



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA



CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

JACKSON SANTOS PEREIRA

**POR UMA TEORIA PURA E PARADOXAL DOS DIREITOS HUMANOS:
COMUNICAÇÃO E SENTIDO EM Kelsen E LUHMANN.**

**JOÃO PESSOA– PB
2025**

JACKSON SANTOS PEREIRA

**POR UMA TEORIA PURA E PARADOXAL DOS DIREITOS HUMANOS:
COMUNICAÇÃO E SENTIDO EM KELSEN E LUHMANN.**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

Orientador: Dr. Luciano do Nascimento Silva.

Área: Direitos Humanos.

Linha de pesquisa: Fundamentos teórico-filosóficos dos direitos humanos.

**JOÃO PESSOA– PB
2025**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P436p Pereira, Jackson Santos.

Por uma teoria pura e paradoxal dos direitos humanos
: comunicação e sentido em Kelsen e Luhmann / Jackson
Santos Pereira. - João Pessoa, 2025.

141 f.

Orientação: Luciano do Nascimento Silva.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Direitos humanos. 2. Paradoxo - Filosóficos. 3.
Comunicação. 4. Normas suprafundamentais. I. Silva,
Luciano do Nascimento. II. Título.

UFPB/BC

CDU 342.7(043)



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - PPGCJ

ATA DE DEFESA DE MESTRADO

Ata da Banca de **DEFESA** do(a) Mestrando(a) **JACKSON SANTOS PEREIRA**, aluno(a) do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas.

Às 14h00 do dia 26 de Maio de 2025, na sede do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ), Campus I, da UFPB, nesta Capital, reuniu-se a Comissão Examinadora formada pelos seguintes professores doutores: LUCIANO DO NASCIMENTO SILVA (Orientador(a) PPGCJ/UFPB), NEWTON DE OLIVEIRA LIMA (avaliador(a) interno(a) - PPGCJ/UFPB), ROSMAR ANTONNI RODRIGUES CAVALCANTI (avaliador(a) externo(a)) e TIAGO MEDEIROS LEITE (avaliador(a) externo(a)), para avaliar a dissertação de MESTRADO do(a) aluno(a) **JACKSON SANTOS PEREIRA**, intitulada: “POR UMA TEORIA PURA E PARADOXAL DOS DIREITOS HUMANOS: COMUNICAÇÃO E SENTIDO EM KELSEN E LUHMANN”, candidato(a) ao grau de Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos Humanos. Compareceram à cerimônia, além do(a) candidato(a), professores, alunos e convidados. Dando início à solenidade, o(a) professor(a) LUCIANO DO NASCIMENTO SILVA (Orientador PPGCJ/UFPB) apresentou a Comissão Examinadora, passando a palavra ao(à) mestrando(a), que discorreu sobre o tema dentro do prazo regimental. O(A) candidato(a) foi a seguir arguido(a) pelos examinadores na forma regimental. Ato contínuo, passou então a Comissão, em caráter secreto, à avaliação e ao julgamento do referido trabalho, concluindo por atribuir-lhe o conceito **APROVADO**, o qual foi proclamado pela Presidência da Comissão, achando-se o(a) candidato(a) legalmente habilitado(a) a receber o grau de Mestre em Ciências Jurídicas, cabendo à Universidade Federal da Paraíba providenciar, como de direito, o diploma de Doutor a que o(a) mesmo(a) faz jus, após a homologação do Colegiado do PPGCJ/UFPB.

Nada mais havendo a declarar, a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, Talita de Castro Santos, Administradora do Programa de Pós- Graduação em Ciências Jurídicas, lavrei a presente ata, que assino com os demais componentes da Comissão Examinadora. João Pessoa, 26/05/2025 . xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

COMISSÃO AVALIADORA

Profº. Doutor Luciano do Nascimento Silva

Orientador – PPGCJ/UFPB



Documento assinado digitalmente

LUCIANO DO NASCIMENTO SILVA

Data: 02/06/2025 14:58:25-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Profº. Doutor Newton Lima de Oliveira

Avaliador Interno – PPGCJ/UFPB

**ROSMAR ANTONNI
RODRIGUES CAVALCANTI**

Assinado de forma digital por ROSMAR ANTONNI RODRIGUES
CAVALCANTI DE ALENCAR:JU197

DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=Autoridade Certificadora da

DE ALENCAR:JU197

Justica - AC - IUS, ou=Renovacao Electronica, ou=Certificado
Digital, ou=Cert-JUS Magistrado - A3, ou=PODER JUDICIARIO,
ou=MAGISTRADO, cn=ROSMAR ANTONNI RODRIGUES
CAVALCANTI DE ALENCAR:JU197

Data: 2025.06.10 09:59:46 -0300

Profº. Doutor Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar

Avaliador Externo – PPGD/UFAL



Documento assinado digitalmente

TIAGO MEDEIROS LEITE

Data: 10/06/2025 05:55:42-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Profº. Doutor Tiago Medeiros Leite

Avaliador Externo – CCJS/UFCG

Emitido em 13/06/2025

ATA Nº 1/2025 - CCJ - PPGCJ (11.01.46.04)

(Nº do Documento: 1)

(Nº do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO)

(Assinado digitalmente em 13/06/2025 10:57)

NEWTON DE OLIVEIRA LIMA

PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR 1646564

(Assinado digitalmente em 13/06/2025 10:44)

TALITA DE CASTRO SANTOS

*ADMINISTRADOR
1020360*

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sipac.ufpb.br/documentos/> informando seu número: **1**, ano: **2025**, documento (espécie): **ATA**, data de emissão: **13/06/2025** e o código de verificação: **4766b1a301**

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela minha vida, e por me permitir ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo da realização deste trabalho. Agradeço a minha mãe, pela compreensão e paciência, pois várias vezes a perturbei comentando o texto de minha dissertação, mesmo tendo momentos que ela nem entendia muito bem o que estava falando, devido à complexidade do que escrevi.

Ao professor Luciano, por ter sido meu orientador durante a graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba e, agora, também na pós-graduação, e, ter desempenhado tal função com dedicação e amizade, conduzindo-me pelos paradoxos que uma observação do direito e da sociedade podem revelar através de uma análise científica.

E aos professores que fizeram parte da minha banca de Qualificação do Mestrado – Rosmar, Tiago e Newton – pelas correções e ensinamentos que me permitiram apresentar um melhor desempenho no desenvolvimento da minha dissertação, com referências bibliográficas instigantes e contribuindo diretamente para meu processo de formação e de aprendizagem ao longo do curso.

Entonces, como quiera que pretenda definirse el objeto, la definición misma es ya una de las operaciones del objeto: al realizar lo descrito, la descripción se describe también a sí misma. La descripción debe, pues, aprehender su objeto como objeto-que-se-describe-a-sí-mismo.

Niklas Luhmann.

RESUMO

O desenvolvimento de uma teoria dos direitos humanos na complexidade da sociedade moderna envolve uma observação sobre o gerenciamento dos seus paradoxos constitutivos. Dessa forma, uma teoria pura e paradoxal se justifica pela necessidade da análise dos direitos humanos como sistema autorreferencial e produto de uma comunicação paradoxal. Como problema se indaga: é possível uma teoria dos direitos humanos que inclui os paradoxos como forma de observação? Supõe-se na hipótese ter como resultado uma reafirmação da confiança e do sentido dos direitos humanos na sociedade moderna ao pressupô-los como normas suprafundamentais. Tem-se então como objetivo geral compreender e verificar que os direitos humanos podem ser observados como fundamento das ordens jurídicas nacionais e internacionais. Como objetivos específicos, propõe-se entender o significado de norma fundamental (*Grundnorm*) e de autorreprodução (*autopoiesis*) ao tratar da relação de comunicação e sentido no direito e na sociedade moderna. As consequências das decisões judiciais, a construção de uma linguagem científica inovadora no campo jurídico e social, mas também, a abordagem da sociologia política ao observar os direitos fundamentais como instituição. Demonstrar a possibilidade de interlocução da deontogênese dos direitos humanos e seu aprendizado produto de violações a direitos essenciais para convivência em sociedade. A influência do Estado e religião, a questão da pureza e, portanto, o paradoxo gerado nos direitos humanos. A expectativa de uma civilização da civilização dos direitos humanos e a construção hermenêutica do discurso sobre os direitos humanos na hipótese silogística de afirmação, negação ou continuidade de direitos naturais. No pensamento de um processo de aprendizagem dos direitos humanos, apontar os problemas fatais que afetam os direitos humanos na sociedade moderna, ao se pretender explicar a força normativa formal e material da generalização dos direitos humanos com sua inclusão vinculante em ordens jurídicas nacionais e no âmbito internacional. Mas também, a forma como ocorre a legitimação dos direitos humanos na sociedade moderna e como as ações repetitivas podem ser objeto de uma análise científico-jurídica, na observação dos paradoxos que as definem. Parte-se de uma metodologia na qual se utiliza do método indutivo, com uma abordagem qualitativa e tendo como procedimento técnico o exame bibliográfico da literatura filosófico-jurídico-social. Como referencial teórico se aborda o estudo dos direitos humanos tendo como fontes principais a *Teoria pura do Direito* de Hans Kelsen numa interação semântica e discursiva com a *Teoria dos Sistemas Sociais*, desenvolvida por Niklas Luhmann. Assim, observa-se que a gênese dos direitos humanos é um produto inacabado da interdependência entre conteúdo e validade das normas jurídicas, ou seja, da (re)construção da operação paradoxal que transforma o sentido subjetivo das normas em sentido objetivo. Portanto, uma teoria pura e paradoxal dos direitos humanos pretende descrever os direitos humanos pelo processo de diferenciação e de construção de seus paradoxos no espaço-tempo das operações de comunicação dos sistemas direito e sociedade.

Palavras-chave: Comunicação. Paradoxo. Direitos humanos. Sentido. Normas suprafundamentais.

ABSTRACT

The development of a theory of human rights in the complexity of modern society involves an observation of the management of its constitutive paradoxes. Thus, a pure and paradoxical theory is justified by the need to analyze human rights as a self-referential system and product of paradoxical communication. The problem is: is it possible to have a theory of human rights that includes paradoxes as a form of observation? The hypothesis is supposed to result in a reaffirmation of trust and the meaning of human rights in modern society by presupposing them as supra-fundamental norms. The general objective is to understand and verify that human rights can be observed as the foundation of national and international legal orders. As specific objectives, the proposal is to understand the meaning of fundamental norm (Grundnorm) and self-reproduction (autopoiesis) when dealing with the relationship between communication and meaning in law and modern society. The consequences of judicial decisions, the construction of an innovative scientific language in the legal and social fields, but also the approach of political sociology when observing fundamental rights as an institution. Demonstrate the possibility of dialogue between the deontogenesis of human rights and their learning as a result of violations of rights essential for coexistence in society. The influence of the State and religion, the issue of purity and, therefore, the paradox generated in human rights. The expectation of a civilization of the civilization of human rights and the hermeneutic construction of the discourse on human rights in the syllogistic hypothesis of affirmation, denial or continuity of natural rights. In the thought of a process of learning human rights, point out the fatal problems that affect human rights in modern society, when trying to explain the formal and material normative force of the generalization of human rights with their binding inclusion in national legal systems and at the international level. But also, the way in which the legitimization of human rights occurs in modern society and how repetitive actions can be the object of a scientific-legal analysis, in the observation of the paradoxes that define them. The starting point is a methodology that uses the inductive method, with a qualitative approach and having as a technical procedure the bibliographic examination of the philosophical-legal-social literature. The theoretical framework for the study of human rights is based on Hans Kelsen's Pure Theory of Law, in a semantic and discursive interaction with the Theory of Social Systems, developed by Niklas Luhmann. Thus, it is observed that the genesis of human rights is an unfinished product of the interdependence between the content and validity of legal norms, that is, of the (re)construction of the paradoxical operation that transforms the subjective meaning of norms into an objective meaning. Therefore, a pure and paradoxical theory of human rights aims to describe human rights through the process of differentiation and construction of their paradoxes in the space-time of the communication operations of the legal and social systems.

Keywords: Communication. Paradox. Human rights. Meaning. Supra-fundamental norms.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	15
1. BREVES DISCUSSÕES SOBRE A TEORIA PURA DE KELSEN E A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN NO DIREITO.....	22
1.1. A comunicação na sociedade moderna em Luhmann e o sentido no direito positivo em Kelsen.....	30
1.2. Dogmática jurídica e as consequências da decisão judicial como interpretação de dissensos.....	38
1.3. A construção de uma linguagem científico-jurídico-social e universal: o pensamento de norma fundamental (<i>Grundnorm</i>) de Kelsen e autorreprodução (<i>autopoiesis</i>) em Luhmann.....	47
1.4. Um olhar da sociologia política sobre os direitos fundamentais.....	59
2. DEONTOGÊNESE DOS DIREITOS HUMANOS.....	70
2.1. O Estado e a religião: uma relação complexa, paradigmática e paradoxal entre sistemas na criação dos direitos humanos.....	71
2.2. O instrumento para entender a pureza e o paradoxo da eficácia dos direitos humanos.....	80
2.3. A civilização da civilização dos direitos humanos.....	85
2.4. A dimensão hermenêutica do direito natural e direito positivo na afirmação, negação ou continuidade do discurso sobre os direitos humanos.....	90
2.4.1. A profundidade hermenêutica da apresentação dos direitos humanos na qualidade de discurso teórico-jurídico.....	92
2.4.2. Afirmação, negação ou continuidade do programa discursivo e ideal dos direitos humanos.....	95
2.4.3. O continuísmo dos paradigmas comunicativos reconhecidos como direitos naturais e(ou) positivos.....	99

3. O PROCESSO DE APRENDIZAGEM DOS DIREITOS HUMANOS.....	102
3.1. Problemas fatais dos direitos humanos na sociedade moderna.....	105
3.2. A generalização material e formal dos direitos humanos.....	115
3.3. Comunicação, linguagem e legitimidade dos direitos humanos (normas suprafundamentais) na sociedade moderna.....	122
3.4. As normas jurídicas e os paradoxos de repetição.....	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	137
REFERÊNCIAS.....	140

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na sociedade moderna, as reflexões sobre os direitos humanos se tornaram algo íntimo e trivial na literatura jurídica. O que é preciso mencionar, de forma um pouco ousada, é que isso se deu principalmente com a positivação dos direitos humanos nas Constituições dos Estados modernos. Essa positivação teria como singular objetivo, garantir a busca pela efetivação dos direitos considerados, semanticamente, como essenciais à vida dos seres humanos. Coloca-se em foco, no entanto, não apenas o sujeito em seu individualismo que aí se coloca, mas também a questão da coletividade com suas regras próprias de convivência, baseadas, por assim dizer, em expressões símbolos de generalização de expectativas. Nessa realidade, de um ângulo conceitual, emergiu a figura dos direitos fundamentais positivados nas Constituições, como medidas assecuratórias e resultado frutífero da escolha daqueles direitos que servem como modelo estruturante das ordens jurídicas na sociedade moderna. É exatamente o estabelecimento dessa escolha, o que permite elencar o objetivo fundamental dos direitos humanos, manter a sociedade civilizada em pleno funcionamento e diferenciação, ou seja, garantir que a filtragem dos direitos fundamentais permita a operacionalização do direito e da sociedade – como sistemas protótipos da comunicação.

Partindo desse introito, esta pesquisa apresenta como problema a seguinte indagação: é possível uma teoria dos direitos humanos que inclui os paradoxos como forma de observação? Tem-se, assim, como objeto a análise dos direitos humanos utilizando como referencial teórico, primordialmente a *Teoria pura do Direito* (1934), obra canônica do jurista e filósofo Hans Kelsen (1881-1973) numa factível intertextualidade semântica e discursiva com a *Teoria dos Sistemas Sociais* desenvolvida pelo sociólogo Niklas Luhmann (1927-1998). Tratar-se-á de uma investigação acerca da comunicação e do sentido jurídico-social das teorias desenvolvidas por esses autores, utilizando-as como estratégia argumentativa para entender a representação simbólica e paradoxal dos direitos humanos nessa sociedade intitulada como moderna.

Por conseguinte, a escolha da *Teoria pura do Direito* como campo teórico de abordagem parte da perspectiva de conhecer e descrever os direitos humanos com uma linguagem puramente científica e, primordialmente, jurídica. Dessa forma, o desenvolvimento de uma teoria pura e paradoxal dos direitos humanos se justifica pela necessidade da análise dos direitos humanos como sistema autorreferencial e produto de uma comunicação

paradoxal. No entanto, ao se pensar na *Teoria dos Sistemas Sociais*, imprime demonstrar a interdisciplinaridade que cabe à observação dos direitos humanos na sociedade complexa, contingente, policontextual e moderna. Nesse sentido, procura-se observar os direitos humanos na diferenciação sistema e entorno com as irritabilidades condizentes às operações comunicativas que envolvem uma reafirmação do universo jurídico e social dos direitos humanos.

Nessa perspectiva, identificando as principais fontes teóricas é importante ressaltar que a abordagem científica pura e descritiva do direito realizada por Kelsen o tornou reconhecido como um dos mestres do positivismo jurídico, e, que as observações de Luhmann acerca dos sistemas sociais, reconhecendo a sociedade como comunicação colocam-no numa posição de comparação a Kant. Atribuição dada a Luhmann por revolucionar com uma novidade teórico-metodológica o seu campo de estudo, a Sociologia, enquanto ciência que observa os sistemas complexos que se autodescrevem. ANATKH¹ que a fama de teóricos ou cientistas, na maioria das vezes, só seja alcançada anos após sua morte. Parece compreensível que esta situação ocorra de fato porque a academia científica na busca por um padrão, sempre traça normas que restringem o campo de atuação dos cientistas. Conduz-se, assim, por conhecimento dos pensadores do passado para explicar os acontecimentos do presente. Recusa-se a maioria das vezes descrições novas da sociedade, e, produções anacrônicas são subsidiadas por uma ciência que anseia pelo progresso. Ocorre um verdadeiro paradoxo científico. Evita-se dessa forma, o risco necessário à produção da ciência. Entretanto, pense-se como seria a ciência se alguns pensadores não tivessem inovado com os métodos científicos que até agora existem. Contudo, não é porque determinado padrão metodológico existe que os pensadores atuais devem desistir de propor outros, ou mudar os já existentes. O progresso da ciência depende da ousadia dos cientistas.

Por esse ângulo, o campo de liberdade dos pesquisadores é muitas vezes ceifado, mas sempre que alguém escapa a essas regras inventadas e aceitas, rompendo a fronteira do antigo conhecimento, uma nova teoria é reconhecida, surgindo então outro senhor do conhecimento que deve ser essencialmente seguido, como paradigma. No campo de estudo do direito, esse cinismo do saber recebe uma denominação própria, notadamente, doutrina, que é apregoada em manuais como receitas de bolo que devem ser seguidos de forma precisa para se alcançar sempre o mesmo resultado. Ao tentar escapar a esses critérios, esta pesquisa parte do conceito

¹ Palavra grega que significa “fatalidade”, retirada da obra de Victor Hugo. HUGO, Victor. O corcunda de Notre-Dame. Adaptação em português de Jiro Takahashi. São Paulo: Scipione, 1997. (Série reencontro).

de que teoria é o conhecimento obtido pelo observador que emite uma opinião sintetizada através de estudos, experimentos e hipóteses, e, que ao observar a realidade² descreve um pensamento geral que pode ser aplicado às relações da vida real ao construir sentido pela comunicação.

Assim, as hipóteses testadas por evidências científicas permitem uma noção da realidade presente, mas não possuem o intuito de evitar que essas proposições sejam repensadas. Nas ciências sociais cujo objeto é a sociedade, propor “verdades”³ científicas exigem um trabalho árduo e complexo do observador. O direito, nesse campo de abordagem deixa evidente que as teorias até então desenvolvidas explicam e descrevem como o direito atua na sociedade, muitas vezes por meio da coação física – de forma repressiva e não somente preventiva. Entretanto, continuam sem respostas as especulações acerca da gênese, eficácia e mudança ou variação do direito. Decerto, que simplesmente o direito varia de acordo com as expectativas que surgem na sociedade, mas a comunicação permite o processo que torna a eficácia e validade do direito possível, como operações próprias do sistema. A gênese do direito é comunicativa e sua fundamentação é simbolicamente normativa. Por isso, a gênese do direito é traçada pelas relações humanas que exigem regulações para uma convivência aceitável. Essa convivência é mantida por símbolos comunicativos que produzem sentido na realidade. O paradoxo do direito está no próprio processo existencial do direito. Ele ocorre quando se parte de elementos simbólicos do dever-ser para mudar a realidade do ser, ou seja, parte de uma contradição lógica de ideias, como se existissem duas ordens no mundo, e uma estivesse se contrapondo à outra.

A natureza permite aos estudiosos das ciências exatas um campo metodológico quantitativo e qualitativo mais específico, cujas leis classificadas como naturais pressupõem um maior grau de certeza quanto às teorias desenvolvidas. O mesmo não acontece no âmbito das ciências jurídico-sociais. A montagem de um quebra-cabeça na história dos acontecimentos da sociedade não aparece como algo linear. No campo do direito, as transformações da sociedade implicam na regulação ou desregulação de determinadas condutas, quer dizer, na diferenciação. Isso acontece devido a uma seleção daqueles fatos que

² Realidade é tudo aquilo que existe e é perceptível aos sentidos do ser humano, mas também, podem-se incluir aquelas construções que partem da razão humana. Pois estas são capazes de criar estruturas de sentido, como política, economia, direito etc..

³ Verdades científicas seriam as teorias desenvolvidas e aceitas no mundo científico como provadas contemporaneamente, até que outras teorias venham a surgir e atribuam as essas verdades elementos que as refutam.

são interpretados como jurídicos e que antes eram observados apenas como fatos sociais produtores de efeitos naturais, mas não jurídicos.

Contudo, saber como ocorre a variação que estimula o filtro de normas dentro do direito continua sendo um mistério que naturalmente não pode ou não se conseguiu explicar. O código binário certeza/incerteza, lícito/ilícito, possibilitado pela linguagem influencia psicologicamente os seres humanos e perpetua a ideia de eficácia social do direito, o que muitas vezes, produz como consequência o descrédito na justiça do direito, trazida como resultado da não observância da norma.

