

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

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

**José Francisco Dias da Costa Lyra<sup>1</sup>**

Doutor em Direito (UNISINOS, Porto Alegre/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** sociologia do direito.

**RESUMO:** No presente ensaio analisa-se a instituição dos direitos fundamentais, herança das revoluções e da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que se constituem em verdadeiro patrimônio histórico da humanidade, berço do constitucionalismo e dos direitos fundamentais. Para tanto, primeiramente, faz-se breve estudo dos direitos fundamentais como uma instituição social capaz de limitar os

efeitos destrutivos da lógica excludente do mercado, bem como de estabelecer uma comunicação legítima na sociedade. Posteriormente, apresenta-se a diferenciação funcional como a marca da sociedade moderna. Na sequência, o estudo aborda o problema da inclusão/exclusão. Por fim, apresenta algumas considerações sobre o relevante papel dos direitos fundamentais na sociedade moderna, instituição que se estabelece para garantir a inclusão.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Professor do Curso de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santo Ângelo/RS (também leciona - na mesma instituição - as disciplinas de Direito Penal e Processo Penal). Professor de Direito Penal na Faculdade CNEC - Campus de Santo Ângelo. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. *E-mail:* jfdclyra@tjrs.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3248441957258684>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1952-3365>.

**ABSTRACT:** *This essay examines the institution of fundamental rights, inheritance of revolutions and the Universal Declaration of Human Rights of 1948, which constitute a true historical patrimony of humanity, the cradle of constitutionalism and fundamental rights. To do so, first, a brief study of fundamental rights is made as a social institution capable of limiting the destructive effects of the exclusionary logic of the market, as well as of establishing a legitimate communication in society. Subsequently, functional differentiation is presented as the hallmark of modern society. The study then addresses the problem of inclusion/exclusion. Finally, it presents some considerations about the important role of fundamental rights in modern society, an institution that is established to guarantee inclusion.*

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais; sociedade moderna; inclusão/exclusão.

**KEYWORDS:** *fundamental rights; modern society; inclusion/exclusion.*

**SUMÁRIO:** Introdução: a instituição dos direitos fundamentais na sociedade moderna – contributos da declaração universal dos direitos humanos e da teoria constitucional; 1 A diferenciação funcional como aquisição evolutiva da sociedade moderna; 2 O Estado de Bem-Estar e a efetivação dos direitos fundamentais: a questão social e o problema da exclusão; 3 Algumas considerações; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction: the institution of fundamental rights in modern society – contributions of the universal declaration of human rights and constitutional theory; 1 Functional differentiation as evolutionary acquisition of modern society; 2 The state of well-being and the realization of fundamental rights: the social question and the problem of exclusion; 3 Some considerations; References.*

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

No ano de 2018, celebrou-se o aniversário tanto da promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988 quanto da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Esses dois atos fazem com que se destaque a celebração de tais *aniversários* convocando a uma reflexão sobre avanços e retrocessos na efetivação de tais direitos, na medida em que a sociedade global – sob os imperativos da *lex mercatória*<sup>2</sup>, mesmo cobrando

<sup>2</sup> Importa a leitura de RUIZ MIGUEL, Afonso (Org.). *Entre Estado y cosmópolis: derecho y justicia en un mundo global*. Madrid: Trotta, 2014; especialmente o texto de LAPORTA, Francisco J. Governanza

evidência a reclamação dos direitos fundamentais do homem – tem ciência de que o âmbito de proteção avança de forma ambígua e precária: sempre se encontra sujeita a retrocessos, em uma espécie de *opacidade*<sup>3</sup> provocada pela semântica da globalização.

Entretanto, a humanidade tem muito a comemorar, mormente pelo fato de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos – sucessora de outras revoluções e declarações – deu um impulso fundamental para o desenvolvimento do direito internacional do homem, inspirando um conjunto de pactos, convenções universais e regionais em diversos continentes; não obstante o trabalho deva ser incessante, na medida em que o mundo registra vários regimes autoritários e ditatoriais que primam por desprezar os direitos fundamentais. A América Latina – na atualidade – é um ponto interessante de observação nesse aspecto, uma vez que a região convive com o problema da exclusão social e marginalidade<sup>4-5</sup>. Sob esse olhar, anota-se que o patrimônio histórico de tal declaração foi o legado em termos de consolidação constitucional dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e de governança global, conferindo uma tradição histórica ao atual Estado de Direito, não obstante continuem sendo violados em zona de conflitos e por Estados totalitários, destacadamente o trato dos movimentos migratórios pela governança global, que é ilustrativo.

Dito de outro modo, a (neo)constitucionalização<sup>6</sup> do Direito rumo à edificação de um Estado de Direito, que se centra na defesa da dignidade da pessoa humana<sup>7</sup>, raiz da própria concepção da natureza e das funções dos direitos

---

y softlaw: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional. In: RUIZ MIGUEL, A. (Ed.). *Entre Estado y cosmópolis*. Derecho y justicia en un mundo global. Madrid: Trotta, 2014. p. 41-82.

<sup>3</sup> A *opacidade do direito* significa, em poucas palavras, dizer que o sistema de direitos, notadamente pela pobreza e marginalidade, não incide no vivenciar das pessoas, seja pelo completo desconhecimento de seus direitos, bem como por falta de acesso ao sistema jurídico. Ver CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006. p. 47 e ss.

<sup>4</sup> Ver NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

<sup>5</sup> Consultar RODRIGUEZ M., Dario. Los limites del Estado en la sociedad mundial: de la política al derecho. In: LIMA, Marina C. A. (Org.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25-63.

<sup>6</sup> Informes sobre o conceito do fenômeno neoconstitucionalismo, de relevo a leitura de CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

fundamentais em um Estado<sup>8</sup>, deve – em muito – a gênese evolutiva dos direitos do homem<sup>9-10</sup>, que – de resto – serviu de inspiração ao processo de consolidação (dimensão e/ou geração) dos direitos fundamentais<sup>11</sup>. Com efeito, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, filosofia que estabelece que a luta pelos direitos humanos é uma tarefa séria e urgente em todos os cantos do mundo<sup>12</sup>. Atualmente, consiste em um critério fundamental para a legitimação do poder, combatendo o arbítrio e a insegurança, dispondo – minimamente – de proteção para uma vida digna<sup>13</sup> (revelada em gerações/dimensões, cuja importância hoje repousa na devida efetivação). Tal proteção é reforçada – normativamente – pela gramática dos direitos fundamentais<sup>14</sup>, e tem-se que há uma obrigação moral do Estado em levar a sério o respeito aos direitos fundamentais do homem. Isso ocorre pela dupla finalidade de se respeitar tais direitos: a) como um lugar formal de luta contra o arbítrio de poder; b) no aspecto substancial de concretizar certo número de valores, articulados em diferentes *gerações*<sup>15</sup>.

Sob essa perspectiva, revela-se oportuna uma reflexão sociológica sobre a problemática da efetivação dos direitos fundamentais nas sociedades modernas, mais acentuadamente para destacar quais são os bloqueios que impedem

<sup>8</sup> O valor da dignidade como base de construção e da indisponibilidade dos direitos fundamentais, conforme NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. Lisboa: Almedina, v. 1, 2015. p. 170.

