocação a respostas jurídicas voltadas a vítimas atuais ou potenciais de violações de direitos humanos é consistente também com o propósito de evitar que potenciais violadores desses direitos (inclusive as corporações) façam uso de lacunas regulatórias. É nesse sentido, por exemplo, que se afirma que “[a] *responsabilidade criminal individual é apenas um complemento necessário à responsabilidade criminal da pessoa jurídica na medida em que previne criminosos de se esconderem por detrás da abstração jurídica do aparato corporativo*”¹⁴³⁵.

Quanto às obrigações relacionadas aos direitos humanos no âmbito das atividades corporativas, tem-se adotado uma tipologia tripartite, que abarca as obrigações de respeitar, proteger e realizar (*fulfil*)¹⁴³⁶. Tal tripartição foi desenvolvida nos anos 80 por Asbjorn Eide, relator especial da ONU para o direito à alimentação, com aplicação às obrigações estatais no campo dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sua origem é a tipologia de Shue¹⁴³⁷, na qual este destacou os deveres de *evitar* a privação de um direito (v.g., não atentar contra a segurança de uma pessoa), *proteger* a pessoa da privação de seu direito por outras e *ajudar* aquele que foi privado de seu direito e que não tem condições de autonomamente realizá-lo. As três categorias, como lembra Jägers¹⁴³⁸, compõem-se de obrigações de meio e de resultados.

Em uma visão que considere a transversalidade dos direitos humanos quanto às múltiplas ordens jurídicas e sujeitos de tais direitos e deveres a estes correlatos, é possível distribuir entre sujeitos diversos, por vias complementares (e até mesmo possivelmente colidentes: ordens

¹⁴³⁴ ČERNIČ, 2010, p. 15-6, 72-87.

¹⁴³⁵ ČERNIČ, 2010, p. 128.

¹⁴³⁶ ČERNIČ, 2010, p. 17. O termo *fulfil* tem por vezes sido traduzido como reparar, como em Conectas (2012). Considera-se insuficiente tal tradução, pois foca uma realização *ex post* (posterior a um dano causado ou ao descumprimento da obrigação), não cobrindo obrigações positivas do agente desde o princípio.

¹⁴³⁷ SHUE, 1996, p. 52-3.

¹⁴³⁸ 2002, p. 77.

jurídicas que põem obrigações contrastantes), as obrigações de respeitar, proteger e realizar, contando com os diferentes aparatos institucionais e procedimentais daqueles sujeitos. Nota-se que a obrigação de proteger, uma vez atribuída ao Estado, pode dar origem a uma forma especial de eficácia privada dos direitos humanos (com atribuição ao Estado de responsabilidade por violações perpetradas por agentes privados) – tema dos itens 3.3.1.1 e 3.3.1.2

Quanto às corporações, as obrigações abarcam suas “esferas de atividade e influência”¹⁴³⁹ e consistem nas seguintes¹⁴⁴⁰: *respeitar*: “abster-se de cometer violações de direitos humanos”, isto é, de interferir negativamente no gozo destes direitos por parte de qualquer pessoa; *proteger*: “adotar regulações internas e tomar outras medidas para proibir e prevenir violações de direitos humanos *internamente* em suas próprias atividades, mas também *externamente*, em suas relações comerciais com terceiros (subsidiárias, contratantes, subcontratados e parceiros de negócio) em suas cadeias de suprimento”, o que abrange não apenas respeitar os direitos de seus empregados e de todas as demais pessoas de sua esfera de atividade e influência (v.g., a comunidade local), mas também – empregando seus recursos e *expertise* – protegê-los da conduta de outros atores (como o Estado, os fornecedores, parceiros de negócios, licenciados, distribuidores ou subsidiárias daquela corporação); *realizar*: adotar, monitorar a implementação e rever periodicamente uma política de direitos humanos e códigos de conduta internos e para todos os seus parceiros de negócio e elos de sua cadeia de fornecimento, incluindo mecanismos e procedimentos de *accountability* e *enforcement*, entre outros meios de prevenção e repressão de violações de direitos humanos. Destaca-se, por fim, uma quarta espécie de obrigação, a de não cooperar¹⁴⁴¹ com Estados em situação endêmica de violações de direitos humanos, o que inclui o dever de não ser cúmplice¹⁴⁴² – seja esta cumplicidade *direta* (v.g., comissão conjunta de violações, em coordenação com outros agentes, como Estados, grupos rebeldes e paramilitares), *indireta* (a corporação oferece assistência ou contribui, por ação ou omissão, para que outros agentes pratiquem violações – é o caso de oferta de assistência financeira, tecnológica, material, humana a regimes totalitários –, ou se beneficia de violações graves e sistemáticas dos direitos humanos, como ocorreu no *apartheid* sul-africano) ou *subsidiária* (quando a corporação se omite

¹⁴³⁹ Normas da ONU sobre Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outras Empresas com Relação a Direitos Humanos, § 1. Cf. ČERNIČ, 2010, p. 74-5.

¹⁴⁴⁰ ČERNIČ, 2010, p. 17, 52-9 (destaques no original). Cf. JÄGERS, 2002, p. 76-95.

¹⁴⁴¹ ČERNIČ, 2010, p. 77, 79-83; JÄGERS, 2002, p. 92-5.

¹⁴⁴² Global Compact, princípio 2.

diante de graves violações de direitos humanos cometidas por terceiros no território em que atua).

Note-se que a obrigação de respeitar é a categoria clássica do direito privado, o dever de a ninguém lesar: *neminem laedere*. A obrigação de respeitar é universalmente reconhecida (por todos os *stakeholders*), enquanto as demais dependem de situações especiais (v.g., desempenho de função pública ou de interesse público, compromissos voluntários da corporação que lhe atribuam obrigações adicionais etc.)¹⁴⁴³. Na obrigação de respeitar, quanto aos meios, destaca-se a diligência devida (*due diligence*) que assegure não apenas que a corporação não cause danos mas também que esteja tomando as medidas possíveis para minimizar quaisquer riscos¹⁴⁴⁴. Nesse sentido, as corporações devem: adotar os direitos humanos em sua política, estendê-los e monitorá-los ao longo de toda a sua cadeia de suprimento e rede de cooperação, analisar a situação dos direitos humanos no país/ região/ localidade em que opera e contar com mecanismos de fiscalização e implementação. Já a obrigação de proteger abarca mesmo danos ou riscos que não derivem da atividade empresarial. Ilustrativamente, o exercício de controle, direção ou influência (inclusive financeira) sobre atividade que envolva o emprego de trabalho forçado ou análogo ao escravo pode levar à responsabilização da corporação que contrata, como fornecedor, a pessoa (física ou jurídica) que se utiliza deste trabalho¹⁴⁴⁵. Entende-se que as corporações podem e em alguns casos devem assistir os governos nas obrigações destes¹⁴⁴⁶. Ademais, devem assegurar que só fazem negócios com quem adota as mesmas regras¹⁴⁴⁷. Todas essas obrigações enfrentam os problemas de imputação de causalidade e responsabilidade em estruturas organizacionais complexas, envolvendo não apenas o discernimento dos agentes responsáveis dentro das organizações e grupos de empresas, mas também toda a cadeia produtiva e os parceiros e fornecedores a cada elo desta cadeia.

Entende-se que a obrigação de *realizar* em geral é dos Estados, mas pode ser colocada primariamente sobre as companhias que operam em ‘*failed States*’ – em qualquer situação, o grau em que a obrigação de realizar recairá sobre a corporação dependerá do nível de recursos e in-

¹⁴⁴³ RUGGIE, 2008, p. 9 (§ 24).

¹⁴⁴⁴ RUGGIE, 2008, p. 9 (§ 25).

¹⁴⁴⁵ ČERNIČ, 2010, p. 65-6.

¹⁴⁴⁶ United Nations Global Compact; The Office of the High Commissioner of Human Rights, 2004; 2007.

¹⁴⁴⁷ Comentário 15 (c). **Commentary on the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights**, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003).

fluência da companhia, de um lado, e do déficit desses recursos pelo governo¹⁴⁴⁸. Esses recursos podem ser entendidos como os *media* de comunicação simbolizadamente generalizados (poder, dinheiro etc.). Ainda sobre a relação entre as corporações e os Estados, destaca-se:

*As corporações transnacionais e outras empresas devem abster-se ainda de atividades que possam enfraquecer o Estado de Direito [rule of law] assim como os esforços governamentais e outros para promover e assegurar respeito aos direitos humanos, e devem usar sua influência para ajudar a promover e assegurar o respeito pelos direitos humanos*¹⁴⁴⁹.

Por outro lado, Černič¹⁴⁵⁰ ressalta:

A Sheel, por exemplo, nota que ‘as companhias em operação [...] têm uma responsabilidade de identificar questões potenciais ou existentes relativas a direitos humanos que possam emergir em sua área de operação.’ Previsões similares podem ser encontradas nos códigos de conduta e nas políticas internas de direitos humanos da British Petroleum, Chevron, Citigroup, Coca-Cola, Exxon Mobil, Total, General Motors, Wal-Mart, Conoco-Philips, Daimler-Chrysler e De Beers.

De qualquer modo, os Estados via de regra detêm as obrigações primárias e principais no campo dos direitos humanos¹⁴⁵¹; ademais, alguns direitos, como os políticos, não podem ser reclamados diante das corporações e permanecem meramente estatais (exceto quanto à obrigação de *respeitar*, inafastável de qualquer pessoa, pública ou privada). No que diz respeito à tipologia tripartite, para os Estados emergem,

¹⁴⁴⁸ ČERNIČ, 2010, p. 59.

¹⁴⁴⁹ Comentário 1 (b). **Commentary on the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights**, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003).

¹⁴⁵⁰ 2010, p. 58.

¹⁴⁵¹ Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), § 1º: “Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos”. Normas da ONU sobre Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outras Empresas com Relação a Direitos Humanos, § 1: “Os Estados têm a responsabilidade primária de promover, assegurar a fruição de, respeitar, assegurar o respeito e proteger os direitos humanos reconhecidos tanto no direito internacional quanto no nacional, incluindo assegurar que as corporações transnacionais e outras empresas respeitem os direitos humanos”.

além da obrigação de *respeitar* – tradicional no marco clássico de proteção do indivíduo (e da “sociedade civil”) diante do Estado –, as seguintes obrigações¹⁴⁵²: 1) a obrigação de *proteger* as pessoas das violações corporativas de direitos humanos (ou, em geral, das violações cometidas por quaisquer terceiros, *i.e.*, pessoas não estatais)¹⁴⁵³ inclui as obrigações de regular, com medidas legislativas e outras, a conduta das corporações nesta matéria e implementar mecanismos de regulação (monitoramento/ fiscalização/ *accountability*, julgamento e punição segundo um devido processo legal) da atividade corporativa, prevenindo e reprimindo violações, com a responsabilização jurídica dos autores de tais violações; 2) a obrigação de *realizar*, que atine ao desenvolvimento de normas, processos, políticas públicas e órgãos, isto é, instituições que garantam o efetivo gozo de direitos humanos, inclusive diante de violações corporativas. Apenas quando o Estado não houver tomado as medidas necessárias, suficientes e possíveis (*due diligence*) diante de sua disponibilidade de recursos é que poderá este ser responsabilizado pela conduta de um agente privado – ou melhor, por não tê-la prevenido (regulado, fiscalizado) ou reprimido (investigado, julgado, punido) adequadamente¹⁴⁵⁴, obrigação de proteger que o Estado toma para si, dentre outras formas, quando passa a integrar um tratado internacional no campo dos direitos humanos.

O tema da responsabilidade estatal no direito internacional surgiu com a obrigação dos Estados de protegerem a pessoa e a propriedade de estrangeiros. Nessa temática, a Comissão de Direito Internacional da ONU elaborou um Esboço de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado (segunda versão, 2001)¹⁴⁵⁵, considerando que a respon-

¹⁴⁵² ČERNIČ, 2010, p. 17, 95.

¹⁴⁵³ **Masstricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights [1997]**. Disponível em <www1.umn.edu/humanrts/instreet/Maastrichtguidelines.html>. Acesso em 5 maio 2013. § 18: “A obrigação de proteger inclui a responsabilidade do Estado de assegurar que entidades ou indivíduos privados, incluindo corporações transnacionais sobre as quais exerça jurisdição, não privem os indivíduos de seus direitos econômicos, sociais e culturais. Os Estados são responsáveis por violações de direitos econômicos, sociais e culturais que resultem de sua falha em exercer a devida diligência no controle do comportamento desses atores não estatais”.

¹⁴⁵⁴ Human Rights Committee. **General Comment No. 31 [80]. The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant [International covenant on civil and political rights]**. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/419/56/PDF/G0441956.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 5 maio 2013. § 8. Cf. ČERNIČ, 2010, p. 121; JÄGERS, 2002, p. 147-8.

¹⁴⁵⁵ International Law Commission. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**. New York: UN, 2001. Dis-

sabilidade do Estado por conduta de pessoas não estatais pode emergir em algumas situações. Outrossim, a conduta de uma corporação pode ser atribuída a um Estado quando esta exerça algum elemento de autoridade governamental¹⁴⁵⁶ (v.g., atividades militares, judiciais ou policiais privatizadas), quando esta corporação esteja, de fato, sob controle, direção ou instrução do Estado¹⁴⁵⁷ ou se o Estado manifestar aprovação à conduta (ilícita) da corporação¹⁴⁵⁸.

Portanto, as vítimas de violações corporativas de direitos humanos devem primeiramente buscar as medidas jurídicas cabíveis no país da violação (no qual opera a corporação), apenas subsidiariamente buscando a ordem jurídica do Estado em que se localiza a sede da corporação (o qual tem jurisdição sobre seus nacionais, inclusive pessoas jurídicas), destacando-se que, no campo dos direitos humanos, pode-se invocar o direito a um efetivo remédio à violação junto à ordem jurídica que seja a mais protetiva à vítima; a *responsabilidade de proteger* (capaz de legitimar até mesmo intervenções humanitárias) pode surgir, subsidiariamente, para Estados que não sejam os da nacionalidade de quaisquer das pessoas envolvidas (autores ou vítimas) – o que não impede, porém, problemas de legitimação jurisdicional, em se tratando do acesso a medidas judiciais¹⁴⁵⁹. Em sentido análogo, por exemplo, a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (ONU, 1972), em seu princípio 22, afirma normativamente que “[o]s Estados devem cooperar para continuar desenvolvendo o direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização às vítimas da poluição e de outros danos ambientais que as atividades realizadas dentro da jurisdição ou sob o controle de tais Estados causem a zonas fora de sua jurisdição”.

ponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013.

¹⁴⁵⁶ Esboço de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado, art. 5: “A conduta de uma pessoa ou entidade que não seja órgão de Estado segundo o artigo 4 mas que seja empoderada pelo direito de um Estado a exercer elementos de autoridade governamental deverá ser considerada ato de Estado perante o direito internacional, desde que a pessoa ou entidade esteja agindo nesta capacidade na ocasião particular”.

¹⁴⁵⁷ Esboço de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado, art. 8: “A conduta de uma pessoa ou grupo de pessoas deverá ser considerada ato de Estado perante o direito internacional se a pessoa ou grupo de pessoas estiver de fato atuando sob as instruções, ou sob a direção ou controle deste Estado ao praticar a conduta”.

¹⁴⁵⁸ JÄGERS, 2002, p. 143.

¹⁴⁵⁹ ČERNIČ, 2010, p. 105-13.

3.3.1 Eficácia privada dos direitos humanos fundamentais

Sobre a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, como sumariza Teubner¹⁴⁶⁰:

Simplificando grosseiramente, há duas construções principais, apesar de numerosas variantes. Sob a doutrina da ação estatal [State action], os atores privados são em princípio excluídos do efeito vinculante dos direitos fundamentais, a menos que algum elemento de ação estatal possa ser identificado em seu comportamento. Esse deve ser o caso seja quando órgãos estatais são envolvidos em algum grau, seja quando o ator privado implementa mais ou menos largamente funções entendidas como 'públicas'. Alternativamente, sob a doutrina do efeito estrutural dos direitos fundamentais, aqueles direitos devem ser respeitados ao longo de todo o sistema legal, incluindo provisões de direito privado criadas pelo Estado. Entretanto, a limitação do efeito dos direitos fundamentais ao sistema jurídico implica que os atores privados em si mesmos não estão sujeitos a nenhuma obrigação de direitos fundamentais.

Mais especificamente, o debate acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais (ou vinculação de privados, ou efeitos diante de terceiros – *Drittwirkung*) pode ser discernido em três correntes¹⁴⁶¹:

- 1) a “posição mínima”, que aceita um “efeito horizontal ‘indireto’ dos direitos constitucionais” na esfera privada, entendendo que os direitos fundamentais somente cabem àquela que foi sua função original: proteger os indivíduos contra o Estado. Não há critérios para protegê-los diante da economia, podendo-se apenas extrair do espírito do regime de direitos fundamentais “valores inerentes”, que podem guiar a “interpretação de cláusulas gerais”, como os parâmetros de conduta consolidados como boa-fé;
- 2) a “doutrina ‘da ação do Estado’”, que admite a aplicação dos direitos fundamentais a todos os sistemas sociais, desde que algum “elemento de ação do Estado possa ser identificado”, o que pode gerar uma expansão exagerada e destrutiva da racionalidade constitucional sobre espaços privados e, por outro lado, ser ineficiente ao descuidar de efetivas violações nas quais o Estado não teve participação;

¹⁴⁶⁰ 2010, p. 327-8.

¹⁴⁶¹ GRABER; TEUBNER, 1998, p. 69-70.

- 3) a posição teórica preocupada com o “‘poder econômico e social’ que ameaça a autonomia individual”, pela qual os direitos fundamentais devem tutelar o indivíduo em todos os centros de poder (o problema desta posição estaria em vincular o meio “poder” a todos os sistemas, descuidando de suas codificações específicas).

Paralelamente às três correntes mencionadas, distingue-se a eficácia direta e a eficácia mediata diante dos sujeitos privados. Enquanto a eficácia horizontal direta (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais permite a reclamação destes (ou em razão de sua violação) diretamente a pessoas (naturais ou jurídicas) não-estatais, a eficácia horizontal indireta desses direitos permitiria que fossem pleiteados apenas diante do Estado, em razão de falhas regulatórias (legislativas, judiciais, administrativas) no que concerne à atividade privada que diretamente causou um dano¹⁴⁶². O problema da eficácia privada dos direitos fundamentais surge principalmente nas ordens nacionais e internacional, geradas pelo Estado. No caso das primeiras, tem-se abordado a questão em discussões sobre a expansão da eficácia e da vinculatoriedade dos direitos fundamentais e sob a ideia de “constitucionalização do direito” – devendo-se lembrar que tanto pessoas físicas quanto jurídicas podem estar nos polos ativo ou passivo da violação (isto é, pessoas jurídicas também são titulares de direitos fundamentais)¹⁴⁶³. Tal debate é objeto de uma observação jurídico-sociológica a

¹⁴⁶² JÄGERS, 2002, p. 37-8.

¹⁴⁶³ SILVA, J. A., 2009, p. 64-5: “[...] vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do domicílio, a garantia ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança. Há até direito que é próprio de pessoa jurídica, como o direito à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos (logotipos, marcas de fantasia, por exemplo). Mas as empresas estrangeiras, incluindo as multinacionais, não se beneficiam desses direitos e garantias constitucionais individuais, salvo, no que tange a marcas, nomes e signos, proteção de direito internacional. Podem, pois, sofrer amplas restrições e discriminação em favor de brasileiros ou pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras, pois o conceito de ‘residentes no país’ não se lhes aplica”. MORAES (2012, p. 34) nota que o “regime jurídico das liberdades públicas” se estende às pessoas jurídicas, com os direitos à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais. BRANCO (2009, p. 305-6) acrescenta os direitos fundamentais à honra e à imagem, bem como ressalta direitos exclusivos de certas pessoas jurídicas, como o de não interferência estatal no funcionamento das associações e o de não serem estas compulsoriamente dissolvidas; por outro lado, garantias que dizem respeito à prisão, direitos políticos e sociais são exemplos de direitos fundamentais titularizados apenas por pessoas físicas. Mesmo

seguir, em 3.2.1. Já em 3.2.2 procurará se vislumbrar o *status* da ideia de eficácia privada dos direitos humanos no direito internacional.

3.3.1.1 A eficácia privada na ordem nacional e a constitucionalização do direito

A discussão sobre a eficácia privada dos direitos fundamentais vincula-se à temática mais ampla da “constitucionalização do direito”, notadamente na doutrina constitucional brasileira (bem como, na doutrina civilista, ao “direito civil constitucional”¹⁴⁶⁴, e à constitucionalização de outros ramos, como o direito penal e administrativo¹⁴⁶⁵). A “constitucionalização do direito” abrange, entre outras discussões, a defesa de argumentações principiológicas e da interpretação conforme a constituição (especialmente, conforme os princípios constitucionais)¹⁴⁶⁶. Se a hierarquização normativa pode gerar incongruências¹⁴⁶⁷, também o pode a prin-

as pessoas jurídicas de direito público, destaca o autor, titularizariam alguns direitos fundamentais, como os de tipo procedimental, como direito de ser ouvido em juízo, direito ao juiz natural, direito à igualdade de armas e à ampla defesa.

¹⁴⁶⁴ Pode-se remontar tal temática às reflexões de Otto von Gierke (que em 1899 proferiu uma palestra sobre **A função social do direito privado**; cf. GIERKE, 1904, p. 5-59) e Karl Renner (que em 1929 publicou **As instituições de direito privado e sua função social**, cf. RENNER, 1949).

¹⁴⁶⁵ Cf. BARROSO, 2007, p. 30-44 (sobre a constitucionalização do direito civil, penal e administrativo).