A partir dessa ilação, pode-se concluir que a produção de uma teoria investigativa do direito implica numa interdisciplinaridade quando se visa entender o direito enquanto estrutura funcionalmente necessária e construída pela sociedade. Essa interdisciplinaridade pode ser vista como conjugação observacional entre as ciências exatas e sociais na busca por elementos que sirvam de fundamento para explicitação da diferenciação do direito para os direitos humanos⁴. O caminho para concretização dos direitos humanos que emergiram das ideias iluministas do século XVIII, onde já nasceram deficitárias, quando visto do sistema de defesa atual desses direitos em que o leque de proteção daqueles direitos fundamentais da época, hoje sofrem uma expansão para se adaptar à evolução da sociedade moderna. Os direitos humanos foram e são determinados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cuja origem remonta a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e culmina com a Revolução Francesa (1789-1799), a que reinventou novas exigências socialmente aceitas na defesa de direitos subjetivos interpretados como naturais e universais.

Convém ressaltar que estamos num momento denominado pela literatura jurídica como neoconstitucionalismo, o qual tem como característica a reaproximação do direito à ética, consequência imediata de um direito positivo reconstruído pós-guerras. Assim, levando-se em consideração esse movimento teórico, cujo surgimento remete ao final do século XX, após a Segunda Guerra Mundial e que visa dar primazia a uma nova forma de interpretação da Constituição com ênfase nos direitos fundamentais. Uma reconstrução teórica dos direitos humanos tendo como ferramenta a *Teoria pura do Direito* de Hans Kelsen pode gerar críticas, devido, principalmente porque Kelsen tentou alcançar, não com tanto êxito, o distanciamento da sociologia, política e ética, na sua pesquisa descritiva e pura do direito. Essas disciplinas

⁴ Direitos humanos podem ser entendidos, simplesmente, como um subsistema funcional que se diferenciou do direito positivo para inserir neste um conteúdo axiológico.

que atualmente são revisitadas pelos juristas e tidas como essenciais para o entendimento do direito na sociedade moderna, na perspectiva, por exemplo, de uma axiologia jurídica.

Até então fica esclarecido pela doutrina, especialmente pelos adeptos do positivismo, que ao tentar descrever o direito por meio de uma ciência jurídica pura, Kelsen procurou dar-lhe autonomia e esse crédito o caracterizou como filósofo e jurista renomado do século XX. Também resta explicitado que essa pesquisa tem como finalidade o estudo dos direitos humanos em direção a uma argumentação que inclui a *Teoria pura do Direito* de Hans Kelsen numa interação semântica com a *Teoria dos Sistemas Sociais* de Niklas Luhmann – sociólogo alemão que pode ser visto como um dos principais pesquisadores das teorias sociais desenvolvidas no século XX – pressupondo a hipótese de ter como resultado uma reafirmação da confiança e do sentido dos direitos humanos na sociedade moderna ao pressupô-los como normas suprafundamentais. Em síntese, torna-se claro que os direitos humanos podem ser interpretados sobre a ótica de uma teoria pura, mas que também deve ser caracterizada como paradoxal, por precisar de um gerenciamento de seus paradoxos para que haja a compreensão de suas três formas de análise estrutural: a gênese, o sentido e a função dos direitos humanos.

Há muito tempo as pesquisas filosófico-jurídicas, a exemplo da filosofia kantiana e a que transita para o neokantismo, na construção de uma *Filosofia dos valores*, procura arduamente distinguir o dualismo metafísico ser do dever-ser no direito, tendo como objeto a trilogia fato, Estado e direito. Para tanto, marca-se em seu interior o problema de eficácia, legitimidade e validade das normas. Essa tricotomia aumenta cada vez mais a complexidade dos estudos sobre os direitos humanos, principalmente quando se entende que esses direitos implicam numa ideologia política reconstruída a partir das Revoluções ocorridas no século XVIII – especialmente a Revolução francesa e a Revolução industrial. Nesse aspecto, surge o questionamento de como aplicar uma teoria puramente jurídica para explicar a essência ou fundamento que legitima os direitos humanos no Estado? É neste ponto, que surge a ideia de utilizar a teoria pura de Hans Kelsen, e, a teoria sociológica de Niklas Luhmann na busca por responder a essa complexa indagação.

Como objetivo geral desta pesquisa, pretende-se realizar uma análise teórico-jurídica da forma semântica e paradoxal dos direitos humanos a partir de uma exegese da *Teoria pura do Direito* de Hans Kelsen e da *Teoria dos Sistemas Sociais* de Niklas Luhmann a fim de compreender e verificar que os direitos humanos podem ser observados como fundamento das ordens jurídicas nacionais e internacionais. Com isso, propõe-se delimitar o estudo dos

direitos humanos a comunicação e sentido nesse dualismo de teorias, precisamente a relação enigmática entre positivismo e funcionalismo-estrutural, que antes se complementam do que se excluem na investigação dos sistemas direito e sociedade. Contudo, é de bom alvitre entender que devido à amplitude das teorias de Kelsen e Luhmann haverá uma limitação dos elementos desenvolvidos nesta pesquisa. Partir-se-á primordialmente de algumas ideias principais dessas teorias, tais como: norma fundamental, validade do direito, em Kelsen, autopoiese, acoplamento estrutural e complexidade da sociedade moderna, em Luhmann. Abordar-se-ão, em alguns momentos, outros componentes teóricos que contribuam para a compreensão das ideias desses pensadores, mas que de modo algum permitem uma escassez de todo o seu arcabouço semântico.

Pois, antecipadamente, é possível notar que através de propostas metodológicas inovadoras, essas duas teorias possuem características que permitem observar a sociedade e o direito, sistemática e semanticamente. Para tanto, parte-se de uma metodologia na qual se utiliza do método indutivo, com uma abordagem qualitativa e tendo como procedimento técnico o exame bibliográfico da literatura filosófico-jurídico-social com o intuito de compreender e interpretar os elementos que compõem a estrutura básica desses dois pensamentos teóricos numa relação com os direitos humanos.

Com esse sentido, a partir da influência da cibernética que elenca uma característica interdisciplinar da *Teoria dos Sistemas Sociais*, esta pesquisa partirá de uma análise observacional de primeira ordem, tendo como objeto de observação, um olhar específico sobre os direitos humanos. No entanto, tendo em vista a importância dos observadores do direito e da sociedade, especialmente Kelsen e Luhmann, haverá um observar também de segunda ordem, pois ao mesmo tempo em que ocorre o ato de observar, os observadores também constroem, ou seja, observador e objeto coexistem no tempo e espaço das operações comunicativas. Ressalta-se, contudo, que essa pesquisa procura ser divergente, pois parte não da biografia dos autores cujo uso é comum, mas da teoria desenvolvida por eles. Com essa forma de pensamento investigativo, aborda-se o conhecimento teórico dos autores isentando-se da vida deles, ou apenas mencionando algum fato que seja relevante a compreensão de suas pesquisas.

Ao partir, portanto, da comunicação e sentido entre as teorias de Kelsen e Luhmann, é possível construir os objetivos específicos que metodologicamente estabelecem a divisão desta pesquisa científica. Na primeira parte, propõe-se entender as construções racionais ou de

sentido que infligiram no surgimento dos conceitos de norma fundamental (*Grundnorm*) descrita por Hans Kelsen e de autorreprodução (*autopoiesis*) elegida por Niklas Luhmann, como instrumento para compreensão do paradoxo dos direitos humanos. Para isso, será feito uma síntese do pensamento dos dois pensadores ao tratar da comunicação na sociedade moderna e o sentido do direito positivo, as consequências das decisões judiciais, a construção de uma linguagem científica inovadora no campo jurídico-social e a abordagem da sociologia política ao se observar os direitos fundamentais como instituição.

Em segundo lugar, apresentar-se-ão algumas discussões acerca da deontogênese dos direitos humanos e seu aprendizado produto de violações a direitos essenciais para convivência em sociedade, a influência do Estado e religião, a questão da pureza e o paradoxo dos direitos humanos, a civilização hipercomplexa e policontextual da civilização dos direitos humanos, e, uma hermenêutica do discurso sobre os direitos humanos que se apresenta em forma de um tridente de ideias: afirmação, negação ou continuidade de direitos reconhecidos como naturais.

No terceiro momento, será apontada a necessidade do processo de aprendizagem dos direitos humanos. Deve-se, entretanto, dispor de modo organizado, da diversidade dos fatais problemas que afetam os direitos humanos na sociedade moderna. Pretende-se também demonstrar o conteúdo descritivo da generalização dos direitos humanos e que provocam sua comunicação, quer dizer, como os direitos humanos são denunciados de forma consciente em ordens jurídicas, no corpo de Constituições e na ordem internacional em Cartas escritas que façam com que os direitos humanos sejam vistos como um fenômeno familiar e facilmente reconhecido. Além disso, ocupam-se com as ideias de comunicação e linguagem na tentativa de provar a legitimidade dos direitos humanos como normas suprafundamentais da sociedade e do direito moderno. Também, será abordado como as ações repetitivas podem ser objeto de uma análise científico-jurídica na observação dos paradoxos que as definem.

Em vista disso, o ponto de partida deste trabalho, talvez implique numa transição, mas não implique em um ponto de chegada. Pois a busca por uma teoria pura e paradoxal dos direitos humanos é, por sua vez, como toda teoria uma forma de pensar ou descrever algum fenômeno a partir da observação de um observador. Para tanto, como teoria científica que pretende ser, ao traçar como hipótese especulativa o paradoxo da fundamentação dos direitos humanos, procura responder questões sobre os direitos humanos que só podem ser respondidas por um gerenciamento de paradoxos.

1. BREVES DISCUSSÕES SOBRE A TEORIA PURA DE KELSEN E A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN NO DIREITO

Um dos vários fatores a ser observado nas pesquisas desenvolvidas por Kelsen e Luhmann é a questão da especificidade descritiva de suas teorias. A busca por uma cientificidade ímpar de observação do objeto de investigação, a dizer, a descrição da sociedade e do direito. Pode-se inferir, de forma bucólica e conotativa, que para Kelsen, descrever é uma forma lógica pura, e, para Luhmann deduz-se que descrever é uma arte funcional autopoietica. Ambos tratam com a ideia de sistema, entretanto, o primeiro analisa o sistema de dentro, por um caminho que absorve as características da pluralidade de ordens jurídicas e a questão de sua validade. Enquanto o segundo observa os sistemas sociais de um ponto de vista externo, tratando a comunicação como o elemento fundamental na construção da complexidade, diferenciação e contingência de sistemas autorreferentes. Isso demonstra a relação entre a ciência jurídica e a sociologia do direito quanto à forma de referenciar o seu objeto, o que também influi na aplicação de seu método. Ao partir dessa compreensão, pode-se dizer:

O sociólogo observa o direito de fora, o jurista o observa de dentro. O sociólogo é atrelado unicamente por seu próprio sistema, que dele pode exigir, por exemplo, “investigações empíricas”. O jurista, por sua vez, obedece somente ao seu próprio sistema; o sistema aqui, contudo, é o próprio sistema do direito (Luhmann, 2016, p. 14).

Quando Kelsen afirma que uma *Teoria pura do Direito*, como ciência jurídica, “[...] procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito” (Kelsen, 2009, p. 1). Ele coloca em evidência o seu método e a nova forma de pensar o direito, com o propósito íntimo que a jurisprudência comece a descrever o direito como ele é, e não como deveria ser. Entende, portanto, que essa parte cabe não à ciência jurídica que tem como objeto, unicamente o direito, mas caberia à política. Esta por meio do processo legislativo próprio de sua competência legiferante é quem irá conduzir as ideias e valores que fluem para criação do conteúdo do direito. Com essa proposta, Kelsen pretende isentar seu método da interdisciplinaridade frequente nos estudos do direito presente na jurisprudência conservadora

do século XIX. Isso permitiria uma visão puramente jurídica do direito. Vale ressaltar, que a pureza se refere à teoria, não ao direito, que não tem como ser puro, porque como sistema de normas, tende a sofrer influência da economia, política, moral etc.. Em suma, o direito tende a ser consequência de fatores culturais. Se o processo de produção do direito mantém uma forma ou casca estática, seu conteúdo é instável, dinâmico e variável. Entenda-se que estática e dinâmica do direito, neste ponto, tem sentido diferente do apontado por Kelsen.

A princípio, Kelsen indaga em sua *Teoria pura do Direito* o *tópos* da ciência jurídica, de forma específica ao tratar da relação entre o direito e a natureza⁵. Pertence a ciência jurídica à ciência da natureza ou social? Interpretando de maneira ontológica, para o jurista austríaco, a sociedade pertence à natureza, consequentemente, o direito também é parte da natureza humana. “Igualmente o Direito – ou aquilo que *primo conspectu* se costuma designar como tal – parece, pelo menos quanto a uma parte do seu ser, situar-se no domínio da natureza, ter uma existência inteiramente natural” (Kelsen, 2009, p. 2).

Como se pode atentar, a origem etimológica da palavra *pura*, advém de *fogo*, *pyr*, em grego, que em latim configura a ideia de *purus*, limpo como pelo fogo. Notadamente a teoria jurídica desenvolvida por Kelsen pretende ser pura por abordar unicamente o objeto – o fundamento de validade do direito – em sua circularidade metodológica e reflexiva sobre o direito. Kelsen foi capaz de perceber que uma abordagem política e sociológica, o levaria a penetrar no campo legislativo, o que não era o seu propósito. Isso viria a transformar o estudo do direito e, analogicamente, também dos *direitos humanos* numa criação político-social desviante do aspecto propriamente de uma ciência do direito e do seu campo de referência. Da mesma forma, observa-se que a unidade da ciência do direito pode abrir espaço para um pluralismo sistêmico entre as ordens jurídicas e, a rigor, a pureza da ciência jurídica, não restringe a diferenciação funcional que o direito permite realizar. A teoria de Kelsen tem a pretensão de tratar o direito como um sistema que só ver a si próprio, mesmo usando outros termos. A procura por tal rigor científico e sistematização do direito pode ser explicitado conforme entendimento de Sgarbossa:

Sob a influência do neokantismo das Escolas de Marbourg e Bade, Kelsen engendrou uma teoria que buscou depurar a Ciência do Direito de todos e quaisquer elementos políticos e éticos e dotá-la de autonomia, sistematização e rigor científico,

⁵ Kelsen (2004, p. 2) pergunta: “[...] põe-se logo a questão de saber se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, se o Direito é um fenômeno natural ou social”.

à qual denominou Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), por cujas contribuições se notabilizou e é conhecido amplamente (Sgarbossa, 2014, p.112).

A dificuldade de concretizar uma teoria puramente objetiva de interpretação e descrição do direito, que permita uma ciência jurídica alheia a uma análise sociológica e política, continua sendo alvo de críticas à teoria desenvolvida por Kelsen. Uma dessas críticas apontam sua teoria como propulsora do regime nazista, um mito falso em sua origem. Entretanto, por mais formal e objetiva que a ciência jurídica tende a ser, não cabe alegar que o responsável, por exemplo, pela fabricação de uma máquina deva ser responsabilizado pelo seu uso incorreto. Ademais, sabendo que Kelsen se sentiu obrigado a fugir do regime nazista, saindo da Alemanha para os Estados Unidos é incongruente dizer que Kelsen pretendia ajudar o nazismo, mesmo que, indiretamente. Entre alguns autores que se opõem ao positivismo, pode-se suscitar o filósofo Radbruch (jurista alemão opositor ao nazismo e filósofo jusnaturalista), cujo fundamento de sua teoria parte da ideia que o direito deve ter como princípio a justiça. Dessa maneira, com o íntimo propósito de crítica, ele aponta que para os juristas positivistas:

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática de um crime, o jurista [...] não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem (Radbruch, 2012, p. 261).

Antes de qualquer coisa, Radbruch critica de forma veemente o positivismo jurídico, por entendê-lo como impulsor das leis arbitrárias e cruéis. Para ele, o afastamento da moral do direito constitui o motivo para injustiça, o que não corresponde a um direito válido. Desse modo, faz um juízo depreciativo do positivismo, por entender que as leis não podem ser observadas apenas pela relação entre direito e força. Distancia-se da validade do direito sustentada por Kelsen que indica a existência – validade – da lei independente da moral e o direito como forma de coerção. Consequentemente, a lição de Radbruch sobre o positivismo pode ser sintetizada conforme o trecho abaixo:

A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos

Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Tornam equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro (Radbruch, 2012, p. 261).

As críticas da literatura jurídica à teoria de Kelsen são importantíssimas para entendê-la, pois ajudam na exegese do positivismo jurídico, ao apontar possíveis lacunas em sua forma e conteúdo. No entanto, deve-se ter cuidado com a convicção alienada de alguns críticos dessa literatura que apontam o positivismo de Kelsen apenas como proponente de um direito desumano. Ou até mesmo, deslocada do hábitat social por causa desse afastamento da interdisciplinaridade com a moral, política e sociologia. Que é bem verdade, o afastou do enfoque antropocêntrico – em que o homem estaria localizado no centro das investigações – para focar na conduta humana, mas especificamente, representada num ato de vontade, a norma. Essa foi uma permuta necessária a seu método de descrição para formulação de uma teoria geral do direito. Dessa forma, como ensina Afonso (1984, p. 205-206): “Uma ciência normativa conforme entende Kelsen, tem unicamente a função de descrever as normas que são objeto de seu conhecimento”.

Antes de encetar esse confronto, é importante precisar que alguns conceitos da doutrina positivista servem para organizar e explicitar o saber jurídico da época. Fala-se mais frequentemente de *direito puro*, mas a expressão é imprecisa e pode-se contestar a escolha tanto do substantivo quanto do adjetivo. No essencial, é preciso considerar antes de tudo a obra mesma, a *Teoria pura do Direito*, como um sistema imanente da epistemologia jurídica. Está claro que este é apenas um ponto de partida para exposição de um método, que propriamente jurídico, chamamos hoje de formalismo metodológico de Kelsen. Quanto ao termo *puro*, trata-se mais de uma etiqueta que se tornou cômoda a crítica, do que uma denominação precisa da abordagem finalística do estudo realizado por ele. O fato é que Kelsen, “[...] permanece vivo por haver conseguido, através de sua proposta purificadora, organizar, de um modo altamente satisfatório, as significações ideológicas da cultura jurídica. Trata-se, portanto, de uma proposta que se não purifica o saber jurídico, o mostra sem pudor nem piedade” (Warat, 1982, p. 115).

Entretanto, em oposição à crítica, nossa atenção deve se voltar para o caráter da teoria desenvolvida pelo jurista de Viena, pois o direito é um sistema de normas, um código, análogo a outros sistemas de normas, tais como a língua, a moral etc.. Todo elemento presente na teoria pura desenvolvida por Kelsen traz uma significação que pode ser interpretada

segundo o código jurídico válido/inválido, lícito/ilícito. Mas, voltando no tempo do discurso, a crítica de afastamento do homem do foco principal de abordagem do direito também alcançou a *Teoria dos Sistemas Sociais* de Luhmann que sofre suas intempéries, devido, principalmente “ao deslocamento do homem para o ambiente/entorno do sistema social e a posição da comunicação como elemento constitutivo da sociedade” (Almeida, 2022, p. 6). Ainda, segundo Almeida (2022) isso levou a teoria dos sistemas a ser vista como uma teoria conservadora e anti-humanista.

Convém suscitar que Kelsen trata de uma ciência pura e descritiva do direito, tendo a norma como elemento essencial e indispensável do direito e do Estado. Assim, a *Teoria pura do Direito* pode ser conceituada e caracterizada como “[...] um sistema conceitual, destinado a fornecer tanto as normas metodológicas para a adequada produção do saber dogmático do direito, como as categorias gerais desse modelo de conhecimento. Ou seja, como epistemologia e como dogmática geral” (Warat, 1982, p. 108). Trata-se da proposição científica e metodológica de uma teoria geral do direito. Enfim, pode-se tentar aplicar esse método à análise das unidades significativas do direito, isto é, ao conteúdo do sistema de normas. O primeiro passo nesse caminho foi seguido por Kelsen, que persistiu em pesquisar e estudar as unidades que estruturam o sistema normativo e suas relações, organizadamente.

Enquanto isso, seguindo uma linha de pesquisa diferente, Luhmann discorre sobre a sociedade de um modo geral, também descrevendo o direito, mas como subsistema, por meio de uma Sociologia do direito voltada especialmente para complexidade e paradoxos dos sistemas sociais. Como esclarece Nafarrate (1999, p. 13, tradução nossa), “para Luhmann – e espero que isso tenha sido evidente – a sociedade é um sistema. A comunicação (por tanto, a sociedade) é um sistema⁶”. De maneira distinta, essa abordagem permite observar que para a teoria de Kelsen, talvez por influência da Escola de Viena, tudo é norma e essa constrói o seu sentido em si, ou seja, para Kelsen o direito é um sistema de normas que possuem apenas normas como fundamento. Luhmann, por sua parte, com uma visão sistemática, observa que se tudo é comunicação na construção dos sistemas, esses sistemas podem ser estudados da mesma forma com relação às suas funções. Assim, vê o uso da cibernética com a ideia de observação de segunda ordem, como um dos caminhos prováveis para alcançar esse conhecimento. E ainda, foi capaz de observá-los como sistemas autopoieticos, característica

⁶ Texto original em espanhol: “para Luhmann – y espero que esto ya sido evidente – la sociedad es un sistema. La comunicación (por tanto, la sociedad) es un sistema.”

que estabilizam suas variações estruturais, garantem sua legitimidade pelo procedimento e permitem seu fechamento operacional.