<sup>9</sup> Importa a leitura de BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Trad. Dankwart Bernsmülle. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 107 e ss.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 18. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 1 e ss.

<sup>11</sup> Ver, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. As assim chamadas dimensões dos direitos fundamentais e a contribuição de Paulo Bonavides. In: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (Org.). *Democracia e direito fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 388-410. Consigna-se que Sarlet, com razão, adota a terminologia *dimensão*, destacando o processo complementar e cumulativo dos direitos fundamentais, fruto de reivindicações concretas para combater agressões e injustiças a bens fundamentais do ser humano, não havendo que se falar de substituição de uma *geração* por outra.

<sup>12</sup> Conforme HERRERA FLORES, Joaquín. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 65-101.

<sup>13</sup> Consultar PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Org.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 30 e ss.

<sup>15</sup> HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 123.

a sua efetivação. Importa – cada vez mais, na lição de Grimm<sup>16</sup> – a distinção entre Constituição normativa (no aspecto material e formal) e Constituição empírica (válida e efetiva). Ora, é sabido que o Estado ampliou e materializou suas tarefas ante a crescente complexidade e diferenciação das relações sociais, comprometendo-se com a justiça social e abandonando a tradicional função de mero garante a liberdade individual. Com isso, de mediar as relações sociais com o mercado<sup>17</sup>, evitando a *colonização do mundo da vida*<sup>18</sup>, na busca do complicado justo equilíbrio, incrementado, pois, suas funções com devidas prestações sociais e econômicas, enfim, a inclusão. Cumpre destacar, entretanto, que as novas funções regulativas, principalmente no aspecto das políticas de redistribuição, não vieram devidamente acompanhadas com o aumento da capacidade de ordenação do Estado; ao contrário, o cenário atual, tanto no âmbito nacional quanto global, apresenta-se fragmentado<sup>19</sup>, na medida em que o Estado, no âmbito do poder decisório, passa a concorrer com forças sociais poderosas, isto é, novos agentes sociais não oficiais, como a mídia, os grupos de protestos e as organizações privadas<sup>20</sup>. Disso decorre o fato de o Estado não ser capaz de prover – integralmente – os direitos fundamentais<sup>21</sup>, senão que os implementa de forma parcial e limitada, concorrendo com outros sistemas parciais, notadamente o sistema econômico e a sua ideologia neoliberal, perdendo, pois, em termo de validade do próprio Direito<sup>22</sup>. Entretanto, observação sociológica não impede de que se assuma a ideia que o Estado constitucional, que varia de região para região, na lente Häberle<sup>23</sup>, possui – efetivamente – uma *vocação cívica universal, centrada* – primordialmente – na jurisdição constitucional, na concepção dos direitos fundamentais e na cultura política. Esses são erigidos como verdadeiros

---

<sup>16</sup> GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006. p. 39.

<sup>17</sup> Ibid., p. 40-41.

<sup>18</sup> Conforme HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Trad. Flávio Beno Siebelichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 46 e ss.

<sup>19</sup> TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005.

<sup>20</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 62-65.

<sup>21</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>22</sup> Na lição de Grimm, op. cit., p. 185-187.

<sup>23</sup> HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad e futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998. p. 67 e ss.

patrimônios da humanidade, na medida em que a democracia e os direitos fundamentais acabam modelando o perfil material e processual do bem comum estatal, domesticando o mercado. Sob essa ótica, Häberle – perquirindo sobre o significado da Revolução Francesa de 1789 – aponta, com razão, que a teoria do Estado constitucional, entendida como uma ciência cultural, nas suas três dimensões (histórica, atual e futura), está inserida em uma linha de continuidade<sup>24</sup>. Na lição do referido mestre, a teoria da Constituição é uma ciência dos Estados constitucionais, na qual aportam os direitos do homem e do cidadão: os fins próprios do Estado Social de Direito, da cultura e da democracia liberal. Logo, nos ensinamentos de Häberle, a Constituição não só constitui e delimita o poder, mas também o contexto cultural, pois não se trata de uma ordem direcionada exclusivamente para juristas – via processo de interpretação –, senão que atua como guia ao cidadão e aos grupos sociais: é expressão de uma cultura dinâmica. Portanto, *as Constituições vivas* respondem a uma construção da interpretação *aberta* da sociedade, marco para a reprodução cultural dos povos<sup>25</sup>, mesmo sob os influxos de diferenciação social e aumento da complexidade.

Nesse viés, os direitos fundamentais se apresentam como uma *instituição social* que se relaciona com o desenvolvimento civilizatório da sociedade, na medida em que estabelecem uma verdadeira comunicação assentada no ideal do bem comum; consolidando-se como uma estrutura social da sociedade que atende à função de condensar um conjunto de expectativas de comportamento sociais minimamente consensuais e que são fundamentais para a manutenção da coesão social (um *direito à segurança*, que Sarlet denomina de um *direito à proteção por meio de prestações normativas e materiais*, exigência tal que decorre do princípio da dignidade da pessoa)<sup>26</sup>, necessária em face de uma realidade social marcada pelo pluralismo e dissenso, notadamente sobre questões morais.

Logo, a *instituição* dos direitos fundamentais, que – para Luhmann – não se resume a um mero feixe de normas, senão que também simboliza um conjunto de expectativas de comportamentos institucionalizados (tais como a liberdade de expressão, a proteção da propriedade privada, a igualdade, os direitos

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 37 e ss.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 45-46.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. Dignidade da pessoa humana e direitos sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Org.). *Constituição de democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 291-335.

sociais, entre outros), serve para atualização/resolução de situações concretas<sup>27</sup>, integrando – portanto – a estrutura dos sistemas sociais<sup>28</sup>. Com efeito, em ordens sociais complexas com a sociedade atual, que experimentam uma diferenciação funcional, os sistemas sociais, como – por exemplo – o sistema político e o sistema jurídico, especializam-se para cumprir apenas uma determinada função. Ao Direito espera-se que mantenha as expectativas normativas quanto à sua possível violação, mantendo – assim – a vigência do ordenamento jurídico; já à política compete programar – finalisticamente – o Estado, dispondo sobre fins e programas sociais que devem ser observados pela administração estatal, cumprindo que se destaque que a sociedade já não dispõe de um órgão central (nem mesmo o Estado moderno dispõe de tal protagonismo), o que se dá pelo processo de fragmentação em curso (inclusive do próprio Direito). Assim, o poder de tomada de decisões vinculantes desliza para os demais sistemas sociais da sociedade, que passam a se orientar por determinadas prestações sociais.

Sob essa perspectiva – na atual ordem industrial e burocrática –, os direitos fundamentais, na lição luhmanniana, consolidam-se como uma instituição que permite uma comunicação aberta à diferenciação e à alteração, a fim de se atender às novas demandas sociais da atual sociedade tecnológica e aos riscos que ela produz com o avanço científico. Segundo ele, a garantia de liberdade não é outra coisa senão a garantia de possibilidade de comunicação<sup>29</sup>, que deve poder se externalizar nos diversos sistemas sociais que ordenam a vida em sociedade. Por isso, os direitos fundamentais, que estão intimamente ligados ao desenvolvimento civilizatório da sociedade, impedem que as comunicações se orientem por fins particularistas e ilegítimos da burocracia estatal, vedando o fenômeno, cunhado pela teoria sistêmica luhmanniana, da *desdiferenciação* do sistema. Essa pode ocorrer – por exemplo – quando o Direito é politizado ou atende a indevidas injunções econômicas, religiosas, etc.; perdendo, pois, a sua autonomia. No limite, os direitos fundamentais – na lógica luhmanniana – cumprem a importante função corretiva e bloqueadora do perigo da perda da autonomia funcional do sistema jurídico, preservando a comunicação como forma de garantir a institucionalização dos direitos e das garantias

---

<sup>27</sup> Ver DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 2007. especialmente p. 53 e ss.