¹⁴⁶⁶ BARROSO (2007, p. 28-9) destaca alguns “mecanismos de atuação prática” da “constitucionalização do direito”: “a) *o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis; [...] b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; [...] c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador; [...] d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar: [...] (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; [...] (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição*”.

¹⁴⁶⁷ Pense-se nos unilateralismos das ordens jurídicas (e.g., a supremacia da interpretação de direitos fundamentais e controle de constitucionalidade de uma corte constitucional na ordem interna, que pode gerar incongruência com a interpretação internacionalista dos mesmos direitos ou com o controle de convencionalidade por uma corte internacional). Cf. NEVES, 2009b, p. 132-51; CARVALHO RAMOS, 2012b, p. 351-76. Outra questão é a do reforço ao simbolismo constitucional (no sentido de NEVES, 2007a) pela previsão de normas de “eficácia limitada” (cf. SILVA, J. A., 2007, p. 117-66) que não ganham desdobramento na legislação infraconstitucional e em normas infralegais. Uma espécie de bloqueio infraconstitucional da eficácia

ciologização associada à constitucionalização do direito, a partir do derretimento do escalonamento normativo¹⁴⁶⁸; tal fenômeno é capaz de provocar efeitos perniciosos, desde a fundamentalização axiológica¹⁴⁶⁹ até reforço a casuísmos e corrupções¹⁴⁷⁰.

constitucional ficou ressaltada na argumentação do Ministro do STF Gilmar Mendes (RE 466.343-1 São Paulo, voto-vogal Min. Gilmar Mendes), quando reconheceu a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos: uma lei infraconstitucional que obedecesse à constituição mas contrariasse um tratado do tipo não poderia ser eficaz – o tratado internacional bloquearia assim, a eficácia da lei infraconstitucional que disciplina norma constitucional (bloqueando, por decorrência, a eficácia da norma constitucional respectiva) – de qualquer modo, a lei “disciplinadora” é que seria “inconvencional”, mas não a constituição, que, na ordem interna, estaria acima do tratado internacional). Outro problema decorrente do escalonamento – adotada a teoria da eficácia das normas constitucionais – seria uma ampliação muito grande da base de proteção constitucional enquanto não editada legislação que especificasse (restringisse, contivesse) uma norma constitucional de “eficácia contida” (cf. SILVA, J. A., 2007, p. 103-16).

¹⁴⁶⁸ NEVES (2013, p. 117) ressalta: “*Enquanto do ponto de vista da dinâmica jurídica a diferença primária decorrente da positivação e correspondente autofundamentação constitucional do direito reside na distinção entre Constituição e lei, a diferença básica que resulta do mesmo processo histórico, do ponto de vista da estática jurídica, consiste na distinção entre princípios e regras constitucionais, embora esta seja menos evidente*”. ÁVILA (2009, p. 7-8) defende que “*o paradigma da ponderação não deve ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, porque leva, inexoravelmente, a um ‘antiescalonamento’ (Entstufung) da ordem jurídica, na medida em que os vários níveis de concretização normativa (Constituição, lei, regulamento, ato administrativo, decisão judicial, contrato etc.), a rigor relacionados numa complexa rede de relações hierárquicas e cada qual exercendo uma função específica, cedem lugar a um só nível, onde estão previstas as normas que irão orientar a decisão. [...] Daí se afirmar que o paradigma da ponderação, se universalmente aceito, conduz a uma constitucionalização da ordem jurídica [...]*”.

¹⁴⁶⁹ Para uma defesa da omniaplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana (no caso brasileiro, previsto como “fundamento da República” na Constituição de 1988, art. 1º, III), inclusive para a decisão de “*hard cases*”, cf. BARROSO, 2012. NEVES (2013, p. 193-4) nota: “*Mas há princípios constitucionais que não estão relacionados com a dignidade da pessoa humana, inclusive alguns referentes aos direitos fundamentais. [...] É difícil uma correlação tão intensa entre princípio da livre iniciativa com a dignidade da pessoa humana. [...] A simplificação da ordem constitucional, no sentido de retrotraí-la a um princípio último, amplamente aberto, tende a um moralismo incompatível com o funcionamento do direito em uma sociedade complexa, na qual a dignidade humana sofre leituras e compreensões as mais diversas (a prostituição, no exercício do direito geral de liberdade, viola a dignidade humana?). A própria questão da colisão intraprincípios em face da pluralidade de compreensão da dignidade da pessoa humana, no contexto de controvérsias constitucionais concretas, torna um modelo de absolutização inadequado*”.

¹⁴⁷⁰ NEVES, 2013, p. 194: “*No caso brasileiro, a invocação retórica da dignidade humana para afastar, em nome da justiça ‘inerente’ a esse princípio, regras consti-*

Assim, o princípio dinâmico do sistema jurídico, pelo qual a constituição é o último fundamento positivo de validade das normas jurídicas, não implica a irradiação direta da eficácia das normas constitucionais, o que implodiria essa própria estrutura escalonada; antes, no entendimento de Virgílio Afonso da Silva¹⁴⁷¹, a eficácia direta dos direitos fundamentais teria por base uma concepção de constituição total, pela qual esta vincularia não só o Estado mas também toda a sociedade. Essa concepção é rejeitada quando se concebe a constituição como texto normativo programador do acoplamento estrutural entre política e direito referido ao Estado, organização central (mas não a única) do sistema político, apenas. Se se entendesse haver essa vinculação direta, o acoplamento estrutural entre direito, política e outros sistemas sociais funcionais se ampliaria, cobrindo então, em termos de programas jurídicos (textos normativos), condutas de pessoas (= operações dos sistemas funcionais) que se entendia não estarem adstritas às expectativas normativas engendradas pelo texto constitucional – tradicionalmente voltado a conformar o que os cidadãos esperam do Estado, apenas.

O tema da vinculação de particulares a direitos fundamentais é abordado, na doutrina constitucional brasileira, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Alexy. Alguns elementos dessa construção doutrinária devem ser retomados. No modelo de Alexy, o caráter *prima facie* está associado a princípios, enquanto que a definitividade vincula-se às regras. Assim, Alexy¹⁴⁷² afasta a noção de que a uma parcela do dever do Estado (previsto pelo direito objetivo) não corresponderiam direitos subjetivos. Para Alexy, todos os deveres do Estado correspondem a direitos subjetivos – os direitos fundamentais são vinculantes, seja definitivamente (como regra, independentemente de ponderação das condições fáticas e jurídicas), seja *prima facie* (como princípio, a ser concretizado na maior medida possível, na proporcionalidade definida pelas limitações fáticas e jurídicas)¹⁴⁷³; ademais, “se um direito existe, ele é justiciável”¹⁴⁷⁴. Assim,

tuacionais precisas pode, embora isso pareça estranho, servir precisamente ao contrário: a satisfação de interesses particularistas incompatíveis com os limites fixados pela ordem jurídica às respectivas atividades”.

¹⁴⁷¹ 2011, p. 123-4.

¹⁴⁷² 2008, p. 516-7.

¹⁴⁷³ ALEXY, 2008, p. 514-5: “É característico de todos os modelos baseados no sopesamento que aquilo que é devido **prima facie** seja mais amplo que aquilo que é devido definitivamente. [...] Fica claro que o direito, enquanto direito **prima facie**, é um direito vinculante, e não um simples enunciado programático [...]. Mas a natureza de direito **prima facie** vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a ‘reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade’ [BVerfGE 43, 291 (314); 33, 303 (333)] – não pode le-

mesmo o que Alexy entende por “direitos sociais prestacionais”¹⁴⁷⁵ não se trata de meros enunciados programáticos. Sendo vinculantes, ou jamais podem ser restringidos (como regra), ou apenas podem ser restringidos se argumentativamente se conseguir vencer a precedência de que gozam (como princípio) diante de outras razões¹⁴⁷⁶.

Quanto à vinculação de particulares a direitos fundamentais, o confuso modelo em três níveis elaborado por Alexy¹⁴⁷⁷, níveis estes que poderiam ser escolhidos conforme a conveniência argumentativa de cada caso¹⁴⁷⁸, resulta na verdade, salvo melhor entendimento, em duas alternativas:

(1) *eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e responsabilização de particular*: a) se há disposição infraconstitucional concretizadora do direito fundamental, esta deve ser aplicada, desde que constitucionalmente válida – *i.e.*, se, no limite, for possível alguma interpretação desta disposição conforme a constituição, esta disposição, com tal interpretação, deve ser aplicada; assim, há direitos a prestações ou à proteção, pelos quais, na esfera judicial, o Estado é obrigado a considerar os princípios de direitos fundamentais, em eventual concorrência com disposições de direito privado (não eliminando, portanto, a autonomia privada, submetida a um sopesamento) e/ ou com princípios formais (como o da legalidade/ da competência legislativa); b) se não existe disposição infraconstitucional concretizadora do direito fundamental que seja constitucionalmente válida, as disposições de direito privado (outras que não esta concretizadora do direito fundamental) devem ser aplicadas em uma interpretação que considere os direitos fundamentais enquanto princípios objetivos (que decorrem de três abstrações a partir dos direitos fundamentais de estrutura principiológica: quanto a seu titular, quanto a seu destinatário e quanto às particularidades de conduta inseridas como seu objeto); no plano judicial, isso implica uma interpretação do direito privado conforme a constituição;

(2) *eficácia direta dos direitos fundamentais apenas na relação entre Estado e particular*, de modo que qualquer violação de direito fundamental pode ser imputada ao Estado se este, por alguma norma jurídica

var a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito”.

¹⁴⁷⁴ ALEXY, 2008, p. 514.

¹⁴⁷⁵ ALEXY, 2008, p. 499.

¹⁴⁷⁶ ALEXY, 2008, p. 518.

¹⁴⁷⁷ 2008, p. 523-42.

¹⁴⁷⁸ ALEXY, 2008, p. 540.

(inclusive decisão judicial), impôs como dever ou proibição uma conduta que, praticada por particular, feriu o direito de outro particular. Isto seria um direito de defesa contra o Estado. Mas também há direitos a prestações ou a proteção, diante do Estado, que fundamentam que mesmo uma permissão estatal (mesmo como ausência de proibição e de imposição) na qual se fundou o ato de particular que feriu direito fundamental de outro gere a responsabilização do Estado – nesse caso, dada a omissão estatal na proteção a um particular.

Assim, o modelo de Alexy apenas admite a eficácia direta (sem mediação legislativa) dos direitos fundamentais em face do Estado; por isso, na falta de lei, a violação de direito fundamental de um particular por outro só pode gerar mesmo a responsabilização do Estado. Isso porque o

*efeito direto perante terceiros não pode significar que os direitos do cidadão em face do Estado sejam, ao mesmo tempo, direitos do cidadão contra outro cidadão. [...] não se pode querer obter um efeito direto por meio da simples troca de destinatário dos direitos do cidadão contra o Estado*¹⁴⁷⁹.

A responsabilização de particulares pela violação de direitos fundamentais de outrem, sem mediação legislativa, não é possível; para esses, só há eficácia indireta, por meio da legislação – a norma legal terá então, como parte de seu conteúdo, o respectivo direito fundamental que se concretiza no plano infraconstitucional¹⁴⁸⁰.

Quanto à doutrina constitucional brasileira, destacam-se três entendimentos sobre o tema da vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais.

Sarlet¹⁴⁸¹ concebe como posição mínima a tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, notadamente por meio de uma interpretação do direito privado conforme a constituição, e defende a eficácia direta da dignidade da pessoa humana (seja enquanto direito autônomo, seja enquanto conteúdo de outros direitos fundamentais) no âmbito das relações privadas, mesmo no sentido de uma autoproteção (“limite material à renúncia e autolimitação de direitos fundamentais”¹⁴⁸²), já que “a ninguém é facultada a possibilidade de usar

¹⁴⁷⁹ ALEXY, 2008, p. 538.

¹⁴⁸⁰ ALEXY, 2008, p. 542.

¹⁴⁸¹ 2008, p. 402-4

¹⁴⁸² SARLET, 2008, p. 402.

*de sua liberdade para violar a própria dignidade [...]*¹⁴⁸³. Para os particulares, em suas relações fora da esfera estatal, além da dignidade da pessoa humana (para a qual a vinculação dos particulares seria direta, definitivamente), os direitos fundamentais os vinculariam de forma *prima facie* direta (admitindo, pois, ponderação em face de direitos ou bens jurídicos colidentes).

Depreende-se de Steimetz¹⁴⁸⁴ a defesa de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares apresenta as seguintes possibilidades, subsidiariamente: 1) aplicação da disposição legal de direito privado específica a regular a hipótese, desde que constitucional (constitucionalmente válida), em pelo menos alguma de suas interpretações (*i.e.*, desde que passível de interpretação conforme a constituição). Isso pressupõe uma análise da constitucionalidade (do resultado) da ponderação entre os princípios constitucionais realizada pelo legislador infraconstitucional; 2) não havendo tal disposição infraconstitucional específica, não é razoável exigir-se que os direitos fundamentais apenas sejam princípios objetivos a informar a interpretação de cláusulas gerais de direito privado, como boa-fé, ordem pública, função social e bons costumes. Aqui já se deve admitir a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, eficácia que é modulada pelo princípio da proporcionalidade, a guiar a colisão de princípios existente no caso concreto, colisão esta que se dá por serem ambos os particulares titulares de direitos fundamentais (o autor entende que também há *colisão de direitos fundamentais em sentido amplo* com o princípio da autonomia privada, que, embora não qualifique como um direito fundamental, entende como princípio constitucionalmente protegido). Assim, considerando a autonomia privada como princípio fundamental do direito privado¹⁴⁸⁵ e como um “*bem ou princípio constitucionalmente protegido*”¹⁴⁸⁶, Steinmetz admite a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por meio da ponderação dos direitos fundamentais em jogo no caso concreto com a autonomia privada, o que é tratado como uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo¹⁴⁸⁷ – por não envolver apenas direitos fundamentais mas também um bem constitucional; isso equivale a entender a autonomia privada também como um princípio constitucional, pois, como bem constitucionalmente protegido, a autonomia privada

¹⁴⁸³ SARLET, 2008, p. 402.

¹⁴⁸⁴ 2004, esp. p. 271-4.

¹⁴⁸⁵ STEINMETZ, 2004, p. 189-97.

¹⁴⁸⁶ STEINMETZ, 2004, p. 201.

¹⁴⁸⁷ STEINMETZ, 2004, p. 202.

é justaposta aos direitos fundamentais. Steinmetz¹⁴⁸⁸ entende, assim, que se trata de uma colisão de princípios, “mandamentos de otimização” que exigem sua realização “na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas”, determinadas pela adequação e necessidade como testes do princípio da proporcionalidade, “e jurídicas”, determinadas pelo sopesamento – proporcionalidade em sentido estrito – com outros princípios colidentes. Nessa ponderação, Steinmetz¹⁴⁸⁹ utiliza a noção de precedência *prima facie*, retirada de Alexy, segundo a qual se aumenta o ônus de argumentação para a prevalência definitiva do princípio que não goza dessa precedência *prima facie* (que equivale, no plano da argumentação jurídica, ao que representam as presunções relativas). Nesse sentido, adotando como variáveis o conteúdo pessoal ou patrimonial do direito em questão e a igualdade ou desigualdade fática entre os particulares em relação, Steinmetz¹⁴⁹⁰ defende que os direitos pessoais gozam de precedência *prima facie* sobre a autonomia privada em relações com igualdade ou desigualdade entre as partes, bem como que os direitos patrimoniais gozam dessa precedência em caso de desigualdade fática entre as partes. A autonomia privada só teria precedência *prima facie* no caso de colidir com direito patrimonial em situação de igualdade fática entre as partes.

Finalmente, Virgílio Afonso da Silva¹⁴⁹¹ não concebe a autonomia privada em nível paritário com os direitos fundamentais, mas como princípio formal (tal como é a competência do legislador), diante do que se torna impossível o sopesamento com os direitos fundamentais de estrutura principiológica (que são princípios materiais). Também é negado qualquer teste da regra da proporcionalidade¹⁴⁹². Assim, na ausência de disposição legal aplicável constitucionalmente válida, defende o autor, nas relações privadas, uma precedência *prima facie* da autonomia privada diante dos direitos fundamentais, sendo tal precedência jurídica arrefecida quanto maior for o grau de restrição fática dessa autonomia e quanto maior for o grau de restrição do direito fundamental em questão no caso concreto¹⁴⁹³. No caso de colisão de direitos fundamentais principiais em

¹⁴⁸⁸ 2004, p. 210.

¹⁴⁸⁹ 2004, p. 214-6.

¹⁴⁹⁰ 2004, p. 224.

¹⁴⁹¹ 2011, p. 151-5.

¹⁴⁹² SILVA, V. A., 2011, p. 162-4.

¹⁴⁹³ SILVA, V. A., 2011, p. 159-60. Nessa hipótese, de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, também teria que haver um sopesamento entre direitos fundamentais colidentes (além do não sopesamento entre autonomia privada e direito(s) fundamental(is)), pois é necessário levar em conta as limitações fáticas e jurídicas (estas, justamente configuradas pelos outros princípios e

relações não contratuais entre particulares, dever-se-ia considerar o sopesamento realizado pelo legislador da disposição infraconstitucional referente aos respectivos direitos fundamentais¹⁴⁹⁴ e, na ausência de disposição constitucional válida, a solução seria interpretar as cláusulas gerais (e.g., ordem pública, boa-fé) conforme os direitos fundamentais¹⁴⁹⁵.

No plano das ordens nacionais, os sistemas constitucionais de países como África do Sul¹⁴⁹⁶, Namíbia¹⁴⁹⁷, Portugal¹⁴⁹⁸ e Alemanha¹⁴⁹⁹ têm dado espaço ao reconhecimento da eficácia privada dos direitos fundamentais. Principalmente sob o influxo da jurisprudência e da doutrina constitucional alemã, tal temática tem recebido uma notável recepção, inclusive no Brasil. O que se pretende desenvolver neste tópico, em vista da ausência de um tratamento específico da eficácia privada no direito positivo brasileiro, é uma observação sobre as doutrinas estrangeiras recepcionadas pela doutrina nacional e sobre as construções desta. O que aqui se acrescenta a essas construções teóricas é uma crítica de concepções de constituição e hermenêutica constitucional – em certa medida,

regras), limitações estas que se impõem à realização dos direitos fundamentais de estrutura principiológica e que levam o autor (SILVA, V. A., 2010, p. 252-6) a considerar que toda norma veiculadora de direito fundamental é, sem certo sentido, de eficácia limitada.

¹⁴⁹⁴ SILVA, V. A., 2011, p. 167. O autor admite sopesamentos feitos pelo legislador, embora entenda que a colisão de princípios soluciona-se por relações de “*precedência condicionada, apenas para aquele caso concreto*” [tal restrição é o próprio condicionamento da precedência] (SILVA, V. A., 2011, p. 34).

¹⁴⁹⁵ SILVA, V. A., 2011, p. 169.

¹⁴⁹⁶ Constituição da República da África do Sul, capítulo 2, seção 8, § 2º: “*Uma disposição da Carta de Direitos vincula uma pessoa natural ou jurídica se, e na medida em que, aplicável, considerando a natureza do direito e a natureza de qualquer obrigação imposta pelo direito*”. ČERNÍČ (2010, p. 50) destaca que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é reconhecida pela Corte Constitucional da África do Sul e reforçada pelo art. 9, § 4, da Constituição, que impõe a obrigação de não discriminação entre pessoas privadas.

¹⁴⁹⁷ Constituição da República da Namíbia, art. 5: “*Os direitos e liberdades fundamentais assegurados neste Capítulo devem ser respeitados e preservados pelo Executivo, Legislativo e Judiciário e todos os órgãos do Governo e suas agências e, quando aplicáveis a elas, por todas as pessoas naturais e jurídicas na Namíbia, e devem ser executáveis pelos Tribunais na maneira doravante prescrita*”.

¹⁴⁹⁸ Constituição da República Portuguesa, art 12º, §2º (“princípio da universalidade”): “*As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*”. Destaque-se que a Constituição Portuguesa prevê não só direitos fundamentais, mas também a categoria de “deveres fundamentais”.

¹⁴⁹⁹ ČERNÍČ, 2010, p. 50: “*a Corte Constitucional Alemã (Bundesverfassungsgericht) confirmou a natureza horizontal dos direitos na Lei Fundamental (Grundgesetz) da República Federal da Alemanha na conhecida decisão Lüth*”.

ampliadas para todos os planos em que operam os direitos humanos fundamentais, inclusive além das dimensões estatais.

No plano da hermenêutica jurídica constitucional, – plano este enfatizado na referência aos direitos humanos fundamentais, reiterados em sua indeterminação e vagueza –, é corrente a referência a “contexto extratexto”¹⁵⁰⁰, “suporte fático”¹⁵⁰¹ ou, notadamente, “âmbito normativo” (contraposto ao programa normativo, previsto no texto normativo a ser concretizado, que, uma vez concretizado, ganha normatividade)¹⁵⁰². O cruzamento das fronteiras entre o texto normativo (programa da norma) e o âmbito da norma seria a realização da normatividade jurídica – da concretização constitucional. Essa concepção pode resultar em um entendimento extremamente amplo dos limites da normatividade jurídica, particularmente da normatividade constitucional. Esse entendimento amplíssimo da normatividade, por um lado, colide com a “policontextualidade” da sociedade moderna, em sua multiplicidade de âmbitos comunicativos coexistentes – particularmente sistemas funcionais autopoieticos. Por outro lado, leva a uma ampliação desmedida do que considerar como elemento de interpretação dos textos jurídicos, o que ganha maior amplitude ainda em se tratando da matéria dos direitos humanos fundamentais; aqui, postula-se por uma interpretação de todo o pluralismo de valores, concepções e demandas da sociedade, mas o resultado é muitas vezes uma desconsideração da heterogeneidade das pretensões de determinados grupos referidas a particulares entendimentos e demandas sobre religião, cultura, economia e mesmo fora de um marco sistêmico-funcional estrito. Em nome de uma integração consensual substancial (postulado mais uma vez incompatível com o referencial teórico sistêmico aqui adotado¹⁵⁰³), reduz-se a complexidade de uma pretensa “realidade constitucional”, de

¹⁵⁰⁰ Cf. SILVA, J. A. (2009, p. 13-9, esp. p. 18-9), postulando uma “hermenêutica contextual” da constituição.