A forte repulsa emocional sentida por alguns críticos quanto a qualquer forma de sistematização da descrição da sociedade como comunicação, que afasta o homem para o seu ambiente/entorno é, porém, o resultado de uma falha em distinguir a teoria dos sistemas, como um corpo de conhecimentos. É consequência da falta de experiência direta com a obra prolixa de Luhmann, na qual se realiza uma análise da sociedade em geral e é apresentada sua *Teoria dos Sistemas Sociais* ao mundo. É claro, também, que impressiona a forma de observar os diferentes sistemas funcionais da sociedade moderna – economia, política, direito, ciência, arte, educação, religião – a dizer, como a *Teoria dos Sistemas Sociais* oferece-se a um leitor que tenha simpatia pela metodologia da Sociologia tradicional, a quem pode aparentar uma forma de descrição inadequada ou simplesmente errônea. Por fim, a habilidade que Luhmann desenvolve, revela-se pelo trato constante, na experiência direta com o funcionalismo estrutural e, também, formada por seu contato com a Sociologia. Nesse enfoque, Blanco (2016, p. 11, tradução nossa) em apresentação ao texto *Distinciones directrices* afirma que a proposta de Luhmann “[...] consiste em uma renovada *Teoria dos Sistemas Sociais*, a qual implicava, por assim dizer, uma ruptura epistemológica que afetava, inclusive, a tradição teórica na qual o sociólogo alemão se enquadrou: o funcionalismo”.⁷

Houve, sim, um contato de Luhmann com a teoria desenvolvida por Parsons, mas seu posicionamento era altamente crítico. “A posição de Luhmann em direção ao funcionalismo clássico era muito crítica, incluindo o seu mestre, Talcott Parsons, com quem em 1960 havia estudado um ano acadêmico completo em Harvard”⁸ (Blanco, 2016, p. 11, tradução nossa). Isso permitiu que Luhmann desenvolvesse a *Teoria dos sistemas sociais* com características próprias que iria diferenciar, definitivamente, sua teoria da de Parsons. Pode-se concluir ainda segundo Blanco que:

Expressão máxima desta atitude crítica é a denominação que originalmente escolheu para sua perspectiva teórica: funcional-estruturalismo, que justamente invertia a

⁷ Texto original em espanhol: [...] consistió en una renovada teoría de los sistemas sociales, la cual implicaba, por así decir, una ruptura epistemológica que afectaba, incluso, a la tradición teórica en la que el sociólogo alemán se encuadró: el funcionalismo.

⁸ Texto original em espanhol: La posición de Luhmann hacia el funcionalismo clásico era muy crítica, incluyendo a su maestro, Talcott Parsons, con quien en 1960 había estudiado un año académico completo en Harvard.

prioridade entre os termos que havia utilizado Parsons para denominar sua própria posição teórica: estrutural-funcionalismo (Blanco, 2016, p. 11, tradução nossa)⁹.

Uma crítica também à teoria de Parsons que pretende ser categórica, e, que chama a atenção é alcançado por Habermas em sua obra *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*, onde ele esclarece vários pontos que considera semelhantes na teoria de Parsons com os elementos que estruturam a teoria da ação. Para ele, a semelhança chega a um nível tão alto, ao ponto de afirmar que “a análise realizada até agora sugere que a teoria parsoniana da sociedade está construída sobre uma assimilação ambígua da teoria da ação à teoria de sistemas” (Habermas, 2012, p. 462). Dessa forma, Habermas procura reduzir a teoria parsoniana a uma quase cópia da teoria do agir, apresentando em todo o seu texto fragmentos da teoria de Parsons que permite, segundo Habermas, conduzir a esse pensamento.

É sempre bom lembrar por outro lado, que a busca por elementos epistemológicos em outras ciências, provavelmente tenha sido um dos fatores que levaram Luhmann a distanciar-se da teoria de Parsons. Assim sendo, com o intuito de desenvolver a *Teoria dos sistemas sociais*, ele se inspirou em vários campos do saber, o que viria caracterizar, segundo estudiosos da teoria luhmanniana, a interdisciplinaridade da nova teoria social desenvolvida por Luhmann. Em síntese, pode-se destacar primariamente como fonte dessa interdisciplinaridade “[...] as reflexões matemáticas e lógicas, como o sistema matemático do britânico George Spencer-Brown, definido por seu autor como <<álgebra primária>> e um <<cálculo de indicações>>, ou a lógica <<transclássica>> do filósofo alemão Gotthard Günther”¹⁰ (Blanco, 2016, p. 12, tradução nossa). Por conseguinte, com resquícios da Física é legítimo reconhecer a influência da “[...] teoria do conhecimento conhecida como <<construtivismo radical>>, que tem seu principal expoente no físico de origem austríaca Heinz von Foerster, um dos pais da conhecida como <<cibernética de segunda ordem>>”¹¹ (Blanco, 2016, p. 12, tradução nossa). Nesse ínterim, pode-se continuar fazendo uma referência à teoria desenvolvida pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela sobre o conceito de *autopoiesis*, que está intimamente arraigado a ideia de

⁹ Texto original em espanhol: Expresión máxima de esta actitud crítica es la denominación que originalmente eligió para su perspectiva teórica: funcional-estructuralismo, que justo invertía la prioridad entre los términos que había utilizado Parsons para denominar su propia posición teórica: estructural-funcionalismo.

¹⁰ Texto original em espanhol: [...] a reflexiones matemáticas y lógicas como el sistema matemático del británico George Spencer-Brown, definido por su autor con un <<álgebra primaria>> y un <<cálculo de indicaciones>>, o la lógica <<transclásica>> del filósofo alemán Gotthard Günther.

¹¹ Texto original em espanhol: [...] teoría del conocimiento conocida como <<constructivismo radical>>, que tiene su principal exponente en el físico de origen austriaco Heinz von Foerster, uno de los padres de la conocida como <<cibernética de segundo orden>>.

autorreferência dos sistemas vivos. Em princípio, estes “[...] não só organizam seu funcionamento e suas cognições referindo-se às suas próprias determinações estruturais, senão que, ademais e através deles, produzem seus próprios componentes; quer dizer, que são redes fechadas de autorreprodução dos elementos que as constituem”¹² (Blanco, 2016, p. 12, tradução nossa).

Por outro turno, no plano literal de sentido, tem-se nesta pesquisa o propósito de analisar a dupla perspectiva da estrutura de descrição realizada por Luhmann, quer dizer, dos fenômenos com os quais se relaciona e se quer investigar, principalmente, os sistemas sociedade e direito, que não deixam de ser analisados também por Kelsen em sua teoria descritiva do direito e do Estado. Visto que todas as descrições são similares, a descrição pode ser confirmada como a ideia chave para o uso em comparações de objetos. Nesse sentido, Kelsen pode, eventualmente, ter sua descrição, comparada didaticamente a estrutura de uma pirâmide denominada normativa, mas porque essa relação mimética? Pode-se interpretar que a relação com a construção hierárquica fundada na análise histórica da sociedade perfaz construções piramidais de sentido, mas isso é apenas uma das muitas interpretações possíveis. Assim, do mesmo modo que as classes sociais, como realidades de poder, são identificadas hierarquicamente, as leis tendem a ser descritas, também de forma hierárquica. A pirâmide atribuída como forma didática de explicitação da *Teoria pura do Direito* de Kelsen, não pode ser provada em argumentos explícitos de Kelsen, mas apenas, mantida como redução da complexidade de sua teoria. No plano formal, onde as normas são imagens ou fenômenos naturais – estes na perspectiva dos direitos humanos – concebidas como matéria ou conteúdo, a descrição hierárquica parece ser uma analogia de proporção natural. A pirâmide normativa dedicada a Kelsen corresponde a uma imagem de laços anteriores com a descrição da sociedade em castas sociais e divisão de poderes.

Em forma e conteúdo, tempo e espaço, Luhmann descreve a sociedade moderna em seu ilustre processo de complexidade e diferenciação funcional. A teoria dos sistemas, não é o único tipo de descrição sociológica, mas talvez o mais capaz de ilustrar o processo de identificação de dois ou mais sistemas interdependentes – política, religião, direito, economia etc.. O sistema, portanto, procede como se todos os circuitos ou acoplamentos estruturais estivessem contidos num só corpo universal. Neste aspecto, aproximando-se dos estudos do

¹² Texto original em espanhol: [...] no solo organizan su funcionamiento y sus cogniciones refiriéndose a sus propias determinaciones estructurales, sino que, además y a través de ello, producen sus propios componentes; es decir, que son redes cerradas de autoproducción de los elementos que las constituyen.

século XX sobre a linguagem, Luhmann cria um distanciamento do homem na sociedade. Para a teoria luhmanniana “a comunicação (e não o indivíduo) é a unidade elementar da sociedade, a operação-base por meio da qual o sentido é produzido” (Bachur, 2020, p. 81). O estudo dos sistemas sociais inclina o sociólogo a ver a comunicação como a imitação da infinita ação social e do infinito pensamento humano, conduzindo a entender os sistemas funcionais tautologicamente como comunicação. Pode-se atribuir a isso que “a formulação descentralizadora do *Homem* para o ambiente da sociedade representa a ruptura com o pensamento clássico europeu humanista, iluminista e da renascença” (Silva, L., 2022, p. 167), não gerando o sepultamento do *Homem*, mas colocando-o em um segundo plano, o do ambiente.

Assim sendo, Luhmann (1996) compreende que a análise funcional está aberta a vários tipos de possibilidades. Isso permite que o funcionalismo tenha a capacidade de observar a complexidade da sociedade moderna ajudando a compreendê-la. Portanto, para a *Teoria dos Sistemas Sociais* desenvolvida por Luhmann, a complexidade é vista como problema fundamental para entender a sociedade e a confiança é o elemento que a sociedade utiliza para reduzir sua complexidade fazendo uso da diferenciação funcional. Por conseguinte, conclui-se que “a confiança é uma relação social com seu próprio sistema especial de regras”¹³ (Luhmann, 1996, p. 9, tradução nossa). Entorno, confiança, função e complexidade possuem, no entanto, um alto nível de abstração na sociedade moderna. Isso se torna necessário para generalização das condutas, que se presta a incluir tanto uma análise psicológica, porque ligada a personalidade, quanto sociológica, seguindo em direção à observação dos sistemas sociais.

1.1. A comunicação na sociedade moderna em Luhmann e o sentido do direito positivo em Kelsen

A comunicação é a expressão máxima de toda a teoria dos sistemas desenvolvida por Luhmann acerca da sociedade moderna. Suas ideias que interpenetram pela complexidade da sociedade e trabalha o método funcional-estruturalista objetiva demonstrar a diferenciação presente nos sistemas sociais. Nesse sentido, para Luhmann o que limita um sistema de outro é justamente sua diferenciação funcional e sua capacidade de *autopoiesis*. Sobre isso, pode-se

¹³ Texto original em espanhol: ...la confianza es una relación social con su propio sistema especial de reglas.

dizer que “a teoria geral dos sistemas e a cibernética substituíram o modelo conceitual clássico de um todo constituído de partes e relações entre as partes, por um modelo que enfatiza a ‘diferença’ entre sistemas e entornos”¹⁴ (Luhmann, 1998, p. 71, tradução nossa). Na opinião de Luhmann a unidade do sistema é justamente sua distinção, o que compreende em si um paradoxo, pois a unidade é observada como a unidade de uma diferença, baseada explicitamente no código binário que oculta o paradoxo do sistema.

Luhmann desenvolveu sua *Teoria dos Sistemas Sociais* durante três décadas. Na década de 70 começam seus primeiros esboços para desenvolver uma nova teoria sociológica. Visualizando a possível crise pela qual os estudos sociológicos estavam passando na década de 50, Luhmann percebe que as teorias funcionalistas até então existentes, não teriam o caráter globalizante que pretendiam. Pois, a sociedade moderna apresenta características individuais que merecem ser estudadas e que a diferenciam do medievo. Porém, os próprios sociólogos da época de Luhmann se encontravam sem esperança, pois começavam a pensar que a sociologia e, também, o funcionalismo era incapaz de explicar os fenômenos sociais – os conflitos entre os Estados, a Guerra Fria e sua ameaça, o pico de violências entre os jovens etc., conduzem a esse ceticismo dos sociólogos. Não há mistério, no sentido que Luhmann pretende reformular a teoria sociológica, a fim de abarcar de forma eficiente a complexidade da sociedade moderna. Em vista disso,

Todo o aparato conceitual luhmanniano (sistemas autopoieticos, acoplamentos estruturais, redução de complexidade, diferenciação funcional, observação de segunda ordem etc.) é desenvolvido com um único intuito: demonstrar que o social segue uma lógica auto-referente que não pode ser compreendida nos mesmos moldes da consciência auto-referente. Onde Luhmann compreender *consciência* e *comunicação* como realidades irreduzíveis uma à outra (Bachur, 2020, p. 80).

Nafarrate¹⁵ (1999) anuncia Luhmann como o criador de uma super-teoria no nível de Copérnico e Kant, para explicar a mudança progressiva na teoria do conhecimento que envolve, segundo ele, três revoluções. A primeira, a revolução copernicana, na qual ocorre a substituição do sistema geocêntrico pelo heliocêntrico. A segunda, a nova hipótese de Kant, que consiste em assumir que o conhecimento não é regido pelos objetos, mas na verdade, os objetos são regidos pelo conhecimento. A terceira, a revolução kantiana de Luhmann na sociologia, criando a distinção sistema/entorno. “Luhmann propõe se não seríamos mais

¹⁴ Texto original em espanhol: La teoría general de sistemas y la cibernética sustituyeron el modelo conceptual clásico de un todo constituido de partes y relaciones entre las partes por un modelo que enfatizó la *diferencia* entre sistemas y entornos.

¹⁵ Nafarrate foi discípulo de Niklas Luhmann na Universidade de Bielefeld, tendo traduzido, editado e difundido sua obra pela América Latina.

afortunados nos problemas sociais supondo que o social está orientado por um dinamismo de sentido, frente ao qual o ser humano se encontra formando parte do entorno”¹⁶ (Nafarrate, 1999, p. 11, tradução nossa). Na verdade, ao mesmo tempo em que Luhmann se coloca como anti-humanista, ele também consegue inserir o observador como um personagem importante na construção da sociedade, pois faz parte da observação de segunda ordem.

Pergunta-se se o vocabulário de Luhmann da separação territorial entre sistema e ambiente/entorno é o mais apropriado para caracterizar o método funcionalista. A inclinação de falar de um grau de generalidade que foi criado no interior de uma ciência que prever descrever a sociedade moderna em sua dinamicidade e variação tenta compensar a inversão para o funcionalismo estrutural em oposição ao estruturalismo funcional de Parsons e, demonstra a preocupação em trabalhar com sistemas fechados operacionalmente. Para a teoria funcionalista de Luhmann é importante diante da obra em particular, atribuir um sentido à ideia de sistema. “Um sistema é só uma forma, por conseguinte, uma distinção, uma separação, uma diferença”¹⁷ (Nafarrate, 1999, p. 15, tradução nossa).

Luhmann pretende reinterpretar o funcionalismo, “entendendo função no sentido lógico matemático do termo, quer dizer, como um esquema lógico-regulador que permita comparar entre si, como equivalentes funcionais, eventos que de outra perspectiva seriam absolutamente incomparáveis”¹⁸ (Mansilla, 1996, p. XII, tradução nossa). O evento conflito¹⁹ existente na sociedade é sim capaz de construir, e, não apenas deve ser observado de uma perspectiva devastadora. Pois, a título de exemplo, os direitos humanos são uma construção que emergiu do conflito entre aqueles direitos que devem ser entendidos por fundamentais. Sua magnitude de importância é dada pela origem conflituosa que suas contínuas violações

¹⁶ Texto original em espanhol: Luhmann propone si no seríamos más afortunados en los problemas sociales suponiendo que lo social está orientado por un dinamismo de sentido, frente al cual el ser humano se encuentra formando parte del entorno.

¹⁷ Texto original em espanhol: Un sistema es sólo una forma, por consiguiente, una distinción, una separación, una diferencia.

¹⁸ Texto original em espanhol: ...entendiendo función en el sentido lógico-matemático del término, vale decir, como un esquema lógico-regulador que permita comparar entre sí, como equivalentes funcionales, sucesos que desde otra perspectiva serían absolutamente incomparables.

¹⁹ A tentativa proposta por Luhmann de reconstruir o funcionalismo-estrutural como método científico típico da sociologia parte de um momento histórico conturbado da sociedade conhecida como moderna. Há naquela época, entre as décadas de 40 a 70, a figura desagradável da Guerra Fria, a guerra no Vietnã, o fenômeno *hippie* que, afinal de contas, deixa de ser um movimento que exprime o amor e a liberdade jovem, para constituir elementos discerníveis para sociedade de consumo. Já na década de 90, o mundo passa a ver a queda do muro de Berlim, o colapso dos países da Europa oriental, e, os avanços tecnológicos e de comunicação de massas que reproduzem a globalização dos processos sociais. Dos problemas suscitados, Luhmann observa a falta de vocabulário técnico na Sociologia para explicá-los. Essa preocupação, o conduz a elaborar durante um período de três décadas a *Teoria dos Sistemas Sociais*, que tem como resultado material a produção de mais de 40 livros e mais de 250 ensaios. São conclusões dos acontecimentos históricos da época observados por Darío Rodríguez Mansilla em introdução ao texto *Confianza* (1996) de Luhmann.

acarretam a vida humana em sociedade. A própria origem do direito, enquanto sistema de normas surgiu daquilo que pode ser entendido por um conflito. Se a conduta humana não gera ou pode gerar conflitos a outrem, não há que se falar em normatização dessa conduta, por sua desnecessidade lógica, englobando a sua insignificância. Problemas precisam de solução, mas a solução não nasce sem o problema.

Luhmann separa duas categorias narrativas da sociedade moderna, mais amplas do que os teóricos entendem ou observam logicamente como categorias comuns, manifestada na didática cisaõ como objeto de investigação, da teoria da ação e da teoria da comunicação. Ele compreende que os meios de comunicação simbolicamente generalizados *garantem* a segurança das relações entre as pessoas e servem para reduzir a complexidade. Tendo como exemplo, confia-se no policial, por entender que ele deve garantir a segurança dos cidadãos. Mas, esse exemplo não é o suficiente, há uma inerente confiança nas instituições e, isso garante uma redução da complexidade, pois sem essa confiança, todo o processo de relações humanas ia necessitar de um novo começo. Sem a confiança, as condutas humanas teriam que construir a cada agir todo aquele típico e comum processo de decisão.

Sob essa ótica, pode-se afirmar que as sociedades modernas são construídas, psicologicamente e racionalmente por processos de confiança, baseada na comunicação²⁰. Confia-se que os direitos humanos serão respeitados e a sociedade não irá entrar numa guerra de todos contra todos. Mas não só isso, através das abstrações, confia-se que o papel timbrado a que se denomina de dinheiro tem um valor material e pode garantir que uma família compre produtos para sua subsistência. O valor do dinheiro é um exemplo de generalização utilizado na economia como uma forma de redução da complexidade para evitar a ocorrência de trocas de produtos e serviços em um mundo capitalista. Para que isso ocorra, é necessária uma comunicação simbolicamente generalizada que garanta a confiança recíproca, ou seja, que este dinheiro não seja rejeitado por alguém que diga que o mesmo não tenha valor.

Luhmann resume em poucas palavras que “[...] o dinheiro, a verdade e o poder são meios de comunicação generalizados que servem como portadores de complexidade reduzida” ²¹(Luhmann, 1996, p. 96, tradução nossa). Essa generalização da comunicação passa muitas vezes despercebida pelo sujeito da ação, que a utiliza de forma espontânea e talvez, automática, dentro de seus limites de liberdade. Por isso, ao reduzir a complexidade se

²⁰ A comunicação é capaz de manter o dinamismo da sociedade, a dizer, dos sistemas sociais, garantido sua flexibilidade.

²¹ Texto original em espanhol: [...] el dinero, la verdad y el poder son medios de comunicación generalizados que sirven como portadores de complejidad reducida.

pode concluir que há uma expansão do horizonte do tempo no sistema. Com confiança se ganha tempo.

Na era do surgimento da Inteligência Artificial, essa comunicação simbólica parece ser mais evidente, mesmo que passe oculta aos olhos das pessoas, e, essa, é uma característica própria da redução da complexidade produto dessas construções fictícias. Com elas, evita-se que a todo o momento o ser humano cognitivamente reconstrua novas formas de relações distintas, pois a partir das ações comunicativas é possível e observável a criação de um padrão a ser seguido, de uma repetição. O direito e sua espécie, os direitos humanos, podem ser definidos por esse padrão que conduz a conduta humana, comunicativamente. E a eficácia dos direitos humanos como provedor da paz e da justiça só pode ser revelado quando a comunicação²² for capaz de exercer seu papel de regulador das condutas humanas em sociedade. Isso representaria, por si, o progresso da civilização e evitaria os massacres, as cruentas guerras entre nações, e, também a violência entre as pessoas. Mas, distanciando-se dessas argumentações e penetrando agora numa abordagem epistemológica pelo sentido das normas, pode-se falar que Kelsen parte de uma distinção binária do ato jurídico que pode ser explicitado com seus próprios argumentos.

O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui (Kelsen, 2009, p. 4).

A validade de uma norma jurídica é conforme preceitua Kelsen, determinada pela forma na autoridade de uma ordem moral ou jurídica de um Estado, quer dizer, o sentido subjetivo que se apresenta paradoxalmente na forma de sentido objetivo, tornando-a obrigatória e válida. Porém, para melhor esclarecimento, deve-se entender que Kelsen distingue norma geral de norma individual. Norma jurídica geral é a lei, enquanto que norma individual corresponde à decisão judicial. Para Kelsen (1986) a decisão judicial é a norma individual fixada pelo juiz na aplicação da norma jurídica geral, sendo, no entanto, o sentido de um ato de vontade. A norma geral traz um conteúdo de sentido que deve ser aplicada a partir de um silogismo teórico e não normativo, nas palavras do mestre de Viena. Pois, como silogismo teórico, o juiz poderá fixar uma decisão judicial/norma individual que poderá corresponder ou não à norma geral/lei. Esse silogismo teórico é capaz de explicar

²² Quando o ser humano for capaz de entender que a comunicação imposta como direito pode resolver o problema sem violência física, apenas por meio da comunicação e o cumprimento de suas ordens, não haverá tantas mortes. Isso, entretanto, seria um mundo perfeito e um mundo em que os direitos humanos seriam definitivamente concretizados, pelo menos a partir de um olhar do direito penal.

porque algumas vezes os juízes cometem falhas na aplicação das leis, pois no silogismo teórico as premissas e a conclusão podem ser verdadeiras ou falsas. Teoricamente, a decisão judicial pode corresponder fielmente a norma jurídica *in abstracto*, ou não. Assim, de forma resumida: a) a validade da norma é determinada por sua obrigatoriedade em uma ordem jurídica; b) há uma probabilidade que o juiz no caso concreto, apresente uma decisão que corresponda ao sentido *in abstracto* da norma geral, mas isso não permite uma certeza absoluta; c) se uma norma geral válida determinada em um tipo *in abstracto* traz como consequência uma sanção (premissa maior) e há uma situação no caso concreto que essa norma geral é violada (premissa menor), a decisão judicial que será aplicada ao caso não é o sentido da norma geral, mas o sentido da norma geral que só pode ser uma decisão judicial que corresponda a norma geral; e d) norma geral e decisão judicial, assim, podem ter o mesmo sentido ou não, no interior de um silogismo teórico.