<sup>28</sup> Conforme LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Univesidad Iberoamerica, 2010. p. 85-86.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 99.

constitucionais, ou seja, em defesa das garantias de liberdade do atuar social<sup>30</sup>. Nessa perspectiva – segundo Luhmann, em uma ordem social diferenciada –, os direitos fundamentais devem generalizar a comunicação em quatro esferas: a) preservando a autonomia e a representação pessoal da pessoa; b) garantindo o respeito à formação de expectativas confiáveis de comportamento social; c) permitindo a satisfação das necessidades econômicas; d) preservando a possibilidade de participação e tomada de decisões coletivas.

Logo, com tais generalizações, evita-se a *corrupção do sistema*: indevidas intromissões de um sistema em outros subsistemas sociais<sup>31</sup>. Em suma, a instituição dos direitos fundamentais, nas suas perspectivas subjetiva e objetiva<sup>32</sup>, possibilitou que ditos direitos transitassem do marco negativo (defesa da liberdade), abrindo-se a uma dimensão nova – a objetiva (prestacional) –, que o impele a irradiar-se, inclusive, às relações de direito privado (eficácia contra terceiros)<sup>33</sup>, não mais se direcionando – exclusiva e unilateralmente – contra o Estado, senão que voltam normativos a toda ordem social, reclamando, inclusive, deveres de atuação estatal, conferindo, em suma, destaque ao princípio da proporcionalidade com uma intensa função protetora dos direitos fundamentais<sup>34-35</sup>. No limite, a instituição dos direitos fundamentais abarca, além da proteção individual do indivíduo, determinados princípios morais, decisivos à ordem social<sup>36</sup>, servindo de base à teoria da legislação, que deve assumir a

---

<sup>30</sup> Nesse sentido, GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 89.

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Univesidad Iberoamerica, 2010. p. 115-117.

<sup>32</sup> PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004. p. 25-26.

<sup>33</sup> Consultar SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>34</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 155-156.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; NASCIMENTO, Leandro Maciel do. Algumas notas acerca da vinculação de particulares aos direitos fundamentais no direito constitucional norte-americano e sua possível aplicação no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). *Direitos humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127-158.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 322.

responsabilidade política de respeitá-los. Já aos juízes auxiliam, via processo argumentativo, na decisão dos casos concretos<sup>37-38</sup>.

Entretanto, mesmo que se reconheça a normatização da instituição dos direitos fundamentais tempos de (neo)constitucionalização do Direito e da consolidação do Estado (Social) de Direito<sup>39</sup>, que ganham vida na experiência cotidiana e na realidade jurídica e política, uma fonte mais recente de problemas pode ser atribuída pela crescente complexidade da atual sociedade tecnológica e informacional. Por sua vez, essa tem como força motriz os progressos científico e técnico, que causam efeitos relevantes no âmbito dos direitos fundamentais, destacadamente por criarem novas fontes de risco (humano e social), bem como por introduzirem uma série de ameaças às liberdades garantidas pelos direitos fundamentais, que, na lente de Grimm, não dispõem de *sensores* para avaliar os custos externos, restando relativizado o princípio da *reserva da lei*.

Na lição do referido mestre, a validade dos direitos fundamentais não se explica com um *imperialismo da disciplina jurídico-constitucional*, mas, sim, com uma mudança de relação na liberdade individual, que se dá pela absoluta necessidade<sup>40</sup>. Sob esse olhar, podem ser apontadas como relevantes tanto a engenharia genética quanto a Internet e as novas formas tecnológicas de comunicação, a monetarização da questão social, a questão ambiental<sup>41</sup>, entre outras. Ora, complexidade social, impulsionada pela técnica e pela ciência, produz *deficit* do autogoverno social, motivo pelo qual o desenvolvimento da liberdade nos diversos âmbitos (ou sistemas sociais) é dependente da ação estatal. Não é por outra razão que se convertem – os direitos fundamentais – em princípios retores das organizações e instituições públicas ou privadas: instituições de ensino, empresas de comunicação e radiodifusão, empresas,

<sup>37</sup> Ibid., p. 323-330.

<sup>38</sup> Importa a leitura de GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 69 e ss.

<sup>39</sup> O conceito de Estado de Direito, sua origem e suas transformações, é trabalhado por BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 17-45.

<sup>40</sup> RIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 166-167.

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FESTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

fábricas<sup>42</sup>; concorrendo, portanto, com outras instituições sociais na formação da vida em sociedade.

Com a diferenciação social e o surgimento de sistemas sociais complexos, o Estado somente possui meios indiretos de controle e planificação social, sendo de notar que tal perda de poder pode colocar em perigo os direitos fundamentais, que ficam sem medidas protetoras do Estado, esvaziando a sua validade ou eficácia. Com isso, o Estado não consegue promover – diretamente – a inclusão da população na órbita das prestações dos sistemas sociais parciais<sup>43</sup>, dependendo a colaboração dos demais sistemas da sociedade, restando a garantia dos direitos em um espaço ambivalente e incerto, o que não abala a sua relevância, senão que destaca, paradoxalmente, a importância do sistema de direitos. Portanto, na sociedade moderna, a inclusão depende, além da ação estatal e da sensibilidade dos sistemas sociais, em grande medida, do sucesso pessoal. Daí o porquê de que, no continente local (Brasil e América Latina), em face de uma marginalização generalizada (ou exclusão), a Constituição não se concretiza fática e normativamente; ao contrário, a Constituição adquire um simbolismo negativo, porque posterga a efetivação de uma segurança em termos de direitos.

Dito isso, observa-se que o objetivo do presente artigo – orientando pela sociologia luhmanniana – é procurar demonstrar que a efetiva validade da instituição dos direitos fundamentais na modernidade, especialmente na periferia, depende, em larga medida, da superação do metacódigo da *inclusão/exclusão*, destacadamente pelo fato de que a inclusão é dependente do agir social experimentado, pelo indivíduo, nos diversos subsistemas sociais, não repousando mais, centralmente, na ação estatal. Portanto, (i) o estudo principia analisando as transformações sociais experimentadas pela sociedade moderna: pelo seu processo evolutivo, partindo da sociedade tribal, chegando na sociedade diferenciada estruturalmente; (ii) em segundo momento, pretende demonstrar que em sociedades diferenciadas que a efetivação dos direitos fundamentais somente se dá com a inclusão das pessoas no âmbito dos sistemas parciais, operação mediatizada pelo código inclusão/exclusão; (iii) em um terceiro momento, o trabalho apresenta o desafio do Estado de Bem-Estar na modernidade, qual seja, enfrentar o problema da exclusão, que se dá, de forma

---

<sup>42</sup> Na lição de Grimm, op. cit., p. 165-166.