¹⁵⁰¹ No sentido de SILVA, V. A., 2010, p. 65-125.

¹⁵⁰² MÜLLER, 2009b, p. esp. p. 244-68. Explica MÜLLER (2009b, p. 224): “*Se a normatividade for concebida assim dessa maneira, também a errônea compreensão de uma ‘interpretação jurídica’ com conceitos ‘metajurídicos’ não poderá emergir na elaboração jurídica do sincretismo de métodos interligados e empregados de modo auxiliar e metajuridicamente na aplicação do direito. A normatividade da norma engloba sempre as estruturas materiais reais do âmbito normativo, bem como as estruturas materiais de tal âmbito formuladas como estruturas possíveis na realidade e, como normatividade materialmente determinada, é cocaracterizada e cofundamentada por tais estruturas. Essa inclusão não naturalista, mas sim intermediada pelos métodos, de estruturas que são possíveis na realidade no teor de validade da norma não é nem arbitrária nem sincrética, mas estruturalmente elaborada a partir do processo de concretização jurídica*”.

¹⁵⁰³ Cf., especialmente, NEVES, 2008.

uma forma assistemática e pouco estruturada, simplesmente pela indiferença à hipercomplexidade que advém da multiplicidade dos sistemas sociais e da pluralidade de referenciais cognitivos e exigências normativas construídos dentro dos sistemas funcionais ou mesmo fora de uma delimitação sistêmico-funcional estrita¹⁵⁰⁴.

Problemas nesse sentido surgem quando se adota a dicotomia entre “constituição real” e “constituição jurídica”¹⁵⁰⁵ – que, em termos da moderna teoria constitucional, remonta a Lassalle¹⁵⁰⁶, com sua ênfase nos “fatores reais do poder” como “constituição real e efetiva”. Assim, o que se costuma referir como “realidade constitucional” acaba sendo uma construção pretensamente muito abrangente, mas finalmente pouco complexa do que se toma como condições de eficácia (mais ou menos no sentido de *input*) e como força normativa da constituição (*output*). Por um lado, exulta-se uma cultura constitucional como novo nacionalismo, confundindo-se referências sistêmicas e pretendendo-se uma constitucionalização totalizante de toda a realidade¹⁵⁰⁷. Por outro, na mesma direção mas em sentido inverso, postula-se que a constituição deva levar em consideração tudo o que existe¹⁵⁰⁸. A tese de um “processo de interpretação

¹⁵⁰⁴ Nesse sentido, para HESSE (1991, p. 16): “*A constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia*”. Assim, HESSE (1991, p. 15), tratando da “*pretensão de eficácia da norma constitucional*”, que “*não se confunde com as condições de sua realização*”, entende que, quanto àquela, “[*h*]á de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”. Em outro momento, HESSE (1991, p. 20, destaques no original) postula que “*constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (geistige Situation) de seu tempo*”.

¹⁵⁰⁵ Como em HESSE (1991, p. 15). HESSE (1991, p. 17) destaca o esforço da teoria da integração de Smend para “*realizar uma aproximação entre norma e fato e reduzir, assim, a necessária tensão entre ambos [...]*”.

¹⁵⁰⁶ LASSALLE, 2008, p. 5-40.

¹⁵⁰⁷ Assim LUHMANN (2007b, p. 836, destaques no original) critica o conceito de nação: “*Parece então que a ideia de nação pertence àquele punhado de semânticas transitórias que puderam causar fascinação por um tempo suportável sem mencionar a que sistema social se referiam. Por isso pode-se supor que hoje nos encontramos na fase terminal dessa ideia; etapa na qual a ideia causa mais dano que benefício e forma na sociologia um daqueles **obstacles épistémologiques** [no sentido de Gaston Bachelard] que com base em plausibilidades passadas bloqueiam os entendimentos que são necessários atualmente*”.

¹⁵⁰⁸ Culminam nesses entendimentos as elaborações sobre constituição como cultura, cultura constitucional etc., proclamadas por HÄBERLE (2003, p. 11-6, 21-36, 79-

pluralista” e “muitas vezes difuso” da Constituição, tal como postulado por Häberle¹⁵⁰⁹, também acaba fomentando interpretações da constituição não mais apenas como ordem fundamental do Estado, mas também de toda sociedade¹⁵¹⁰. Assim, tende-se a uma juridificação excessiva da soci-

128, 162-4, 169-72, 180-7, esp. p. 229-43), que postula um “conceito aberto de cultura”.

¹⁵⁰⁹ 2002, p. 11; 2003, p. 149. Assim, HÄBERLE (2002, p. 13-6, destaques no original; 2003, p. 151-2) propõe “a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição. [...] [Q]uem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la (*Wer die Norm ‘lebt’, interpretiert sie auch (mit)*). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. [...] Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. [...] Dessa forma, a Corte Constitucional define o âmbito de proteção do art. 4º, n. 1 e 2, da Lei Fundamental [Alemã], com o auxílio da concepção da igreja, das organizações religiosas e de opinião. Semelhante significado poderia ter a própria concepção do artista para a interpretação aberta da garantia da liberdade artística (art. 5º, III, LF). Também para uma liberdade científica, concebida de modo pluralista e processualmente orientada, coloca-se a questão de se saber em que medida esse direito, com o seu conceito ‘aberto’ de ciência, deve ser cointerpretado pelas ciências singulares (e suas metateorias). Em suma, deve-se indagar como os direitos fundamentais não de ser interpretados em sentido específico”.

¹⁵¹⁰ Tais interpretações tem sido comuns nos estudos sobre “constitucionalização do direito” e “vinculação de particulares a direitos fundamentais” ou “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” (cf. ALEXY 2008, p. 523-42; STEINMETZ, 2004; criticamente, SILVA, V. A., 2011). Assim, é totalizante a concepção de constituição apresentada por Hesse. Apesar de prever que “[a]bstraidas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve liminar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais” (HESSE, 1991, p. 21, destaques no original), HESSE (1991, p. 18) pretende que a constituição seja a “ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”. Assim: “Com essas assertivas, logrou Humboldt explicitar os limites da força normativa da Constituição. Se não quiser permanecer ‘eternamente estéril’, a Constituição – entendida aqui como ‘Constituição jurídica’ – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teoria. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar ‘forma e modificação’ à realidade; onde inexistente a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do

idade, desdiferenciando-se seus demais sistemas funcionais (que não o direito) – além de pretender-se uma constitucionalização radicalmente abrangente do sistema jurídico, fundada em uma concepção totalizante de constituição¹⁵¹¹. Tal construção da teoria constitucional colide frontalmente com o paradigma sociológico luhmanniano, para o qual a constituição simplesmente acopla os estruturalmente os sistemas jurídico e político (*i.e.*, *seletivamente* potencializa *certas* irritações provocadas por um sistema em outro, excluindo outras), sendo o Estado simplesmente uma organização do sistema político, que é um sistema funcional dentre tantos outros de uma sociedade complexa. Portanto, em um paradigma da comunicação autorreferencialmente fechada em cada sistema funcional autopoietico, as concepções constitucionais totalizantes implicariam não só maior dificuldade na concretização constitucional (por uma amplitude tão exacerbada e pouco estruturada que torna a constituição incapaz de

imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se. [...] Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida". Já HÄBERLE apresenta um entendimento mais restritivo que o de Hesse, concebendo a Constituição não só no plano estatal, *stricto sensu*, mas também como ordenação da esfera pública: "*Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos [da interpretação constitucional]*" (HÄBERLE, 2002, p. 33, destaque no original; 2003, p. 157). Ao final, porém, sua tese da "sociedade aberta dos intérpretes da constituição" (HÄBERLE, 2002; 2003, p. 149-62) acaba culminando em uma concepção totalizante. Assim é que, ao tratar da ideia de "constituição total" ou "constituição fundamento", SILVA, V. A. (2011, p. 112-3) entende: "*Segundo Häberle, todo aquele que vive o que é regulado pela norma constitucional é também um intérprete dela. Isso significa que praticamente todas as ações humanas seriam ao mesmo tempo reguladas pela constituição e uma manifestação de uma interpretação constitucional, o que teria como consequência o fato de que nenhuma área da vida teria independência das normas constitucionais*". O que SILVA, V. A. (2011, p. 112-5) classifica como "constituição-fundamento" ou "constituição total", corresponde ao que ALEXY (2008, p. 520-1) denomina "modelo puramente material" de Constituição, em oposição do "modelo puramente procedimental". Aqui parece tratar-se de tipos ideais.

¹⁵¹¹ SILVA, V. A., 2011, p. 113-5: "*O legislador, nesse sentido, seria um mero intérprete da constituição, e sua tarefa consistiria sobretudo na efetivação dos direitos fundamentais. Não é difícil notar que, para os outros ramos do direito, essa concepção de constituição [total] deixa pouco ou nenhum espaço livre [...]. [P]ouco ou nada restará de autônomo a outros campos do direito e ao legislador infraconstitucional*".

apreender a complexidade e diferenciação da sociedade), como também, à medida dessa concretização, ter-se-ia uma constitucionalização e uma juridificação desdiferenciantes.

A tese da constituição total, particularmente da interpretação constitucional por todos aqueles que vivem a “realidade constitucional”, tal como pretende Häberle¹⁵¹², apresenta problemas tanto no paradigma da comunicação (luhmanniano) quanto no paradigma da ação¹⁵¹³ (tal como em Weber). De um lado, nem todo entendimento nos campos da educação, da arte, da economia e da própria política é uma compreensão constitucionalmente orientada; muito pelo contrário, cada sistema funcional é operativamente fechado. Teríamos que vislumbrar então dois tipos de interpretação constitucional em contato: a interpretação orientada textualmente da “esfera organizada” dos funcionários do Estado (principalmente no Judiciário), informada pela pré-compreensão dos sentidos conformados socialmente inclusive na “esfera livre” dos “usuários” do direito. De outro lado, tem-se o paradigma da ação weberiano. Max Weber “atribui à ação um sentido socialmente intencionado” e “os motivos dos atores (ou em dado caso sua estrutura eletiva racional) servem para explicar as formas que adotam as interações”¹⁵¹⁴. Sob tal paradigma, não é verossímil que toda pessoa dirija sua conduta sempre tomando por base a constituição, a informar racionalmente suas expectativas, ou adotando os “valores” constitucionais¹⁵¹⁵ – ou seja, nem sempre se age informado

¹⁵¹² 2002; 2003, p. 149-62.

¹⁵¹³ LUHMANN, 2007b, p. 61: “[...] o conceito de ação – que de acordo com o sentido comum pressupõe atores – desvanece os limites entre os sistemas e seus ambientes. Isso não exclui, em nenhum caso, reintroduzir o conceito de ação como construto de um sistema observador no qual o sistema pode localizar suas ações de acordo com pontos de atribuição, seja no sistema, seja no ambiente”. LUHMANN (2007b, p. 23) propõe “considerar que as estruturas da sociedade não emirjam como agregados de motivos desejados da ação, senão muito mais elementarmente como inclusão dessa exclusão dentro da forma [a forma sistema: sistemas sociais ou consciences]”.

¹⁵¹⁴ LUHMANN, 2007b, p. 23.

¹⁵¹⁵ WEBER, 2009a, p. 15: (destaques no original): “A ação social, como toda ação, pode ser determinada, p. 1) **de modo racional referente a fins**: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como ‘condições’ ou ‘meios’ para alcançar fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, como sucesso; 2) **de modo racional referente a valores**: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou de qualquer que seja sua interpretação – absoluto e inerente a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado; 3) **de modo afetivo**, especialmente **emocional**: por afetos ou estados emocionais atuais; 4) **de modo tradicional**: por costume arraigado”.

pelo que Hesse¹⁵¹⁶ denomina “vontade de Constituição”; muito pelo contrário, o sentido mentado por um agente em suas diversas ações dificilmente tem por referência o texto constitucional. Isso não põe em questão o fato de que as pessoas naturais e jurídicas tenham parte de suas expectativas configuradas pelo direito, muito menos impede que se estruture uma esfera pública pela qual, seja na formação política dos textos normativos jurídicos, seja em sua aplicação administrativa, seja em sua aplicação e interpretação judicial, participem não membros de organizações jurídicas do centro do sistema (nas ordens estatais, não membros do Judiciário) que tenham interesse e conhecimento acerca do tema econômico, educacional etc. de que está tratando o direito (caso dos *amici curiae*).

No plano dos direitos fundamentais, notadamente, o sistema jurídico apresenta um funcionamento vinculante para o Estado em um sentido subsidiário à atividade (não estatal) própria da economia, da arte, da educação etc. Assim, *e.g.*, nem toda atividade cultural é uma concretização dos direitos humanos fundamentais culturais referida a certa constituição ou a certos tratados. O mesmo se diga da atividade econômica. Por isso, os resultados da atividade econômica são atribuídos ao sistema econômico e não ao sistema jurídico, como concretização de direitos fundamentais referidos à economia. Tal segue a constatação de que os direitos humanos são comunicativamente reforçados nas situações de clara violação da dignidade da pessoa humana¹⁵¹⁷, mas não quando sua realização se dá sem uma clara, concreta e específica intervenção jurídica e/ ou política. Quando os sistemas funcionais operam de forma suficiente a atender suas demandas, não se diz que estejam realizando direitos fundamentais; estes surgem como exigências normativas quando da insuficiência da atuação dos sistemas funcionais.

O sistema jurídico, por sua autopoiese, fechamento operacional e caráter de forma (a forma sistema baseia-se na distinção sistema/ambiente¹⁵¹⁸), pratica (constrói sistemicamente) tanto uma autorreferência dirigida

¹⁵¹⁶ 1991, p. 19 (destaques no original): “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”.

¹⁵¹⁷ LUHMANN, 2004a, p. 484-5.

¹⁵¹⁸ LUHMANN, 2007b, p. 42.

da a si mesmo quanto uma heterorreferência dirigida à sociedade como um todo e aos demais sistemas sociais funcionais (que não o próprio direito) no interior daquela¹⁵¹⁹. Quando provocado por outro sistema, irrita-se e passa a processar tal problema, em sua rede interna recursiva de comunicação, como uma questão jurídica. Isso não significa que desconside o que há de econômico ou político na irritação que esses sistemas tenham provocado no direito, mas sim que o sistema jurídico então, por heterorreferência, reconstrói em si, juridicamente, a (parte da) economia, política, arte ou educação que reconhece como relevante para operar a comunicação jurídica encadeada a partir dessa irritação. Nesse sentido, *e.g.*, o direito pode até conceber a solução de problemas educacionais pela própria educação, sem interferência jurídica concreta e específica, como uma realização do direito à educação. A relevância disso para o direito, entretanto, é reduzida; apenas pode servir para se vislumbrar o quanto sobrou de espaço para a atuação do direito – espaço este correspondente à não atuação do sistema educacional, à não solução de um problema educacional por este próprio sistema –, para a juridificação da questão, para seu processamento como um problema de direitos fundamentais.

Como forma “sistema”, que implica a distinção sistema/ ambiente, o sistema jurídico pratica uma reentrada da realidade a ele externa (extrajurídica) na própria operacionalidade do sistema jurídico (também real)¹⁵²⁰ – tal pode ser descrito como a juridificação do extrajurídico e

¹⁵¹⁹ Cf. LUHMANN, 2007b, p. 62.

¹⁵²⁰ LUHMANN, 2007b, p. 43: “[...] sistema e ambiente, enquanto constituem os dois lados de uma forma, fazem-se sem dúvida separados, mas não podem existir sem estar referidos um ao outro. [...] As operações são possíveis só como operações de um sistema, só possíveis no lado interno da forma. [...] [O]s sistemas podem distinguir-se a si mesmos de seu ambiente, embora isto ocorra como operação no mesmo sistema [re-entry]. A forma que eles geram cegamente ao operar de maneira recursiva e com a qual se diferenciam põe-se novamente à sua disposição quando se observam a si mesmos como sistema em um ambiente”. Ademais, para LUHMANN (2007b, p. 46-7): “O sistema é autônomo não unicamente no plano estrutural, senão também no plano operativo; isto é o que fica dito com o conceito de autopoiese. [...] Com este conceito [fechamento operativo (ou autorreferencial) do sistema], não se faz referência ao que se poderia entender como isolamento causal, ausência de contato, apartamento do sistema. Apesar [da autopoiese] segue sendo válido o princípio (que se havia ganho já com a teoria dos sistemas abertos) de que dependência e independência podem se incrementar alternada e reciprocamente. Na atualidade, esse princípio foi formulado de maneira distinta e se determina que toda abertura se apóia no fechamento do sistema [i.e., em sua autoprogramação]. Expresso de maneira mais completa, isso significa que só os sistemas operativamente fechados podem construir uma alta complexidade própria – a qual pode servir para especificar sob que aspectos o sistema reage a condições do ambiente, enquanto que em todos os demais aspectos – graças a sua autopoiese – pode permitir-se indiferença”.

opera em diversos níveis de criação normativa jurídica e respectiva observância pelos Poderes estatais e pelos particulares, observância esta que se faz em referência aos textos normativos jurídicos aplicáveis em cada caso, conforme definido pelo próprio direito. Em termos gerais, então, o direito constrói não só a si mesmo (reflexão) mas também reconstrói juridicamente a sociedade como sistema social abrangente que o circunda (função), e também cada sistema social funcional que se localiza em seu ambiente (prestação)¹⁵²¹. Essa reconstrução tende a ser momentânea, mediante alguma provocação externa que gere irritação interna na autopoiése jurídica; mas, de fato, o direito dispõe de mecanismos que operam a função “memória” do sistema (notadamente os textos legais e jurisprudenciais). Por isso, ilustrativamente, não é toda a manifestação cultural que tem significado a todo momento para o sistema jurídico, enquanto expressão do direito humano fundamental à cultura. Essa relevância é temporalizada. O sistema jurídico expande-se e contrai-se dinamicamente, mas seu tamanho é estabilizado nos limites em que a memória (do direito) regula a lembrança e o esquecimento.

3.3.1.2 A eficácia privada no direito internacional dos direitos humanos

Černič¹⁵²² afirma que “os direitos humanos no plano internacional também têm eficácia horizontal, embora não haja uma executorie-

¹⁵²¹ LUHMANN, 2007b, p. 600 (destaques no original): “Para que a autopoiése continue basta a simples distinção entre autorreferência e heterorreferência. Assim como a consciência não se confunde a si mesma com os objetos, assim o direito não pode operar como sistema autopoiético substituindo continuamente os deveres jurídicos por simples desejos ou por condições de apreço ou menosprezo moral. Outra pergunta é: que possibilidades de observação dos sistemas se oferecem quando se chega à formação de sistemas parciais? Por motivos puramente lógicos se dão três possibilidades, a saber: 1) a observação do sistema total a que pertence o sistema parcial; 2) a observação de outros sistemas parciais no ambiente interno do sistema da sociedade – ou de outros sistemas no entorno externo; 3) a observação do sistema parcial através de si mesmo, autoobservação. Para distinguir essas distintas referências de sistema, chamamos **função** à observação do sistema total, **prestação** à observação de outros sistemas e **reflexão** à observação do próprio sistema. [...] Por precaução, recordemos mais uma vez que o conceito de observação abarca toda práxis de designação que distingue e, portanto, inclui também ações. [...] Estas distinções tem um significado prático considerável para a orientação. Se não se as mantém separadas, incorre-se em confusões semânticas de grande importância. Assim, o conceito de ‘Estado’ serve à autodescrição interna do sistema político (reflexão) e não se deve confundir com a função societal do sistema, que consiste em tomar decisões que vinculam coletivamente o Estado”.

¹⁵²² 2010, p. 50.

dade [enforcement] imediata das obrigações dos atores privados". Para este autor, apenas o *enforcement* das obrigações internacionais de direitos humanos seria deixado às ordens jurídicas nacionais, do que advém a ideia de eficácia horizontal *mediata* do direito internacional dos direitos humanos¹⁵²³. Note-se, por outro lado, o reconhecimento da possibilidade da eficácia horizontal pela Corte Europeia dos Direitos Humanos e sua extinta Comissão¹⁵²⁴.

Em termos gerais, porém, tal ordem jurídica, estruturada essencialmente por tratados celebrados entre Estados, não implementa a possibilidade de uma eficácia privada dos direitos humanos fundamentais e em muitos casos adota um modelo de imputação ao Estado de violações de direitos humanos causadas por particulares – responsabilização do Estado esta que pode causar um problema de socialização de prejuízos se não compensada pela ordem jurídica interna, por meio da sanção ao particular (indivíduo ou organização) infrator.

Assim, no plano doutrinário destacam-se modelos de imputação ao Estado da responsabilidade por atos privados ou de equiparação destes a atos estatais: o modelo representado pela doutrina estadunidense da *State Action* somente reconhece a possibilidade de violações de direitos humanos se cometidas pelo Estado – ainda que o ato deste tenha sido o mero reconhecimento, por procedimento jurisdicional, de um contrato privado que, este sim, diretamente, violou de fato um direito humano; outro modelo, representado pelo doutrinador germânico Jürgen Schwabe, postula a imputação ao Estado de qualquer ato violador de direitos humanos cometido por particular – a responsabilização do Estado pode ter fundamento no simples fato de não ter tomado medidas razoáveis para evitar que um particular cometesse tal ilícito¹⁵²⁵.

As cortes dos sistemas internacionais regionais de direitos humanos têm adotado, ainda que sem uma referência explícita, tal modelo de responsabilização do Estado por ilícitos cometidos por particular¹⁵²⁶.