A precisão de explicar a validade da norma jurídica é importante, porque a partir dessa compreensão se torna possível entender a diferença entre a ordem de um assaltante e a ordem de um órgão judicial, exemplo que frequentemente é utilizado por Kelsen em seus textos jurídicos. Tudo isso depende da construção de sentido identificada conscientemente na ordem emanada. O sentido subjetivo de um ato de vontade deve ser determinado por uma ordem jurídica válida, ou seja, seu sentido subjetivo deve estar com uma aparência ou natureza de sentido objetivo.

A validade de uma norma geral e de uma norma individual pode ser representada em um silogismo de outra forma. Para fazer isso, devemos começar aceitando que não é o sentido de cada ato de vontade sobre o comportamento de outra pessoa que é uma norma, mas que uma norma (ou seja, um Dever vinculativo para o destinatário) existe apenas se o sentido subjetivo do ato de vontade sobre o comportamento de outra pessoa também for seu sentido objetivo²³ (Kelsen, 1991, p. 252-253, tradução nossa).

Por outro lado, o processo legislativo estabelecido racionalmente por essa operação paradoxal que transforma sentido subjetivo em sentido objetivo vincula as condutas humanas permitindo a sua obediência. A *Teoria pura do Direito* vem colocar em pauta a resposta à pergunta sobre o fundamento de uma ordem jurídica que não seja reconduzida a autoridades

²³ Texto original em inglês: The validity of a general norm and that of an individual norm can be represented in a syllogism in another way. In order to do so, we must begin by accepting that it is not the meaning of every act of will about the behaviour of another person which is a norm, but that a norm (i.e. an Ought binding on the addressee) exists only if the subjective meaning of the act of will about the behaviour of another person is also its objective meaning. Ver também: KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 324.

metajurídicas, a título de comparação com Kant, que busca uma interpretação das ciências da natureza que não recorra à metafísica.

A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição (Kelsen, 2009, p. 225).

A proposta da *Teoria pura do Direito* de Kelsen é demonstrar pela própria ciência jurídica, de forma autorreferente, que a finalidade da norma fundamental é interpretar as vontades humanas, e, objetivamente, construir normas positivas que regulem essas condutas determinadas. Porém, tudo isso só pode acontecer porque o fundamento de validade da norma jurídica seria sempre outra norma. Essa norma, então, entendida como superior e produto da consciência humana é a norma fundamental (*Grundnorm*). Por consequência, fica explícito que o objetivo da norma fundamental seria "[...] fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo" (Kelsen, 2009, p. 226). Indubitavelmente, essa norma fundamental não pode ter fundamento em nenhuma ordem de uma pessoa, sendo, portanto, uma norma pensada, pressuposta e não pode ser interpretada no sentido subjetivo de um ato de vontade humana. Seguindo essa base conceitual, pode-se compreender que a norma fundamental não é um método, mas sim, um produto da consciência dos juristas que passam a pensar o direito sem fundamento em nenhuma autoridade metajurídica, mas apenas na própria validade do direito, como ordem coercitiva e positiva. Nas palavras de Kelsen:

Este objetivo pode ser alcançado somente por meio de uma ficção. Deve-se notar que a Norma Fundamental não é uma hipótese no sentido da filosofia de Vaihinger do Como-Se – como eu mesmo às vezes a caracterizei – mas uma ficção. Uma ficção difere de uma hipótese no sentido de que é acompanhada – ou deveria ser acompanhada – pela consciência de que a realidade não concorda com ela²⁴ (Kelsen, 1991, p. 256, tradução nossa).

Em breve síntese, é possível dizer que o direito tem em si uma norma fundamental que ordena a sua validade e constitui sua forma de exigência mandamental objetiva. Pensando

²⁴ Texto original em inglês: This goal can be attained only by means of a fiction. It should be noted that the Basic Norm is not a hypothesis in the sense of Vaihinger's philosophy of As-If – as I myself have sometimes characterized it – but a fiction. A fiction differs from a hypothesis in that it is accompanied – or ought to be accompanied – by the awareness that reality does not agree with it (pp. 85 ff.).

dessa maneira, Kelsen faz um diálogo entre o processo de fundamentação do direito e a hierarquia das normas, assumindo o papel que existe em toda ordem jurídica uma relação entre norma superior e norma inferior. Neste aspecto, Kelsen insere a Constituição como a ordem da norma fundamental e que tem o caráter de gênese do sentido das outras normas inferiores. Em contrapartida, aqui se abre um adendo para esclarecimento, pois vários pesquisadores da obra de Kelsen evidenciam e sofrem com as dificuldades na interpretação do conceito de norma fundamental, por causa de divergências de posições adotadas em textos de Kelsen. Especificamente, a *Teoria pura do Direito* e a *Teoria geral das normas*²⁵, que trazem a norma fundamental como hipótese e como ficção, respectivamente. Segundo Liziero (2019, p. 21), que é contundente nessa contradição “a tradução de *gelentlich* por “acidentalmente”, em uma primeira leitura, pode dar a ideia de que Kelsen teria supostamente reconhecido um erro e voltado atrás (a um entendimento que ele tinha meio século antes de falecer). E de fato, é o que parece.” No entanto, Liziero se opõe ao capítulo 59 de *Teoria geral das normas*, entendendo que somente ele não pode ser capaz de fundamentar uma mudança abrupta do pensamento de Kelsen, a dizer:

Mas ainda que isso tenha ocorrido, não se pode afirmar que ocorreu nos seus últimos anos ou ainda, que ele tenha deixado uma obra-testamento com seu pensamento definitivo sobre norma fundamental. É uma questão historiográfica do pensamento de Kelsen. Somente se pode afirmar que houve uma “mudança de posição” com provas concretas e incontestáveis disso. E tais provas não existem (Liziero, 2019, p. 21-22).

Isso obstaculiza um conceito científico exato de norma fundamental, mas em nada diminui a criatividade e a importância do pensamento de Kelsen acerca de sua teoria da norma fundamental. Partindo desses pressupostos conceituais, Liziero adota a norma fundamental como hipótese lógico-transcendental e explica sua opinião. “É lógico-transcendental porque é um conceito apriorístico, que não depende de qualquer experiência. A norma fundamental funciona, assim, como uma negação à metafísica no fundamento do Direito” (Liziero, 2019, p. 24). Nessa explicitação, Liziero expõe alguns fatores que demonstram um horizonte de influência de Kant na teoria kelseniana, mas, além disso, expõe o sentido objetivo da norma fundamental de criação das leis, com base numa norma superior hipotética mandamental que representa a base do ordenamento jurídico.

²⁵ Ver também: KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 329, que confirma a mesma mudança de pensamento de Kelsen.

Afastando-se, por enquanto, deste debate, pode-se observar como síntese desse capítulo, que Luhmann observa o contexto social utilizando como instrumento, a dizer, a comunicação. O elemento operacional que seria capaz de responder as ciências sociais, especialmente à Sociologia, como funciona o agir social, ou ainda, a base fundamental que sustenta a *autopoiesis* da sociedade moderna. Com certa proximidade, Kelsen descreve o direito com base em uma norma fundamental fictícia que tem sentido enquanto ser norma, consequência da imputação do sentido subjetivo em objetivo. Para Kelsen, as condutas humanas são objeto de controle pelo direito e sua validade estaria formada em uma hierarquia de normas em que a norma fundamental corresponde a uma ordem determinada e superior que permitiria ao direito ser legítimo. Do ponto de vista externo e pouco criterioso, é possível uma aproximação da norma fundamental de Kelsen com a ideia de comunicação de Luhmann, essa como operação que permite a existência da sociedade. Isto, por a norma fundamental ser uma ordem que determina a obediência de outras normas, logo, ser um ato comunicativo capaz de ordenar a vinculação objetiva das normas jurídicas e permitir a *autopoiesis* do direito. E, inegavelmente, toda linguagem imperativa não pode deixar de ser comunicação.

1.2. Dogmática jurídica e as consequências da decisão judicial como interpretação de dissensos

A pluralidade de sentidos da decisão judicial é um problema que deve ser analisado pela ciência jurídica moderna, pois ela é capaz de influir de forma significativa na vida dos indivíduos. Com esse pensamento, é possível revelar que as decisões tomadas pelos juízes são capazes de determinar a aplicação e o sentido dos direitos humanos, quer dizer, uma decisão particular ou individual construída em uma lide pode confluir em dois fatores totalmente antagônicos: na violação dos direitos humanos ou em sua efetivação. Dessa forma, deve ser dedicado um grande interesse a dogmática jurídica a investigar as possíveis consequências das decisões judiciais.

Decerto, que a linguagem sempre exige uma interpretação, esta permite a autoconstrução de sentido da mensagem enviada pelo emissor ao destinatário, aquela serve como instrumento. Convém esclarecer que “o sentido é então um produto das operações que o utilizam e não uma qualidade do mundo devido a uma criação, fundamento ou origem” (Luhmann, 2006, p. 27-28). Pensando dessa forma, chega-se ao seguinte enunciado

parafraseando a frase do padre Antônio Vieira, *sement est verbum jus* (a semente é a palavra do direito), mas esse *verbum* – palavra – deve possuir, linguisticamente falando, significante e significado condizentes. Logo, abrindo-se um adendo, percebe-se que algumas decisões dos Tribunais, conhecidos atualmente pela doutrina jurídica como sentenças intermediárias, devem saber que transpor esse limite de interpretação é um risco para o sistema jurídico de um país, pois nesses casos as interpretações vão além do código binário constitucional/inconstitucional. Coloca-se em pauta o problema da *politicidade* das decisões judiciais e suas construções que se operacionalizam na desconstrução de sentido das normas, um paradoxo que deixa evidente a parcialidade de juízes com atos de vontades detidas em suas personalidades e refletidas em decisões judiciais.

Como consequência ocorre um distanciamento do sentido das normas e da harmonização dos poderes estruturais da Constituição imbuídos das funções distintas de legislar, executar e aplicar as leis. Esse dissenso é muito mais complexo do que aparenta, pois tem a capacidade de gerar um conflito semântico de funções do sistema político-jurídico e tem o poder de desestabilizar o Estado democrático de Direito. Convém salientar, que “a decisão judicial (e a norma administrativa) é, para Kelsen, a edição de uma norma jurídica individual. O mesmo corte epistemológico e axiológico exigido no exame das normas gerais, portanto, também haverá de ser adotado no exame das decisões judiciais” (Coelho, 2001, p. 61). Dado a essa importância da interpretação das decisões judiciais, a crítica desta pesquisa tem como fundamento o direito no Brasil em que algumas decisões da Corte Constitucional transbordam os limites da Constituição. Transcendem o aspecto jurídico para realizar-se como política pública, tentando responder aos anseios da sociedade por justiça. Legisla-se, ao invés, de aplicar a lei, invade-se o outro sistema transpondo cinicamente os limites de produção do direito.

Suscita-se ainda, nesse amálgama de discussões, que a literatura jurídica moderna deveria estar preocupada com o problema hermenêutico do direito. Primordialmente, em saber o porquê que os direitos humanos apresentam problemas evidentes em sua eficácia, ou ainda, o porquê eles sofrem constantes violações, às vezes, pelos próprios Tribunais, que ao interpretar a norma tendem a adaptá-la ao mundo real na tentativa de solução ou apenas redução dos litígios. Isso cria um antagonismo produto de um paradoxo entre o ser e o dever ser, pois os fatos devem ser adaptados ou subsumidos na norma, e, não o oposto. Nesse aspecto, se o ordenamento jurídico se mostra incapaz de solucionar o conflito, o direito –

como sistema que opera obedecendo as suas próprias normas – deve abrir o espaço para criação de normas que alcancem aquele fato e evitem uma interpretação que amplie de tal forma o alcance de uma norma ao ponto de violação do seu significado. Pois, a busca incessante pela justiça como valor imbuído no direito positivo e que tem como suporte a imagem ideal dos direitos humanos pode terminar gerando injustiça nesse escamotear do dever ser para o ser produto da decisão judicial.

Obtém-se uma ironia mais complexa, pois com a ideia de ativismo judicial, ocorre uma morte da hermenêutica constitucional em que no geral não se demonstra claramente, mas de forma simples se escapa ou foge dela para dar sentido à decisão judicial com fundamento na própria decisão judicial. Assim, ocorre que “na realidade jurídica brasileira esse protagonismo não reconhece fronteiras, não identifica limites, a *la decisión judicial* é o próprio limite” (Silva, L.; Oliveira, 2023, p. 435). Nesse enlace, muitas vezes, a decisão judicial é concebida como parte da encarnação da vontade do juiz, apresentando-se tão inconfundivelmente com a política numa fuga do direito, com o qual de certo modo se parece. Em termos de uma análise científica, ao ponto de justificativa do perigo da interpretação e criação do direito pelos juízes os distinguindo dos legisladores positivos, acrescenta-se a expertise do que argumenta Kelsen:

Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne ao seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição (Kelsen, 2003a, p. 153).

Acima de tudo, para Kelsen na atividade de jurisdição constitucional do direito pelo legislador negativo, ou seja, pelos juízes, a atividade criativa não deve ser colocada como regra, mas como exceção. Com suas palavras, Kelsen (2003a, p. 153) elucida o limite de atuação da atividade jurisdicional: “e é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito”.

Por outro lado, em ensaio de Luhmann intitulado *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (tradução em espanhol de 1973)²⁶ é tratado a possibilidade de aproximação da sociologia com a jurisprudência. Para Luhmann, o certo é que cabe à Sociologia do direito observar os efeitos que as decisões jurídicas são capazes de provocar na sociedade e isso é de suma importância. Com esse raciocínio, ele esclarece no prólogo seu objeto de investigação: “em todos os casos, a tese era que o jurista não trata satisfatoriamente, no sentido jurídico, do problema das consequências das suas decisões, e que esta é precisamente a circunstância à qual a dogmática jurídica deve adaptar-se”²⁷ (Luhmann, 1983, p. 10).

Para Luhmann (1983) falta uma consciência necessária e adequada que seja capaz de focar nos resultados das decisões, tanto pela jurisprudência, quanto pela ciência jurídica. Na verdade, nisto Luhmann continua atual, pois a realidade das decisões das Cortes judiciais influi na vida das pessoas e constroem novas comunicações que também transformam os sistemas jurídicos. Contudo, admoesta Luhmann (1983, p. 14, tradução nossa) “na busca pela ‘jurisprudência sociológica’ esconde-se o perigo de uma aproximação e compreensão ao nível mais baixo para ambas as partes.”²⁸ Mas, ele também suscita o progresso pelo qual as investigações sociológicas alcançaram em sua época, e, não menospreza o desenvolvimento de novas técnicas. Assim, a justiça, tal como transmitida pela dogmática jurídica, em si mesma é menos uma forma do que um valor e resultou na base para construção das interpretações das normas nos dias atuais, tornando-se uma forma altamente convencionalizada do direito. Conforme aporte de Luhmann:

A opinião prevalecente nas ciências jurídica e social descreve a unidade do sistema como um *valor*, representando a autonomia social e cultural como uma tarefa. O sistema legal então deve implementar justiça. Isto chega quase a ser tautológico. Em minha opinião, a unidade de um sistema é realizada por sua distinção guia. O sistema legal então tem que implementar a distinção de legalidade e ilegalidade. Isto chega quase a ser paradoxal, vendo unidade como a unidade de uma diferença (Luhmann, 2006, p. 52).

²⁶ Texto traduzido do original: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, escrito em 1983 por Niklas Luhmann e traduzido para o espanhol por Ignacio de Otto Pardo.

²⁷ Texto original em espanhol: En todos los casos la tesis era que el jurista no maneja satisfactoriamente en sentido jurídico el problema de las consecuencias de sus decisiones, y que ésta es precisamente la circunstancia a la que ha de adaptarse la dogmática jurídica.

²⁸ Texto original em espanhol: “En la búsqueda de la «jurisprudencia sociológica» se oculta el peligro de una aproximación y comprensión en el nivel más bajo para ambas partes.”

Ocorre, decerto, uma deficiência consciente ou inconsciente da jurisprudência para explicar as consequências sociais de suas próprias decisões. Na realidade brasileira, desconhece-se a necessidade de tais campos de investigação pela ciência jurídica. Existem apenas alguns casos raros de uma literatura interessada em criticar as decisões judiciais, entretanto, sem se preocupar com o processo de aprendizagem e com o impacto de tais decisões na sociedade moderna. Será que, a título de exemplo, um caso de estupro de uma menor de quatorze anos – estupro de vulnerável – a avaliação tomada por um juiz(a) pressupondo uma consciência do ato para se evitar um aborto – promovido por uma gravidez indesejada – gera qual tipo de aprendizagem jurídico-social? Que paradigma jurisprudencial irá construir? Qual o efeito e consequências na vida da menor e de sua família? São questões que merecem uma devida atenção, mesmo sendo um caso individual, pois atinge de forma contundente a dignidade da pessoa humana.

Em alguns momentos das decisões judiciais não há apenas interpretações de dissensos, mas também sua construção. Ainda que existam Tribunais superiores que tentem produzir o consenso, o processo de aprendizagem é complexo e difícil, pois o observador se encontra dentro do sistema, então, ele observa com os olhos do sistema. Mas existe, além desse universo, todo um processo de aprendizado do observador, que, consciente ou inconscientemente, influi em seu ato de vontade. Nesse intuito, convém citar a contribuição de Ávila que acolhe conceitualmente o poder da interpretação:

Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual (Ávila, 2005, p. 25).

A importância de investigar o aprendizado perpetua-se com a ideia de se observar a aplicação dos direitos humanos pelos juízes, o que implica, claramente, no investigar suas formas de aprendizado. Diga-se isso “porque o processo de aprendizagem, para os seres sociais, é tudo. ‘Não nascemos nem amando nem odiando ninguém em particular’” (Maturana; Varela, 1995, p. 15). Existe, sim, uma dificuldade da sociedade em atingir ou alcançar um desenvolvimento social harmônico e estável, e, esse é um problema a que deve ser dada a merecida atenção pela sociologia e ciência jurídica.

Luhmann construiu um conceito próprio de justiça a partir da teoria dos sistemas. Seus apontamentos sobre a dogmática jurídica perpassam o entendimento que existe uma dupla estratégia que busca respostas para perguntas tradicionais do direito, a ideia de justiça e a concepção de seus institutos e princípios, ou ainda, sua construção. “Segundo isto, a dogmática é a versão interna do sistema de uma complexidade que só pode ser representada como uma unidade se o sistema jurídico estiver relacionado com o seu entorno social” (Luhmann, 1983, p. 37, tradução nossa).²⁹ O dualismo conceitual entre justiça e dogmática jurídica é interdependente, a dizer, com suas próprias palavras.

Se esse pensamento for traduzido para uma linguagem moderna, da teoria dos sistemas, pode-se dizer que a justiça, como perfeição da unidade do sistema, refere-se às exigências impostas ao direito pela sociedade em sua totalidade, e que a dogmática representa o plano interno do sistema jurídico, no qual tais exigências são reespecificadas e operacionalizadas³⁰ (Luhmann, 1983, p. 37, tradução nossa).

A justiça persiste como um problema complexo para os estudiosos do direito porque além de permear o direito, também deve estar incrustada na dogmática jurídica. Para Cavalieri Filho (2002, p. 58) “a Justiça é um sistema aberto de valores, em constante mutação, o Direito é um conjunto de princípios e regras destinado a realizá-la.” Esta ideia está baseada no pressuposto que a finalidade do direito é realizar a justiça. Partindo dessa ilação, é interessante pontuar como exemplo, que a Constituição brasileira de 1988 só menciona a palavra justiça nesse sentido no art. 157, *caput*, que trata como fim da ordem econômica a realização da justiça social, com base em seis princípios que limitam mais do que garantem essa justiça. São eles: I) a liberdade de iniciativa; II) a valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III) a função social da propriedade; IV) a harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V) o desenvolvimento econômico; e VI) a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. A demais vez que aparece o termo justiça é para pontuar os órgãos que representam o Poder Judiciário. Por um lado, isso leva a dizer que o direito em si é justiça, porque sua estrutura é a própria justiça, mas por outro se configura a ideia que o único

²⁹ Texto original em espanhol: Según esto, la dogmática es la versión interna al sistema de una complejidad que sólo es representable como unidad si se relaciona el sistema jurídico con su entorno social.

³⁰ Texto original em espanhol: Si se traduce este pensamiento a un lenguaje moderno, de teoría de sistemas, se puede decir que la justicia, como perfección de la unidad del sistema, se refiere a las exigencias impuestas al derecho por la sociedad en su totalidad, y que la dogmática representa el plano interno al sistema jurídico, en el cual se reespecifican y operacionalizan tales exigencias.

ponto em que se deve ter justiça é quando os fatores econômicos estiverem em jogo como produto de um capitalismo exacerbado. Se o fim último do direito é a justiça³¹, formalmente esse termo poderia estar elencado como direito ou garantia fundamental, no art. 5º da Constituição.

Até o momento, pode-se entender que para se interpretar uma decisão judicial como justa implica um direito justo e uma dogmática correspondente. Amiúde, também é importante ressaltar que a justiça adquire no direito um caráter universal e que pretende ser natural, enquanto a dogmática jurídica é válida para casos específicos na aplicação do direito. A afinidade das palavras justiça e órgãos judiciários unificam-se chegando a confundir seus sentidos lógicos. A base semântica da justiça, embora pareça um estado de ânimo suave e frouxo imposto aos sistemas jurídicos como característica própria e natural, tem uma base simbólica e de generalização ao ponto de ser terrificante pensar na exclusão da justiça de uma ordem jurídica e social.

As consequências de rejeitar uma decisão judicial considerando-a injusta são capazes de gerar o mais alto grau possível de insegurança de uma ordem jurídica. Pois no que envolve o tema básico de justiça, uma decisão judicial injusta atinge a liberdade e personalidade dos indivíduos e é capaz de demonstrar a fragilidade do direito que deve ser ocultada por suas operações de comunicação. O que pelo estado de confiança jurídica e como função de redução iminente e direta da complexidade, não é passível de ser permitida. Com a imposição desestruturada de decisões concebidas como injustas se coloca em jogo a própria função do direito, disseminador da justiça. Ora, a título de exemplo, se um juiz *a quo* toma uma decisão que denega um direito a uma das partes, e, essa parte recorre no Tribunal *ad quem* e, este reforma a decisão tomada pelo juiz *a quo*, há decerto uma injustiça perpetrada pelo primeiro. Entretanto, a reforma da sentença tem características de sentido próprias para dentro das operações do sistema direito, conseguir ocultar essa realidade altamente complexa e paradoxal, e nisso, consiste a função do direito, ocultar paradoxos da sociedade moderna.