<sup>43</sup> Ibid., p. 187-188.

grave, nos países periféricos, o que compromete a efetivação dos direitos fundamentais. Derradeiramente, (iv) serão apresentadas algumas conclusões provisórias.

## 1 A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL COMO AQUISIÇÃO EVOLUTIVA DA SOCIEDADE MODERNA

A sociedade moderna, adotando-se o pensamento de que a modernidade é um processo inconcluso, um *projeto inacabado*, não havendo que se falar em seu fechamento ou sua abertura para uma nova fase<sup>44-45</sup>, como pretendem os partidários da semântica da *pós-modernidade*<sup>46-47</sup>, experimenta um vertiginoso aumento de sua complexidade. Essa decorre do gigantismo do mercado global (envolvendo o consumo de mercadorias, padrões culturais e trocas de informações: comunicação global: cultura de massas)<sup>48</sup> e do protagonismo inédito dos *mass média*<sup>49</sup>, consolidando-se – enfim – como uma sociedade mundial, também globalizada pelos riscos. Tal processo evolutivo da sociedade corresponde também – sociologicamente – ao conceito de diferenciação social<sup>50</sup>: aquisições evolutivas que distinguem as sociedades atuais das predecessoras, distinção tal que repousa no desenvolvimento pleno (a completa industrialização operacionalizada nos países centrais). Trata-se de uma nova ordem em que – em

<sup>44</sup> Conforme HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. 3. ed. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 2000. Habermas refuta a existência de uma dissociação entre a modernidade e a pós-modernidade. Para ele, a modernidade encarna-se na ideia de subjetividade, que explica o individualismo e a autonomia de agir (liberdade de reflexão), fisionomias dos tempos modernos. Logo, a vida religiosa, o Estado e a sociedade, bem como a ciência, a moral e a arte transformam-se em encarnações do princípio da subjetividade. Também informa, ao lado do princípio da subjetividade, o surgimento de sistemas funcionais, como o dinheiro e o aparato burocrático do Estado, que são os motores da modernização social, que necessitam de um controle pelo *medium* do direito.

<sup>45</sup> Também importa a leitura de HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* I. Trad. Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 44-63.

<sup>46</sup> HABERMAS, Jürgen et al. (Org.). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 1983.

<sup>47</sup> HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 18. ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008. p. 45-109.

<sup>48</sup> BECK, Ulrich. *O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Também, do mesmo autor, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. e Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006. p. 71 e ss.

<sup>49</sup> Conforme LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mauro Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. Também, do mesmo autor, *A inovação destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. Trad. Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 2005.

face da diferenciação funcional – padece da existência de *grandes relatos*<sup>51</sup>, tais como a perda do fundamento teológico, a fragmentação dos códigos morais em prol de pequenos jogos de linguagem e o surgimento de sistemas parciais na sociedade.

Para Luhmann, em razão da riqueza histórica das sociedades pré-modernas e a diversidade de suas configurações empíricas, todo o intento de classificar a sociedade a partir de afirmação de etapas está fadado ao fracasso. Por tal razão, Luhmann utiliza o conceito de diferenciação sistêmica na busca de uma abertura às possibilidades evolutivas; vale-se do conceito de formas de diferenciação, operando uma distinção que separa os âmbitos sistema/entorno. Logo, pode-se afirmar e comprovar – segundo ele – que em todo o sistema social deve existir uma forma de dominação predominante, que distribui as possibilidades de evolução do sistema e de diferenciações adicionais<sup>52</sup>. Assim, as denominadas sociedades segmentárias ou tribais surgem pelo fato de que a sociedade se articula em sistemas parciais, que são – em princípios – iguais e se formam reciprocamente. Tal composição pressupõe – de certa forma – a constituição de famílias, unidade artificial que encobre diferenças naturais de sexo, idade, etc. Nesse modelo, a família ou tribo constitui a forma da diferenciação da sociedade, bastando para a constituição do sistema a reprodução demográfica. As unidades se formam em três planos: família, povoados e tribos. Segundo Luhmann, na *diferenciação segmentária*, os indivíduos ocupam uma posição fixa na ordem social, que não se altera, não havendo possibilidade de carreira ou ascensão social. A inclusão se dá pela comunicação e integração nos grupos sociais (diferença entre o familiar e o desconhecido: inimigo)<sup>53</sup>. No limite, as sociedades tribais, que se formavam dentro de limites estreitamente especificados – um mundo pequeno –, a diferenciação funcional repousa na dicotomia entre o familiar (família/tribo) e o desconhecido (inimigo), sendo o controle social exercido por base religiosa, magia e respeito aos deuses<sup>54</sup>.

Com o surgimento das desigualdades ou da quebra da base de reciprocidade, que provocava exclusão dos indivíduos do grupo social, surgem

<sup>51</sup> Na dicção de LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 9. ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2006.

<sup>52</sup> Conforme LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Herder, 2007. p. 483-484.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 506-511.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 511-512.

as denominadas *sociedades estratificadas*. Luhmann – nesse particular – refuta a conclusão no sentido de que a causa do surgimento da estratificação seja somente o aumento da densidade demográfica (crescimento da população) ou do volume da sociedade (Aron)<sup>55</sup>. Para ele, o fator mais relevante foi a reversão das situações do princípio da igualdade da ordem segmentária, o que teria provocado conflitos e confrontos bélicos ou no interior das próprias tribos ou umas contra as outras<sup>56</sup>. Sendo assim, depreende-se que a deformação das regras de reciprocidade é que impulsionou a evolução da sociedade a uma nova ordem. Com efeito, com a formação de grandes reinos, nos quais se mesclam as diversas formas de diferenciação baseadas nas desigualdades, surge a diferença *centro periferia* da estratificação, bem como a ideia de um domínio sustentado na burocracia, conferindo-se legitimidade de poder aos dominadores. Forja-se uma nova ordem social organizada em estratos, com um império do aparato burocrático, inclusive com a formação da burocracia dos cargos. Em tal ordem – entretanto –, a posição ocupada pelos indivíduos já não é tão fixa como nas segmentárias, havendo certa mobilidade, possibilitando-se um certo acesso à educação e à carreira social, embora se mantenha a propriedade privada das terras pela nobreza<sup>57</sup>. Sob o domínio da estratificação, a inclusão dos seres humanos se dá de acordo com sua classe social, a qual fixa as inclusões e exclusões a respeito dos sistemas parciais: só pode pertencer a um estrato social quem é excluído dos outros. Também, sob tal orientação, já há certa independência da ordem econômica com relação à ordem doméstica, com a criação de comunidades de provisão e distribuição, com uma diferença sensível entre nobreza e gente comum, isto é, de seres com dignidade e de seres sem dignidade, estabelecendo-se uma relação assimétrica<sup>58</sup>.

Já as sociedades funcionalmente diferenciadas ou modernas se estabelecem pelo processo evolutivo da alta complexidade que liquidam os vínculos temporais e sociais do *velho mundo*, cuja integração social é agora mediada por organizações, e não mais pelo coletivo das classes sociais. Logo, os indivíduos já não podem mais ser distribuídos por famílias ou classes sociais, pois não é possível colocar um indivíduo dentro de um único sistema parcial,

<sup>55</sup> ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 472.