¹⁵²³ ČERNIČ, 2010, p. 51.

¹⁵²⁴ JÄGERS, 2002, p. 49.

¹⁵²⁵ SILVA, V. A., 2011, p. 98-106.

¹⁵²⁶ PIOVESAN (2011, p. 179-80, nota 5): “*Note-se que os sistemas regionais [de direitos humanos] operam com base em um padrão de conflituosidade envolvendo sempre o Estado no polo passivo, na medida em que assumiu obrigações jurídicas no campo dos direitos humanos, quando da ratificação de tratados. Interessante constatar, contudo, que na ótica contemporânea os conflitos ganham maior complexidade, tendo por vezes atores não estatais como violadores. A título de exemplo, cite-se o caso de empresas poluentes e degradadoras do meio ambiente, que, com sua ação, violam o direito à saúde, ao meio ambiente, dentre outros. Ao enfrentar*

Verifica-se, portanto, que os ilícitos cometidos por particulares não são diretamente puníveis no marco do direito internacional dos direitos humanos. Isso apenas ocorre com os legitimados passivos (pessoas naturais) perante o Tribunal Penal Internacional, em casos como os de crimes contra a humanidade.

Em contraste, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um instrumento internacional de *soft law*, proclama em seu preâmbulo

*o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição*¹⁵²⁷.

No seu art. 29¹⁵²⁸, a Declaração prevê que aos direitos humanos universalmente atribuídos às pessoas corresponde o dever dessas pessoas

situações como essas, a jurisprudência internacional tem responsabilizado o Estado, por omissão". Ainda, relata PIOVESAN (2011, p. 114): "Conforme a jurisprudência da Corte [Europeia de Direitos Humanos], os direitos enunciados na Convenção impõem obrigações positivas ao Estado, que pode ser responsabilizado em virtude da omissão na proteção dos direitos, por ter sido incapaz de evitar violação cometida por atores não estatais. [...] A título de exemplo, cite-se o caso *López Ostra vs. Spain* (julgamento de 9-12-1994, Series A, N. 303-c), em que a Corte responsabilizou a Espanha em face de sua omissão em permitir que uma fábrica poluísse de forma nociva áreas vizinhas, com fundamento na violação ao artigo 8º da Convenção. No mesmo sentido, cite-se o caso *A. vs. United Kingdom* (julgamento de 23-9-1998), em que a Corte, com base no artigo 3º [proibição da tortura], responsabilizou o Reino Unido, em virtude da proteção inadequada no âmbito de seu Direito criminal no que tange à violência praticada por indivíduos particulares". Para interpretação semelhante no sistema interamericano quanto ao desaparecimento de pessoas não promovido, mas também não obstado pelo Estado, cf. PIOVESAN, 2011, p. 128.

¹⁵²⁷

Destaques acrescentados.

¹⁵²⁸

Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 29: "1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. [...] 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. [...] 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas".

(inclusive privadas – físicas ou jurídicas¹⁵²⁹) de respeito aos direitos humanos alheios. Ademais, o artigo 30 finaliza a Declaração considerando: “*Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos*”. Por fim, salienta-se a Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos (Resolução 53/144 da Assembleia Geral da ONU, de 1998), que enfatizou o papel dos atores privados no campo dos direitos humanos.

Lembre-se o preceito hermenêutico da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 31, § 1º: “*Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade*”. À luz desse preceito, a interpretação evolutiva e contextual da Carta Internacional de Direitos Humanos (constituída pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelos Pactos vinculantes de 1966 – sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais), bem como a atenção a seu objetivo e finalidade (no campo dos direitos humanos, a máxima proteção a vítimas atuais ou potenciais da violação desses direitos básicos), dão argumentos para a tese da eficácia horizontal desses direitos, ainda quando se referem ao dever de proteção dos Estados (que devem prevenir e reprimir violações cometidas por outras pessoas, físicas e jurídicas)¹⁵³⁰. Assim é que o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos se dirige a “cada indivíduo e cada órgão da sociedade”, instando-os a “manter esta Declaração constantemente em mente”, enquanto o art. 29, § 1º, afirma normativamente que “[t]oda pessoa tem deveres para com a comunidade”, e o art. 30 conclui o documento com os dizeres de que “[n]enhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”. Assim também, o art. 5, § 1º, dos Pactos de 1966 reza que

¹⁵²⁹ Cf. ČERNIČ, 2010, p. 42, destacando que as Normas da ONU sobre Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outras Empresas com Relação a Direitos Humanos, em sua versão de 2003, na sua seção 1, requeria que tais corporações promovessem, respeitassem e protegessem “*direitos humanos reconhecidos tanto no direito internacional quanto no nacional*”.

¹⁵³⁰ JÄGERS, 2002, p. 40-4.

[n]enhuma disposição do presente pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

3.3.2 Algumas considerações sobre as formas de reparação das violações: questões criminais, civis e processuais

Nas ordens nacionais, a proteção dos direitos fundamentais tem sido concebida como transversal a toda a ordem jurídica, não se restringindo aos direitos e garantias constitucionalmente previstos. Considera-se que a proteção jurídica aos direitos humanos deve desdobrar-se pela legislação infraconstitucional (ordinária *lato sensu*) criminal, civil, consumerista, de direito extraterritorial (como o *United States Federal Alien Torts Claims Act*, de 1789), etc¹⁵³¹.

A complexidade das estruturas corporativas e sua inserção no contexto da busca de reparação por violações de direitos humanos, dada a estrutura e os princípios que fundam a matéria (os quais buscam reforçar o apoio à posição da vítima, mais que em qualquer ilícito de outro *status*), faz emergirem diversas propostas e possibilidades de manejo das categorias processuais, dentre as quais: 1) a possibilidade de inversão do ônus da prova no processo penal com réu pessoa jurídica¹⁵³²; 2) a responsabilização no nível do setor industrial¹⁵³³; 3) a responsabilização da matriz pelas violações da subsidiária, não por aquela controlar todas as decisões desta, mas na medida em que esta se conduza em desconformidade com as regulações impostas pela matriz – que será, portanto, responsabilizada apenas na medida em que tenha deixado de regular razoavelmente¹⁵³⁴. Também visando a facilitar os caminhos da reparação das violações, alternativas de transição de uma ordem jurídica a outra caracterizam os direitos humanos, de modo geral, e as violações corporativas desses direitos, em particular; assim é que vale lembrar o fato de o *enforcement* de direitos humanos internacionais diante de pessoas não estatais poder ocorrer no plano das instituições (judiciais, executivas) nacionais¹⁵³⁵.

¹⁵³¹ ČERNIČ, 2010, p. 37-8, 62.

¹⁵³² ČERNIČ, 2010, p. 263.

¹⁵³³ ČERNIČ, 2010, p. 265.

¹⁵³⁴ ČERNIČ, 2010, p. 265.

¹⁵³⁵ JÄGERS, 2002, p. 37.

A busca pela reparação de violações corporativas de direitos humanos suscita especiais dificuldades no acesso a vias judiciais, tais como problemas de custos da representação jurídica, falta de *locus standi*, doutrina da separação das personalidades jurídicas¹⁵³⁶. Além da questão do acesso à justiça, deve-se cuidar do direito à efetiva reparação e indenização do dano, na forma de restituição, compensação, garantias de não repetição, desculpas públicas e outras reparações simbólicas, mudanças legislativas¹⁵³⁷. A via de responsabilização eleita dependerá das circunstâncias do caso¹⁵³⁸ (litigância estratégica de direitos humanos); por exemplo, quanto ao ônus da prova, pode ser só possível resolver o caso na esfera cível (na qual se permite a inversão do ônus da prova), quando não se conseguir cumprir com as exigências mais estritas do processo penal.

3.3.2.1 A questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é encontrada já nos séculos XVI e XVII – por exemplo, na *Grande Ordonnance Criminelle* francesa de 1670; tal responsabilidade é hoje reconhecida, dentre outros países, na maioria daqueles que sediam as principais corporações transnacionais, como França, Estados Unidos, Reino Unido, Japão, Austrália, Bélgica, Canadá, Índia, Holanda, Noruega, Eslovênia, Coreia do Sul, África do Sul, bem como na maioria dos países da América do Sul, do Oriente Médio e da África do Norte, principalmente em razão da adoção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional – no qual, afinal, a legitimidade passiva das pessoas jurídicas não foi reconhecida –, mas também por recomendação de organizações como Conselho da Europa, que reconhece tal responsabilidade em sua Convenção Penal sobre a Corrupção¹⁵³⁹. Na França, por exemplo: “*As pessoas jurídicas, com exceção do Estado, são criminalmente responsáveis pelas ofensas cometidas por sua conta por seus órgãos ou representantes [...]. [...] A responsabilidade criminal das pessoas jurídicas não exclui a de nenhuma pessoa natural*”¹⁵⁴⁰. Vale lembrar que o TPI tem jurisdição subsidiária à dos Estados nos crimes definidos em seu Estatuto (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão); alguns Estados, como Austrália, Canadá, Holanda e Reino Unido, adotaram a jurisdição univer-

¹⁵³⁶ ČERNIČ, 2010, p. 84.

¹⁵³⁷ ČERNIČ, 2010, p. 83-4.

¹⁵³⁸ ČERNIČ, 2010, p. 73.

¹⁵³⁹ ČERNIČ, 2010, p. 129-34, 137.

¹⁵⁴⁰ Código Criminal, art. 121-2.

sal, podendo processar autores de crimes internacionais, independentemente da nacionalidade da vítima e do Estado em que ocorreu o crime¹⁵⁴¹.

Várias ordens nacionais preveem a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas por crimes internacionais: na Austrália, onde há obrigações de direitos humanos diretamente endereçadas às corporações, uma pessoa jurídica pode ser responsabilizada quando “*a cultura corporativa expressa ou tacitamente permita o cometimento de uma ofensa por um empregado*”¹⁵⁴²; no Reino Unido, o *UK Companies Act* prevê na seção 172(1) que

[u]m diretor de uma companhia deve agir da forma que considere, de boa-fé, ser a mais capaz de promover o sucesso da companhia para o benefício de seus membros como um todo, e em o fazendo deve atentar (dentre outras questões) para: [...] d) o impacto das operações da companhia na comunidade e no meio ambiente;

fora do *corpus* da legislação propriamente dita, na Suécia, as diretrizes para companhias estatais (*Guidelines of the Swedish government for external reporting by state-owned companies*) preveem que os corpos diretores de tais corporações “*são responsáveis por matérias relacionadas a questões éticas, meio ambiente, direitos humanos, igualdade de gênero e diversidade. É uma importante parte da política de propriedade do Governo para as companhias ter uma bem desenvolvida estratégia para essas questões de sustentabilidade*”¹⁵⁴³.

Quanto à questão da competência jurisdicional nacional para casos criminais, destacam-se cinco possibilidades de sua fixação: 1) conduta praticada no território do respectivo Estado; 2) a vítima é nacional daquele Estado; 3) o autor é nacional daquele Estado; 4) o caso envolve a proteção de interesses do Estado; 5) o princípio da universalidade de jurisdição incide em se tratando de ofensas “*particularmente hediondas ou prejudiciais aos interesses da comunidade internacional*”¹⁵⁴⁴.

Jägers¹⁵⁴⁵ destaca a maior aceitação do conceito de responsabilização criminal corporativa em sistemas do *common law*, em comparação

¹⁵⁴¹ ČERNIČ, 2010, p. 134.

¹⁵⁴² ČERNIČ, 2010, p. 37-8.

¹⁵⁴³ GOVERNMENT OFFICES OF SWEDEN. **Guidelines for external reporting by state-owned companies**. Disponíveis em: <www.government.se/sb/d/2025/a/94125>. Acesso em: 26 jan. 2013, p. 1.

¹⁵⁴⁴ JÄGERS, 2002, p. 213.

¹⁵⁴⁵ 2002, p. 221, nota 16.

com o direito continental europeu; assim é que no direito estadunidense ou britânico, empresas podem ser responsabilizadas como autoras de boa parte dos crimes. De outro lado, no direito internacional, seria possível responsabilizar empresas criminalmente, impondo-lhes penas como multas, expropriação ou dissolução, desde que os atos em questão tenham sido praticados em um contexto de violação sistemática e coletiva de direitos humanos¹⁵⁴⁶. São elucidativos os precedentes que o autor elenca ao analisar os Tribunais Internacionais Militares de Tóquio e de Nuremberg, no contexto da responsabilização individual de agentes do Eixo por atos cometidos no cenário da Segunda Guerra Mundial. Se em Tóquio não houve qualquer previsão relacionada à responsabilização criminal de corporações¹⁵⁴⁷, em Nuremberg foi possível levar a julgamento membros de organizações, visando à responsabilização daqueles por atos imputáveis a estas, desde que a pessoa (natural) estivesse envolvida diretamente na prática do ato ou, ao menos, tivesse ciência da atuação e dos propósitos criminosos da organização¹⁵⁴⁸. Chegou-se mesmo a responsabilizar os membros do corpo diretivo de uma empresa e a declarar tal corporação como uma organização criminosa, por haver se envolvido em crimes de guerra como “*deportação, trabalho forçado, sujeição ao terror, tortura, mortes, pilhagem e espoliação de países invadidos e produção e suprimento de drogas e gás venenoso para propósitos de experimentação e extermínio*”¹⁵⁴⁹.

Como comenta Černič¹⁵⁵⁰: “*O Tribunal Militar dos EUA em Nuremberg nos casos Flick, Krupp e Farben reconheceu a responsabilidade criminal corporativa por crimes internacionais, embora não tivesse jurisdição sobre pessoas jurídicas*”. O Tribunal entendeu que “[*c*]rimes contra o Direito Internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas, e só punindo os indivíduos que cometeram esses crimes podem ser executadas [*enforced*] as previsões de Direito Internacional”¹⁵⁵¹. Segundo o art. 10 de sua Carta, o Tribunal Militar Internacional podia declarar um grupo ou organização como criminosos, punindo seus membros (exceto se não soubessem do intuito criminoso da coletividade)

¹⁵⁴⁶ JÄGERS, 2002, p. 221-2.

¹⁵⁴⁷ JÄGERS, 2002, p. 225.

¹⁵⁴⁸ JÄGERS, 2002, p. 223.

¹⁵⁴⁹ JÄGERS, 2002, p. 224.

¹⁵⁵⁰ 2010, p. 62-3.

¹⁵⁵¹ International Military Tribunal. **Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal [Nuremberg, 1945-1946]**. Nuremberg: International Military Tribunal, 1948. v. XXII. Disponível em: <www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-XXII.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013. p. 466

com penas de morte, prisão ou multa. Assim é que o Tribunal declarou os corpos diretivos do Partido Nazista, da Gestapo, da SD (*Sicherheitsdienst des Reichfuehrer SS*) e da SS (*Schutzstaffel*) como organizações criminosas, embora não tenha julgado seus membros; por outro lado, foi o que fez com corporações como a Farben¹⁵⁵². Ademais,

*[o] interesse primeiro do IMT [Tribunal Militar Internacional de Nuremberg] em processar a corporação em vez do indivíduo ficou muito claro no caso contra **Krupp von Bohlen und Halbach**, o dono das empresas **Krupp**, que era a fornecedora líder de armamentos e munições para Hitler. Devido à demência senil, **Gustav Krupp von Bohlen** não estava de fato apto a enfrentar o julgamento. Entretanto, o promotor argumentou que seria contrário ao interesse público dispensar **Krupp von Bohlen**, a menos que fosse substituído pelo seu filho¹⁵⁵³.*

Porém, nas experiências, mais recentes, dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para Ruanda e para a ex-Iugoslávia, foi excluída a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas¹⁵⁵⁴. O mesmo se deu com o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional¹⁵⁵⁵. Restam, portanto, um tanto quanto intangíveis as possibilidades de um *enforcement* dos direitos humanos diante da atuação empresarial – assim, por exemplo, resta sem muito substrato a previsão da Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid (art. 1, 2), que positivou a possibilidade de um tribunal criminal internacional “declarar criminosas as organizações, instituições e indivíduos” que se envolveram no cometimento do “crime de *apartheid*”.

A responsabilização criminal das pessoas jurídicas pode cumprir com uma eficácia peculiar propósitos retributivos, reabilitativos e, principalmente, preventivos¹⁵⁵⁶. A imputação jurídica do ato à pessoa

¹⁵⁵² JÄGERS, 2002, p. 223-5.

¹⁵⁵³ JÄGERS, 2002, p. 225 (destaques no original).

¹⁵⁵⁴ JÄGERS, 2002, p. 225-6.

¹⁵⁵⁵ JÄGERS, 2002, p. 228: “*Sob o Estatuto de Roma, apenas pessoas naturais podem ser levadas a julgamento diante do TPI. Entretanto, a questão sobre se a jurisdição do TPI deveria incluir corporações foi discutida durante as negociações do Estatuto de Roma. A delegação francesa propôs a inclusão das pessoas jurídicas na jurisdição do TPI. A proposta inicial era claramente inspirada no precedente de Nuremberg, prevendo que quando um crime tivesse sido cometido por uma pessoa natural em nome ou com consentimento de um grupo, o TPI poderia declarar o grupo como uma organização criminal. Tal declaração obrigaria os Estados Partes a tomarem medidas em resposta*”.

¹⁵⁵⁶ DE MAGLIE, 2005, p. 174-7.

jurídica, como sujeito de direito, não se confunde com a causação naturalística e atende mesmo aos “*pressupostos psico-biológicos reclamados pela teoria finalista da ação*”¹⁵⁵⁷. As discussões doutrinárias sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica envolvem o elemento intelectual e o de conduta (ação ou omissão). A conduta pode ser atribuível apenas à pessoa jurídica ou pode derivar de uma ação ou omissão de um trabalhador – em alguns países se exige que a pessoa física seja processada e punida antes da averiguação da responsabilidade da pessoa jurídica, o que dificulta a responsabilização desta, já que a dificuldade de atribuição individual de culpa (a uma pessoa física determinada ou a um grupo nitidamente identificável) informa a justificativa de impedimento à impunidade pelo processamento direto da pessoa jurídica. De outro lado, há a doutrina da cultura corporativa, pela qual somente à pessoa jurídica (que, enquanto organização, incentivou ou permitiu o ato criminoso) seria possível imputar responsabilidade¹⁵⁵⁸. Quanto ao elemento intelectual, afora a hipótese da cultura corporativa criminógena (em que há uma formação coletiva do dolo), este vem sendo relativizado: 1) na doutrina penal, em geral, por categorias como assunção do risco ou crimes de perigo abstrato; 2) pela proximidade funcional entre os processos civil e penal (por exemplo, no caso das penas alternativas à privação de liberdade). Este último aspecto ressalta a visão funcional do direito penal e do processo penal; nesse sentido, podem ser buscadas sanções às pessoas jurídicas que cumpram as funções preventivas, repressivas e reabilitadoras – por exemplo¹⁵⁵⁹, a confiscação dos valores resultantes da conduta criminosa e a obrigação do desenvolvimento de códigos, procedimentos e órgãos internos de fiscalização e *compliance*.

Deve-se destacar que há tratados que impõem aos Estados a obrigação de criminalizarem certa conduta, obrigação esta que, uma vez descumprida, gera a responsabilidade internacional do Estado. É o caso da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE, 1997), que impõe a criminalização da corrupção de funcionários públicos estrangeiros por pessoas físicas e jurídicas¹⁵⁶⁰.

Nesse sentido, há que se notar as diferenças da responsabilidade penal nas ordens nacionais e na ordem internacional, trazendo esta dificuldades processuais adicionais e cobrindo um menor espectro de violações:

¹⁵⁵⁷ QUEIROZ, 2004, p. 243.

¹⁵⁵⁸ ČERNIČ, 2010, p. 136-7.

¹⁵⁵⁹ Cf. ČERNIČ, 2010, p. 138-40.

¹⁵⁶⁰ Cf. JÄGERS, 2002, p. 173-4.

somente aquelas cometidas “*em um contexto coletivo e de maneira sistemática*”¹⁵⁶¹. No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é afirmada pela Constituição¹⁵⁶² e prevista legalmente em matéria ambiental¹⁵⁶³.

3.4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO CORPORATIVA: QUESTÕES PERSISTENTES

A identificação de similares isomórficos das constituições nacionais na ordem jurídica internacional (que teria por constituição a Carta da ONU¹⁵⁶⁴) ou nas ordens transnacionais (que teriam certa atenção aos direitos humanos na forma de códigos de conduta autoimpostos por organizações econômicas ou na forma de limitações de “ordem pública transnacional” nos juízos arbitrais) é alvo de um intenso debate teórico, que transcende os limites de análise das múltiplas disciplinas jurídicas. Esse debate parte de um generalizado “*reconhecimento de uma crescente incongruência entre o político (i.e., o mundo das coisas que precisam ser dispostas coletivamente para sustentar a sociedade) e o Estado (i.e., a maior instituição para a tomada de decisão política durante os tempos modernos)*”¹⁵⁶⁵.

Enfatiza-se, de um lado, a retenção meramente simbólica do conceito de constituição para as esferas diferentes da nacional-estatal¹⁵⁶⁶ e

¹⁵⁶¹ JÄGERS, 2002, p. 222.

¹⁵⁶² Constituição brasileira de 1988, art. 225, § 3º: “*As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*”.

¹⁵⁶³ Lei 9.605/98, art. 3º: “*As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. [...] Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato*”.

¹⁵⁶⁴ Cf. FASSBENDER, 2009. Relembre-se a Carta da ONU, em seu art. 103: “*No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta*”. A ideia de uma constituição do direito internacional remonta à análise, por Hersch Lauterpacht, do Pacto da Sociedade das Nações (anexo do Tratado de Versalhes, 1919) como “direito superior”. Cf. KOSKENNIEMI, 2011b, p. 332.

¹⁵⁶⁵ DOBNER; LOUGHLIN, 2010, p. xi.