Na cena final, o direito consegue em contraste com as oposições das decisões tomadas, chegar a um devido consenso, retirados de dissensos de sentido. Nasce uma nova

³¹ Cavalieri Filho problematiza a questão da justiça no direito e chega a diferenciá-los. “Em suma, enquanto a Justiça é um sistema aberto de valores, em constante mutação, o Direito é um conjunto de princípios e regras destinado a realizá-la. E nem sempre o Direito alcança esse desiderato, quer por não ter acompanhado as transformações sociais, quer pela incapacidade daqueles que o conceberam, e quer, ainda, por falta de disposição política para implementá-lo, tornando-se por isso um direito injusto.” (Cavalieri Filho, 2002, p. 58).

decisão que não corrige, mas apenas incorpora ocasionalmente na estrutura do direito sua virtude de justiça. Desenvolvem-se relações comunicativas adequadas que permitem que as partes não permaneçam com o dissenso que iniciou o processo judicial. O direito apresenta o consenso dentro do dissenso. A tendência geral das operações comunicativas do direito é isolar um dissenso gerado pelas partes, do resto da sociedade, com seu poder de realizar *justiça*. Em termos simples, a parte prejudicada pela decisão pode considerar a decisão injusta. Entretanto, a sociedade deve entender que aquela decisão é justa, por estar condizente com o que determina o direito no caso específico e como realizador técnico da justiça.

Adentrando a ciência do direito, Kelsen (2001) analisa a conduta dos juízes por interregno dos juízos de valor, distinguindo *valores de direito* dos *valores de justiça*. Os primeiros estão baseados na diferença *lícito* ou *ilícito*, ao passo que, os últimos são produto da ideia de *justo* ou *injusto*. Partindo dessa conceituação, pode-se entender esse julgamento de valores da seguinte maneira.

Com certeza a atividade do juiz também pode ser considerada justa ou injusta, mas apenas na medida em que ele atua na condição de criador de Direito. Na medida em que meramente aplica o Direito, sua conduta é qualificável como lícita ou ilícita, exatamente como a conduta dos que estão sujeitos ao Direito (Kelsen, 2001, p. 203).

Os dois sentidos identificados por Kelsen sobre a ideia de justiça, revelam o caráter complexo de interpretação desse valor quando transposto para o direito. Observa-se neste ponto, o paradoxo da unidade na diferença, da teoria luhmanniana. Tem-se, então, uma realidade jurídica baseada no binômio lícito/ilícito, a dizer a justiça no interior do direito, e, a realidade psicológica, porque parte de uma subjetividade individual ou coletiva de apreciação de uma conduta como justa/injusta, boa/ruim, condizente com o que é aceito ou não na ordem social. Para Kelsen:

Não existe, e não pode existir, um critério objetivo de justiça porque a afirmação de que algo é justo ou injusto é um juízo de valor que se refere a um fim absoluto, e esses juízos de valor são, pela sua própria natureza, de caráter subjetivo porque baseados em elementos emocionais de nossa mente, em nossos sentimentos e desejos (Kelsen, 2001, p. 291-292).

Como consequência, o caráter subjetivo, do qual o caráter objetivo principalmente proveio alcança uma originalidade própria roubando seus princípios estruturais e seus tipos

característicos e, servem a criação das normas. Graças a isso, pode-se tratar com maior brevidade, já mais familiarizado com *Teoria pura do Direito* que “Justiça, no sistema de Kelsen, é um valor moral relativo e que somente ganha objetividade se consistir no comando prescritivo de uma norma de determinado sistema jurídico” (Lima, 2023, p. 23). No direito, o paradoxo da transformação de direitos subjetivos em direitos objetivos é ocultado, ao mesmo tempo, em que é capaz de demonstrar a realização de sua *autopoiesis*. Admitindo isso, pode-se, contudo ver que o caráter subjetivo dos direitos desaparece, mas o ponto de primeira manifestação não, embora no direito positivo mais recente ele esteja amiúde ironicamente invertido, ou seja, forçado a transigir com maiores exigências de credibilidade o âmbito da objetividade, tornando-se racionalmente direito positivo. Assim, pode-se observar que na epistemologia, tanto a justiça como o direito procedem de postulados, não de fatos; ambas podem ser aplicadas a realidade externa e existir, contudo numa forma pura ou autônoma do pensamento discursivo. Nesse aspecto, fazendo-se uma diferenciação entre os conceitos de justiça em Kelsen e Kant, é válida a afirmação que Lima expõe em sua obra *O Estado de Direito em Kant e Kelsen*:

A justiça, enquanto expressão da liberdade e da igualdade em Kant, é meio de legitimação do Direito e forma de existência do Estado, no sentido de que se o exercício do poder jurídico pelo Estado não for assegurador da liberdade e da igualdade não será um Estado legítimo, mas isso uma vez estabelecida a justiça pública por leis votadas em um parlamento livre, e não por uma acepção substancial de justiça a priori ao Estado (Lima, 2023, p. 63).

Dessa forma, a justiça não seria pré-jurídica e relativa no ângulo de interpretação do pensamento de Kelsen e, naturalmente proposta pelo jusnaturalismo. A liberdade e a igualdade, neste aspecto, diversamente representa a justiça pública e esta seria mantida por um conjunto de leis votadas que assegurariam aqueles dois direitos humanos principais. Examinando, tem-se a sensação de que os direitos humanos – liberdade, igualdade e fraternidade – são o fundamento explícito dos sistemas jurídicos na sociedade moderna, ao conseguir se estender por tempo e espaço pelas ordens jurídicas que compõem a realidade do direito internacional e nacional e, de fato, ao permitir a criação de normas jurídicas legítimas.

1.3. A construção de uma linguagem científico-jurídico-social e universal: o pensamento de norma fundamental (*Grundnorm*) de Kelsen e autorreprodução (*autopoiesis*) em Luhmann

Na sociedade moderna, normativa, complexa e diferenciada se mostram como de grande importância à busca da reafirmação jurídica e social desses direitos reconhecidos ou apresentados simbolicamente como direitos humanos. Trata-se de um caminho para uma reflexão teórica em que devem ser analisados os elementos jurídicos e funcionais capazes de permitir essa transcendência dos direitos humanos, enquanto sistema de normas, ou ainda, como expectativas contrafáticas da conduta humana. Para isso, é possível propor como elementar a explicitação do problema fundante do paradoxo dos direitos humanos, a partir da interpretação das teorias construídas por Kelsen e Luhmann. Um olhar mais apurado permite observar que a construção de pensamento e, também, de linguagem científica que fundamenta grande parte da obra de Kelsen, apropria-se da lógica matemática, como ciência pura, para explicar cientificamente o direito positivo. Kelsen propõe, assim, uma diferenciação entre o direito e a ciência jurídica, através de argumentações lógicas, lidando sempre com silogismos para descrever os sistemas válidos que regulam as condutas humanas.

Por outro lado, a linguagem sociológica de Luhmann que serve para estruturar a *Teoria dos Sistemas Sociais*, busca elementos semânticos na cibernética, na teoria matemática de processamento de formas ou distinções, como também, na teoria neocibernética do observador de segunda ordem para investigar a complexidade e a diferenciação da sociedade moderna por meio de uma interdisciplinaridade de construção de sentidos. Nas palavras de Luhmann (2006, p. 40, tradução nossa) “é por isso que acompanharemos os avanços mais recentes da teoria dos sistemas, e também aqueles que ocorreram no campo de outras teorias: cibernética, ciências cognitivas, teoria da comunicação, teoria da evolução.”³² O caráter interdisciplinar da teoria da sociedade emerge com uma face nova perante os problemas que produzem um cerco sobre a sociedade moderna.

São desenvolvimentos intelectuais fascinantes e totalmente novos que, pela primeira vez, nos permitem escapar da contraposição entre as ciências da natureza e as

³² Texto original em espanhol: Por eso seguiremos los más recientes adelantos de la teoría de sistemas, y también los que se han producido en el ámbito de otras teorías: cibernética, cognitive sciences, teoría de la comunicación, teoría de la evolución.

ciências do espírito, ou entre as *hard sciences y humanities*, ou também entre os campos objetivos dados na forma de leis e campos objetivos dados na forma de textos – hermenêutica³³ (Luhmann, 2006, p. 40, tradução nossa).

Há, decerto, elementos de investigação da teoria da sociedade de Luhmann, que se escamoteia da teoria tradicional da sociologia, embarcando por terras antes navegadas pelas ciências exatas, aproximando-as. Rompe-se, portanto, com a linha divisória das ciências exatas e humanas unindo-se duas faces de uma mesma moeda. Isso só é possível devido à condição inevitável que esses dois polos da ciência pertencem ao gênero conhecimento humano, possuindo sempre o mesmo valor semântico na teoria do conhecimento.

Nesse sentido, a pureza da teoria jurídica de Kelsen distancia-se do pensamento de Luhmann, pois a rigor, este observa a sociedade e o direito com um olhar sobre outras ciências, adaptando-os na formulação de um novo vocabulário semântico para seu método sociológico. Assim, Luhmann compreende a sociedade como sistemas determinados pela função que desempenham em seus processos autopoieticos e vê que a sociedade só tem sentido quando pensada como pura comunicação, afastando o indivíduo do conceito de sociedade. Em antítese a Kelsen que descreve o direito afastando-se das impurezas – outras ciências – para produzir uma teoria juridicamente pura. Além do mais, Kelsen segue o pensamento clássico ao compreender que “a sociedade é a convivência ordenada ou, mais exatamente, a sociedade é o ordenamento da convivência de indivíduos” (Kelsen, 2001, p. 225).

Percebe-se, portanto, que o posicionamento do sociólogo alemão proponente da *Teoria dos Sistemas Sociais* é extremamente crítico com relação à sociologia tradicional. Prova disso, é que Luhmann apresenta uma inovação no método da Sociologia necessário para compreender a complexidade e variação da sociedade moderna. Há, na verdade, no interior da *Teoria dos Sistemas Sociais*, uma apropriação interdisciplinar da linguagem de outros campos do conhecimento desenvolvido por cientistas da época.

Enquanto isso, Kelsen se preocupa em descrever o direito enquanto sistema de normas, ou seja, como imperativo cujo sentido é a norma, que tem como função regular a conduta humana, e, excede essa visão ao tratar do Estado como gênero dessa regulação

³³ Texto original em espanhol: Se trata de desarrollos intelectuales fascinantes y totalmente novedosos que, por primera vez, permiten escaparse de la contraposición entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, o entre *hard sciences y humanities*, o también entre ámbitos objetuales dados en forma de leyes y ámbitos objetuales dados en forma de textos —hermenéutica.

guarnecido com o poder de coerção. Para Warat, o professor da Universidade de Viena investiu de forma parcial contra a metafísica, e explicita ao mesmo tempo em que faz uma admoestação. “Combateu o jusnaturalismo em nome da objetividade. Poder-se-ia, assim, dizer que Kelsen rebelou-se contra os efeitos da metafísica sobre a ciência, mas não sobre os indivíduos” (Warat, 1982, p. 114).

Nesses aspectos, para entender a complexidade da linguagem científica apresentada por esses autores, vê-se necessário perscrutar os conceitos basilares das suas teorias. As ideias que fundamentaram as suas pesquisas científicas, quer dizer, os sentidos de expressões como: norma fundamental (*Grundnorm*), validade da norma jurídica, autorreprodução (*autopoiesis*), acoplamento estrutural, diferenciação, complexidade entre outros termos que servem de arcabouço teórico para essa forma peculiar de descrição da sociedade e do direito. Na verdade, as tentativas de levar as palavras tão perto quanto possível da perfeita descrição da sociedade e seus subsistemas, constituem o grosso do que habitualmente pode ser entendida como escrita científico-jurídico-social. A forte perspectiva científica desse tipo de descrição é confirmada tanto pelo êxito desses autores em criticar e descrever a dogmática e a sociologia tradicional quanto por seu fundamento teórico, que reside nas expressões acima mencionadas. Por exemplo, a ponto de tema principal na teoria de Kelsen se tem a sanção ou coação. “Esta, por sua vez, é um ato coativo socialmente organizado e monopolizado pelo Estado. Assim, a sanção é uma operação do poder do Estado, prevalentemente realizada através da técnica do castigo” (Warat, 1982, p. 114).

A mesma operação descritiva e conceitual dos objetos investigados por Kelsen definiria o campo semântico característico da *Teoria pura do Direito*, sendo capaz de engendrar todo o processo normativo e sua larga aplicação e interpretação do sistema jurídico. A partir disso, seguindo alguns esboços do desenho científico de Kelsen no seu processo criador, pode-se compreender que “a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento, em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*” (Bobbio, 2011, p. 71). O esmero dessa síntese de pensamento sobre norma fundamental proposto por Bobbio pode ser associado ao modo de pensar os direitos humanos, que atualmente, podem servir como fundamento de validade do sistema jurídico, especialmente, quanto aos elementos que estruturam as Constituições dos Estados modernos, onde são reconhecidos em sua identidade como direitos fundamentais.

Nas Constituições dos Estados modernos existe uma ênfase hercúlea e necessária nos direitos fundamentais. Aquela Constituição que apenas deveria elencar as normas de organização do Estado e alguns limites à sua atuação, tem agora a sua força normativa limitada pelos direitos fundamentais, transformação que se equipara ao surgimento revolucionário no direito que permitiu a ascensão do Direito Constitucional sobre o Direito Civil, denominado de constitucionalismo.

A publicização do direito privado efetuado pelo constitucionalismo e, *a posteriori*, pelo neoconstitucionalismo, assemelha-se a um fundamentalismo humanizador constitucional. Esse predicativo se aproxima da política e representa a transição para obediência rigorosa e literal aos direitos fundamentais pelas Constituições dos Estados modernos, em oposição a um positivismo, visto como legalista ao extremo e com estreita conexão com as distorções causadas pelo poder e exclusão social. Daí, a importantíssima questão levantada por De Giorgi (2014, p. 119) “[...] por que *argumentação jurídica a partir da Constituição*, e não simplesmente *interpretação da constituição*?”. Que seria o mesmo que observar a estrutura, ao invés da função desempenhada por ela. A resposta para a pergunta está sintetizada na ideia que “o direito devia imunizar a sociedade contra suas ameaças internas, pois, desse modo, os direitos fundamentais poderiam finalmente realizar a função para a qual tinha sido inventados, assegurar a estabilidade da forma de diferenciação social tipicamente moderna” (De Giorgi, 2014, p. 120).

Os direitos humanos são as normas suprafundamentais do sistema jurídico atual. Nesse aspecto semântico, os direitos humanos podem ser definidos como normas superiores que fundamentam e genealizam (dão origem) a diferenciação das operações de comunicação do direito contribuindo para a estabilidade das interações sociais. Portanto, a frase atribuída a Kelsen através da interpretação de sua teoria da norma fundamental: *Obedeça-se a Constituição*, pode ser de forma paradigmática substituída por *Obedeça-se aos direitos humanos*. O sentido da norma fundamental possui um conteúdo que evolui sobre os aspectos de validade apresentado pelo positivismo jurídico, quando se coloca a proposição de proteção daqueles direitos entendidos como principais. A lacuna de sentido formal, onde toda norma que passe por um processo legal é válida e vinculante pode ser preenchida pelo conteúdo dos direitos humanos. Por assim dizer, a luta de Kelsen na procura por explicar o que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas é parte de um argumento lógico adotado por um

intelectual que pretende propor uma nova teoria jurídica, ou melhor, descrevê-la puramente. Para Kelsen,

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior (Kelsen, 2009, p. 215).

Essa questão de hierarquia normativa proposta pelo professor de Viena surge da bifurcação do direito em duas partes principais: a estática e a dinâmica. Mas é a parte estática que traz a condição peculiar entre a norma superior e a norma inferior. Por sua vez, a norma fundamental (*Grundnorm*) é segundo Kelsen (2009) uma norma pressuposta, cujo fundamento de validade já não pode ser questionado, para se evitar um caminho *ad infinitum*. Assim, conclui-se que “é a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa” (Kelsen, 2009, p. 217). Kelsen não considera a norma fundamental uma norma material, mas apenas formal, pois seu conteúdo não é evidente. A norma fundamental é aquilo que caracteriza a obediência à ordem normativa só pelo seu existir, independente do conteúdo nela inserido, desde que haja o respeito a um processo legislativo ou baseado no costume, de criação do direito, enquanto ordem positiva pressuposta conscientemente. Nesse sentido, para Kelsen, as normas jurídicas estão subordinadas apenas a um padrão formal de criação:

Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica (Kelsen, 2009, p. 221).

Com essa posição, era fato comum de se esperar que durante o último século tenha havido enorme quantidade de críticas sobre a relação formal da norma fundamental, por um lado, e o conteúdo material do direito, por outro. Sobretudo, sobre os valores morais como conteúdo das normas. Talvez por isso, a aquiescência a Kelsen pelos jusnaturalistas seja tão difícil. O trecho seguinte deixa mais evidente o motivo da existência desse conflito.

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um carácter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta (Kelsen, 2009, p. 221).

A assertiva de Kelsen é altamente complexa. Tratar da validade do direito de um ponto de vista puro, quer dizer, de elementos apenas jurídicos, percorre um risco técnico-científico. A validade da norma entendida como existência e vinculação de condutas humanas no sistema jurídico independe do conteúdo de uma norma fundamental que pressuponha sua validade, mas que apresente uma forma que deve ser seguida corretamente? Decerto, que não há conduta humana que não possa ser objeto do direito, mas essa afirmação nos dias atuais conflita com o conteúdo dos direitos humanos que tendem a ser universais. No aspecto da universalidade, pode-se abrir um adendo, pois o Direito Internacional dos Direitos Humanos surge como garantia da dignidade da pessoa humana de forma institucionalizada. Convém lembrar, então, que com a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos se tem como objetivo o respeito aos direitos humanos em todo o mundo. Pode-se afirmar que

Seu marco histórico inicial é a Carta de São Francisco, tratado internacional que criou a Organização das Nações Unidas em 1945, que em seu preâmbulo e nos objetivos da Organização, consagrou a vontade da comunidade internacional em reconhecer e fazer respeitar os direitos humanos no mundo (Ramos, 2012, p. 49).

Assim sendo, distinguem-se os direitos humanos de origem valorativa, política e institucionalizada (determinada por uma função social que serve como mediação dos comportamentos humanos), com a sua formalização através da codificação em Constituições nacionais, a dizer, sua positivação. Os direitos humanos são políticos ao serem afirmados democraticamente, sendo, portanto, produto da participação popular e fixado por um processo de construção política. Contudo, apresentam forma jurídica no processo de transformação daqueles valores em normas que reafirmam o sentido e vontade de vinculação dos direitos humanos, objetivamente. O aspecto político determina a legitimidade, no momento que o aspecto jurídico, sua eficácia e aplicabilidade.

A validade das normas é formal, depende de um processo de criação, mas o fundamento para sua permanência no sistema jurídico depende da sua afirmação com os direitos humanos, a fim de se evitar um colapso do mundo jurídico e social. O presente de

nossa sociedade não pode mais aceitar dissensos que conflitem de tal forma com o conceito de humanidade que reproduzam massacres mundiais, a exemplo do Holocausto, ou ainda, do genocídio de Israel na Faixa de Gaza pós Segunda Guerra Mundial. Pensando desse modo, propõe-se interpretar os direitos humanos como normas suprafundamentais para a vinculação dos sistemas jurídicos atuais. Se as Constituições dos Estados não reproduzem em seus textos os direitos humanos, como direitos fundamentais, não há que se aceitar por seus cidadãos que essa ordem normativa seja entendida como válida. Mesmo criada conscientemente, cabe uma vinculação aos direitos humanos como norma fundamental e, talvez, natural.

Outra alusão à interpretação dos direitos humanos como normas suprafundamentais é que a norma fundamental de Kelsen é, na verdade, normas fundamentais que cada ordem jurídica é capaz de possuir. Assim sendo, os direitos humanos seriam, por assim dizer, normas suprafundamentais por serem superiores às normas fundamentais da pluralidade de ordens jurídicas existentes. Pensando dessa maneira, uma norma fundamental garante a validade da unidade de determinada ordem jurídica, mas as normas suprafundamentais garantiriam a validade da norma fundamental. Essa tem que ser condizente com os direitos humanos a fim de ter sua vinculação exigível. Sua violação geraria a sua interpretação como inválida e não vinculante. Nessa perspectiva, os cidadãos subordinados a determinadas normas válidas devido às exigências formais da norma fundamental, dessa mesma ordem jurídica, poderiam ser válidas dentro do Estado em que vigoram, mas inválidas quando vistas do ponto de vista externo, pois entram em conflito com as normas suprafundamentais, quer dizer, com os direitos humanos, que seriam a norma superior máxima dos sistemas jurídicos atuais. Suas violações seriam materiais e, não apenas formal como a norma fundamental proposta por Kelsen determina.

A vinculação das condutas humanas catalogadas pelas normas suprafundamentais são de exigência universal, pressupondo o conteúdo que deve vincular toda a ordem jurídica mundial, e, não especificamente estar voltada para determinadas ordens jurídicas particulares. A validade de uma norma jurídica é determinada como válida por pertencer à determinada ordem jurídica, seja estadual ou internacional, mas com a humanização do direito, apenas a forma já não responde aos anseios da sociedade moderna. Se se pergunta a certo número de pessoas, indiferente de raça, religião ou gênero, se ela deseja a paz ou a guerra, parece que a resposta é uníssona quanto à primeira, a paz. A resposta conduz a um direito humano, que possui fundamento nas normas suprafundamentais, logo, é válida por estar de acordo com elas

e conduzir a uma conduta esperada por todos. Neste caso, a paz deve ser entendida como um exemplo de norma suprafundamental.