<sup>56</sup> Ibid., p. 521.

<sup>57</sup> Ibid., p. 534-535.

<sup>58</sup> Ibid., p. 545-555.

como – por exemplo – direito, política, economia ou sistema político. Por tal motivo, Luhmann afirma que a sociedade não é constituída por indivíduos (são conceituados como o entorno da sociedade), senão por sistemas parciais, que possuem uma função e identidade próprias, atuando com autonomia e dependência com relação ao seu entorno e demais sistemas. Nesse sentido, cada sistema de função tem a ver com o entorno da sociedade, diferenciando-se para cumprir uma função específica; podendo-se falar – portanto – de uma primazia funcional, que renuncia uma hierarquia vinculante para os demais sistemas<sup>59</sup>.

No pensamento sistêmico luhmanniano, a sociedade moderna é extremamente complexa, notadamente pelo fato de que convive com uma crescente diferenciação funcional. Forjam-se – no seu processo evolutivo (considerando-se a sociedade como um sistema total e abarcador) – subsistemas parciais, que possuem a função de reduzir a alta complexidade. Logo, com ajuda da teoria da *autopoiesis social* (ou do fechamento operacional de cada sistema, com o objetivo de adquirir mais informação e condensar conhecimento), os sistemas parciais estão em condições de enfrentar a sua própria complexidade. Assim, ao Direito (e seu código lícito/ilícito) corresponde a função de manter as expectativas normativas contra eventuais desenganos; à economia (oferta/escassez), a função de regular os preços e o próprio mercado; à política (governo/oposição), a função de programar a sociedade e/ou os fins sociais da política governamental. Portanto, a *autopoiesis*, na teoria sistêmica de Luhmann, é um princípio formador de um sistema. Por isso que – para o autor –, na dimensão social, a aquisição de maior complexidade é aquela que se apoia na exclusão operativa dos homens da sociedade, cumprindo a cada sistema funcional refletir a inclusão de todos os indivíduos unicamente pelas suas próprias operações<sup>60</sup>. Em suma, os sistemas funcionais observam as suas próprias operações, já que – na economia – pode-se identificar, mutuamente e por meio das regras do mercado, os preços que se formam; na política, filtram-se todas as informações veiculadas pela opinião pública; na ciência, podem-se observar as publicações e os artigos. Enfim, os sistemas funcionais são quem estabelecem suas respectivas formas e oportunidades de auto-observação<sup>61</sup>. Não é por outra razão que o conceito de *diferenciação social* desempenha um papel fundamental à Sociologia

<sup>59</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Herder, 2007. p. 586-592.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 605-606.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 607-609.

para representar o sistema da sociedade<sup>62</sup>, que já não pode mais ser descrita a partir de um sentido unitário último<sup>63</sup>.

Em suma, pode-se dizer que o *primado da diferenciação social*, como forma de diferenciação sistêmica, tornou-se – na lição de Torres Junior – *autoevidente*<sup>64</sup>, de tal maneira que os sistemas sociais estão em condições de dispensar qualquer fundamento externo, significando que são os subsistemas sociais que passam a cuidar dos problemas fundamentais da sociedade. As formas anteriores – especialmente a divisão por classes sociais – somente contam, segundo Dutra, como *diferenciações secundárias*, deixando em aberto, na teoria sistêmica de Luhmann, o lugar da desigualdade social<sup>65</sup>. Por isso é – segundo Neves – que o aumento da complexidade está intimamente relacionado à diferenciação social da sociedade moderna, podendo-se afirmar que a própria evolução da sociedade se relaciona com a diferenciação funcional, que é a resposta racional a tal processo evolutivo na sociedade moderna<sup>66</sup>. Nessa perspectiva, a coordenação social se dá pelo recurso dos sistemas sociais e dependente do efetivo acesso a ditos subsistemas da sociedade<sup>67</sup>. Logo, o Estado de Bem-Estar, que se caracteriza em conferir um rol extenso de direitos fundamentais à população, também – para sua legitimidade e eficácia – necessita da incorporação da população aos distintos sistemas funcionais da sociedade. O que se revela complicado repousa no fato de que cumpre – individualmente – às pessoas, sob o signo da igualdade, habitar o sistema da religião, da economia, da ciência, da educação, da política, mesmo vivendo fora deles. A sua existência social ou o seu modo de vida reclama acesso a tais sistemas funcionais. Por essa razão, a pretensão de efetivação dos direitos fundamentais é formulada pelo princípio sociológico da *inclusão*, já que a incorporação (ou controle social) da população global aos sistemas sociais passa pela atuação dos diversos sistemas funcionais. Sob essa perspectiva, a realização do princípio da inclusão pela política estatal, fundamento do Estado de Bem-

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 471-634.

<sup>63</sup> LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 167-168.

<sup>64</sup> Ver TORRES JUNIOR, Roberto Dutra. O primado da diferenciação funcional e a contingência das estruturas de desigualdade social. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 219-248.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 219 e ss.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>67</sup> LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el estado de bienestar*. Madrid: Alianza, 2007. p. 47-48.

-Estar, somente pode ocorrer com a crescente incorporação de necessidades e interesses do povo na esfera dos temas políticos realizáveis<sup>68</sup>.

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

A inclusão – na lição de Luhmann – é um princípio *aberto*; com o advento do Estado de Bem-Estar e a consequente positivação dos direitos fundamentais, resta assentado que toda pessoa merece atenção política. Todavia, não se costuma dizer *como*, daí o porquê de a atividade política seguir tematizando e selecionando interesses, seguindo os princípios da compensação das desigualdades ocasionadas pelo processo de modernização, buscando a igualdade e a segurança, enfim, o bem-estar da sociedade. Cumpre à política estatal – pela inclusão, se não garante uma pretensão jurídica a todos os aspectos da vida – dar uma “claridade” a tais pretensões, procurando, sob condições de alta complexidade social, combinar um avanço na realização política, na produtividade econômica e no progresso científico, enfim, desenvolvimento com os repertórios de possibilidades de vida pessoais<sup>69</sup>. Cumpre notar, entretanto, que – em termos sistêmicos – o tema da integração social é substituído pela distinção inclusão/exclusão, na medida em que as condições de inclusão variam de acordo com a diferenciação da sociedade, que – como visto – já não pode mais ser orientada de forma hierárquica ou linear, tal como o que ocorria nas sociedades tradicionais. Em tempos modernos, as inclusões se tornam mais *individualizadas* (seguindo o princípio da igualdade/liberdade), passando-se a impressão de que a sociedade moderna oferece uma plena inclusão a todos os seres humanos. Todavia, na complexidade moderna, a inclusão depende, segundo Luhmann<sup>70</sup>, de oportunidades de comunicação altamente diferenciadas, significando dizer que as desigualdades sociais tendem a aumentar significativamente, podendo-se chegar às formas radicais de exclusão, tais como a invisibilidade social ou negativa de reconhecimento. A exclusão – na lição de Stichwec – significa, em uma sociedade fundada na comunicação, que um indivíduo não é mais considerado como destinatário de operações comunicativas; ao contrário, na lente do autor se dá em determinadas

---

<sup>68</sup> Ibid., p. 48-50.

<sup>69</sup> Ibid., p. 50-52.