¹⁵⁶⁶ VESTING, 2004, p. 35-6: “*As experiências do século XX com esse ‘mito da unidade’ dificilmente sugerem uma continuação de tal mitologia. Consequentemente,*

ressalta-se que todas essas normações continuam dependentes em alto grau da atividade estatal. “*Mesmo se são, como ius cogens, direito transnacionalmente obrigatório, e erga omnes, todos os Estados são mutuamente obrigados a executá-los, um seguro desfrute de direitos só pode ser garantido por Estados*”¹⁵⁶⁷. Para o direito transnacional, privado quando à origem e público substancialmente no que se refere a disposições de direitos humanos ou temáticas similares, acusa-se sua existência mais como uma proposta teórica do que como uma realidade¹⁵⁶⁸. De outro lado, em se considerando real tal expansão da problemática constitucional pelas diversas ordens jurídicas, apresenta-se o diagnóstico da “fragmentação constitucional”¹⁵⁶⁹, que coloca em xeque as formas tradicionais de

uma leitura liberal do mito do conceito constitucional da unidade da constituição precisa ser rejeitada: em vez seu lugar, uma autocoordenação espontânea de interesses individuais deve ser escolhida como ponto de partida, juridicamente ancorado nas liberdades individuais (direitos humanos) e no ‘capital social’ cognitivo nisto contido. O conceito constitucional então permanece como um (imaginário) ponto de referência para um passado identificado ao Estado-nação, conservado nos textos de teoria constitucional e nas várias tentativas de harmonizar formas de direito civil de coordenação (direitos civis) e interesse público (política), direção para a qual uma concepção fraca de constitucionalismo sociedade poderia e deveria tender”.

¹⁵⁶⁷ BRUNKHORST, 2005, p. 147.

¹⁵⁶⁸ VESTING, 2004, p. 39: “*Se esta análise é correta, então a consistência do constitucionalismo societal pode ser apenas fundada nas bases da filosofia política. Suas bases seriam então uma boa intenção para mobilizar o conceito constitucional para a institucionalização do potencial autoiluminante. [...] Embora similarmente a Habermas, com quem a cidadania vigilante, sob a proteção da ‘esfera pública autônoma’, aproxima-se do poder estatal, a preocupação de Teubner é sobre uma proteção global dos ‘espaços autônomos’ que asseguram oportunidades de expressão para as assim chamadas lógicas não racionais, contra a tendência social dominante ao racionalismo. Essa consideração é também explicitamente associada com uma abordagem pós-rawlsiana de uma teoria da ‘democracia deliberativa’ que não seja limitada à política. Na verdade o conceito do constitucionalismo societal é revelador nesse contexto: seu significado se sustenta, ao final, em uma fixação negativa nos mitos do Estado-nação. O uso do termo ‘constituição’ permite atribuir um ‘valor agregado’ normativo aos novos fenômenos das redes globais, mas na realidade esse alegado ‘valor agregado’ apenas dissimula a alta volatilidade e vagueza de conceitos como o de ‘constituição digital’. Enfim, o conceito constitucional apenas funciona como um depósito para deixar viva uma memória transfigurada dos mitos da criação da democracia. Tudo isso indica que a constituição hoje só pode ser mantida – no máximo – como um conceito fraco. Para os novos fenômenos além do Estado-nação, a alternativa a uma teoria constitucional centrada no Estado só pode restar em rejeitar a teoria constitucional e trocá-la pela teoria legal”.*

¹⁵⁶⁹ TEUBNER, 2012.

estruturação do sistema jurídico¹⁵⁷⁰. Nessa perspectiva, a governança transnacional aparece como a conjugação de múltiplos níveis de ação política e jurídica entrelaçados, e produz-se a observação ambivalente de que o Estado ainda é¹⁵⁷¹ – ou permanecerá sendo durante um bom tempo¹⁵⁷² – um ator indispensável.

Autores como Grimm exprimem uma visão cética sobre um salto do constitucionalismo para o plano internacional, considerando que, em declinando o Estado nacional como ator central do jogo político, declina também o mecanismo constitucional, incapaz de ser uma ponte no crescente abismo entre o exercício do poder e a falta de legitimação na esfera internacional¹⁵⁷³. A constitucionalização da ordem internacional (ou “supranacional”, como nomeia o autor) seria sempre defasada em relação à constitucionalização interna e considerar uma constitucionalização internacional como capaz de se sustentar por si mesma diante da reconfiguração das dimensões (políticas, econômicas, culturais) do Estado-nação seria antes um obstáculo ao pensamento do que uma real solu-

¹⁵⁷⁰ SAND, 2004, p. 42: “*O contexto cultural dos Estados-nação repercutiu silenciosamente na interpretação dos textos jurídicos. O preço pela riqueza dentro das fronteiras foi, entretanto, uma ênfase formidável na hierarquia e coerência nos sistemas jurídicos nacionais*”.

¹⁵⁷¹ Assim, SAND, 2004, p. 45-6 apresenta o “transnacionalismo” como um conceito de transição: “*Ambos os termos, ‘governança’ e ‘transnacional’, referem-se à **variação** crescente nas funções de governar, e à **diversidade** de níveis institucionais e atores envolvidos. Sua aplicação até aqui é marcada mais pela demanda por novos conceitos que transgridam as tradições prévias e existentes do que pela clareza ou consenso sobre o significado. São conceitos ‘em processo’*”.

¹⁵⁷² KUMM, 2010, p. 219: “*Mas é improvável que o estatismo democrático vá, nesta ou mesmo na próxima geração, perder sua credibilidade como um sério paradigma para o estudo do direito constitucional*”. FISCHER-LESCANO, 2004, p. 72-3: “*O Estado-nação não perdeu seu poder nesses processos de fragmentação política local – daí o erro dos réquiens nesse sentido –, mas, em vez disso, reagiu pela instalação de uma rede descentralizada de atores privados e públicos. [...] O direito constitucional nacional tentou reformular isso pela horizontalização do conceito de direitos básicos: autonomia privada, o efeito horizontal dos direitos humanos e questões contratuais privadas tornaram-se questões de direito constitucional político. Mas o que poderia apenas ser conceituado como sendo de alguma forma forçado no Estado-nação, agora, em um nível global, torna-se uma questão fundamental: o conteúdo político das decisões privadas não pode ser reformulado no direito global. O direito internacional público não cobre questões sobre a validade de contratos entre atores privados. Na melhor hipótese, por meio da **ordem pública** do direito internacional público são cobertas as questões contratuais concernentes a relações entre sujeitos do direito internacional e atores privados. Todavia, a **lex mercatoria**, a **lex informatica** e a **lex sportiva** mostram que não são apenas atores estatais que usam o campo social global na persecução de interesses particulares [...]*”.

¹⁵⁷³ GRIMM, 2010.

ção¹⁵⁷⁴. Posição oposta é a de Preuss¹⁵⁷⁵, que analisa a emergência do constitucionalismo como uma realocação da soberania, enfatizada não mais apenas sobre o elemento território, mas primordialmente como soberania do povo, construção esta mais aberta às possibilidades de constitucionalização internacional. Essa soberania, consagrada no princípio democrático, teria por apoio a identidade cultural, fundada não em um simples pertencimento territorial, o que abre espaço para um adequado redesenho, em um plano inter ou supranacional, do “pertencimento” cultural e da autonomia, consagrada na abertura dos processos decisórios, com amplitude da validade e legitimação nas dimensões material, temporal e pessoal. O autor acrescenta que,

*[e]ntre os extremos da constituição da integração vertical por meio do poder coercitivo estatal e o mero contratualismo da coordenação e cooperação social voluntária, novos modos de cooperação não coercitiva, embora obrigatória, que são suscetíveis de serem ordenados por constituições, estão evoluindo, tanto no interior quando além das fronteiras do Estado*¹⁵⁷⁶.

Ao criticar a ambição holística do constitucionalismo que busca se espriar para além dos Estados nacionais¹⁵⁷⁷, Krisch propõe como alternativa a ambição “limitada” de um “direito administrativo global”¹⁵⁷⁸, ao que Somek¹⁵⁷⁹ acrescenta a conclusão de esta proposta se coadunar com o real triunfo da burocracia estatal sobre a política e o direito, ao contrário dos diagnósticos dominantes sobre a “demissão” do Estado, visualizado dessa perspectiva na sua face mais “espetacular” da soberania, mas não enquanto administração.

No caso do direito supranacional, ou seja, da União Europeia, a extensão do constitucionalismo (ou sua realocação) para um plano diferente dos Estados nacionais levanta a suspeita de um insidioso divórcio entre direito e política e entre política e democracia. Assim, suspeita-se que o movimento de “constitucionalização” seja antes um “constitucionalismo” legalista, politicamente assético; portanto, axiologicamente descaracterizado e desatento à especial conjunção histórica que marca o “cons-

¹⁵⁷⁴ GRIMM, 2010, p. 22.

¹⁵⁷⁵ 2010, p. 36.

¹⁵⁷⁶ PREUSS, 2010, p. 46.

¹⁵⁷⁷ KRISCH, 2010, p. 253-5.

¹⁵⁷⁸ KRISCH, 2010, esp. p. 255-66.

¹⁵⁷⁹ 2010, p. 287.

titucionalismo” moderno como “*um arranjo de governo limitado construído por indivíduos livres, iguais e titulares de direitos [...]*”¹⁵⁸⁰. Um diagnóstico pessimista da governança global aponta para processos de desconstitucionalização e perda da cidadania no plano nacional, conjugados a uma produção do direito em nível global pouco atenta a exigências de controle democrático¹⁵⁸¹. De outro lado, Llanque¹⁵⁸² aposta em uma “membrancia constitucional” no plano de uma constituição global que seja capaz de forjar uma associação mundial apta a lidar com conflitos com “*entidades políticas como nações, regiões, comunidades transnacionais de composição regional e assim por diante*”.

Por fim, as regulações transnacionais no sistema econômico parecem ter por amparo, sobretudo, o código deste sistema (as ameaças de retaliação, de perda de reputação e mercado), que tende a se superpor até mesmo aos mecanismos jurídicos autogerados e auto-organizados. O direito transnacional é forte (vinculante juridicamente, com mecanismos jurisdicionais eficazes, como a arbitragem) em um sistema forte (o econômico) para os agentes fortes (as corporações transnacionais). Nessa medida, a suficiência da autolimitação autopoietica é mais um reforço ao expansionismo que se pretende limitar do que o próprio regime hegemônico do direito internacional econômico (OMC), ainda vinculado a bases (inter)estatais. Assim sumariza Prandini¹⁵⁸³:

Como direito constitucional para pessoas privadas ponderosas, o direito corporativo identifica os direitos que os executivos [corporate officers] exercitam em situações estruturadas na sociedade civil e as obrigações que devem tomar quando promovendo tanto o interesse coletivo da entidade corporativa quanto seus próprios interesses de posição. Mas o direito corporativo também identifica normas sociais e arranjos institucionais diante dos quais se espera que os executivos exibam fidelidade, como de outro modo exercitam seu julgamento negocial nos domínios ‘privados’. Isso reduz os poderes posicionais e a liberdade de contratar dos executivos na sociedade civil e previne exercícios unilaterais de poder coletivo em situações estruturadas. [...] Esse exemplo mostra bem que os processos de constitucionalização ocorrem exatamente quando e onde, na esfera social (não apenas na esfera política), emerge uma demanda social pela garantia das chances de articular, aumentar e empoderar áreas de autonomia (di-

¹⁵⁸⁰ LOUGHLIN, 2010, p. 59.

¹⁵⁸¹ DOBNER, 2010, p. 160.

¹⁵⁸² 2010, p. 177.

¹⁵⁸³ 2010, p. 326.

ferenciação social) para a reflexão societal e pela institucionalização delas contra tendências de submersão.

A semântica constitucionalista que tem animado os internacionalistas, principalmente europeus,

*continua seu esforço de sair da diplomacia e da política – a política da soberania no início do século XX, a política da diversificação funcional no início do século XXI – pela leitura do sistema jurídico internacional por meio de hierarquias definidas (embora talvez implícitas) de regras ou instituições que refletem escolhas de valor frequentemente expressas nas fórmulas latinas como **jus cogens** ou obrigações **erga omnes**¹⁵⁸⁴.*

A concorrência internacional de regimes jurídicos em luta pela hegemonia, porém, dá ao direito internacional um aspecto fragmentário substantivamente – para o regime dos direitos humanos, estes são o grande valor do direito internacional; para a OMC, o livre-comércio é o centro da questão; pelo direito internacional do meio ambiente, o meio ambiente clama precedência. Na falta desse “senso de ‘projeto’ ou objetivo compartilhado” a que puderam ou podem apelar as constituições nacionais, a ideia de constituição para além dos Estados nacionais precisa contentar-se à dimensão formal – universalizando as ideias domésticas de hierarquia e sistema, aprofundando uma tradição internacionalista do entreguerras¹⁵⁸⁵. Pode-se apontar a teorização de Teubner¹⁵⁸⁶ como expressão radical da estratégia de expansão do discurso constitucionalista, embora aceite o caráter fragmentado de um novo “constitucionalismo societal” e, em sua face normativa/ propositiva, busque a todo tempo fugir ao fantasma de um formalismo utópico¹⁵⁸⁷. Se nos reduzirmos à dimensão analítica de sua tese (os exemplos reais que a corporificam), antes que às propostas de Teubner, temos que, no percurso entre a abstração e reespecificação da ideia de constituição, esvai-se sua especificidade política, normativa e democrática – permanecendo a constituição não política, basicamente, como reforço jurídico autopoiético à autopoiese hegemônica da economia; a pretexto de desestatização, o conceito é “purificado” por sua redução à dimensão for-

¹⁵⁸⁴ KOSKENNIEMI, 2011b, p. 345 (destaques no original).

¹⁵⁸⁵ KOSKENNIEMI, 2011b, p. 346.

¹⁵⁸⁶ 2012.

¹⁵⁸⁷ Sobre tal formalismo utópico de um ideário (neo)constitucionalista, cf. KOSKENNIEMI, 2007, esp. p. 23.

mal (às normas secundárias hartianas). Essa observação cética da tese teubneriana, dirigida mais enfaticamente às ordens transnacionais autorreguladas, encontra paralelos, porém, no modo de concepção “gerencial” dos recentes tratados internacionais e seus respectivos órgãos, notadamente os “tratados-quadro” e similares – cada qual pretendendo constituir um sistema com princípios gerais, incitações mais promocionais que coercitivas, remissões a outras fontes e determinação de relações de prevalência ou harmonização em relação a estas, mas também com normas *à la* Hart para a criação, aplicação e modificação de regras¹⁵⁸⁸.

Não casualmente, a expansão do discurso constitucionalista desde as ordens nacionais até as internacionais é expressão de uma retomada de um ideário intrínseco ao contexto conformador do constitucionalismo iluminista liberal: o Estado de Direito ou *rule of law*, como projeto da ação estatal limitada por padrões de certeza e segurança jurídica, por uma razão procedimental capaz de lidar com demandas crescentes segundo uma regra de igualdade mais burocrático-formal que substancial ou equitativa, justamente um padrão de atuação que é sistematicamente desafiado pela complexificação e fragmentação da sociedade mundial e de seu sistema jurídico, tal como se nota no direito internacional, por exemplo, com um retorno a padrões de boa-fé, equidade, reta razão¹⁵⁸⁹, em detrimento de um projeto internacionalista de separação radical entre política e direito¹⁵⁹⁰. Na esfera nacional, aliás, a constituição serviu como último recurso de fechamento do sistema jurídico (em detrimento de sua fundação na violência, na razão, na fé)¹⁵⁹¹: a remissão à política, mas por um mecanismo híbrido e bivalente (a constituição como acoplamento estrutural) – para o direito, um programa jurídico; para a política, um instrumento político.

Por outro lado, o discurso da constitucionalização inevitavelmente traz não apenas o isomorfismo estrutural, mas também a herança semântica do constitucionalismo. Nesse sentido, em que medida as “constituições internacionais” ou “supranacionais” podem ser constituições sem um povo internacional procedimentalizado? Para não citar a falta de eleição para tais instâncias, veja-se a limitação da legitimidade ativa e passiva nas instâncias judiciais ou quase-judiciais internacionais. No juízo de Koskenniemi¹⁵⁹², então, a semântica constitucional e a tentativa de

¹⁵⁸⁸ KOSKENNIEMI, 2011b, p. 347.

¹⁵⁸⁹ KOSKENNIEMI, 2011b, p. 35-62, esp. p. 49.

¹⁵⁹⁰ Sobre tal projeto, cf. KOSKENNIEMI, 2008.

¹⁵⁹¹ Cf. LUHMANN, 2004b, p. 36-51.

¹⁵⁹² 2011b, p. 349.

isomorfismos estruturais protoconstitucionais não se demonstram *a priori* preferíveis aos vocabulários da economia, da tecnologia, do socialismo, do nacionalismo, do cristianismo, cada qual com seus especialistas, valores e preferências intrincadas; sem um projeto político aberto à deliberação, mas com as instituições preferidas dos constitucionalistas – “cortes povoadas por europeus” – e sua respectiva gramática – “tipicamente aquela da teoria política liberal” –, o constitucionalismo além do Estado pode ser uma nova ideologia.

Em termos da teoria dos sistemas, a constituição, como acoplamento entre política e direito, implica o acoplamento estrutural a abranger legitimidade e justiça (as “fórmulas de contingência” desses sistemas), ou seja, o fechamento operacional (consistência) e a abertura cognitiva (adequação) de ambos os sistemas. As “constituições transnacionais” privadas estariam em condições de um fechamento operacional adequado – produzem autodescrições que orientam autorreproduções, integrando processos, atos, normas e doutrinas próprias, constituindo um hiperciclo, tal como no modelo de direito autopoietico de Teubner¹⁵⁹³, ou são apenas “direito parcialmente autônomo”, capaz de se autodescrever e regular-se por suas autodescrições? São, portanto, direito justo, no preciso sentido que a teoria luhmanniana confere à justiça? Note-se que a justiça, nessa formulação, não é um valor absoluto e transcendente de avaliação da perfectibilidade do sistema jurídico, mas sim um construto interno, uma simbolização intrassistêmica pela qual, para lidar com a contingência, o sistema observa suas próprias operações, orientando-se para a consistência interna e a adequação externa de seus programas¹⁵⁹⁴. O direito constitucional privado autorregulado é capaz de conjugar adequação social e complexidade ou traz apenas juízos arbitrais casuísticos com um reforço ao fechamento autointeressado particularmente do sistema econômico, sem consideração de variáveis ambientais? Neste caso, nem se trataria de um fechamento operacional adensado, que produza condições para a abertura cognitiva, mas de um bloqueio mesmo a tal abertura.

As constituições transnacionais e códigos de conduta e de ética das corporações buscam afirmar-se contra a expansividade desdiferenciante do Estado ao mesmo tempo em que, sob o pretexto de autolimitar seus sistemas (organizacionais ou funcionais), na verdade instrumentalizam formas jurídicas para reforçar a expansividade destes? Buscam legi-

¹⁵⁹³ 1993, p. 81-6.

¹⁵⁹⁴ Sobre a justiça como fórmula de contingência, cf. VILLAS BÔAS FILHO, 2007, p. 141-7.

timação em “constituições” sem política? Estão aquém da “constitucionalização simbólica”¹⁵⁹⁵ estatal, pois são álibi¹⁵⁹⁶, instrumento de *marketing* e mitigação de responsabilidade jurídica que reproduzem cosmeticamente uma semântica “protoconstitucional” sem qualquer base institucional ou procedimental, funcionando por não funcionar? As organizações estariam dispostas a adotar “autoconstituições” que fossem efetivas para terceiros, que incrementassem a própria irritação destas e de seus sistemas funcionais? Em que medida pretende tal direito corporativo constitucional abrir-se a conflitos com outras ordens envolvidas em “problemas constitucionais” como limitação de poderes e direitos fundamentais¹⁵⁹⁷? “*Enfim, seriam as organizações um substitutivo sutil e mais perverso que o Leviatã?*”¹⁵⁹⁸ Como constituições do sistema funcional da economia (cuja “esfera pública” é o mercado) poderão subordinar-se às irritações da “opinião pública” (“esfera pública” da política, sistema que não participa do acoplamento)? O “poder constituinte” do povo pode ser substituído pelo “ter” constituinte do consumidor, expresso em termos de precificação, oferta e procura? Os comitês das sociedades/ corporações constituem-se como verdadeiras e eficientes comunidades de discurso ou “formações colegiais”, no sentido de Sciulli¹⁵⁹⁹? O “discurso competente” dos comitês e autorregulações gerará um mínimo de *enforcement* em questões como as ambientais e de direitos humanos, ou apenas será eficaz o “capítulo” das relações entre acionistas e entre acionistas e administradores das sociedades (a divisão de poderes da governança corporativa)? A previsão autorregulatória das obrigações e responsabilidades das corporações em questões de direitos humanos e meio ambiente terá apenas o efeito negativo similar ao das constituições nacionais (previsão textual como álibi para não concretização) ou, como estas, simbólicas ou não, potencializará a irritação do sistema jurídico e de outros sistemas¹⁶⁰⁰? Como viabilizará essa irritação: por mecanismos procedimentais autorregulados ou permitindo a exigência, junto a órgãos de outras ordens jurídicas (de regra, estatais – nacionais ou internacionais), dos direitos previstos nos códigos e diretrizes internos? Como se dará a “irritação” pela concretização de direitos humanos diante das corporações, quem serão seus titulares em

¹⁵⁹⁵ NEVES, 2007a.

¹⁵⁹⁶ Cf. NEVES, 2007a, p. 31-42.

¹⁵⁹⁷ NEVES, 2009b, esp. p. 270-98.

¹⁵⁹⁸ CAMPILONGO, 2011b, p. 67.

¹⁵⁹⁹ 1992.