Se aludirmos a uma analogia entre a *autopoiesis* de Luhmann e a norma fundamental de Kelsen, pode-se perceber que o percurso é estreitamente distinto. Observa-se, portanto, que há uma linguagem autônoma do direito e, há um ponto no qual ela se torna em certa medida independente do ambiente e de outros sistemas sociais, admitindo-se sua pureza como linguagem jurídica e seguindo sua própria realidade objetiva, autorreferente. Isso significa, por sua vez, que por certo a norma fundamental existe num sistema jurídico que já não é um comentário sobre um sistema exterior, mas contém esse sistema. Dessa forma, a *Teoria pura do Direito* é a princípio uma forma de compreender um sistema objetivo (direito) contemplado como seu conteúdo, mas no fim concebe o conteúdo como sendo jurídico na forma, e, quando se atinge a concepção de sistema jurídico, forma e conteúdo se fazem a mesma coisa. Lima sintetiza essa aproximação com os argumentos abaixo:

Da “pureza” de uma auto-referenciação normativa que é por si mesmo regulatória do sistema de normas, está a base da sua própria autopoiese (autoprodutividade), conforme a sociologia funcionalista de Niklas Luhmann, que se aproximou da estrutura da teoria pura kelseniana para descrever o Direito como fenômeno normativo que produz suas próprias regras, sendo um dos mais importantes casos da “teoria dos sistemas” (Lima, 2023, p. 28-29).

A proposta teórica de Luhmann transita por outros percursos que também merecem ser objeto de análise. Seguindo sua perspectiva de auto-referenciação dos sistemas sociais, pode-se afirmar que sistemas autopoieticos são aqueles “sistemas capazes de constituir os elementos que os compõem como unidades funcionais e, nas relações entre eles, referir-se ao mesmo tempo a essa autoconstituição, que assim se reproduz continuamente”³⁴ (Beriain; Blanco, 1998, p. 12, tradução nossa). Assim, o contato com o ambiente é importante, mas não necessário para autorreprodução dos sistemas, a dizer, suas operações. Essa relação dependência ou independência ambiental gera duas importantes consequências:

Em primeiro lugar, obriga-nos a distinguir entre “operação” e “causalidade”, porque o facto de as operações do sistema só serem possíveis em virtude da sua auto-

³⁴ Texto original em espanhol: “sistemas capaces de constituir los elementos de los que consisten a modo de unidades funcionales y de, en las relaciones entre ellos, referirse a la vez a esta autoconstitución, que es así continuamente reproducida.”

referencialidade contínua não implica de forma alguma o seu isolamento material e energético do ambiente. Em segundo lugar, significa que, no nível cognitivo, cada sistema segue as suas próprias distinções³⁵ (Beriaín; Blanco, 1998, p. 12, tradução nossa).

O sistema deve ser capaz de filtrar aquelas informações do ambiente/entorno que possuem relevância para suas operações, ou para auto-organização de seus elementos estruturais. Isso só pode ocorrer se os sistemas autopoieticos são sistemas operacionalmente fechados. Eventualmente, “a escolha de uma ou outra distinção, que marca a observação, nunca é determinada pelo ambiente, mas é sempre uma construção do sistema. O ambiente não contém nenhuma informação sobre quais distinções usar para observá-lo”³⁶ (Beriaín; Blanco, 1998, p. 12, tradução nossa). A partir dessa análise estrutural, que pode fazer o entorno diante da sociedade? “Ser entorno, para Luhmann, é ser fonte inesgotável de estimulação, de irritação, de perturbação, mas nunca, de maneira causal direta, fonte de determinação”³⁷ (Nafarrate, 1999, p. 11, tradução nossa).

Para Luhmann a linguagem é o acoplamento estrutural que liga o homem à sociedade. O conceito de acoplamento estrutural está intimamente ligado à ideia de fechamento autopoietico. Ao mesmo tempo, os acoplamentos estruturais são responsáveis por manter a relação entre sistema e ambiente, num processo necessário para adaptação, produzido ou consequência das irritações que o ambiente/entorno provoca no sistema. Dessa forma, “os sistemas autopoieticos são determinados pela estrutura, no sentido de que somente as próprias estruturas do sistema podem estabelecer as operações que efetuam; exclui-se a ideia de que os dados do ambiente podem determinar o que acontece no sistema”³⁸ (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p.19, tradução nossa).

A concepção de *autopoiesis* é o fundamento mais alto da *Teoria dos Sistemas Sociais* desenvolvida por Luhmann, constitui a planta *mutatis mutandis* da estrutura de sua teoria

³⁵ Texto original em espanhol: En primer lugar, obliga a distinguir entre «operación» y «causalidad», porque el hecho de que las operaciones del sistema sólo sean posibles en virtud de la continua autorreferencialidad de éste en modo alguno conlleva su aislamiento material y energético respecto del entorno. En segundo lugar, comporta que, en el plano cognitivo, cada sistema sigue sus propias distinciones.

³⁶ Texto original em espanhol: La elección de una u otra distinción, que marca el observar, nunca viene determinada por el entorno, sino que siempre es construcción del sistema. El entorno no contiene información alguna acerca de qué distinciones utilizar para observarlo.

³⁷ Texto original em espanhol: Ser entorno, para Luhmann, es ser fuente inagotable de estimulación, de irritación, de perturbación, pero nunca, de manera causal directa, fuente de determinación.

³⁸ Texto original em espanhol: Los sistemas autopoieticos están determinados por la estructura, en el sentido en el que sólo las propias estructuras del sistema pueden establecer las operaciones que efectúa; se excluye el hecho que los datos del entorno puedan determinar lo que acontece en el sistema.

descritiva da sociedade moderna. Sendo uma construção ficcional de sentido, funda-se insensivelmente na capacidade de produzir e reproduzir por si mesma, típica dos sistemas. Dessa afirmação notavelmente tenaz, suscita-se que “todos os sistemas autopoieticos se caracterizam por seu fechamento operativo”³⁹ (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 32, tradução nossa). Tal ideia chama a atenção para os aspectos operacionais dos sistemas autopoieticos, que obedecem a seus próprios limites. O fechamento operacional liga-se estreitamente à misteriosa circularidade dos sistemas permitindo, amiúde, a alimentação natural do ambiente, sem que com isso ocorra à perda da autonomia do sistema, quer dizer, não impede a autorreprodução do sistema.

Na *Teoria dos Sistemas Sociais*, uma forma levemente mais complicada é dedicada ao observador, onde se coloca, provavelmente, a questão emblemática de descrever a distinção entre sistema e ambiente, como também, a relação entre os processos internos e externos. Nessa situação, pode-se concluir que “a personagem central das ciências sociais é o *Observador*. Este é responsável pela construção científica das *Ciências Sociais*, pois formulou o olhar que se volta para o passado com a objetividade de analisar o presente e perspectivar o futuro” (Silva, L.; Oliveira, 2023, p. 427). Mas, além disso, pode-se francamente admitir, que Luhmann, como observador, pretende romper com a sociologia tradicional e com suas convenções teóricas, inclinando-se a afirmar que cabe ao observador ver, descrever como o vê, e assim, reconstruir o que vê, porque participa do que está vendo ou observando.

Assim, “o *Observador* que observa é observado. Mas, não se auto-observa. É o *Observador* que constrói a definição dos fenômenos sociais (interação, organização, sistemas) com base no critério da identificação das diferenças” (Silva, L.; Oliveira, 2023, p. 427). Ainda nesse aspecto, e com um olhar bastante esclarecedor, De Giorgi analisa a vida e o pensamento do físico Heinz von Förster, conseguindo trazer alguns conceitos importantes sobre a perspectiva do observador, *in verbis*:

Verdade (*Wahrheit*) era, para ele, a invenção de um mentiroso; paradoxo (*Pardox*) era aquilo que mina as bases da legitimidade do ortodoxo; ciência (*Wissenschaft*) era a arte do distinguir; realidade (*Wirklichkeit*) era uma cômoda, mas inútil muleta que nasce do diálogo; diálogo (*Dialog*) significa se ver com os olhos de um outro; por fim, observador (*Beobachter*) era aquele que constrói um universo, aquele que faz uma distinção (De Giorgi, p. 101).

³⁹ Texto original em espanhol: Todos los sistemas autopoieticos se caracterizan por la clausura operativa (operative Skliessung).

Tais conceitos possuem sentido na construção de uma epistemologia própria e revela as possibilidades da comunicação no interior da ciência do direito, da sociedade, economia entre outras. Partindo dessas concepções criativas, pode-se concluir que o que Luhmann realmente fez, foi revoltar-se contra as teorias tradicionais estabelecidas em seus próprios dias, que descrevem a sociedade moderna, para redescobrir na teoria dos sistemas um plano mais profundo.

Seguindo no mesmo contexto, convém ressaltar que os sistemas tratados por Luhmann são também autorreferenciais. “O conceito de autorreferência indica o fato de que existem sistemas que se referem a si mesmos mediante cada uma de suas operações” ⁴⁰ (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 35, tradução nossa). Há de se reconhecer aqui as direções distintas entre a descrição da teoria sistêmica de Luhmann e a teoria pura de Kelsen que estão baseadas na diferença de palavras fundamento de suas teorias e que lhes dão sentido, em Luhmann, a comunicação e, em Kelsen, as normas como regras que devem determinar as condutas humanas.

Já os valores ficam de modo particular, fora do objeto de análise pura do direito, menos por causa do investimento de sentido que eles produzem, do que pela força que encerram no direito. Não há, pois nenhuma prova de que os valores se encontram na forma do direito, mas se eles não podem ser encontrados no referente, nada nos diz no que concerne ao sentido. Luhmann, a distância de alguns passos de Kelsen, opta por observar a questão dos valores em sua dinamicidade operativa dos sistemas. “Que fique bem claro: na comunicação ordinária não se pode operar sem valores. Os valores estão intimamente entrelaçados à ação, já que servem como pesos de atração para que se decida por algo em lugar de outra coisa” ⁴¹ (Nafarrate, 1999, p. 19).

Contudo, pode-se afirmar que a ciência labuta com um código binário de valores verdadeiro/não verdadeiro. Com a teoria dos sistemas, Luhmann desenvolve uma linguagem científica interdisciplinar voltada para os sistemas sociais não de uma forma puramente mecânica, mas adaptando-a a sua descrição dos sistemas sociais, distinguindo a sociedade

⁴⁰ Texto original em espanhol: El concepto de autorreferencia indica el hecho de que existen sistemas que se refieren a sí mismos mediante cada una de sus operaciones.

⁴¹ Texto original em espanhol: Que quede muy claro: en la comunicación ordinaria no se puede operar sin valores. Los valores están íntimamente entrelazados a la acción, ya que sirven como pesos de atracción para que se decida por algo en lugar de por otra cosa.

primitiva da sociedade moderna pela circunstância de sua complexidade e forma comunicativa de organização estrutural. Seguindo as explicações de Nafarrate (1999, p. 18, tradução nossa), “Luhmann intenta, ao seu modo, uma teoria da teoria social: uma metateoria”⁴².

Contudo, “tal binarismo é expresso logicamente no princípio do terceiro excluído; uma comunicação científica é verdadeira ou não, e não há outras possibilidades; um organismo está vivo ou não vivo e não pode estar um pouco vivo”⁴³ (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 40, tradução nossa). Isso é um fato deduzido das ciências naturais, mas a comunicação científica produzida no campo das ciências espirituais ou humanas transcende esse binarismo.

Se há um terceiro excluído, é porque esse foi deixado de fora, mas com isso, não se elimina sua existência, ocorre apenas seu ocultamento. Entre *inputs* e *outputs*, fica uma construção produto de acoplamentos estruturais da relação entre sistema/entorno que oculta o terceiro, formando novamente um novo código binário. “O sistema observa o ambiente e pinça os *inputs* a partir dos quais desencadeará suas próprias operações. O sistema é operativamente fechado, mas cognitivamente aberto (ele observa o ambiente)” (Bachur, 2020, p. 86).

Essa é a característica principal da cibernética, com a ideia de sistemas que se auto-observam. Em síntese, de acordo com Gomes, Bolze, Bueno, Crepaldi (2014), a cibernética de primeira ordem coloca o observador fora do sistema, observando-o de forma objetiva, por meio de processos morfoestáticos, em que há uma manutenção da mesma forma em sua circularidade, e, um processo morfogenético, onde surgem novas formas, que transformam suas funções, conduzindo a automudança do sistema. Na cibernética de segunda ordem, da qual o físico Heinz Von Foerster é um personagem central, surge uma inversão epistemológica, que pressupõe o observador como parte do sistema observado, englobando predicativos como complexidade, instabilidade e intersubjetividade, apropriados pela teoria dos sistemas para explicar a sociedade moderna.

⁴² Texto original em espanhol: Luhmann intenta, a su modo, una teoría de la teoría social: una metateoría.

⁴³ Texto original em espanhol: Tal binarismo se expresa en lógica en el principio de tercero excluido; una comunicación científica es verdadera o no verdadera, y no existen otras posibilidades; un organismo está vivo o no vivo, y no puede estar un poco vivo.

1.4. Um olhar da sociologia política sobre os direitos fundamentais

Na obra *Los derechos fundamentales como institución (Aportación a la sociología política)* - 1965⁴⁴ Luhmann expõe de início o problema, que seria a falta de interesse da sociologia para com o pensamento jurídico, que inevitavelmente faz parte da sociedade, enquanto subsistema funcional de comunicação. Ele se depara, no momento histórico de evolução dos estudos sociológicos de sua época com a dificuldade da sociologia em adentrar num campo, entendido como especializado e restrito da interpretação jurídica. Para ele, a sociologia mantém até então certo receio com a dogmática jurídica, penetrando no campo prático do agir, de forma empírica, enquanto a ciência jurídica continua interpretando dogmaticamente o direito, com uma linguagem que até então parece ser a única capaz de explicar sua ciência. O sociólogo alemão afirma, então, que “os dogmas jurídicos - em razão de seu complicado emaranhado de sentido, ao qual só pode penetrar-se com um estudo largo e especializado – são domínio da interpretação jurídica. As ciências sociais as incorporam com certo receio”⁴⁵ (Luhmann, 2010, p. 79-80, tradução nossa). Esse distanciamento da sociologia para com os dogmas jurídicos é devido a sua complexidade semântica, problematizada pela linguagem conceitual própria do campo jurídico. Caberia agora, por conseguinte, a sociologia, na pergunta pela função – na perspectiva do funcionalismo-estrutural sistêmico – interpretar os direitos fundamentais no campo da possibilidade de variação. Observar que os direitos fundamentais, como instituição, são mutáveis.

Nesse amálgama de informações, Luhmann indaga sobre o Estado e sua relação com o direito, que nas pesquisas que seguem na Alemanha, confundem ciência política com ciência estatal jurídica. “O pensamento alemão atual sobre o Estado é em grande medida ciência estatal jurídica. Tem-se fixado métodos interpretativos dogmáticos e, dentro desse espaço assim delimitado, busca um desenvolvimento ampliado no estilo argumentativo da

⁴⁴ Essa análise dos direitos fundamentais tem como aporte teórico principal este texto, *Los derechos fundamentales como institución (Aportación a la sociología política)*, para uma análise da sociologia política sobre os direitos fundamentais incluídos ou vistos da perspectiva de uma sociedade protótipo da diferenciação funcional. Comunicação e sentido apresentam o caráter político das decisões que vinculam os cidadãos e a confiança que se deve resguardar perante o Estado de Direito.

⁴⁵ Texto original em espanhol: Los dogmas jurídicos —en razón de su complicado entramado de sentido, al cual sólo puede penetrarse con un estudio largo y especializado— son dominio de la interpretación jurídica. Las ciencias sociales los incorporan con cierto recelo.

interpretação”⁴⁶ (Luhmann, 2010, p. 81-82, tradução nossa). Esse apontamento sobre o dogmatismo do Estado evidenciado por Luhmann lembra a posição da Escola de Viena, da qual Kelsen ocupa cadeira cativa. Ele critica tal abordagem, porque ela pode se tornar uma dogmática que não vê a completude dos direitos fundamentais na Constituição. Nesse aspecto, deve-se considerar a confluência entre as variáveis sociais e a política no estudo sobre as bases do sistema político, e, contudo, a relação entre poder, Estado e dever político. Chega-se a distinção entre sociedade, Estado e direito que influi reciprocamente na função dos direitos fundamentais.

Luhmann (2010) tem a pretensão de investigar os direitos fundamentais do ponto de vista da sua função no interior da sociedade moderna diferenciada e, não apenas, no sentido normativo, produto da dogmática jurídica. Contudo, a natureza sistemática de Luhmann é deliberada e constitui um traço importante para uma madura reflexão. Ele apresenta sua técnica de análise dos direitos fundamentais em três pontes, a seguir elencadas: a) o objeto cuja empreitada dialoga com a sociologia política; b) o tema que corresponde à instituição dos direitos fundamentais e; c) “a hipótese de que uma análise dos direitos fundamentais com os meios da teoria dos sistemas funcional-estruturalistas poderia fecundar a dogmática dos direitos fundamentais”⁴⁷. (Luhmann, 2010, p. 86, tradução nossa). Ou seja, há a possibilidade de uma superveniente investigação dos direitos fundamentais a partir do funcionalismo-estrutural, constituir uma fonte de construção para a dogmática jurídica.

Para Luhmann há uma necessidade de olhar a sociedade moderna a partir das decisões que vinculam os sistemas sociais e, que particularmente exercem a função de resolver os problemas sociais. Nesse aspecto, tem que ocorrer uma nova abordagem metodológica menos limitativa de sentido, pois o Estado não pode mais ser visto como apenas *res publica*, nem também, como ordem social. Os apontamentos do sociólogo alemão são amiúde neutralizadores em seus efeitos da descrição de Estado realizada por Kelsen que segue a prolixidade deliberada de linguagem construída na Escola de Viena. “Quando a Escola de Viena compreende o Estado e o direito como um sistema de normas, assim o faz porque

⁴⁶ Texto original em espanhol: El pensamiento alemán actual sobre el Estado es en gran medida ciencia estatal jurídica. Se ha fijado métodos interpretativos dogmáticos y, dentro de ese espacio así delimitado, busca un desarrollo ampliando el estilo argumentativo de la interpretación.

⁴⁷ Texto original em espanhol: “hipótesis de que un análisis de los derechos fundamentales con los medios de la teoría funcional-estructuralista de los sistemas pudiera fecundar la dogmática de los derechos fundamentales.”

considera um e outro como formações espirituais e por isso coloca a teoria do Estado e a do direito entre as ciências do espírito” (Kelsen, 2003b, p. 12).

Luhmann, com a expertise de um observador de primeira ordem, observa as mudanças sociais e a sociedade em suas características formadoras da civilização moderna, a dizer, como resultado da comunicação, da complexidade e da diferenciação, condizentes com a ideia de sistemas, com uma abordagem típica do método funcional-estruturalista. Para ele, ocorre uma redução do politicamente relevante na origem de subsistemas responsáveis por decisões, que tem como função organizar a sociedade. Nisso, Luhmann proclama uma interpretação sociológica que parte minuciosamente da comparação entre a sociedade moderna – ordem social diferenciada – e, as antigas ordens sociais menos diferenciadas, procurando entender como ocorre a especialização do sistema político, cuja função é a tomada de decisões. Assim, pode-se entender:

No lugar das antigas orientações institucionalizadas – relativamente fechadas e oníabarcantes – emergem esferas delimitadas de comunicação que, conscientes das alternativas, estão orientadas para o cumprimento de funções específicas e que, por isso, carecem de sentido por si mesmas⁴⁸ (Luhmann, 2010, p. 89, tradução nossa).

A crítica de Luhmann soa aos sociólogos tradicionais da teoria do Estado como uma badalar de um sino no alto da Catedral, que perturba os tímpanos, mas é necessário para avisar que um novo ato litúrgico está por começar. A nova forma de ver o Estado é “recorrendo a uma teoria sociológica acerca da sociedade diferenciada” ⁴⁹ (Luhmann, 2010, p. 91, tradução nossa). Coloca-se evidentemente a diferenciação da sociedade como foco no desenvolvimento da problemática a ser perscrutada por uma nova teoria da sociologia. Quanto à origem específica do funcionalismo social aponta-se a necessidade de resolução de problemas mais complexos que estão presentes na sociedade moderna.

O aumento populacional é uma das características, mas não a principal, que serve de exemplo e fundamenta a exigência de uma ordem social baseada na solução de problemas. “Toda ordem social deve – se quiser sobreviver – resolver certo número de problemas. Em

⁴⁸ Texto original em espanhol: En lugar de las antiguas orientaciones institucionalizadas —relativamente cerradas y omniabarcadoras— surgen esferas delimitadas de comunicación que, conscientes de las alternativas, se orientan al cumplimiento de funciones específicas y que, debido a ello, carecen de sentido por sí solas.

⁴⁹ Texto original em espanhol: “recurriendo a una teoría sociológica acerca de la sociedad diferenciada”.

referência a estes problemas, falamos de funções sociais”⁵⁰ (Luhmann, 2010, p. 92, tradução nossa), quer dizer, as funções determinam a estrutura, mas a recíproca não é verdadeira. Simplificando a complexidade de construção linguística da teoria desenvolvida por Luhmann que reflete em si um objeto de investigação que é complexo e parece ser descrito de forma ainda mais complexa. Pode-se chegar a questionar, a título de exemplo, qual a função de uma casa? Não é preciso ser um intelectual para responder que uma das suas funções é garantir um mínimo de segurança, conforto, proteger da chuva, permitir a propriedade como modo de afastar pessoas estranhas etc., ou seja, sua função é resolver problemas. Decerto que a estrutura da casa permite essa adjetivação. Contudo, não é a estrutura que determina essa função, mas ao contrário, a função é que determina a exigência de a casa ser construída de uma forma ou de outra, quer dizer, a função deve apontar como deve ser a estrutura da casa para que com isso seja garantido todas essas características ou apenas algumas. Ora, quando se pretende uma casa com primeiro andar, devem-se fazer colunas para a sustentação da mesma. Uma palafita é posta sobre uma estrutura elevada com a função específica de que na casa não entre água em caso de inundação. Quando se pensa na estrutura já pronta, esquece-se que aquela estrutura foi construída para desempenhar determinada função, e, não, a função foi construída por causa da estrutura. A divisão de funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário precede a estruturação deles. Não se tinha a estrutura, ela foi construída para garantir o exercício daquelas funções específicas. Isso explicita, de maneira simplória, o fundamento racional do funcionalismo-estrutural de Luhmann e seu afastamento da teoria desenvolvida por Talcott Parsons – o estrutural-funcionalismo.