<sup>70</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 490-491.

condições regionais especiais (por exemplo, a América Latina e Brasil), que não desenvolveram suficientemente (com autonomia) os sistemas funcionais parciais<sup>71-72</sup>.

Partindo da premissa de que a integração social se dá pela distinção inclusão/exclusão (sem um sentido de unidade, de uma integração forjada no contrato social ou de um consenso moral fundante), Luhmann<sup>73</sup>, inspirado no conceito de forma de Spencer Brown, destaca que – nas observações – são indicados um dos dois lados de uma distinção, sempre pressupondo que a indicação de um pressupõe ou outro (algo que é excluído). Por isso, ele entende que a *inclusão* é o outro lado da forma *exclusão*, definida a partir de uma distinção do observador<sup>74</sup>. Para o autor, a inclusão é a *cara interna de uma forma, cuja cara externa é a exclusão*<sup>75</sup>. Assim, somente se pode falar em inclusão se há exclusão: relacionando a diferença inclusão/exclusão. Por outro lado, a inclusão, no pensamento luhmanniano, relaciona-se com o modo ou a maneira de indicar o contexto comunicativo dos seres humanos, relevantes politicamente, referindo-se ao modo em que são tratados como *peessoas*. Portanto, na sociedade moderna, a forma *inclusão/exclusão* é um *supercódigo* que orienta – primariamente – toda e qualquer observação da sociedade<sup>76-77</sup>.

Em uma breve síntese, se se entende que a sociedade moderna – estruturalmente – experimenta uma diferenciação funcional, tendo, por isso, que renunciar uma regulação uniforme e central ou um controle social centralizado no Estado, confiando a inclusão (ou reconhecimento) das pessoas na sociedade a seus subsistemas parciais (assim, a participação no sistema econômico é

---

<sup>71</sup> STICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 51-73.

<sup>72</sup> NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 99 e ss.

<sup>73</sup> Ver LUHMANN, Niklas. Inclusão/exclusão. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 15-50.

<sup>74</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 492.

<sup>75</sup> LUHMANN, Niklas. *Complexidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Jostxo Beriain e de Jose María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 171-172.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>77</sup> NEVES, Marcelo. La constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento. *Doxa, Cadernos de Filosofia del Derecho*, [s.l.], n. 37, p. 180-183, 2014.

regida por meio da renda e propriedade; à formação das famílias a cargo das próprias pessoas e seu desejo de se unirem; à relevância política ao exercício da capacidade política ativa – eleitor – ou passivo do conceito-chave da diferenciação funcional), a inclusão já não é mais regulada de maneira socialmente unitária, já que cada sistema funcional individual regula as suas próprias formas de inclusão. A exclusão, que também é multidimensional, não decorre de uma segregação compacta (tais como de negros, pobres, desempregados); ao contrário, é uma realidade cumulativa nas sociedades globais<sup>78</sup>. Sob essa ótica, inclusão/exclusão se refere ao modo pelo qual os seres humanos – no contexto comunicativo e no acesso aos subsistemas sociais – adquirem significado ou relevância social, predicando, em suma, a forma em que os seres humanos são tratados como pessoas<sup>79-80</sup>. Não é por outra razão que – desde os princípios da Idade Moderna – cobra-se, cada vez mais, uma vital importância à política de inclusão, germe do Estado de Bem-Estar e desenvolvimento dos direitos fundamentais. Ora, a importância da inclusão repousa na resposta que se dá à diferenciação social, entendida como uma resposta racional que busca reduzir a crescente complexidade da sociedade mundial, podendo se revelar insuficiente, fracassando a diferença ou distinção que se pretendia realizar<sup>81</sup>. Sob essa perspectiva, cumpre destacar que – no Brasil – convive-se com uma *complexidade desorganizada* e com sérios problemas *sociais* (por exemplo, a corrupção política e seu *populismo patrimonialista*<sup>82</sup>, o tráfico de drogas, o aumento da criminalidade e os delitos violentos à pessoa, que chega, em alguns casos, à edificação de um verdadeiro à edificação do *Estado paralelo*), verdadeiramente mais complicados do que os enfrentados pelos países de *modernidade central*<sup>83</sup> (imigração, terrorismo, desemprego). Percebe-se uma incapacidade dos sistemas sociais para enfrentar

<sup>78</sup> Conforme STICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e a teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 58.

<sup>79</sup> Luhmann, op. cit., 2007, p. 500-501.

<sup>80</sup> Ver GARCÍA BLANCO, José María. La exclusión social em la teoría social de Niklas Luhmann. *Século XXI. Revista de Ciências Sociais*, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 43-71, jan./jun. 2012.

<sup>81</sup> Conforme NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 200.

<sup>82</sup> Sobre o tema do populismo político, ver FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29 e ss.

<sup>83</sup> Neves, op. cit., p. 201.

e reduzir adequadamente a complexidade, que não é ordenada racionalmente. A pobreza e a miséria – ainda no pensamento luhmanniano – produzem uma grande indiferença em face do código jurídico (legal/ilegal), a qual tem que ser interpretada como indiferença (*ou complexidade não organizada*) e não como uma predileção pela criminalidade<sup>84</sup>.

Nesse sentido, é pertinente o questionamento de Luhmann acerca do que significa para o sistema jurídico (e também para a polícia) e para o sistema político que – no âmbito da exclusão (como organizações vinculadas à forma inclusão/exclusão) – tenha havido a perda de sua vinculação aos princípios do Estado de Direito, passando a vivenciar um agir social em desacordo com a lei? Parece, efetivamente, que a literatura sociológica, a Filosofia do Direito – sobretudo a Ciência Jurídica – devem prestar atenção ao trato da inclusão e a sua *sombra lógica* que é a exclusão. Afinal, nas sociedades modernas, no âmbito da exclusão, há seres humanos que não são considerados pessoas, senão como *corpos*<sup>85</sup>. Logo, sob influxos da exclusão (nesse particular, Luhmann exemplifica a percepção de um observador quando passeia por uma “grande cidade brasileira”, certamente referindo-se ao Rio de Janeiro e suas favelas, notadamente quando vislumbra a arquitetura social e a separação e aglomeração de pessoas), as pessoas não dispõem de competência social para acessar os subsistemas sociais.

A sociabilidade culmina por adquirir outra forma, alterando a própria comunicação, produzindo – no que é mais grave – um *adestramento da percepção* da exclusão, podendo influenciar comportamentos de riscos e violentos, o surgimento de outros valores, bem como certa indiferença no tocante à consideração da vida alheia. Com o bloqueio da comunicação, as coordenações dos sistemas funcionais deixam de ser procedentes, liberando-se forças instintivas primárias<sup>86</sup>.

Em uma palavra, a exclusão – na lição de Luhmann – priva as pessoas de acederem aos sistemas funcionais, negando a elas o reconhecimento elementar, reduzindo-as a um mero *corpo*, ou seja, a uma vida sem significação social, introduzindo, com o bloqueio da comunicação, uma nova sociabilidade e outros valores, tais como a violência, a selvageria: instintos pulsionais. Não se pode negar – entretanto – que, para Luhmann, a sociedade moderna e sua

<sup>84</sup> Ibid., p. 191.

<sup>85</sup> Ibid., p. 193.