¹⁶⁰⁰ Sobre essa ambivalência da relação entre texto constitucional e concretização constitucional nas constituições simbólicas e normativas, cf. NEVES, 2007a, esp. p. 83-126.

potencial, quem, por outro lado, não terá “cidadania” (“direito a ter direitos”) diante das corporações?¹⁶⁰¹

A cognitivização do direito não é o oposto do “projeto neoconstitucionalista” que vislumbra isomorfismos constitucionais por todas as ordens e regimes jurídicos, mas este é, *paradoxalmente*, uma de suas faces – da norma constitucional programática à *soft law*, dos limites constitucionais materiais ou cláusulas pétreas ao *ius cogens*. A constituição é um mecanismo de potencialização da autoirritação do sistema jurídico e de outros sistemas sociais, de reforço ao fechamento consistente e à abertura adequada do direito, mas a desdiferenciação estrutural e semântica do direito por uma abrangente constitucionalização pode levar a uma abertura disfuncional do sistema às demandas de seu ambiente, sem a construção jurídica dos problemas ambientais e a consistente resposta normativa a tais irritações. A força normativa da constituição, que se pretende aberta à interpretação geral dos cidadãos, pode acabar constituindo a própria erosão do funcionamento do mecanismo constitucional, nas ordens internacionais (solucionando falsamente, por apelos tão flexíveis quanto indeterminados, divergências políticas), transnacionais (potencializando protodireitos que se pretendem autônomos) ou nacionais (se todo o direito – processual, civil, societário, penal – torna-se indistintamente um só direito constitucional apenas principiológico e/ ou moralista, estrategicamente mobilizável por interesses apoiados fortemente em códigos econômicos, “relacionais” etc¹⁶⁰²). A eficácia privada dos direitos fundamentais poderá reordenar a interpretação do direito fundamental de propriedade (titularizado pela pessoa jurídica) e de sua função social, ao qual se vincula – sem com ele se confundir – o poder de controle empresarial¹⁶⁰³? Servirá a constitucionalização do direito (nacional, internacional, transnacional, supranacional) apenas para reforçar a argumentação comercialista e societária, pelo apelo à “boa-fé” e à “eficácia privada dos direitos fundamentais” nos conflitos de acionistas e administradores¹⁶⁰⁴, ou servirá à inclusão sistêmica das pessoas em geral e à promoção da diferenciação funcional e desintegração dos *media*, reforçando o corpo

¹⁶⁰¹ Cf. LAFER, 1988, para uma análise dos direitos humanos inspirada por Hannah Arendt e sua noção de cidadania como “direito a ter direitos”, com forte referência ao problema da apatridia – a não titularidade de direitos fundamentais pela falta do vínculo de cidadania/ nacionalidade –, no contexto imediatamente anterior ao da construção do direito internacional dos direitos humanos.

¹⁶⁰² Sobre tal mobilização corruptiva, cf. NEVES, 2013, esp. p. 193-4; 2008, esp. p. 236-58; 2007a, p. 140-89.

¹⁶⁰³ Cf. COMPARATO, 1986, p. 74-5.

¹⁶⁰⁴ FERREIRA NETO, 2013.

jurídico segundo o “espírito” dos direitos humanos fundamentais? Apenas na medida em que cumpra tais prestações – o que pressupõe discursos e institucionalidades políticas – “*a política constitucional é resistente, de fato oposta, ao gerencialismo [managerialism]. Não pode sobreviver como um projeto instrumental*”¹⁶⁰⁵.

É paradoxal, portanto, o movimento de diferenciação estrutural interna do direito: por um lado, constitucionalização como adequação e consistência de cada ordem jurídica (a constitucionalidade das leis nacionais dos diversos ramos, a “interpretação conforme a constituição” etc.) e pressão pelo diálogo entre essas diversas ordens (envolvidas em problemas “transconstitucionais”¹⁶⁰⁶); de outro, constitucionalização como fluidificação casuística das estruturas e diferenciações da programação jurídica, mas também como construção de novas estruturas isomórficas (*e.g.*, paralelos possíveis entre *ius cogens* e normas constitucionais imutáveis; entre *soft law* e normas constitucionais programáticas).

¹⁶⁰⁵ KOSKENNIEMI, 2007, p. 36.

¹⁶⁰⁶ NEVES, 2009b.

CONCLUSÃO

Os direitos humanos fundamentais constituem uma instituição da modernidade (ocidental) surgida sob condições estruturais de complexidade e contingência. São a semântica e a estrutura jurídica de distensão entre o campo da ação estatal e a esfera privada do indivíduo, instrumento de inclusão no sistema político, de promoção e limitação da livre alocação de recursos no sistema econômico e de demandas por infraestruturas públicas que gerem externalidades positivas potencializadoras de inclusão em uma sociedade funcionalmente diferenciada. O sistema jurídico estatal, nos ordenamentos nacionais e internacionais, reconstruiu por meio desses direitos, em termos amplos, a complexidade das sociedades diferenciadas, que iriam culminar com a sociedade global funcionalmente diferenciada. Os direitos humanos são a instituição de fechamento operacional do sistema jurídico, pois potencializam com alto grau de abstração e generalidade a *reflexão* deste sistema, conformando sua identidade; mas também são a instituição de sua abertura cognitiva, de reforço à irritação pelo ambiente, de *prestação* aos diversos sistemas funcionais (política, educação, saúde, economia, arte); sintetizam a *função* mesma do direito, pois consagram fórmulas especialmente sintéticas e expressivas para a generalização congruente de expectativas normativas. A variação do direito é propulsão por demandas que parecem se construir sobre um “direito fundamental a pretensões ilimitadas”¹⁶⁰⁷, testando a capacidade e os limites do sistema jurídico e promovendo sua evolução – isto é, sua complexificação: o incremento de possibilidades não realizáveis. Igualmente, são os direitos humanos os *topoi* de expressão máxima da fórmula de contingência do sistema jurídico, a justiça, signo da sempre instável combinação de consistência interna e adequação externa do sistema. Se a justiça é “a experiência com o improvável”¹⁶⁰⁸, os direitos humanos são o paradoxo, são “necessários e impossíveis”¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁷ CAMPILONGO, 2011c, p. 130.

¹⁶⁰⁸ NEVES, 2013, p. 228 (destaques no original).

¹⁶⁰⁹ KOSKENNIEMI, 2011b, p. 153.

Os direitos humanos emergem com a semântica e as estruturas jurídicas do constitucionalismo, mas são também expressão das construções, desconstruções e reconstruções dessas mesmas semânticas e estruturas. Daí que não mais a constituição estatal monopolize em si os direitos humanos, mas estes se apresentem nas diversas ordens jurídicas. Por isso, se a constituição é o mecanismo reflexivo mais abrangente do sistema jurídico, responsável por sua autofundamentação e filtragem de influências¹⁶¹⁰, seria preciso pensar em termos de uma constituição global fragmentada ou de “fragmentos constitucionais” de uma sociedade e de um sistema jurídico globais¹⁶¹¹. Mas não é a constituição em si, e sim os direitos humanos fundamentais, que se apresentam como este princípio, fim e meio do sistema jurídico. Tal sistema, crescentemente um entrelaçamento de ordens normativas e organizacionais diversas, sintetiza-se e simboliza-se então em termos transconstitucionais¹⁶¹². O caminho apresentado por Teubner¹⁶¹³ para a compreensão desse fenômeno será o da busca por isomorfismos da constituição estatal no sistema econômico e em outros; o de Neves¹⁶¹⁴ será propor a semântica constitucional dos direitos humanos como ponto de contato entre ordens diversamente estruturadas, algumas das quais não apresentam estruturas propriamente análogas à da constituição, em sentido tradicional.

Importa notar que os direitos humanos nunca foram indiferentes não apenas ao sistema político, mas também ao sistema econômico – a começar, como infraestrutura jurídica para a propriedade, a liberdade de iniciativa e de contrato, inclusive “irritando” o Estado à garantia desses direitos pela força (polícia, guerra externa) e pelo direito (*enforcement* dos direitos subjetivos pelos tribunais, celebração de tratados internacionais de livre-comércio, de proteção de investimentos etc.). Os direitos fundamentais podem servir ao imperialismo que abre fontes de insumos e mercados no exterior¹⁶¹⁵, mas podem servir também para balizar o campo da atividade econômica que é deixado à iniciativa privada (liberdade de iniciativa) ou que é reservado ao Estado (especialmente, serviços públicos)¹⁶¹⁶; podem não apenas limitar a gestão da empresa privada (direitos trabalhistas), mas também reforçar a segurança jurídica para os investi-

¹⁶¹⁰ NEVES, 2008, esp. p. 95-106.

¹⁶¹¹ TEUBNER, 2012.

¹⁶¹² NEVES, 2009b.

¹⁶¹³ 2012.

¹⁶¹⁴ 2009b.

¹⁶¹⁵ NEVES, 2007b.

¹⁶¹⁶ Por exemplo, ALEXY (2008, p. 499) baseia sua classificação dogmática em peculiaridades econômicas, distinguindo como direito o que não pode ser obtido no mercado.

mentos estrangeiros, proteger o autointeresse e fazer valer o “império do direito”, se preciso à revelia das “soberanias nacionais” (garantia da propriedade e *enforcement* dos contratos – afinal, um desdobramento do direito geral de liberdade)¹⁶¹⁷. Tudo isso é possível com os direitos humanos refletidos, na dogmática jurídica tradicional, como relações unilaterais entre Estado e cidadão (um, titular exclusivo dos direitos fundamentais e o outro, titular exclusivo dos deveres correspondentes); mas a “eficácia privada” cria novas funcionalidades para os direitos humanos, em sua projeção pelas ordens nacionais, internacional e supranacional – o Estado ou organizações interestatais podem impor deveres “fundamentais” a organizações. Ainda, por autorregulações, estas também podem criar direitos humanos (válidos em que âmbito pessoal – ou seja, exigíveis por quem?) e deveres fundamentais para si.

Assim como os direitos humanos não representam convites a boas ações, é descabido sustentar a suficiência de uma ética da responsabilidade que resolvesse problemas da “consciência” empresarial. Um discurso fundamentado em termos de responsabilidade reduz os efeitos sistêmicos da autopoiese de cada sistema (organizações, sistemas funcionais etc.) à intencionalidade – portanto, a um paradigma da ação. Uma observação de segundo grau, como pretende ser a observação sociológica no paradigma da comunicação luhmanniano, não pode se contentar em moralizar sua análise para protestar contra um “inimigo” ao qual se atribuem ações destrutivas intencionais e desprovidas de “boa consciência”¹⁶¹⁸. Da mesma forma, os apelos cosméticos à filantropia empresarial não são suficientes para que se deixe o tratamento de questões tão sensíveis como os direitos humanos e os problemas ambientais à simples autorregulação flexível dos “interessados”.

Não é preciso sustentar que as organizações econômicas tenham acumulado poder, em sentido estrito¹⁶¹⁹, a ponto de fazer frente ao poder

¹⁶¹⁷ D’AMATO, 1979; 1995-1996, p. 78-9.

¹⁶¹⁸ Cf. SÁ, 2012, p. 221-2.

¹⁶¹⁹ LUHMANN, 1995b, p. 87 (destaques no original): “*Desse modo, a coerção física não se pode entender como o último recurso em uma escala de pressões sempre em aumento. Em vez disso, tem um significado muito mais geral em relação com o código do poder simbolicamente generalizado, em que medeia a relação do nível simbólico com o orgânico, sem envolver outras esferas de ação não políticas, tais como a economia ou a família. Desse modo é possível diferenciar o poder que é especificamente político, sempre com a condição de que o poder não se degenera em coerção física*”. Entretanto, no plano simbiótico (na interseção entre o simbólico e o orgânico), “[o] código do dinheiro conta com o fato de que se paga com o objetivo de *satisfazer necessidades, e o poder tem uma relação específica com a coerção física*” (LUHMANN, 1995b, p. 88, destaques no original).

estatal, daí advindo sua potência lesiva às pessoas e comunidades. O poder em sentido especificamente político centra-se no Estado como organização legitimada a decisões vinculantes em grande amplitude nos âmbitos material, social e temporal. Tal poder é acoplado ao direito pela constituição e, pelas especificidades que apresenta, suscita a grande dúvida da viabilidade de um constitucionalismo baseado não no *poder*, mas no *ter* – o constitucionalismo corporativo. De qualquer modo, se as organizações, como sistemas orientados à tomada de decisões, transpassam as fronteiras dos sistemas funcionais e podem acumular e usar diversos meios de comunicação simbolicamente generalizados, no plano dos sistemas funcionais é possível reconhecer a diferenciação entre os *media ter* e poder, vislumbrando então não apenas corrupções recorrentes e estruturais da política pela economia, como também uma hiperirritação da política pela economia; de um lado, o sistema político permanece pautado pela diferenciação segmentária e organizado pelos Estados, concentradores do poder-violência legítimo; de outro, o sistema econômico apresenta reprodução fortemente globalizada, já que o “*ter*” concentra-se em corporações transnacionais e organizações do mercado financeiro. Assim, a concentração de qualquer meio de comunicação simbolicamente generalizado (poder, *ter*, saber) gera relações de influência¹⁶²⁰, ou poder em um sentido amplo¹⁶²¹, assim como as disparidades econômicas repercutem fora do sistema econômico. O fechamento operacional dos sistemas procura filtrar a diferença dos códigos externos, mas a hetero-observação implica a reconstrução do ambiente no sistema e sua reconstrução interna (*observing systems*); ademais, a diferenciação funcional surge definida na observação de segundo grau, mais que na operação basal dos sistemas (primeiro grau) – ainda, na experiência cotidiana, os códigos-diferença e os meios de comunicação permanecem entrelaçados, no cruzamento de múltiplos

¹⁶²⁰ Cf. LUHMANN, 1995b, p. 141-2.

¹⁶²¹ Poder, em sentido amplo, como “*um meio que efetua a transmissão de uma ação selecionada a outra, e que desta maneira supõe ambas as pessoas como sistemas aos quais se atribuem suas seleções como ações. Espera-se que a pessoa sujeita ao poder seja alguém que eleja sua própria ação e assim tenha a possibilidade de autodeterminação. Só por essa razão os instrumentos do poder, como por exemplo as ameaças, acossam-no com o objetivo de dirigi-lo a esta eleição autorrealizada. E ainda, o portador do poder não só empreende isto para representar o que é verdadeiro, mas também para atuar de acordo com sua própria vontade. Por esta razão postula-se a possibilidade de divergência atribuível e especificável para a relação entre os dois. Uma transmissão de complexidade reduzida ocorre quando, e enquanto, a ação de **alter** está envolvida em determinar como **ego** seleciona suas ações. O êxito de qualquer ordenamento do poder consiste na diferenciação aumentada de situação e seleção, porém, com a possibilidade de alcançar essas diferenças*”. (LUHMANN, 1995b, p. 31, destaques no original)

tiplas contexturas. De qualquer modo, o poder especificamente político continua estruturado e procedimentalizado em torno do Estado ou, mais amplamente, do sistema político. Este poder faz referência ora ao consenso presumido para a utilização da força em situações extremas (o monopólio do poder legítimo teorizado por Weber ou a concentração estatal da força teorizada por Marx), ora diz respeito à programação ampla da sociedade, com internalização geral do público nos procedimentos decisórios (democracia e direitos fundamentais). Se o sistema político é que especificamente agrega o meio “poder” e o Estado é a organização que tende a concentrá-lo, isso não significa que não haja relações de poder ou influência em qualquer sistema ou organização (inclusive relações de poder organizadas e procedimentalizadas, como nas sociedades empresárias). De qualquer modo, a teoria luhmanniana constata que, em condições de diferenciação funcional, a concentração dos *media* gera desigualdades recorrentes e cumulativas, daí surgindo a demanda por inclusão social pela desintegração dos *media*. Com Unger¹⁶²², pode-se identificar que tal desintegração toma, na economia, a forma do “dilema da descentralização e da desigualdade”, que exige equacionamento mediante formas de experimentalismo institucional com “direitos múltiplos e sobrepostos coexistindo em tensão”.

No plano das corporações empresariais, protagonistas do direito transnacional, isso implicaria uma democratização, não diretamente no plano econômico, pelo *medium* do dinheiro, mas propriamente no plano administrativo dessas organizações, que haveriam de inserir em seus processos decisórios aberturas a deliberações externas à própria organização, de modo que “*esta rede social de relações de decisão seja por sua vez transformada em decisões. Em outras palavras, a democratização significa a decomposição social do decidir em subdecisões sobre a aprovação ou declinação direta ou indireta (representativa) de decisões*”¹⁶²³. Tal decorre do fato de que

[m]ediante as alternativas de decisão são afetadas em seus interesses diferentes pessoas, categorias de pessoas ou grupos, de forma positi-

¹⁶²² 2004, p. 189, 195. Essa solução institucional faz parte do projeto tanto da “poliarquia radical” quando da “democracia mobilizadora”, colocadas por UNGER (2004, p. 166-206) como alternativas à “socialdemocracia ampliada”. Especialmente o projeto da “poliarquia radical” parece guardar afinidades com as propostas de TEUBNER (2012; 2003).

¹⁶²³ LUHMANN, 2005c, p. 28. Essa ampliação da cadeia decisória é um resultado alcançado com o esquema dos “direitos múltiplos e sobrepostos” de UNGER (2004, p. 195; 2001, p. 339-81).

*va ou negativa. Elas podem portanto estar interessadas na decisão mesma. Além disso, também as pessoas não interessadas podem ter opiniões sobre as decisões, podem estar de acordo ou em desacordo, conforme a decisão corresponda ou não a suas ideias*¹⁶²⁴.

Assim, há que se considerar seriamente a estruturação de órgãos e procedimentos de governança corporativa que incluam a apresentação e o processamento de problemas relacionados às obrigações de direitos humanos das organizações empresariais – mecanismos de representação dos diversos *stakeholders* precisam ser criados e reforçados, mantidos com independência das relações de poder nessas organizações (por exemplo, dos conflitos entre administradores e acionistas ou entre majoritários e minoritários nas sociedades anônimas). De outro lado, é preciso garantir visibilidade ao mercado (como “esfera pública” do sistema econômico) com relação a essa temática – é primeiramente este *locus* da informação, da confiança e da precificação que precisa inserir em seu funcionamento a reflexão das obrigações e responsabilidades das organizações econômicas. Outras organizações do sistema econômico ou fora dele (como ONGs consumeristas ou ambientalistas, Estados, movimentos sociais) irritam o sistema econômico e precisam construir também acoplamentos estruturais e canais de participação neste sistema para que ganhem ressonância em seu funcionamento. Essa participação não se coloca como interferência direta nas estruturas de poder e dinheiro da economia, mas sobretudo por um movimento plurilateral de pressões externas e aberturas cognitivas internas. A fórmula da sustentabilidade expressa justamente essa busca pela ressonância das questões ambientais (em sentido amplo, incluindo as demandas da sociedade em si, amplamente representadas como direitos humanos) mediante a abertura cognitiva dos sistemas (funcionais e organizacionais).

Se a solução apontada para a atenção do sistema econômico e de suas respectivas organizações há de ser essa da “democratização”¹⁶²⁵

¹⁶²⁴ LUHMANN, 2005c, p. 27.

¹⁶²⁵ Reitera-se que, dentro da teoria luhmanniana é difícil se considerar a democratização em outro sistema que não o político, já que para LUHMANN (2007c, p. 162, destaques no original): “*Democracia não é: [...] 1. O domínio do povo sobre o povo. [...] 2. Um princípio segundo o qual todas as decisões devem ser tomadas de modo participativo. [...] Em lugar disso, proponho conceber a democracia como a cisão da cúpula: a cisão da cúpula do sistema político diferenciado mediante a distinção entre governo e oposição*”. Claro que poderíamos generalizar o conceito de democracia como “cisão da cúpula” de decisão e então reespecificá-lo ao contexto econômico e corporativo; mas aí as assembleias de acionistas, com suas contraposições de interesses (como a formação dos blocos de minoritários em contraposição

ou ecologização, apenas o direito transnacional ou autorregulado (via de regra, um direito corporativo/ econômico) não é capaz de irritar o bastante tais sistemas, funcionais ou organizacionais. A autoirritação econômica precisa ser suplementada por irritações de outros sistemas – como o político, mas não só –, ainda mais representados em suas demandas e perspectivas por outras ordens jurídicas, como as locais, as nacionais, a internacional e a supranacional, das quais a(s) ordem(ns) autorregulada(s) não pode(m) desligar-se, sob pena de perder(em) em adequação social, isto é, em abertura para seu ambiente. Há que ser notada, ainda, a dependência da economia em relação à política, no sentido de que o sistema econômico não tem condições de sustentar uma esfera pública tão estruturada e abrangente quanto aquela a que se abre o sistema político democrático, daí advindo a necessidade (e as respectivas dificuldades e potencialidades) da mediação política para uma comunicação substancial entre a opinião pública e o sistema econômico, que hoje se consagra juridicamente principalmente nas ordens transnacionais. Isso porque, sendo a legitimidade a “fórmula de contingência”¹⁶²⁶ da política, o Estado (democrático de direito) depende da porosidade à “opinião pública”, enquanto esfera pública, o mesmo não ocorrendo com o sistema econômico, para o qual o equivalente consiste no mercado, que, entretanto, é muito menos complexamente estruturado para captar o pluralismo de pretensões e valores da sociedade (*i.e.*, do meio ambiente do sistema econômico) do que a opinião pública, “espelho” diante do qual “todas as atividades políticas” são encenadas¹⁶²⁷. Há, porém, limites também na representatividade da opinião pública e do mercado, já que aquela é formada em seu conteúdo, em grande medida, pelo sistema dos meios de comunicação¹⁶²⁸ (com grande influência de organizações e com a primazia de discursos particulares sobre outros, portanto), e este – o mercado –, como contraposição à exclusão organizacionalmente produzida em uma sociedade funcionalmente diferenciada, continua, afinal, a graduar os cidadãos na medida de seu pertencimento a organizações e, ainda que mediatamente, conforme sua posição hierárquica nessas organizações¹⁶²⁹.