A posição adotada por Luhmann, completa ou preenche, de certo modo, a *Teoria pura do Direito* de Kelsen, porque dá resposta ou conduz a elementos que abandonam a formalidade dos sistemas dos direitos fundamentais como parte do ordenamento jurídico em si. Pois, enquanto instituição, esses direitos simbolicamente representam a função que eles tendem a desempenhar na sociedade moderna, afastando sua importância cega apenas como ordem coercitiva ou natural do direito, exigida como solução para alguns problemas sociais que surgem no Estado. Ao mover-se em direção aos ensinamentos de Kelsen, a sensação de coerção do direito é inevitável, pois está incorporada no próprio conceito de direito. “Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”

⁵⁰ Texto original em espanhol: Todo orden social debe —en caso de querer sobrevivir— resolver una cierta cantidad de problemas. En referencia a dichos problemas se habla de funciones societales.

(Kelsen, 2009, p.5). Dessa forma, o Estado deve ter sua função coercitiva limitada e cabem aos direitos fundamentais, enquanto instituição, exercer uma parcela dessa função, de garantia da liberdade racionalmente autodeterminada.

Com outras palavras, devem existir instituições que impeçam que o Estado seja reduzido a ser unicamente uma instância de coerção, impondo ordens contundentes caso a caso contra motivações divergentes, já que desta maneira o Estado não poderia cumprir a sua tarefa altamente problemática e múltiplas maneiras de decidir sobre os problemas. O potencial de coerção deve ser reduzido à função específica de controle de urgência – a qual é indispensável⁵¹ (Luhmann, 2010, p. 245-246, tradução nossa).

Mas, retornando a posição de conhecimento de que a estrutura é fonte primária, e não secundária, não surpreende quando se parte de uma observação das ciências exatas, pois nelas se colocam em pauta os organismos vivos. Onde se tem uma estrutura natural e, os cientistas procuram identificar suas funções. Tem-se um objeto pronto e se procura descrever suas características. A realidade que se trabalha empiricamente na sociologia é uma realidade diferenciada e idealizada ou construída racionalmente pelos seres humanos, esse ambiente fisiopsicológico responsável pela comunicação que mantém os sistemas em pleno funcionamento autopoiético. A comunicação permite aos seres humanos organizarem-se socialmente por meio de sistemas. Em suma, tem-se uma inversão de papéis em que a função exerce um efeito principal em relação à estrutura.

Luhmann apresenta um possível paradoxo dos direitos fundamentais incluída na autoapresentação do indivíduo da denominada sociedade diferenciada ao dizer que “os direitos fundamentais se estabelecem para assegurar a liberdade frente ao Estado”⁵² (Luhmann, 2010, p. 143-144, tradução nossa). Torna-se evidente que existe um paradoxo, pois o Estado moderno surge como condição para se lograr a liberdade autodeterminada dos indivíduos, então, como pode o próprio Estado atacar essa liberdade. Em princípio, pode-se concluir que “o Estado aglutina a ameaça potencial – espalhada pela sociedade de forma

⁵¹ Texto original em espanhol: Con otras palabras, debe haber instituciones que impidan que el Estado quede reducido a ser únicamente instancia de coacción, que imponga caso por caso órdenes a la fuerza contra motivaciones en desacuerdo, ya que de esta manera el Estado no podría cumplir con su tarea altamente problemática y múltiple de decidir sobre los problemas. El potencial de coacción debe reducirse a la función específica de control de la urgencia —lo cual es indispensable.

⁵² Texto original em espanhol: “Los derechos fundamentales se establecen para asegurar la libertad frente al Estado.”

difusa e incompreensível – da liberdade e com isso a torna decidível – o que no caso pessoal pode significar ganho ou perda de liberdade”⁵³ (Luhmann, 2010, 144, tradução nossa).

Nessa perspectiva, através da compreensão dos processos de decisões, Luhmann questiona sobre o conceito de duas palavras chaves da sociedade moderna dos direitos fundamentais. O que é a dignidade e a liberdade do ser humano? Luhmann (2010) parte de uma crítica contundente a dogmática constitucional que denomina essas palavras com fundamento na metafísica aristotélica, aplicando apenas certas distinções interpretativas para atualização aos valores do século XIX. Pode-se dizer, então, que os conceitos ignoram a diferenciação da sociedade. O certo é que para entender o aporte metodológico que Luhmann realiza para explicar os direitos fundamentais como instituição, pressupõe-se o esclarecimento de conceitos que conduzem a linha investigativa do funcionalismo-estrutural. Além disso, é necessário perpassar a fundamentação jusnaturalista dos direitos fundamentais que apresentam segundo o sociólogo alemão falhas e limitações na sua exigência de conceituação do direito natural, enquanto uma verdade moderna objetiva.

O título “direito natural” só pode ser sustentado por uma teoria que visa demonstrar a verdade das afirmações sobre o ser das normas jurídicas. Este empreendimento enfrentou sérias dificuldades (na doutrina dos direitos fundamentais, entre outras), uma vez que o conceito moderno de verdade se limitou à certeza intersubjetiva⁵⁴ (Luhmann, 2010, p. 120, tradução nossa).

A relação que existe entre os elementos, tanto da estrutura do Estado como de sua representação para com a liberdade dos indivíduos não se fundamenta apenas no seguinte fato, regulação do poder e normatividade, mas na construção da confiança frente ao Estado na defesa dos direitos incumbidos aos indivíduos. Pois, para Luhmann, “confiança é um mecanismo de redução da complexidade que permite oferecer segurança a planejamentos e orientações dirigidas ao futuro”⁵⁵ (Mansília, 1996, p. XXII, tradução nossa). O imbróglcio se forma em relação à diferenciação epistemológica entre Estado e direito. Pois para Kelsen o

⁵³ Texto original em espanhol: El Estado aglutina el potencial de amenaza —esparcido en la sociedad en forma difusa e inaprehensible— de la libertad y con eso la vuelve decidible —lo que en el caso personal puede significar ganancia o pérdida de la libertad.

⁵⁴ Texto original em espanhol: El título “derecho natural” puede únicamente sostenerse por una teoría que se propone demostrar la verdad de las afirmaciones acerca del ser de las normas jurídicas. Esta empresa ha entrado en serias dificultades (en la doctrina de los derechos fundamentales, entre otras) desde que el concepto moderno de verdad se ha circunscrito a la certidumbre intersubjetiva.

⁵⁵ Texto original em espanhol: ...confianza es un mecanismo de reducción de esta complejidad que permite ofrecer seguridades presentes a planificaciones y orientaciones dirigidas al futuro.

Estado se manifesta em formas jurídicas. Para o jurista austríaco existe uma unidade indivisível entre o Estado e o direito e que mantém sua lógica identitária. Afirma-se, portanto, que o direito é Estado. Isso pode ser confirmado no texto: *O Estado como integração*, em que Kelsen faz uma crítica contundente ao dualismo de Smend, quando este conceitua o Estado como integração e afasta o direito de forma dúbia em que, ao mesmo tempo, opõe-se a teoria normativa da Escola de Viena. Seguindo outro caminho, que não venha expressar apenas a distinção entre o Estado e o direito, conclui-se que para se evitar o transtorno excessivo de uma normatividade repressiva à dignidade da pessoa humana, reinventam-se os direitos humanos, como instituição.

Os direitos fundamentais contam como uma dessas instituições. Não só protegem o indivíduo do Estado, como estruturam o entorno da burocracia estatal de uma forma que estabiliza a manutenção do Estado como um subsistema da sociedade e permite, em geral, uma atividade de comunicação mais efetiva e eficaz⁵⁶ (Luhmann, 2010, p. 126, tradução nossa).

As palavras chaves que retrocedem a antítese entre Estado e direitos fundamentais são tratadas por Luhmann, a partir da interpretação da Constituição da República alemã de 1949. Essas são assinaladas como dignidade, liberdade, personalidade, direito de propriedade, do ponto de referência da diferenciação social e da garantia de estabilização do Estado. Voltando a atenção para aspectos realísticos do Direito Constitucional, a unidade do Estado encontra limites nos direitos fundamentais e sua função como instituição limitadora, o qual, explica-se cuidadosamente, pelo movimento fundamental da personalidade na ordem social. Nesse sentido, Luhmann entende que a ordem social não pode ser considerada inimiga da personalidade, pois “qualquer sociedade diferenciada – desenvolvida ao ponto de não poder ser suficientemente coordenada centralmente – deve contar com as personalidades como ponto nodal das exigências sociais”⁵⁷ (Luhmann, 2010, p. 141, tradução nossa). Com o foco nas personalidades, a ordem social toma o rumo de apresentar a dignidade humana como princípio norteador da ordem jurídica e do Estado, como consequência. Para Luhmann (2010, p. 141, tradução nossa): “isso leva a investir pesadamente em indivíduos. A intensificação das

⁵⁶ Texto original em espanhol: Los derechos fundamentales cuentan como una de esas instituciones. No sólo protegen al individuo frente al Estado, estructuran el entorno de la burocracia estatal en una forma que estabiliza el mantenimiento del Estado como subsistema de la sociedad y posibilita, en general, una actividad de comunicación más efectiva y eficaz.

⁵⁷ Texto original em espanhol: Toda sociedad diferenciada —desarrollada al grado que no puede ser suficientemente coordinada de manera central— debe apoyarse en las personalidades como punto nodal de las exigencias sociales.

suas reivindicações é socialmente legitimada. Desenvolve-se uma maior sensibilidade às condições personalizadas de comportamento e à necessidade de respeito”⁵⁸ (Luhmann, 2010, p. 141, tradução nossa).

Existe uma concepção antiga que o Estado tem como principal função garantir a liberdade, contudo, com as violações que nas últimas décadas esse órgão vem cometendo sobre a liberdade do ser humano, prevalece um sentimento contrário a tal afirmativa. Vê-se então, a necessidade de proteção dessa liberdade. Mas como fazê-la? A alternativa que prevalece é a construção de um novo direito que iria assegurar essa liberdade frente ao Estado, ou seja, os direitos humanos. No entanto, a afirmação de um novo direito, parte de uma perspectiva positivista, pois para os jusnaturalistas os direitos humanos surgem com a existência do ser humano, ademais eles são naturais. Para Luhmann, há um paradoxo incrustado na forma de decisão do Estado e de sua função de garantia da liberdade.

Por outro lado, com as investigações de Luhmann (2010) acerca da individualidade do ser humano é importante compreender a interdisciplinaridade entre psicologia, antropologia e sociologia que apreendem a autoidentificação do ser humano como consequência do contrato social, ou seja, da interação social. “O ser humano alcança sua individualidade, como personalidade, somente na interação social, na medida em que a apresentação de si mesmo é aceita seja por consenso ou por dissenso”⁵⁹ (Luhmann, 2010, p. 149, tradução nossa). A razão mesma da personalidade é o produto da autorreferência do indivíduo frente a sociedade. Então, torna-se inerente que a construção de sentido da dignidade da pessoa humana resulte da unidade da diferenciação da pluralidade de personalidades individuais, mas de forma alguma, de sua soma. Por assim dizer, para Luhmann (1991) o que caracteriza a sociedade moderna são seus sistemas funcionais que originados da diferenciação resultam da unicidade do sistema social. O código binário positivo e negativo, na sociedade moderna é substituído por pluralidade e unicidade. Em breve síntese:

A dignidade deve ser constituída. É o resultado de realizações de apresentação difíceis, em parte conscientes e em parte inconscientes, referentes aos interesses

⁵⁸ Texto original em espanhol: Esto lleva a invertir elevadamente en los individuos. La intensificación de sus pretensiones se legitima socialmente. Se desarrolla un incremento de la sensibilidad ante las condiciones personalizadas del comportamiento y la necesidad de respeto.

⁵⁹ Texto original em espanhol: El ser humano logra su individualidad, en cuanto personalidad, sólo en el trato social, en la medida en que la presentación de sí mismo se acepta ya sea mediante el consenso o el disenso.

sistêmicos gerais da personalidade. E, na mesma medida, resultado de uma cooperação social permanente, que só pode ser praticada de forma consciente ou inconsciente, latente ou descoberta, mas nunca sob a forma de comunicação franca - pois isso seria um erro de apresentação⁶⁰ (Luhmann, 2010, p. 157-158, tradução nossa).

Ainda segundo definição de Luhmann (2010, p. 158) “autoapresentação é o processo pelo qual cada ser humano se torna pessoa ao se comunicar com os outros e, com isso, constitui sua humanidade”.⁶¹ Neste instante, o vocabulário apresentado por Luhmann se mostra imprescindível para compreender a relação entre liberdade e dignidade do ser humano. Luhmann pretende responder às questões que lhe são colocadas acerca da relação do Estado com a personalidade do ser humano como uma coisa construída, para ele “*Estado e personalidade individual designam diversas direções da generalização de comunicações, diversas construções sistêmicas que – embora se pressuponham mutuamente – não podem ser produzidas e garantidas em sua totalidade*”⁶² (Luhmann, 2010, p. 161, tradução nossa). Com esses apontamentos Luhmann suscita o problema da não concretização de alguns direitos defendidos pela doutrina como fundamentais. O Estado não seria, portanto, capaz de garantir a totalidade de direitos fundamentais instituídos com base na personalidade do ser humano. A amplitude desse relato é muito mais complexa quando vistos da possibilidade dos direitos humanos, que são exteriores ao campo dos países e que perspectivam ser eternos. Mas, surge também uma pergunta chave, qual a função dos direitos fundamentais como instituição? Luhmann é coerente em afirmar a luz da teoria dos sistemas que

*Precisamente daí surge a função dos direitos fundamentais: não se refere ao estabelecimento da diferenciação em estruturas de comunicação relativamente autônomas, senão à manutenção da diferenciação que constitui a ordem total frente às ameaças que emergem das separações dos sistemas e das dependências recíprocas vinculadas a elas*⁶³ (Luhmann, 2010, p. 161, tradução nossa).

⁶⁰ Texto original em espanhol: La dignidad debe constituirse. Es el resultado de logros de presentación difíciles, en parte conscientes, en parte inconscientes referidos a intereses sistémicos generales de la personalidad. Y, en la misma medida, el resultado de la cooperación social permanente, la cual sólo puede practicarse de manera asimismo consciente o inconsciente, latente o descubierta, pero nunca en forma de comunicación llana —ya que esto sería un error de presentación.

⁶¹ Texto original em espanhol: La presentación de sí mismo es el proceso mediante el cual cada ser humano se vuelve persona al comunicarse con otros y, con eso, se constituye en su humanidad.

⁶² Texto original em espanhol: Estado y personalidad individual designan diversas direcciones de la generalización de comunicaciones, diversas construcciones sistémicas que —aunque se presuponen mutuamente— no pueden producirse y garantizarse en su totalidad.

⁶³ Texto original em espanhol: Precisamente a partir de ahí surge la función de los derechos fundamentales: no se refiere al establecimiento de la diferenciación en estructuras de comunicación relativamente autónomas,

A resposta de Luhmann é altamente distinta do pensamento dos teóricos dos direitos humanos⁶⁴. Para ele, a função dos direitos fundamentais é a garantia da diferenciação da ordem total frente às ameaças que outros sistemas sociais são capazes de oferecer a essa ordem. Nesse sentido, a liberdade e a dignidade soam como símbolos pré-estatais, universais e naturais. Para Luhmann (2010) há nexos em se considerar direitos fundamentais como a dignidade e a liberdade como patrimônio do direito pré-estatal – infra-estrutural – cujo dissenso seria o Estado – super-estrutural – ou seja, já ordenado juridicamente, tendo em vista que a garantia da liberdade e da dignidade não se encontram nas mãos do Estado, mas sim, nas mãos do ser humano que deve saber conduzir racionalmente sua personalidade para atingi-las. Assim sendo, a função da Constituição é garantir que o ser humano disponha de elementos para construir sua própria personalidade frente ao Estado. Em suas palavras:

O problema da dignidade, porém, é a dificuldade de uma apresentação de si mesmo consistente e convincente, e da responsabilidade própria do ser humano para solucionar esta tarefa. O próprio ser humano deve poder decidir acerca de apresentações que lhe são atribuíveis, pois só ele pode determinar o que ele é. Nisso a Constituição garante proteção contra o Estado⁶⁵ (Luhmann, 2010, p. 165, tradução nossa).

Dentro do simbolismo dos direitos humanos há um núcleo que é revelado pelo seu sentido dogmático jurídico, colocando-os como de cunho jusnaturalista e universal, por ter como fonte, entre outros elementos, o ideal de justiça. A sociedade como sistema permite a existência do Estado no espaço de decisão e não como se pensa, o contrário pode acontecer. Desde quando o criador é submetido à vassalagem da criatura? As instituições permitem a diferenciação da sociedade moderna e os direitos fundamentais se tornaram o símbolo garantidor dessa diferenciação funcional. Assim sendo, pode-se afirmar:

sino al mantenimiento de la diferenciación constituyente del orden total frente a las amenazas que emergen de las separaciones de los sistemas y de las dependencias recíprocas vinculadas a ellas.

⁶⁴ Essa forma de pensar de Luhmann (2010) deve-se à distinção que ele faz entre os direitos fundamentais de uma ordem social diferenciada dos direitos humanos que tendem a ser eternos. Os direitos fundamentais teriam como pressuposto os direitos dos alemães, portanto, diferenciados dos direitos de todos.

⁶⁵ Texto original em espanhol: El problema de la dignidad, sin embargo, es la dificultad de una presentación de sí consistente y convincente, y la responsabilidad propia del ser humano para solucionar esta tarea. El propio ser humano debe poder decidir acerca de presentaciones atribuibles a él mismo, porque sólo él puede determinar lo que él es. En esto la Constitución le garantiza protección frente al Estado.

A função deste simbolismo é precisa. Interpreta e ilustra os problemas que decorrem indefectivelmente do princípio estrutural de nossa ordem social e, sobretudo, do fato de que a diferenciação estrutural da ordem social é uma condição de possibilidade do Estado e não o contrário, que o Estado seja instância de decisão para escolher o princípio estrutural⁶⁶ (Luhmann, 2010, p. 162, tradução nossa).

Nesse aporte teórico do saber, a diferenciação funcional da sociedade moderna por meio dos direitos fundamentais tende a um *sistema-de-ação* em que as operações dos Estados de especificação e diferenciação podem corromper a personalidade dos seres humanos. Ademais, o Estado democrático que propõe a participação popular, a exemplo do sufrágio universal, que mesmo sendo uma forma de participação na realização do Estado, não permite uma representação segura acerca de uma normatização da liberdade, dignidade e outros direitos da personalidade.

O direito – regulador de condutas humanas – aqui pressuposto nas Constituições ao mencionar a dignidade do ser humano, não é capaz de especificar os elementos que determinam as ações para concretizar essa dignidade. Apenas é colocada de forma vaga sua defesa contra ameaças possíveis daqueles sistemas sociais capazes de suprimi-la. Isso reafirma a ideia de que a personalidade deve ser uma construção autorreferencial do ser humano e, complementemente-se, através de seu processo de autoaprendizagem.

⁶⁶ Texto original em espanhol: La función de este simbolismo es precisa. Interpreta e ilustra los problemas que indefectiblemente se siguen del principio estructural de nuestro orden social y, sobre todo, el hecho de que la diferenciación estructural del orden social es condición de posibilidad del Estado y no al revés, que el Estado sea instancia de decisión para elegir el principio estructural.

2. DEONTOGÊNESE DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos surgem do processo de aprendizagem da cultura da humanidade, ou melhor, originam-se quando os seres humanos começam a observar e aprender com seus próprios erros cometidos durante séculos sobre sua própria espécie. E, por assim dizer, adquirem validade como forma consciente da razão humana se expandindo como um dever-ser fundamental para a estrutura do sistema jurídico da sociedade moderna. A partir dessa inferência, pode-se afirmar que o elemento estrutural-normativo da civilização moderna é os direitos humanos que emergiram com as ideias iluministas e se expandiram da Europa para o resto do mundo. Assim, as palavras símbolos que representam os direitos humanos se adaptaram paulatinamente ao direito interno dos países, como exigência de transformação da sociedade moderna. Hoje, os direitos humanos absorvem com seu sentido subjetivo o conteúdo do direito, perfazendo através de seu sentido objetivo a validade dos sistemas jurídicos mundiais. Sua exigência de universalidade pode ser vista como caracterizadora de normas suprafundamentais, porque a sociedade moderna exige a presença dos direitos humanos para fundamentar as ordens constitucionais. E ainda, a abstração dos direitos humanos permite a confiança de sua aplicação através das decisões judiciais, que devem corresponder ao sentido vinculante dos direitos humanos catalogados até então.

A diferenciação social e a complexidade do pensamento moderno exigem novas formas de aprendizagem. Essa só pode ser construída por comunicação, que é o elemento que permitiu ao homem uma forma de organização social em sistemas que se autoconstroem. O anseio pela humanização do direito levou o homem a criar a figura ideal dos direitos humanos. Viu-se que o direito deve possuir limites que permitam a existência de todos de forma livre, igual e fraterna, e, são estes limites que idealizam as matrizes dos direitos humanos ao permitir que os homens tenham a crença que é possível sua realização de forma universal.

A perspectiva de esmerilar a deontogênese⁶⁷ dos direitos humanos é, sinonimamente, a de investigar a origem dos direitos humanos como dever-ser, opondo-se à ontogênese

⁶⁷ O termo deontogênese representa o estudo do dever-ser no direito tomando-o como objeto de conhecimento da ciência jurídica, perspectivando entender a origem dos direitos humanos como dever-ser, quer dizer, compreender o sentido objetivo dos direitos humanos. Serve nesse texto como oposição a ontogênese jurídica (evitando o significado biológico), entendida aqui como um estudo do direito, enquanto ser. A primeira expressão é formada pela junção das palavras gregas *déon* (dever), *ón* (ser) e *genêsis* (origem), a segunda, por si só, representa a interpretação do direito como um ser, passível de existência no mundo real.

jurídica, que implica na origem do ser. Contudo, aponta-se como critério de interpretação a ideia do direito como sistema de normas, logo, como um dever-ser, imperativo, mandamental, e não, como um ser factual, existente indubitavelmente na natureza. Tudo o que existe na natureza já foi criado, seja por um Deus, seja, pela teoria da origem do universo, denominada de *Big Bang*, cujas transformações ocorreram a aproximadamente 13,7 bilhões de anos. O que foi criado depois, foram construídos pelo homem, logo, é artificial, ou ainda social, quando da perspectiva de criação dos sistemas, como o direito, a política, a economia, a religião etc.. Essa distinção tem que existir, para se construir uma linguagem possível entre o que pertence a natureza e o que se tornou natural pelo uso contínuo e normal. Se os direitos humanos pertencem à natureza, só podem ser vistos desta forma, se partimos da última interpretação, e, daquele modo, acrescentamos a palavra natureza o adjetivo *humana*, para que assim, surja a proposição *natureza humana*.