<sup>86</sup> Ibid., p. 194-195.

diferenciação funcional inclui – sob o princípio da igualdade – todas as pessoas aos sistemas prestacionais da sociedade, não mais se podendo falar em exclusão (pelo menos nos países centrais, embora, atualmente, vislumbre-se, no cenário global, um *periferização* dos países centrais). Entretanto, admite que os países industrializados e em desenvolvimento possam contar com uma deficiente autonomia dos sistemas funcionais; com a exclusão de determinadas pessoas da rede protetora do Estado de Bem-Estar, podendo essas, a depender da radicalidade da exclusão, serem reduzidas a uma mera existência corporal.

### 3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

1) A diferenciação funcional, característica marcante da sociedade moderna, exige que os sistemas e os seus aparatos organizativos funcionem, isto é, sejam capazes de organizar a complexidade existente no seu entorno, na média em que somente com a autonomia funcional é que o sistema pode se estruturar para absorver a complexidade<sup>87</sup>. É a autorreferência funcional que permite – em uma hipótese – o sistema do direito se diferenciar do subsistema da política (delimitando a legalidade dos fins e objetivos políticos do Estado), do sistema da economia (e sua relação oferta/escassez), enfim, dos demais sistemas parciais da sociedade, conferindo-lhe condições operacionalizar, pela aplicação da Constituição e pela *instituição dos direitos fundamentais*<sup>88</sup>, o acoplamento estrutural entre a política e o Direito. Dito de outro modo, pelo acoplamento estrutural, o Direito ou programa a política, ou confere fins políticos ao sistema jurídico. Isso se dá pela interpretação e aplicação dos princípios constitucionais e a judicialização da política<sup>89</sup>. Para que o sistema possa cumprir suas funções, não pode ser invadido por outro sistema, fenômeno que ocorre quando ou o sistema jurídico passa a ser *colonizado* pela economia, ou a política é *capturada* pelo mercado, fato que se vislumbra na atualidade pela globalização, que, na lente de Müller<sup>90</sup>, não se limita a uma integração econômica do mundo, senão que se trata de um novo jogo de violência e poder. Cuida-se – segundo ele – de uma

<sup>87</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Annhopos, 1998. p. 37 e ss.

<sup>88</sup> Conforme LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamenatales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad de México: Universidade Iberoamericana, 2010. p. 99 e ss.

<sup>89</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 615-625.

<sup>90</sup> MÜLLER, Friedrich. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. In: BONAVIDES,

aplicação abstrata e brutal dos modelos econômicos e da ideologia dominante dos países centrais, levando à exclusão contingentes gigantescos de pessoas, os quais se tornam supérfluos (ou excluídos), pois tais indivíduos e grupos deixam de ser integrados comunicativamente no modelo representativo da democracia.

Sob esse olhar, se a globalização, ainda na lição de Müller, prejudica as economias desenvolvidas, certamente será fatal para as sociedades em transição na medida em que o capital atropela governos e parlamentos e – principalmente – nas questões vitais de proteção ambiental, avolumando os problemas tradicionais não resolvidos (o aumento da desigualdade, os desastres ecológicos, a violência e o militarismo, o terrorismo)<sup>91</sup>. Isso corresponde ao estado de *corrupção sistêmica*, que priva o sistema de sua autonomia e se relacionada com a produção da exclusão, afinal, são as redes de interesses privados ou setoriais – notadamente econômicas – que decidem sobre políticas de inclusão, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais<sup>92</sup>.

2) A diferenciação da sociedade moderna em numerosos subsistemas, que atuam de forma autônoma, especialmente o sistema econômico e seu mercado global, colocam em cheque o Estado-nação, minando sua forma organizacional, uma vez que o que realmente é relevante já não pode mais ser limitado material e territorialmente, especialmente a ecologia e o trabalho global. Desloca-se, efetivamente, rumo à *desmaterialização da produção*, à *desterritorialização no aparelho de controle*, à *desnacionalização da ideia de soberania*, reduzindo – significativamente – as possibilidades de decisões vinculativas do Estado. Em suma, a diferenciação sistêmica ou funcional da sociedade já não é mais uma *construção intelectual* despida de realidade, na precisa observação de Böckenförde<sup>93</sup>; ao contrário, é o retrato da sociedade atual. Portanto, a discussão sobre a efetivação dos direitos fundamentais deve atentar para dita orientação sociológica, que sinaliza que o desenvolvimento da sociedade industrial se caracteriza por uma crescente diferenciação em numerosos sistemas e processos de ação, que conduziram a

---

Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 208-218.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>92</sup> LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Jostxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 186.

<sup>93</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 110 e ss.

um aumento da interdependência entre todos os âmbitos da vida com relação a sistemas e organizações, tornando as decisões políticas mais difíceis, afetando, dessa forma, a capacidade de decisão do Estado e a própria democracia. Com efeito, cada um dos sistemas parciais da sociedade: a economia, a ciência, a comunicação, a saúde, o ensino, procura influenciar – a partir de sua lógica – o sistema político, na busca da satisfação de seus próprios interesses, exigindo do Estado regulações *abarcentes* (e sempre limitadas) para manter o equilíbrio<sup>94</sup>. Nesse quadro de fragilidades do Estado, a instituição dos direitos fundamentais assume uma função *emergencial* de defesa de uma vida digna, condição de afirmação de um Direito Constitucional inclusivo, solidário<sup>95</sup>. Afinal, o *ethos* democrático, além de cobrar vigência dos princípios estruturantes da democracia (liberdade e igualdade democrática), exige respeito aos direitos fundamentais<sup>96</sup>. Portanto, da imprensa e dos meios de comunicação de massas pode-se cobrar o devido acesso à informação como um direito fundamental ou preservação da intimidade, que poderá ser não só exigido do Estado, mas também das empresas privadas<sup>97</sup>; ao sistema econômico devem-se impor limitações ecológicas como direito de gerações futuras (ou dever das atuais) e sociais (direitos laborais); do Estado é legítimo reivindicar direitos prestacionais sociais (como forma de política de redistribuição e reconhecimento, compensando as desigualdades econômicas e sociais), tais como a saúde, previdência, no afã de garantir a dignidade da pessoa humana. Ora, na feliz advertência de Sarlet, não há dignidade respeitada e protegida em qualquer lugar que as pessoas estejam submetidas a uma intensa instabilidade jurídica, social, econômica e política, enfim, despidas de um mínimo de segurança e tranquilidade para tocar adiante seus projetos de vida, não podendo confiar e ter expectativas duradouras nas instituições sociais, que não lhe garantem sequer um mínimo existencial ou uma segurança em termos de direitos sociais<sup>98</sup>. Em suma, os direitos fundamentais

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 110-112.

<sup>95</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 335.

<sup>96</sup> Böckenförde, *op. cit.*, p. 113-121.

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Org.). *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

<sup>98</sup> Sarlet, *op. cit.*, 2006, p. 299-300.

- via princípio da proporcionalidade<sup>99</sup>, efetivamente - integram a estrutura social da sociedade; nesse particular, são relevantes que decisões minimamente consensuais sejam estabelecidas, porque são elas que dão vida à dimensão social, configurando as condições de vida, da Constituição.