Tem-se ressaltado que o déficit de heterorreferência dos sistemas funcionais (no caso, da economia) é fundamento de sua expansivida-

aos controladores), seriam menos estruturadas e aptas a processar democraticamente o dissenso do que as “formações colegiais” preceituadas por SCIULLI (1992). Os comitês de governança haveriam de encarnar tais “formações”.

¹⁶²⁶ LUHMANN, 2007b, p. 371; NEVES, 2009a, p. 63, 73

¹⁶²⁷ LUHMANN, 2007b, p. 607.

¹⁶²⁸ LUHMANN, 2007b, p. 156, 233, 683, 896, 894.

¹⁶²⁹ LUHMANN, 2007b, p. 670.

de e eventual totalitarismo (não só político mas também econômico, científico etc.). De um lado, a própria expansividade das demandas pessoais resulta em pressão sobre uma sociedade lastreada em recursos escassos; a economia reforça tal pressão pelo “atomismo dos mercados de capitais”, pelo *slogan* de que “o consumidor é o rei” etc¹⁶³⁰. De outro, a expansividade do sistema econômico é exponenciada por sua reflexividade: a observação de primeira ordem pela troca de bens é suplementada por uma observação de segunda ordem, pela moeda e pelo mercado financeiro, mecanismos reflexivos das trocas econômicas – são disfuncionais tanto a orientação restritiva pelos bens (que impediria a formação dos preços e a estruturação complexa das alocações de valor) quanto a orientação só voltada ao mecanismo monetário e financeiro; uma prejudica a consistência (fechamento operacional) do sistema econômico, em sua reflexividade, e a outra solapa sua adequação social, em sua distributividade e acesso, ou seja, as prestações e a função da economia¹⁶³¹. Assim, “*a orientação excessiva pelos mecanismos monetários e financeiros pode levar à inadequação da economia perante o seu ambiente social (e – por que não dizer – natural). Nesses contextos, surgem inflação, deflação, redução do setor produtivo, ‘bolhas’ etc*”¹⁶³².

A autocontenção dos sistemas funcionais surge então, não só como resposta à sua expansividade mas também como alternativa a uma intervenção direta de um sistema em outro, destrutiva da autopoiese e desdiferenciante. Nesse sentido, duas propostas se complementam. Em primeiro lugar, como propõe Teubner¹⁶³³, os direitos fundamentais estendem-se para (potencialmente) todos os sistemas funcionais da sociedade moderna como um mecanismo interno de autocontenção desses sistemas, de limitação a uma dinâmica autodestrutiva e paradoxalmente desdiferenciante de “turbo autopoiese”. Mas a mera autorregulação não é suficiente para a construção corporativa de mecanismos eficientes de promoção dos direitos humanos – como registrou o *green paper* da Comissão Europeia sobre responsabilidade social corporativa, em seu § 54:

Códigos de conduta, entretanto, não são uma alternativa aos direitos nacionais, da União Europeia e internacional e às regras vinculantes: as regras vinculantes asseguram padrões mínimos aplicáveis a todos, enquanto códigos de conduta e outras iniciativas voluntárias apenas

¹⁶³⁰ D’AMATO, 1995-1996, p. 78.

¹⁶³¹ NEVES, 2013, p. 130-1.

¹⁶³² NEVES, 2013, p. 131.

¹⁶³³ 2012, p. 79, 172-3.

podem complementá-los e promover padrões mais elevados para os que os subscrevam.

Daí surge o segundo mecanismo de autocontenção e concretização da sustentabilidade como abertura ao ambiente: a “abertura normativa” das ordens jurídicas em “diálogo transconstitucional”, tal como desenhado por Neves¹⁶³⁴. As ordens estatais-nacionais, não estatais, internacional e supranacional podem assim irritar – dentro do sistema jurídico – as ordens autogeradas das corporações, e vice-versa; o ponto de contato que constitui este acoplamento interno ou esta ponte para a transversalidade são as normas e procedimentos de direitos humanos. Assim, em lugar da otimização nos conflitos e coincidências entre essas diversas ordens jurídicas, a autocontenção relaciona-se com a fortificação da identidade operacional de cada ordem (pelo ajuste e criação de mecanismos reflexivos) e com sua abertura normativa a outras ordens (pela construção de processos de diálogo), gerando a admissão de um futuro aberto em cada processamento de um caso, na contingência capaz de estruturar adequadamente cada solução (afinal, a solução pré-ordenada seria subcomplexa e injusta)¹⁶³⁵. A irritação intrajurídica entre ordens normativas diversas insere-se ainda na perspectiva de que o(s) regime(s) de direitos humanos deve(m) ser orientado(s) à vítima, proporcionando várias vias de constatação das violações e acesso a reparações. Assim, a previsão constitucional de direitos fundamentais em países orientais ainda é bastante limitada – notadamente, poucos países árabes e asiáticos contêm qualquer dispositivo constitucional que assegure o equivalente ao direito à segurança pessoal ou ao reconhecimento da dignidade humana¹⁶³⁶. Em relação a estes, mesmo os códigos de conduta das corporações transnacionais podem significar um adicional efetivo de proteção, desde que dotados de mecanismos de concretização. Porém, os códigos de conduta não podem se resumir a funcionarem apenas para Estados sem estruturas mínimas de proteção de direitos fundamentais, ou *failed states* – assim como os povos não “decentes” não podem ser apartados dos “bem ordenados” nem tutelados por estes, como propôs Rawls¹⁶³⁷. Constata-se, na realidade, que tais códigos e diretrizes autorregulamentados muitas vezes não vão além da declaração de que a organização cumpre a lei, não adota trabalho forçado ou infantil, preocupa-se genericamente com o bem comum e as gerações

¹⁶³⁴ 2009b, esp. pp. 270-7; 2013, p. 155-70.

¹⁶³⁵ NEVES, 2013, p. 155-6.

¹⁶³⁶ ČERNIČ, 2010, p. 35.

¹⁶³⁷ 2004. Criticamente, cf. MACAMO, 2006.

futuras¹⁶³⁸. Ora, a função da autorregulação em matéria de direitos humanos é ir além da normatividade imposta pelo Estado; nestes casos, a legislação internacional, supranacional e dos Estados democráticos de direito é que precisa irritar o “direito corporativo” para que ganhe funcionalidade – além de impor, diretamente, obrigações e responsabilidades às organizações. Vale lembrar que o relator da ONU para direitos humanos e negócios, John Ruggie, destacou que o dever de proteger dos Estados ultrapassa sua atuação econômica e que, embora muitos Estados tenham adotado medidas e instituições para reforçar o respeito dos negócios aos direitos humanos (como normas trabalhistas, consumeristas, antidiscriminatórias, de saúde e segurança), estão sendo muito lentos no enfrentamento sistemático das práticas empresariais e no fomento a culturas corporativas de respeito a direitos¹⁶³⁹.

Procurou-se aqui observar e descrever uma situação complexa, em que há muitas vias de compreensão, e fenômenos emergentes no campo do direito, os quais abrem novos usos aos direitos humanos e expressam-se como verdadeiras transições de semânticas e estruturas jurídicas, econômicas e – amplamente – societárias. A constitucionalização corporativa consiste nesse fenômeno não consolidado e ainda precário em seus mecanismos de institucionalização jurídica; expressa, porém, irritações efetivas às quais os sistemas jurídico e econômico precisam responder. Especificamente no campo do direito, a proteção dos direitos humanos não pode se presumir minimamente verossímil e adequada à realidade contemporânea enquanto não considere os riscos e as lesões para além da organização estatal. Os caminhos de compreensão dos problemas e possíveis soluções esboçados apenas confirmam a complexidade em ambos os polos da diferença problema-solução; “[o] que quer que seja possível é sempre possível de outras maneiras”¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁸ Cf. AMATO; AMATO NETO, 2013.

¹⁶³⁹ RUGGIE, 2010, p. 8 (§ 33)

¹⁶⁴⁰ LUHMANN, 2004a, p. 459.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, Cambridge (MA), v. 54, n. 3, p. 421-456, 2000.
- ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. Tradução de Maria Lucia de Oliveira Marques. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 188-223, 2005.
- ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 1974.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- AMATO, Lucas Fucci; AMATO NETO, João. Corporate constitutionalization, human rights and sustainable supply chains: remarks on the 10 biggest Brazilian companies. *In*: INTERNATIONAL ANNUAL EUROPEAN OPERATIONS MANAGEMENT ASSOCIATION (EurOMA) CONFERENCE, 20, 2013, Dublin. **Operations management at the heart of the recovery**. Dublin: European Operations Management Association (EurOMA), 2013. p. 01-10.
- APEL, Karl-Otto. Ética do discurso como ética da responsabilidade política na situação atual do mundo. Tradução de Maria Nazaré Amaral. **Revista da Faculdade de Educação**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 115-121, 1992.
- ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- _____. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. *In*: OS PENSADORES. **Aristóteles**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. v. 2. p. 5-196.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de Sérgio Bath. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, n. 104, p. 109-126, 1996.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Normalização**. Disponível em: <www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=931>. Acesso em: 18 maio 2013.

_____. **Perguntas frequentes**. Disponível em: <http://www.abnt.org.br/m2.asp?cod_pagina=-963#>. Acesso em: 18 maio 2013.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 17, p. 1-19, 2009.

BACHUR, João Paulo. **Distanciamento e crítica: limites e possibilidades da teoria de sistemas de Niklas Luhmann**. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo. São Paulo.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARALDI, Claudio. Semântica (*Semantik*). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana; Iteso; Anthropos, 1996a. p. 143-5.

_____. Sentido (*Sinn*). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana; Iteso; Anthropos, 1996b. p. 146-8.

_____. Complejidad (*Komplexität*). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana; Iteso; Anthropos, 1996c. p. 43-5.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. O conceito weberiano de direito. Estudo introdutório. In: PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coords.). **Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 109-127.

BARROSO, Luís Roberto. Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. **Boston College International and Comparative Law Review**. Boston, v. 35, n. 2, p. 331-393, 2012.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. 2007. Disponível em: <http://www.luis.robertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_Ne_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 28 maio 2013.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. London: W. Pickering, 1823. v. 1.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: WARBURTON, Nigel (Ed.). **Philosophy: basic readings**. 2. ed. New York: Routledge, 2005. p. 232-242.

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria geral dos sistemas**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1977.

_____. An outline of general system theory. **The British Journal for the Philosophy of Science**, London, v. 1, n. 2, p. 134-165, 1950.

BILCHITZ, David. The Ruggie framework: an adequate rubric for corporate human rights obligations? **SUR – International Journal on Human Rights**. São Paulo, v. 7, n. 12, p. 198-229, 2010.

BLOTTA, Vitor Souza Lima. **Habermas e o direito: da normatividade da razão à normatividade jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.

- _____. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.
- _____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- _____. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2001.
- _____. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. O modelo jusnaturalista. In: _____.; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. p. 11-100.
- _____. **O conceito de sociedade civil**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1982.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **A constituição aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BÖRZEL, Tanja A. European governance: governing with or without the State. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 73-88.
- BOURDIEU, Pierre. Entrevista. In: _____. **Pierre Bourdieu: entrevistado por Maria Andréa Loyola**. Rio de Janeiro: ed. Uerj, 2002. p. 13-56.
- BOVERO, Michelangelo. O modelo hegel-marxiano. In: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. p. 101-164.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais: tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-327.
- BRUNKHORST, Hauke. Globalising democracy without a State: Weak public, strong public, global constitutionalism. **Zentrum und Peripherie**, München, v. 3, p. 195-213, 2006.
- _____. **Solidarity: from civic friendship to global legal community**. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: MIT, 2005.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Campus; Elsevier, 2012.
- _____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.
- _____. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.
- _____. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011c.
- _____. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- CANDIDO, Antonio. Direitos humanos e literatura. In: FESTER, Antonio Carlos Ribeiro (Org.). **Direitos humanos e...** São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 101-120.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Análise e memória (recordações de Enzo Faletto). **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 215-221, 2007.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **Processo internacional de direito humanos**: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

_____. O diálogo das cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Orgs.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 805-850.

CHANG, Ha-Joon. The economics and politics of regulation. **Cambridge Journal of Economics**, Cambridge, v. 21, n. 6, p. 703-728, 1997.

_____. **Understanding the relationship between institutions and economic development**: some key theoretical issues. Discussion paper n. 2006/05. Helsinki: United Nations University; World Institute for Development Economics Research, 2006.

CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

_____. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2006a.

_____. **Cidadania cultural**: o direito à cultura. São Paulo: Perseu Abramo, 2006b.

_____. Direitos humanos e medo. *In*: FESTER, Antonio Carlos Ribeiro (Org.). **Direitos humanos e...** São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 11-31.

CHEVALLIER, Jacques. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? **Revue française d'administration publique**, Strasbourg, n. 105-106, p. 203-217, 2003.

ČERNIČ, Jernej Letnar. **Human rights law and business**: corporate responsibility for fundamental human rights. Groningen: Europa Law, 2010.

CLAES, Monica; VISSER, Maartje de. Are you networked yet? On dialogues in European Judicial networks. **Utrecht Law Review**, Utrecht, v. 8, n. 2, p. 100-114, 2012.

CLAM, Jean. **Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann**: fondés en contingence. Paris : Presses Universitaires de France, 1997.

COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, London, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

COELHO, Inocêncio Mártires. Princípios da ordem social. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1417-1428.

COMISSÃO EUROPEIA. **Registo da Comitologia**. Disponível em: <ec.europa.eu/transparency/regcomitology/index.cfm?do=FAQ.FAQ&CLX=pt>. Acesso em: 19 ago. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 63, p. 71-97, 1986.

_____. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 353, p. 14-26, 1965.

CONNECTAS. **Empresas e direitos humanos**: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. São Paulo: Conectas, 2012. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf)>. Acesso em: 05 maio 2013.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista de Filosofia Política**, Porto Alegre, n. 2, p. 01-07, 1985.

COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999.

CORSI, Giancarlo. Estructura (**Struktur**). In: _____.; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana; Iteso; Anthropos, 1996. p. 73-4.

COSTA, José Augusto Fontoura. Há mesmo uma nova **lex mercatoria**? Uma abordagem crítica à teoria jurídica das relações negociais internacionais. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 289-309, 2012.

COSTA, Sérgio. **Dois Atlânticos**: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

D'AMATO, Anthony. Human rights as part of customary international law: a plea for change of paradigm. **Georgia Journal of International and Comparative Law**. Athens (GA), v. 25, p. 47-98, 1995-1996.

_____. Are human rights good for international business? **Northwestern Journal of International Law & Business**, Chicago, v. 1, n. 1, p. 22-32, 1979.

DELMAS-MARTY, Meirelle. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DE MAGLIE, Cristina. Corporate criminal liability in a comparative perspective. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Márcio Zanoide de (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 157-177.

DEWEY, John. The historic background of corporate legal personality. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 35, n. 6, p. 655-673, 1926.

DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. Introduction. In: _____.; _____. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. xi-xvi.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **O suicídio**. Tradução de Luz Cary, Margarida Garrido e J. Vasconcelos Esteves. 3. ed. Lisboa: Presença, 1973.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Justice in robes**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

_____. Two concepts of liberty. In: ULLMANN-MARGALIT, Edna; MARGALIT, Avishai (Eds.). **Isaiah Berlin**: a celebration. Chicago: The University of Chicago, 1991. p. 100-109.

_____. **Law's empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

EISENSTADT, Shmuel N. Multiple modernities. In: _____. (Ed.). **Multiple modernities**. New Brunswick: Transaction, 2000. p. 1-29.

ESPOSITO, Elena. Lenguaje (**Sprache**). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de

- Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana; Iteso; Anthropos, 1996a. p. 101-103.
- FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 5, n. 2, p. 297-323, 2009.
- _____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Edusp, 1988.
- FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the constitution of the international community**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464.
- _____. A pena em uma sociedade democrática. Tradução de Carlos Arthur Hawker Costa. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 31-39, 2002.
- FERRARI, Vincenzo. **Lineamenti di sociologia del diritto**: I. Azione giuridica e sistema normativo. 2. ed. Roma: Laterza, 1998.
- FERREIRA NETO, Ermiro. A eficácia horizontal de direitos fundamentais em procedimentos de dissolução societária. **Comercialista**, São Paulo, a. 2, v. 7, p. 14-21, 2013.
- FIGUEIRA NEVES, Rômulo. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. 2005. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. A teoria crítica dos sistemas da Escola de Frankfurt. Tradução de Rúrion Melo. **Novos Estudos Cebrap**. São Paulo, v. 86, p. 163-177, 2010.
- _____. Themis Sapiens: comments on Inger-Johanne Sand. *In*: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart, 2004. p. 67-80.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. 3. ed. Chicago: The University of Chicago, 2002.
- FRIESE, Heidrun; WAGNER, Peter. Not all that is solid melts into air: modernity and contingency. *In*: FEATHERSTONE, Mike; LASH, Scott (Eds.). **Spaces of culture**: city, nation, world. London: Sage, 1999. p. 101-115.
- FUKUYAMA, Francis. What is governance? **CGD Working Paper**, Washington, v. 314, p. 01-18, 2013.
- FULLER, Lon Luvois. **The morality of law**. 2. ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969.
- GIDDENS, Anthony. Introduction. *In*: WEBER, Max. **The protestant ethic and the spirit of capitalism**. Tradução de Talcott Parsons. London: Routledge, 2001. p. vii-xxiv.
- _____. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora da Unesp, 1991.
- GIERKE, Otto Friedrich von. **La función social del derecho privado; La naturaleza de las asociaciones humanas**. Tradução de José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, conventos e prisões**. Tradução de Dante Moreira Leite. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

- GOLDMAN, Berthold. **As fronteiras do direito e da “lex mercatória”**. Tradução de Eugenia de Jesus Zerbini. São Paulo: Instituto de Direito e Relações Internacionais, 1997.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. **El Estado Social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales**. Vigo: Universidad de Vigo; Madrid: Civitas, 2002.
- GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual. Tradução de Marcos de Campos Ludwig. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 187-202, 2007.
- GOZZI, Gustavo. Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 308-337.
- GRABER, Christoph Beat; TEUBNER, Gunther. Art and money: constitutional rights in the private sphere? **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 18, n. 1, p. 61-73, 1998.
- GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere III: Maquiavel**. Notas sobre o Estado e a política. Tradução de Luiz Sérgio Henriques, Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world. *In*: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 3-22.
- _____. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.
- GROSSI, Paolo. Introdução. *In*: ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2008. p. 11-32.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Para uma filosofia da filosofia: conceitos de filosofia**. Fortaleza: UFC, 1999.
- GÜNTHER, Gotthard. **Life as poly-contextuality**. Berlin: Vordenker, 2004. Disponível em: <http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_life_as_polycontextuality.pdf>. Acesso em: 20 maio 2013.
- HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. Lima: Universidad Nacional Autónoma de México; Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- _____. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Textos e contextos**. Tradução de Sandra Lippert Vieira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- _____. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999a.
- _____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. 1.
- _____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. 2.

_____. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2. ed. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

_____. **Teoría de la acción comunicativa II**: crítica a la razón funcionalista. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1992.

_____. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: 70, 1994.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**: um comentário à Constituição Americana. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Nacional, 1959.

HAQUE, Irfan ul. **Rethinking industrial policy**. Discussion papers n. 183. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2007.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HARVEY, David. **O neoliberalismo**: história e implicações. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

HAURIUO, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación**: ensayo de vitalismo social. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HAYEK, Frederick August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política II: a miragem da justiça social. Tradução de Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Indianapolis: Hackett, 1994.

HOBSBAWM, Eric. **A revolução francesa**. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.

HÖFFE, Otfried. Visão república mundial: democracia na era da globalização. Tradução de Celso de Moraes Pinheiro. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de; SOUZA, Draiton Gonzaga de. (Orgs.). **Justiça e política**: homenagem a Otfried Höffe. Porto Alegre: EDI-PUCRS, 2003. p. 205-224.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 1999.

HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers). **Informações sobre a ICANN**. Disponível em: <www.icann.org/general/>. Acesso em: 05 ago. 2012

JÄGERS, Nicola M. C. P. **Corporate human rights obligations**: in search of accountability. Antwerpen: Intersentia, 2002.

JOERGES, Christian. Constitutionalism and transnational governance: exploring a magical triangle. In: _____; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart, 2004. p. 339-375.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: 70, 2005.

- _____. Resposta à pergunta: que é “esclarecimento”? (“Aufklärung”). *In*: _____. **Textos seletos**. Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 100-117.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **Society and nature: a sociological inquiry**. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.
- KERCHOVE, Michel van; OST, François. **Le système juridique entre ordre e désordre**. Paris : Presses Universitaires de France, 1988.
- KEYNES, John Maynard. **The general theory of employment, interest and money**. New Delhi: Atlantic, 2008.
- _____. O fim do “laissez-faire” (1926). *In*: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.); FERNANDES, Florestan (Coord.). **Keynes**. São Paulo: Ática, 1978. p. 106-126.
- KIM, Sung Ho. Max Weber. *In*: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2012 Edition)**. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/weber/>>. Acesso em 23 jun. 2013.
- KOSELLECK, Reinhart. Three **bürgerliche** worlds? Preliminary theoretical-historical remarks on the comparative semantics of civil society in Germany, England, and France. Tradução de Todd Presner. *In*: _____. **The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts**. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 208-217.
- KOSKENNIEMI, Martti. **International law and the emergence of mercantile capitalism: Grotius to Smith**. Helsinki: University of Helsinki, Eric Castrén Institute of International Law and Human Rights, 2012a. Disponível em: <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/MKMercantileCapitalism.pdf>>. Acesso em 29 ago. 2012.
- _____. Hegemonic regimes. *In*: YOUNG, Margaret A. (Ed.). **Regime interaction in international law: facing fragmentation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012b. p. 305-324.
- _____. Empire and international law: the real Spanish contribution. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 61, p. 1-36, 2011a.
- _____. **The politics of international law**. Cambridge: Hart, 2011b.
- _____. The function of law in the international community: 75 years after. **British Yearbook of International Law**, London, v. 79, n. 1, p. 353-366, 2008.
- _____. Constitutionalism as mindset: reflections on Kantian themes about international law and globalization. **Theoretical inquiries in law**, Tel Aviv, v. 8, n. 9, p. 9-36, 2007.
- _____. **Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. Report of the Study Group of The International Law Commission. Geneva: International Law Commission, General Assembly, United Nations, 2006.
- _____. **The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law, 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- _____. Letter to the editors of the symposium. **The American Journal of International Law**, Washington, v. 93, n. 2, p. 351-361, 1999.
- KRISCH, Nico. Global administrative law and the constitutional ambition. *In*: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 245-266.
- KUMM, Mattias. The best of times and the worst of times: between constitutional triumphalism and nostalgia. *In*: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 201-219.

- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Walter Stöner. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LAVALLE, Adrián Gurza. Crítica ao modelo da nova sociedade civil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 47, p. 121-135, 1999.
- LAVI, Shai. Autopoiesis, nihilism and technique: on death and the origins of legal paradoxes. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Paradoxes and inconsistencies in the law**. Oxford: Hart, 2006. p. 247-273.
- LEÓN DEL RÍO, Yohanka. El ejercicio de la duda des de una provocación de la propuesta teórica de Niklas Luhmann. **Utopía y praxis latinoamericana**, Maracaibo, v. 12, n. 38, p. 59-69, 2007.
- LLANQUE, Marcus. On constitutional membership. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 162-178.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarre. Barcelona: Ariel, 1970. v. 1.
- LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalization? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 47-69.
- LÖWY, Michael. Le concept d'affinité élective chez Max Weber. **Archives de sciences sociales des religions**, Paris, n. 127, p. 93-103, 2004.
- LOYOLA, Maria Andréa. Bourdieu e a sociologia. In: BOURDIEU, Pierre. **Pierre Bourdieu**: entrevistado por Maria Andréa Loyola. Rio de Janeiro: ed. Uerj, 2002. p. 63-86.
- LUHMANN, Niklas. La economía de la sociedad como sistema autopoiético. Tradução de Hugo Cadenas. **Revista Mad**, Santiago de Chile, n. 29, p. 1-25, 2013.
- _____. **Risk**: a sociological theory. Tradução de Rhodes Barrett. New Jersey: Transaction, 2008.
- _____. **Conoscenza come costruzione**. Tradução de Alberto Cevolini. Roma: Armando, 2007a.
- _____. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007b.
- _____. **La religión de la sociedad**. Tradução de André Kieserling. Madrid: Trotta, 2007c.
- _____. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2007d.
- _____. **El arte de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005a.
- _____. **Organización y decisión; Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. Rubí: Anthopos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005b.
- _____. **Confianza**. Tradução de Amada Flores. Rubí: Anthopos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005c.

- _____. **A realidade dos meios de comunicação.** Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005d.
- _____. **Law as a social system.** Tradução de Klaus Ziegert. London: Oxford University, 2004a.
- _____. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. Tradução de Dalmir Lopes Junior. *In*: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004b.
- _____. Duas fontes de burocratização nas escolas superiores. Tradução de Stefan Forns Klein. **Plural**, São Paulo, v. 11, p. 135-140, 2004c.
- _____.; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società.** 11. ed. Milano: FrancoAngeli, 2003.
- _____. **Introducción a la teoría de sistemas.** Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002a.
- _____. **Theories of distinction: re-describing the descriptions of modernity.** Tradução de Joseph O'Neil, Elliott Schreiber, Kerstin Behnke e William Whobrey. Stanford: Stanford University, 2002b.
- _____. **I diritti fondamentali come istituzione.** Tradução de Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002c.
- _____.; SCHORR, Karl-Eberhard. **Problems of reflection in the system of education.** Tradução de Rebecca A. Neuwirth. Münster: Waxmann, 2000.
- _____. A sociedade mundial como sistema social. Tradução de Ana Mércia Silva Roberts. *In*: ARAUJO, Cicero; WAIZBORT, Leopoldo. **Sistema e evolução na teoria de Luhmann. Lua Nova**, São Paulo, n. 47, p. 179-200, 1999.
- _____. **Love as passion: the codification of intimacy.** Tradução de Jeremy Gaines e Doris L. Jones. Stanford: Stanford University, 1998a.
- _____. **Quod Omnes Tangit: remarks on Jürgen Habermas's legal theory.** *In*: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Eds.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges.** Berkeley: University of California, 1998b. p. 157-172.
- _____. **Observations on modernity.** Tradução de William Whobrey. Palo Alto: Stanford University, 1998c.
- _____. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.** Tradução de Joesetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998d.
- _____. Problemas con el cierre operativo. **Anthropos**, Barcelona, n. 173-174, p. 50-57, 1997a.
- _____. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade. *In*: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas.** Tradução de Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1997b. p. 60-74.
- _____. O conceito de sociedade. *In*: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas.** Tradução de Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1997c. p. 75-91.
- _____. Por que uma “teoria dos sistemas”? *In*: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas.** Tradução de Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1997d. p. 37-48.
- _____. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. *In*: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos**

sistemas. Tradução de Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1997e. p. 49-59.

_____. **Social systems**. Tradução de John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker. Palo Alto: Stanford University, 1995a.

_____. **Poder**. Tradução de Luz Mónica Talbot. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1995b.

_____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. XVII, n. 49, p. 149-169, 1990a.

_____. Participation and legitimation: the ideas and the experiences. *In*: _____. **Political theory in the Welfare State**. Tradução de John Bednarz, Jr. Berlin: de Gruyter, 1990b. p. 219-30.

_____. **Stato di diritto e sistema sociale**. Tradução de Flavio Spalla. 2. ed. Napoli: Guida, 1990c.

_____. **Ecological communication**. Tradução de John Bednarz, Jr. London: Polity Press, 1989.

_____. The unity of the legal system. *In*: TEUBNER, Gunter (Ed.). **Autopoietic law: a new approach to law and society**. Berlin: de Gruyter, 1987a. p. 12-35.

_____. Closure and openness: on reality in the world of law. *In*: TEUBNER, Gunter (Ed.). **Autopoietic law: a new approach to law and society**. Berlin: de Gruyter, 1987b. p.335-348.

_____. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985a.

_____. **A sociological theory of law**. Tradução de Elisabeth King-Utz e Martin Albrow. London: Routledge, 1985b.

_____. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Potere e codice político**. Tradução de Claudio Tommasi. Milano: Feltrinelli, 1982.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Tradução de Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978.

MACAMO, Elísio. The hidden side of modernity: Domesticating savage lives in Africa. **Zentrum und Peripherie**. München, v. 3, p. 161-177, 2006.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACNEIL, Ian R. **O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MANDEVILLE, Bernard. **The fable of bees: or, private vices, public benefits**. 3. ed. London: J. Tonson, 1724.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 107, p. 74-82, 2009.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo**

alemão em seus diferentes profetas (1845-1846). Tradução de Rubens Enderle, Nélio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. A questão judaica. Tradução de Fábio Duarte Joly. In: ISHAY, Michelini R. (Org.). **Direitos humanos**: uma antologia. São Paulo: Edusp; Nev, 2006. p. 319-333.

_____.; _____. **O manifesto comunista**. Tradução de Maria Lucia Como. 16. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

_____. Prefácio [à Contribuição para a Crítica da Economia Política]. Tradução de Edgard Malagodi. In: OS PENSADORES. **Marx**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 49-54.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **Autopoiesis and cognition**: the realization of the living. Dordrecht: Kluwer; Reidel, 1980.

MELLO, João Manuel Cardoso de; NOVAIS, Fernando A. Capitalismo tardio e sociabilidade moderna. In: SCHWARCZ, Lília Moritz; NOVAIS, Fernando A. (Orgs.). **História da vida privada no Brasil 4**: contrastes da intimidade contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 559-658.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 53-78.

MENDES, Gilmar Ferreira. O direito de propriedade na Constituição de 1988. In: _____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 465-500.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Entre o global e o local**: uma perspectiva de análise de conflitos ortogonais no direito transnacional: o exemplo da lex mercatoria. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MENÉNDEZ, Agustín José. No legitimacy without politics: comments on Jens Steffek. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart, 2004. p. 103-114.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Contratos Administrativos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JR., Antônio Jorge (Coords.). **Direito dos Contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 193-216.

MILGROM, Paul; ROBERTS, John. **Economics, organization and management**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1992.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MÖLLERS, Christoph. Transnational governance without a public law? In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart, 2004. p. 329-337.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORELLI, Denis. Afinal, para que servem os comitês nas companhias? **O Comercialista**. São Paulo, a. 1, v. 5, p. 29-33, 2012.

MORIN, Edgard. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MORRISON, Ken. **Marx, Durkheim, Weber**: formations of modern social thought. 2. ed. London: Sage, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a.

_____. **Teoria estruturante do direito I**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático. *In*: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 567-596

_____. **Direito, linguagem, violência**: elementos de uma teoria constitucional I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995.

NASSER, Salem Hikmat. **Jus cogens**: ainda esse desconhecido. **Revista DireitoGV**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 161-178, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. Niklas Luhmann: “Eu vejo o que tu não vês”. *In*: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (Orgs.). **Pensamento alemão no século XX**: grandes protagonistas e recepção da obra no Brasil. São Paulo: Cosac Naify; Instituto Goethe de São Paulo, 2009a. p. 257-273.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009b.

_____. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. *In*: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto (Orgs.). **Direitos humanos, democracia e república**: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009c. p. 653-688.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007a.

_____. The symbolic force of human rights. **Philosophy & Social Criticism**, Thousand Oaks, v. 33, n. 4, p. 411-444, 2007b.

_____. Soberania do Estado e soberania do povo no Estado Democrático de Direito. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**: estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri: Manole, 2005. p. 413-425.

_____. E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. *In*: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 145-173.

_____. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *In*: WORKSHOP LEGAL EDUCATION IN LATIN AMERICA, 1., 2003, São Paulo. **Anais**. São Paulo: FGV, 2003. p. 01-07.

_____. From the autopoiesis to the alopoiesis of Law. **Journal of Law and Society**, Cardiff, v. 28, n. 2, p. 242-264, 2001a.

_____. Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, v. 24, p. 5-68, 2001b.

_____. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**. São Paulo, v. 37, p. 93-106, 1996.

_____. Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina. **El Otro Derecho**, Bogotá, v. 6, n. 1, p. 67-97, 1994.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NORTH, Douglass C. **The new institutional economics and development**. Disponível em: <<http://www.deu.edu.tr/userweb/sedef.akgungor/Current%20topics%20in%20Turkish%20Economy/north.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Tradução de Barbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVEIRA, Sílvia Menicucci de. **Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

PAINÉ, Thomas. Os direitos do homem (1792). Tradução de Fábio Duarte Joly. In: ISHAY, Michelini R. (Org.). **Direitos humanos**: uma antologia. São Paulo: Edusp; Nev, 2006. p. 237-242.

PALOMBELLA, Gianluigi; PANNARALE, Luigi. Introduzione all'edizione italiana. In: LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Bari: Dedalo, 2002. p. 5-35.

PARSONS, Talcott. **Sociedades**: perspectivas evolutivas e comparativas. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Tradução de Fanny Wrobel. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

POLIDO, Fabrício Pasquot. A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “função social” dos direitos proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 27, p. 3-47, 2006.

POLLOCK, Friedrich. State capitalism: its possibilities and limitations. In: ARATO, Andrew; GEBHARDT, Eike (Eds.). **The essential Frankfurt School reader**. New York: Continuum, 1990. p. 71-94.

PRANDINI, Riccardo. The morphogenesis of constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 309-326.

PREUSS, Ulrich K. Disconnecting constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 23-46.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 45, p. 224-244, 2004.

RATNER, Steven R. Corporations and human rights: a theory of legal responsibility. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 111, n. 3, p. 443-545, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REICH, Norbert. 'System der subjectiven öffentlichen Rechte' in the Union: a European Constitution for citizens of bits and pieces. **Collected courses of the Academy of European Law**, v. 6, n. 1, p. 157-236, 1998.

RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Tradução de Agnes Schwarzschild. London: Routledge, 1949.

RIBEIRO, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. Luhmann "fora do lugar"? Como a "condição periférica" da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 28, n. 83, p. 105-123, 2013.

_____. **Entre eclusas e espelhos**: a esfera pública vista a partir de uma leitura crítica de Niklas Luhmann e de debates contemporâneos. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

RIEKMANN, Sonja Puntscher. Constitutionalism and representation: European parliamentarism in the Treaty of Lisbon. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 120-137.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; TORRES NAFARRATE, Javier. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2008.

_____. La sociología y la teoría de la sociedad. In: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. IV-XXII.

RODRÍGUEZ-SICKERT, Carlos. Homo economicus. In: PELL, Jan; ISTAVEREM, Irene van (Eds.). **Handbook of economics and ethics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 223-229.

RODRIK, Dani; SUBRAMANIAN, Arvind; TREBBI, Francesco. **Institutions rule**: the primacy of institutions over geography and integration in economic development. NBER working paper n. 9305. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2002.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. **O liberalismo econômico**: história da ideia de mercado. Tradução de Antonio Penalves Rocha. Bauru: Edusc, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social ou princípios do direito político. In: OS PENSADORES. **Rousseau**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1999. v. 1. p. 45-242.

RUGGIE, John. **Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises**. [submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, em 21 mar. 2011]. Disponível em: <<http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-21-mar-2011.pdf>>. Acesso em: 24 jun 2013.

_____. **Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises**. [submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, em 9 abr. 2010]. Disponível em: <<http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-2010.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

_____. **Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises**. [submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, em 22 abr. 2009]. Disponível em: <www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.13.-pdf>. Acesso em 5 maio 2013.

_____. **Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie.** [submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, em 7 abr. 2008]. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G0/128/61/PDF/G081286-1.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 05 maio 2013.

RUTGERS, Mark R.; SCHREURS, Petra. Weber's neo-Kantian roots. **Administrative Theory & Praxis.** Washington, v. 26, n. 1, p. 103-111, 2004.

SÁ, Alvinho Augusto de. Desafios da execução penal frente aos processos de construção da imagem do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, n. 99, p. 215-238, 2012.

SAND, Inger-Johanne. Polycontextuality as an alternative to constitutionalism. *In:* JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. **Transnational governance and constitutionalism.** Oxford: Hart, 2004. p. 41-65.

SANTOS, Cláudia. Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, n. 71, p. 31-49, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e tratados internacionais em matéria de direitos humanos: revisitando a discussão em torno dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. *In:* NEVES, Marcelo (Coord.); LIMA, Marina C. A. (Org.). **Transnacionalidade do direito:** novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 73-99.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada II:** as questões clássicas. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHARPF, Fritz W. Legitimacy in the multi-level European polity. *In:* DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 89-119.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución.** Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SCHMITTER, Philippe C. Still the century of corporatism? **The Review of Politics,** Notre Dame, v. 36, n. 1, p. 85-131, 1974.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia.** Tradução de Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SCIULLI, David. **Corporate power in civil society:** an application of societal constitutionalism. New York: New York University Press, 2001.

_____. **Theory of societal constitutionalism:** foundations of a non-Marxist critical theory. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1992.

SCOTT, Craig; WAI, Robert. Transnational governance of corporate conduct through the migration of human rights norms: the potential contribution of transnational ‘private’ litigation. *In:* JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Transnational governance and constitutionalism.** Oxford: Hart, 2004. p. 287-319.

SHUE, Henry. **Basic rights:** subsistence, affluence and U.S. foreign policy. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1996.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal:** o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- _____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. Direito regional econômico, direitos humanos e direito comunitário. *In*: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 17-38.
- SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments**. 2. ed. London: A. Millar, 1761.
- _____. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. Hartford: Oliver D. Cooke, 1811.
- SOMEK, Alexander. Administration without sovereignty. *In*: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 267-287.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. Uma cartografia simbólica das representações sociais: o caso do direito. *In*: _____. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 197-224.
- _____. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. *In*: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Orgs.). **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 83-129.
- STEFFEK, Jens. Sources of legitimacy beyond the State: a view from international relations. *In*: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart, 2004. p. 81-101.
- STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International human rights in context: law, politics, morals: text and materials**. 2. ed. London: Oxford University, 2000.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit**. Paris : Du Seuil, 2005.
- TAWNEY, Richard Henry. Foreword. *In*: WEBER, Max. **The Protestant ethic and the spirit of Capitalism**. Tradução de Talcott Parsons. Mineola: Dover, 2003. p. 1(a)-11.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Tradução de Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- _____. Fragmented foundations: societal constitutionalism beyond Nation State. *In*: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 327-341.
- _____. “And if I by Beelzebub cast out Devils,..”: an essay on the diabolics of network failure. **German Law Journal**, Toronto, v. 10, n. 4, p. 115-136, 2009.
- _____.; FISCHER-LESCANO, Andreas. Cannibalizing epistemes: will modern law protect traditional cultural expressions? *In*: GRABER, Christoph; BURRI-NENOVA, Mira (Eds.). **Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008. p. 17-45.
- _____. The anonymous matrix: human rights violations by ‘private’ transnational actors. **The Modern Law Review**, Malden, v. 69, n. 3, p. 327-346, 2006.

- _____. Societal constitutionalism: alternatives to State-centered constitutional theory. Tradução de Iain L. Fraser. *In*: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart, 2004. p. 3-28.
- _____. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. Tradução de Peter Naumann. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.
- _____. **Droit et réflexivité**: l'auto-référence en droit et dans l'organisation. Tradução de Nathalie Boucquey e Gaby Maier. Paris: L.G.D.J.; Bruxelles: Bruylant, 1996.
- _____. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- _____. **How the law thinks**: toward a constructivist epistemology of law. Florence: European University Institute, 1989.
- _____. Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. *In*: _____. (Ed.). **Juridification of social spheres**: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law. Berlin: De Gruyter, 1987. p. 3-48.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 3. ed. São Paulo: Itatiaia; Edusp, 1987.
- TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica**: primeira parte da segunda parte, questões 71-114. Tradução de Alexandre Corrêa. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1980.
- TORRES NAFARRATE, Javier. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann. **Lua Nova**, São Paulo, n. 51, p. 144-174, 2000.
- TRUBEK, David; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario G. New state activism in Brazil and the challenge for Law. *In*: TRUBEK, David; GARCIA, Helena; COUTINHO, Diogo; SANTOS, Alvaro (Eds.). **Law and the new developmental State**: the Brazilian experience in Latin American context. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 28-62.
- _____. **Developmental States and the legal order**: towards a new political economy of development and law. University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1075. Wisconsin: University of Wisconsin-Madison, 2010.
- _____. Human rights, transnational private law litigation and corporate accountability: comments on Scott and Wai. *In*: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart, 2004. p. 321-325.
- UDEHN, Lars. The changing face of methodological individualism. **Annual Review of Sociology**, Palo Alto, v. 28, p. 479-507, 2002.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. **Política**: os textos centrais: a teoria contra o destino. Tradução de Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo; Chapecó: Argos, 2001.
- _____. O estruturalismo e o futuro das ciências culturais. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 15-16, p. 97-102, 1968.
- UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT; THE OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER OF HUMAN RIGHTS. **Embedding human rights into business practice II**. New York: UN, 2007. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Embedding_II.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013.
- _____. **Embedding human rights into business practice**. New York: UN, 2004. Disponível em: <www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/-embedding.pdf>. Acesso em: 05 maio 2013.

VERSCHRAEGEN, Gert. Human rights and modern society: a sociological analysis from the perspective of systems theory. **Journal of Law and Society**, v. 29, n. 2, p. 258-281, 2002.

VESTING, Thomas. Constitutionalism or legal theory: comments on Gunther Teubner. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Eds.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart, 2004. p. 29-39.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito [da USP]**, São Paulo, v. 105, p. 561-593, 2010a.

_____. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da **Begriffsgeschichte** de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje**. São Paulo: Saraiva, 2010b. p. 27-61.

_____. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coords.). **Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 129-150.

_____. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 17. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva I**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2009a.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva II**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2009b.

_____. **The Protestant ethic and the spirit of Capitalism**. Tradução de Talcott Parsons. Mineola: Dover, 2003.

_____. **Historia económica general**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

WILLIAMSON, Oliver E. Markets, hierarchies, and the modern corporation: an unfolding perspective. **Journal of Economic Behavior and Organization**. North Holland, v. 17, n. 3, p. 335-352, 1992.

_____. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: Free Press, 1985.

WILLKE, Helmut. The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society. **ARSP. Archiv. für Rechts- und Sozialphilosophie**. Stuttgart, v. 72, n. 4, p. 455-467, 1986.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94.

ÍNDICE ALFABÉTICO



Esta obra foi impressa em oficinas próprias,
utilizando moderno sistema de impressão digital.
Ela é fruto do trabalho das seguintes pessoas:

Editoração:

Elisabeth Padilha
Sílvia R. Perucelli

Índices:

Emílio Sabatovski
Iara P. Fontoura
Tania Saiki

Impressão:

Lucas Fontoura
Marcelo Schwb
Willian A. Rodrigues

Acabamento:

Afonso P. T. Neto
Anderson A. Marques
Bibiane A. Rodrigues
Carlos A. P. Teixeira
Lucia H. Rodrigues
Luciana de Melo
Maria José V. Rocha
Marilene de O. Guimarães
Nádia Sabatovski
Rosinilda G. Machado
Terezinha F. Oliveira

““““
.”