3) Na ordem social moderna, que se apresenta pelo excesso de possibilidade de mundo ou complexa, somente podem usufruir de um sistema de direitos e garantias as pessoas que se encontrem incluídas nos sistemas prestacionais da sociedade, pois liberdade e autonomia também reclamam satisfação das mínimas necessidades materiais para se obter visibilidade social, sob pena da existência do indivíduo se expressar em uma existência meramente *corporal*, despida de significado social ou visibilidade. Logo, somente estão em condições de manter expectativas e relações de confiança com relação ao *outro* e às demais instituições aqueles que conseguiram romper o limiar da linha de pobreza e marginalidade social. Efetivamente, o supercódigo da inclusão/exclusão mediatiza o acesso aos demais sistemas sociais, algo dramático, pois, em sociedades diferenciadas, passa-se a exigir em demasia da personalidade individual. Aqui se avulta a relevância da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, na medida em que possibilitam ir além dos direitos de liberdade, chegando também nas condições materiais para uma existência digna. Também possuem o potencial de estabelecer uma comunicação social dotada de um razoável consenso, impossibilitando, em um exemplo, que o Estado, em nome de emergências (neo)econômicas ou pela *demonização* dos custos dos direitos, se isente de suas funções protetora e prestacional. Enfim, não custa insistir que, na modernidade, ninguém consegue realizar uma plena inclusão sem uma transformação nas suas condições de vida e da própria infraestrutura social. Tampouco é possível equalizar as consequências do progresso técnico-científico sem transformar ou regular as condições dos sistemas parciais. No limite, nem do desenvolvimento da personalidade, nem da ação autônoma dos sistemas sociais, pode-se obter o necessário equilíbrio, prescindindo das medidas facilitadoras do Estado<sup>100</sup>. Assim, por mais que o Estado, sob influxos sistêmicos, tenha que renunciar, em grandes âmbitos, sua atividade organizadora, ele ainda dispõe

<sup>99</sup> Ver PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre aplicação dos direitos fundamentais*. Trad. Thomas da Rosa Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 90 e ss.

<sup>100</sup> GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006. p. 189-190.

de uma importante parcela de poder que lhe permite estabelecer, especialmente no sistema privado, *medidas não imperativas*, explorando, via informação e comunicação, as capacidades das organizações públicas, ou transformar dos marcos jurídicos que condicionam as organizações privadas (os novos atores sociais), operacionalizando, quiçá, uma constitucionalização da *lex mercatoria*, via eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Afinal, na lição de Fischer-Lescano, *os reguladores da sensibilidade do direito devem ser ajustados de tal maneira que o direito desenvolva um sensor para a violência que reside na supressão do mínimo existencial socioeconômico, na precarização de demais parcelas da população, na falta de esperança dos indignados*<sup>101</sup>.

4) Em termos de uma conclusão em termos definitivos, pode-se referir com Grimm<sup>102</sup> que o *cansaço dos direitos fundamentais na atualidade*, que caem na suspeita de um individualismo exacerbado, que breca o desenvolvimento, a ponto de se sugerir a sua redução à *medida correta* dos direitos de liberdade (ou liberalismo), esgotando-se na garantia da esfera individual de liberdade contra ações estatais, destaca-se que somente com a proteção dos direitos fundamentais é que se pode desenvolver a liberdade e autonomia em diversas áreas da sociedade, tais como a economia, a ciência, a arte, a imprensa, etc., evitando sua instrumentalização política e, sobretudo, a sua *comercialização*. Ora, bem refere Grimm, a culpa pela inquietante desintegração da sociedade não pode ser procurada nos direitos fundamentais; ao contrário, pois são eles que, a partir das necessidades pessoais e sociais, ainda se constituem em um ponto de referência externo à racionalidade técnica, capaz, dessa forma, submetê-la a um controle crítico e suportável. Logo, “não devem ser colocados dentro de uma dispensa histórica que se possa abrir em datas comemorativas...”. No momento em que se comemora o aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e da Constituição Federal de 1988, é bom que se diga, mais uma vez amparado em Grimm<sup>103</sup>: os direitos fundamentais são irrenunciáveis e indispensáveis não só porque defendem a dignidade da pessoa humana, mas – também – pelos desafios que a humanidade vivenciará.

---

<sup>101</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas. *Força de direito*. Trad. Maurício Palma et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 119.

<sup>102</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 86 e ss.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 90-91.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006.
- \_\_\_\_\_. *O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires/Montevidéu: IBDEF, v. 1-2, 2006.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CITTADINO, Gisele. "Invisibilidade", Estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 153-166.
- DAL LAGO, Alessandro. *Personas y no-personas*. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. (Org.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro*. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GARCÍA BLANCO, José María. *La exclusión social em la teoría social de Niklas Luhmann. Século XXI. Revista de Ciências Sociais*, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 43-71, jan./jun. 2012.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. 3. ed. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 2000.
- HABERMAS, Jürgen et al. (Org.). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Trad. Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 18. ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral e de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*. Trad. Francesc J. Hernández e Benno Herzog. Madrid: Trotta, 2011.

\_\_\_\_\_. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

\_\_\_\_\_. *Patologías de la razón: historia y actualidad de la teoría crítica*. Buenos Aires: Katz, 2009.

HONNETH, Axel. *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires: Karz, 2007.

LAPORTA, Francisco J. Governanza y softlaw: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional. In: RUIZ MIGUEL, A. (Ed.). *Entre Estado y cosmópolis*. Derecho y justicia en un mundo global. Madrid: Trotta, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. Trad. Mauro Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

\_\_\_\_\_. *A inovação destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. Trad. Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da poli contextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147-170.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Trad. Josetxo Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

\_\_\_\_\_. Inclusão/exclusão. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 15-50.

\_\_\_\_\_. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Nafarrate Torres. México: Herder, 2007.

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

\_\_\_\_\_. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 2005.

\_\_\_\_\_. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998.

- \_\_\_\_\_. *Sociología política*. Trad. Iván Ortega Rorríguez. Madrid: Trotta, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Teoría política en el estado de bienestar*. Madrid: Alianza, 2007.
- \_\_\_\_\_. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 9. ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2006.
- MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.
- NEGRI, Antonio; COCCO, Giuseppe. *Glo(bal): biopoder e luta em uma América Latina globalizada*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2005.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 105-208.
- \_\_\_\_\_. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 199-208.
- \_\_\_\_\_. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- \_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. La constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistêmica, inclusión y reconocimiento. *Doxa, Cadernos de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 37, p. 163-192, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SIMON, Jonathan. *Governar através del delito*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschioli. Barcelona: Gedisa, 2011.
- SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- STICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 51-73.
- TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (*corporate codes of conduct*) privados estatais. In: SCHWARTZ, Germano. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109-126.

\_\_\_\_\_. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005.

TICHWEH, Rudolf. Inclusão/exclusão, diferenciação funcional e a teoria da sociedade mundial. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

TORRES JUNIOR, Roberto Dutra. O primado da diferenciação funcional e a contingência das estruturas de desigualdade social. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 219-248.

WACQUANT, Loïc. *Los condenados de la ciudad: gueto, periferias y Estado*. Trad. Marcos Mayer. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Submissão em: 17.05.2019

Avaliado em: 14.06.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 26.06.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 13.08.2019