O enunciado ou expressão direitos humanos possui uma semântica estranha, notadamente, se observados de um ponto de vista externo. É óbvio, que o termo direitos humanos não parte de uma oposição a um direito alienígena, pois seria incongruente usar essa analogia, atualmente. Ademais, parece inequívoco que a utilização da expressão direitos humanos corresponde a uma tentativa de afirmar aqueles direitos que seriam mais essenciais à existência humana, quer dizer, que seriam indispensáveis à vida humana. Contudo, esses direitos não serviriam também de oposição semântica à ideia de que os demais direitos não seriam humanos. Não servem e não tem o objetivo de colocar a lume uma desumanização dos outros direitos. A função dos direitos humanos é criar uma diferenciação normativa ao estabelecer limites para o conteúdo do direito. Nesses termos, é adequado ressaltar que “partimos da tese que cada fundamentação dos Direitos Humanos (e fundamentação no duplo sentido da produção de validade e de apresentação de razões justificadoras) exige um gerenciamento de paradoxos” (Luhmann, 2000, p.154).

A palavra *paradoxo* sugere uma definição que o distinga, de um lado de algum tipo de procedimento científico, mas que por outro esclareça de certo modo o uso ou reconhecimento do paradoxo como elemento presente na comunicação. Pode-se, contudo, esclarecer que “o paradoxo pode ser definido como uma *contradição que resulta de uma dedução correta a partir de premissas coerentes*” (Watzlawick, Paul; Beavin, Janet Helmick; Jackson, Don D., 1993, p. 169). Dessa forma, o paradoxo pode ser interpretado como uma contradição presente na comunicação, mas logicamente dotada de sentido, pois se caracteriza

como uma aproximação de ideias ou palavras opostas na construção da linguagem. Nesses termos, o próprio conceito de paradoxo é paradoxal. O centro de gravidade do paradoxo possibilita o exame de sua existência que derivada de uma observação geral, indutiva, do campo científico, permite sua reintrodução na análise da sociedade e do direito moderno. Naturalmente, “os paradoxos surgem quando as condições de possibilidade de uma operação são também as condições de sua impossibilidade”⁶⁸ (Corsi; Esposito; Baraldi, 1998, p. 131, tradução nossa). Em virtude disso, os paradoxos dos direitos humanos chamam a atenção para aspectos da realidade dos seres humanos que nascem das operações de contrastes entre o ser e o dever-ser, lícito e ilícito, jurídico e antijurídico etc., respeitando relações binárias da linguagem que assinalam uma unidade da multiplicidade de subsistemas que compreendem um só sistema – a sociedade moderna.

Portanto, a existência dos direitos humanos caracteriza, neste ponto, a humanização do conteúdo do direito, ao impor o respeito aos próprios direitos humanos e evitar as arbitrariedades de regimes totalitários, a exemplo dos disseminados na Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Há uma tautologia, porém são após os acontecimentos desse ambiente altamente hostil, que os direitos humanos surgem como uma metanarrativa e se assumem como uma verdade absoluta, universal e autorreferente.

Dessa forma, como questão prévia de uma análise científica do direito na sociedade moderna vê-se a necessidade lógica dos direitos humanos. Assim, se os direitos humanos existem, todos os indivíduos estão obrigados a usufruí-los ou ao cumprimento de seus mandamentos. Em outras palavras, os seres humanos estão obrigados a praticar os direitos humanos. É verdade, que não existem juristas modernos que neguem à existência dos direitos humanos, entretanto, a gênese semântica desses direitos torna adversários os jusnaturalistas dos juspositivistas. Troper é um dos estudiosos que analisa essa relação de conflito afirmando o monismo do direito positivo contra a visão dualista do direito natural e, por sua vez, entende que existe uma hierarquização entre esses direitos.

Portanto, é preciso sublinhar uma dissimetria com o positivismo. Este último nega a existência do direito natural, enquanto o jusnaturalismo reconhece a existência do direito positivo, mas considera que existe subjacente a ele, um direito natural ao qual

⁶⁸ Texto original em alemão: Paradoxien entstehen, wenn die Bedingungen der Möglichkeit einer Operation zugleich auch die Bedingungen ihrer Unmöglichkeit sind.

o direito positivo se deve sujeitar – direito natural e direito positivo são, portanto, hierarquizados (Troper, 2008, p.21).

Percebe-se, portanto, que há certa inclinação dos jusnaturalistas para a ideia que os direitos humanos são uma espécie de supradireito. Contudo, ainda não se provou formalmente nas ordens jurídicas nacionais que, de fato, existe uma sobreposição dos direitos humanos aos demais direitos, pois, como ponto de incerteza se tem a ideia da necessidade de positivação desses direitos para sua validade. Além disso, como sua produção apresenta características próprias dos demais direitos regulados pela sociedade tem-se até então, que os direitos humanos não podem sobrepor as Constituições positivas. Consequência de validade das ordens jurídicas nacionais, a posição da Constituição como norma superior, em termos kelsenianos, não permitiria uma norma maior de sobreposição no âmbito do ordenamento estatal.

Esta pesquisa diverge em parte dessa argumentação, como ora fica explicitado. Portanto, surge outra posição que pode ser adotada, pois se os direitos humanos visam proteger aqueles direitos necessários à existência humana, eles devem ser venerados e respeitados como superiores, mesmo que nessas ordens jurídicas internas não existam em sentido objetivo um catálogo de direitos fundamentais. Com isso, quer-se dizer que os direitos humanos possuem o sentido de norma fundamental, em termos kelsenianos, nos dias atuais de interpretação do direito na sociedade moderna. Nesse paradoxo de sentido, percebe-se que a diferenciação dos direitos humanos gera complexidade e contingência, pois partem de um ato reflexo em que ativamente se exige seu cumprimento, no sentido de universalidade, e, que de forma passiva, apresenta a exigência de serem positivados nas ordens jurídicas nacionais para simbolicamente representar os direitos já conquistados pelos seres humanos no decorrer da história e serem passíveis de petição.

2.1. O Estado e a religião: uma relação complexa, paradigmática e paradoxal entre sistemas na criação dos direitos humanos

Neste texto se procura demonstrar a relação que existe entre o Estado e a religião na formação da cultura ocidental e, logo, também a questão paradoxal que a laicidade – que

implica no não controle da igreja – toma como uma forma de resposta ao clero que orientava os Estados absolutistas da Idade Média. Agora, o clero não orienta formalmente o Estado, contudo, o influencia no estabelecimento da ordem pública. Nessa perspectiva, se o Estado pode ser interpretado pelas ciências humanas como um ser ideal e espiritual, não natural, um órgão com competências. É possível se fazer uma aproximação, no entanto, comparativa da afirmação que a imagem de Deus, recriada pela religião – entendida como sistema da sociedade – possui uma relação íntima com a reconstrução de paradigmas dos sistemas que formam a estrutura da sociedade moderna, entre elas o Estado cuja função é organizar a sua complexidade.

O Estado é uma generalização abstrata construída pelos seres humanos e possuidor de atributos como ordem e poder interdependente da moral religiosa. Cada vez mais, as características moralizadoras da religião são influenciadoras das ordens jurídicas, da política e confluem no Estado instituindo o conteúdo de suas leis. Um exemplo claro dessa influência da religião, ocorre nas discussões acerca da permissão ou proibição do aborto, que por muito mais além das questões humanistas dialogam com valores cristãos e não científicos. A partir desse amálgama de informações, percebe-se de um ponto de referência comum com o jusnaturalismo que os direitos humanos estão intimamente relacionados com a defesa de direitos naturais fundamentais, que sofrem uma influência contundente da cultura cristã ocidental. Essa é uma inferência necessária para entender como o surgimento do Estado tido como moderno e a religião fornecem elementos para a realização dos direitos humanos e de suas expressões símbolos. Ora, o livre arbítrio como gênero reproduz conscientemente as liberdades individuais e coletivas, como espécies fundamentadas na razão iluminista e na igualdade, que por sua vez pode ser tida como resultado implícito trazida no livro do Gênesis 1:27 “E Deus criou o homem à sua imagem; à imagem de Deus ele o criou; e os criou homem e mulher ” (Bíblia, A T. 2005, p. 15), que fundamenta a igualdade entre homens e mulheres e permeia a realidade dos direitos humanos.

Essas fundamentações permitem aos seres humanos uma explicação da ciência de cunho metafísico para explicar os fenômenos naturais e humanos. Por sua ordem, a solidariedade é construída com bases no sentido cristão de *amar ao próximo como a si mesmo*, psicologicamente retratado com o sentimento de compaixão, recolocado nos direitos humanos com uma visão em direção ao futuro, com expectativas que retratam resguardar o mundo para os seres humanos que hão de vir. Têm-se como exemplos, o desenvolvimento

sustentável, a proteção do meio ambiente e o direito à paz, que são as expressões simbólicas que asseguram essa racionalidade. Não é ao acaso que Di Giorgi argumenta sobre o ato de reprodução do direito positivo e sua construção de sentido com fundamento na justiça cristã que gera uma estabilidade de forma paradoxal de sentido. Assim,

A estabilidade do sentido se reforça porque novo sentido pode determinar novo sentido. O direito vale porque não vale. O agir se orienta para o futuro na expectativa de obter o reconhecimento do próprio direito. O direito positivo adquire, assim, o caráter de uma promessa, de uma determinação que se realiza somente no futuro. O direito está sempre por se realizar: em cada uma de suas afirmações se reproduz a metáfora da idéia cristã de justiça (Di Giorgi, 2006, p. 149).

Por outro lado, como construção de sentido e no ambiente de abstração em que é encontrado, amiúde, resultado dos conflitos do contexto de guerras, o surgimento do sujeito, no campo jurídico, enquanto abstração do ser humano começou a ser pensada como capaz de desumanizar o direito positivo. O Estado visto como defensor do sujeito parecia fugir à sua função predizendo um violador de direitos essenciais. A importância determinada pela figura do sujeito teria que conduzir a um novo sentido, mais humanista, pois o poder do positivismo encarregado da imposição de leis é visto agora de forma depreciativa. Assim, tem-se a necessidade de determinação do direito positivo através da vinculação aos direitos humanos, que funcionam como um catalisador limpando as impurezas dos sistemas jurídicos. Os direitos humanos teriam a função específica de controlar as relações humanas naquele ambiente desumanizado onde o direito positivo propunha um sujeito abstrato localizado em sistemas abstratos. A solução para o problema dessa desumanização é à volta a um humanismo que coloca o ser humano novamente no centro das expectativas. Surge no sistema jurídico os direitos humanos cuja semântica é contundente na defesa da dignidade da pessoa humana. A existência natural dos direitos humanos agora possui forma, racionalidade e reproduz expectativas para o futuro.

Mas, em continuidade ao que foi dito anteriormente, é importante colocar que os valores da religião cristã são paradoxalmente produto e produtores de cultura. Isso permite três consequências lógicas: a) sua adaptação como direitos humanos; b) a positivação desses valores nos ordenamentos jurídicos mundiais e; c) sua aceitação como cultura que deve ser seguida universalmente. Dessa maneira, sua inclusão como direitos fundamentais nos ordenamentos pátrios ensejam um avanço na defesa da humanização do direito.

Eventualmente, os paradigmas estatais que na modernidade procuram se afastar da religião não possuem sozinhos, suporte ideológico suficiente para controlar as ações humanas. Em paralelo, o sistema jurídico também não é capaz de sozinho controlar as ações humanas, mesmo aplicando sanções cruéis. De certo modo, a religião ainda determina psicologicamente o sujeito que é detentor dos direitos humanos. O medo de sofrer a imposição de uma pena pelo Estado ainda abre um espaço para o temor de ir para o inferno caso cometa um pecado. Desse modo, a relação íntima que existe entre o crime e o pecado ainda é determinante para que a sociedade, enquanto sistema organizado em subsistemas continue seu processo de diferenciação.

Ao partir desses pressupostos, pode-se observar a relação que a diferenciação dos sistemas como a religião e o Estado possui com a ideia de fechamento operacional. Por conseguinte, como compreende Teubner, as observações acerca de sistemas fechados não implicam a exclusão de tudo o que é externo. “O caráter auto-produtivo de um sistema pressupõe influências causais do seu meio envolvente, cujo papel se torna assim fundamental. Factores, quer internos, quer externos, influenciam o modo como um sistema se reproduz a si próprio” (Teubner, 1989, p. 46). Mesmo assim, deve-se compreender que de acordo com o funcionalismo-estrutural, existe uma natureza paradoxal dos sistemas fechados, que se abre a fatores externos, mas esta abertura não é determinante para suas operações internas, ou seja, não interferem no padrão das operações de cada sistema, pois a influência de fatores externos também ocorre em outros tipos de sistemas. Teubner interpreta essa influência externa, conforme os termos abaixo:

Todavia, isso não se afigura decisivo, já que o mesmo sucede nos sistemas heteropoiéticos. O que assim contradistingue um sistema auto-produtivo de todos os outros é o facto de *este se auto-reproduzir a si próprio extraindo do fluxo ou sequência de eventos (que constitui assim a sua infraestrutura material, energética e informacional) novas unidades que são depois articuladas selectivamente com os elementos da sua própria estrutura* (Teubner, 1989, p. 46).

Nota-se, portanto, que ao se compreender a influência externa e as operações dos sistemas fechados, podem-se observar detalhadamente sistemas diferentes de acordo com suas operações distintivas e autorreferenciais, mas, principalmente, é possível compará-los. Com base nesse apontamento, há a possibilidade de mostrar alguns fatores que aproximam o Estado da religião e a influência para o direito. Um dos fatores que pode ser mencionado é

que tanto como na religião surgem os problemas do descumprimento exacerbado das ordens divinas, semelhantemente, no direito ocorre o descumprimento de normas que violam os direitos humanos. Desde logo, compreende-se do ponto de vista do funcionalismo-estrutural que sistemas podem ser observados e analisados de forma semelhante, bem como, que a diferenciação nos sistemas sociais vai determinar o que se espera do direito. Contudo, historicamente, uma observação se faz necessária: a que não se pode esperar que o Estado moderno apresentasse os mesmos anseios que o Estado absoluto, como também, seria incongruente imaginar que os direitos humanos sejam defendidos veementemente em um Estado autoritário. Decerto, que os paradigmas mudam com o tempo e com eles ocorrem novas variações nos sistemas sociais.

São essas variações sociais que permitem a progressão dos direitos humanos, mas também podem indicar sua transgressão. Por exemplo, na guerra, os direitos humanos são violados de forma mais direta, mas, isso não indica, por si só, que as violações a esses direitos só ocorram em momentos de anormalidade. Entretanto, sabe-se que a guerra é um forte fator de variação social e influência para mudanças estruturais da sociedade. Por outro lado, da exegese, pode-se observar pela semântica da autorreferencialidade dos sistemas que se a vida possui a função específica de reproduzir mais vida, equitativamente, o direito tem como função reproduzir mais direito. Diria talvez Luhmann, com suas ideias acerca da autorreferência dos sistemas, que o direito tem a capacidade de autorreprodução. Com esse pensamento, pode-se dizer:

O Direito retira a sua própria validade dessa auto-referência pura, pela qual qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior (Teubner, 1989, p. 2).

Há sem dúvidas, na afirmação que os sistemas se autorreproduzem, segundo a *Teoria dos Sistemas Sociais*, um fechamento operacional dos sistemas, mas também uma interdependência, propensa a interpretação do método funcional-estruturalista. Dessa afirmação, pode-se observar na construção jurídica, o surgimento do direito econômico, direito digital, direitos humanos etc., que compõem a ramificação do direito geral. A saber, a sociedade torna-se mais complexa e começa a construir novas formas de organização para reduzir a complexidade das ações humanas. Ocorre uma padronização formal das instituições, no sentido kelseniano, ou uma organização da complexidade, em termos luhmanianos. O

ponto de referência determina nesses casos a linguagem científica a ser utilizada pelo observador. Construções de sentidos diferentes para determinar a construção de uma comunicação autorreferencial nos dois aspectos.

A interdisciplinaridade da *Teoria dos Sistemas Sociais* proposta por Luhmann conduziu seu trabalho a transitar pelos campos da arte, direito, educação, economia, religião entre outros campos do saber. Se sua proposta de descrever a sociedade parte da comunicação, também é verdade que o propósito da sua teoria também é comunicar. Luhmann, afirma-se, distinguiu a função da religião partindo de observações correntes da sociedade no uso da diferenciação funcional, mas indagou sobre o subsistema religião além dessas manifestações científicas. Ele foi capaz de perceber que da função da religião, sobre uma abordagem da Teoria dos Sistemas emergem várias questões sobre o observador, a dizer:

Isso esclareceu o seguinte: funções são sempre construções de um observador. Isso nos leva a estas perguntas: Quem é o observador quando questiona a função da religião? Quais interesses regulam o escopo da comparação projetada? Quem distingue qual problema de referência? Quem ousa tomar medidas contra o paradoxo e que distinções são ativadas para desvendá-lo?⁶⁹ (Luhmann, 2007, p. 103, tradução nossa).

Indo ainda mais longe, Luhmann coloca em destaque não apenas a questão do observador para explicitar a função da religião, mas também fala sobre a posição dos paradoxos da religião em si. Para ele, é pouco provável que exista uma observação séria sobre a relação da religião com outros sistemas sociais, sem que se observe o caráter de desparadoxização desse subsistema. Sua explicação é simples e clara.

Paradoxos não existem antes de qualquer atividade de observação. Eles ocorrem em certas ocasiões e depois se dissolvem novamente. O meio do significado oferece essa possibilidade. Eles não podem aniquilá-los, pois ele próprio depende de uma distinção sobre cuja unidade ele pode questionar. A religião é a execução exemplar dessa paradoxalização/desparadoxalização, sempre que surge uma ocasião para isso. A religião não é de forma alguma responsável apenas pelo significado⁷⁰ (Luhmann, 2007, p. 117, tradução nossa).

⁶⁹ Texto original em espanhol: Con ello se ha aclarado lo siguiente: las funciones son siempre construcciones de un observador. Esto nos conduce a estas preguntas: ¿Quién es el observador cuando se interroga por la función de la religión? ¿Qué intereses regula el alcance de la comparación que se proyecta? ¿Quién distingue qué problema de referencia? ¿Quién se atreve a tomar medidas contra la paradoja y qué distinciones se activan a fin de desplegarla?

⁷⁰ Texto original em espanhol: Las paradojas no existen con anterioridad a toda actividad observadora. Se producen en ciertas ocasiones para luego volver a disolverse. El medio del sentido ofrece esta posibilidad. No

Além dessas indagações, Luhmann também problematiza uma possível perda da função da religião, o que bem não é verdade. Mas merece um esclarecimento preciso, pois se a religião tivesse apenas uma função, a perda, segundo Luhmann geraria sua extinção, porém, não é bem isso que acontece. Decerto, que houve um enfraquecimento de suas funções em vários pontos, no momento em que há uma maior diferenciação da sociedade e cada sistema começa a ter uma função em particular, com limites próprios de operações, quer dizer, de *autopoiesis*. Entretanto, é necessário convir, a título de exemplos, que sistemas diferenciados como: a economia opera diferencialmente com o dinheiro; a religião com a fé; a política com valores; o direito com as normas; etc.. Assim sendo:

A tese da perda de função pressupõe, como se fosse algo natural, que a religião cumpre inúmeras funções e que ela se retirou de algumas delas. Se houvesse apenas uma função da religião (como admitimos acima), então não poderíamos falar de perda de função, a menos que assumíssemos que a religião hoje nada mais é do que uma sobrevivência evolutiva e carece de função⁷¹ (Luhmann, 2007, p. 126, tradução nossa).

A dedução lógica que a religião não apresenta só uma função é apontada por Luhmann, quer dizer, o que sustenta a religião é a sua capacidade de diferenciação. Mesmo talvez com um pouco de exagero, pois não cabe a essa pesquisa um aprofundamento maior sobre o assunto, devido principalmente a um alongamento desnecessário no momento, mas, a título de esclarecimento e demonstração da relação entre Estado, direito e religião, é possível ver os apontamentos de Woods Jr. para quem todo o direito ocidental é uma dádiva da igreja. “O direito canônico foi o primeiro sistema legal moderno a existir na Europa, demonstrando que era possível compilar um corpo de leis coerente a partir da barafunda de estatutos, tradições, costumes locais etc. que caracterizava tanto a Igreja como o Estado medievais” (Woods Jr., 2008, p. 10-11). Entre vários outros exemplos da marca da igreja no direito ocidental, Woods Jr. denota:

puede aniquilarlas, ya que él mismo se apoya en una distinción sobre cuya unidad puede preguntarse. La religión es la ejecución ejemplar de esta paradojización/desparadojización, siempre que se ofrezca una ocasión para ello. La religión no es de ningún modo responsable del sentido sin más.

⁷¹ La tesis de la pérdida de función supone como si fuera de suyo que la religión cumple numerosas funciones y que se ha retirado de algunas de ellas. Si existiese solamente una función de la religión (como hemos admitido más arriba), entonces no podría hablarse de pérdida de función, a no ser que supusiésemos que la religión hoy en día no es más que un survival evolutivo y carente de función.

A própria ideia de que o ser humano tem direitos bem definidos não se deve a John Locke e Thomas Jefferson – como muitos poderiam pensar –, mas ao direito canônico. E muitos outros princípios legais importantes do nosso direito também se devem à influência da igreja, graças ao empenho milenar dos eclesiásticos em substituir as provas em juízo baseadas em superstições – como o ordálio –, que caracterizavam o ordenamento legal germânico, por procedimentos baseados na razão e em conceitos legais elaborados⁷² (Woods Jr., 2008, p. 10-11).

Quanto às inferências que podem ser tiradas das ilações acima, pode ser notada uma tendência geral de se reagir contra a influência da religião no Estado. Decerto, que em nossos dias predomina a secularização, mas a técnica de diferenciação é paradoxal no sentido de uma unidade da diferença dos subsistemas da sociedade. A prática de eliminar a presença de elementos religiosos no sistema político, na economia, enfim, no próprio Estado é acompanhada por teorias cíclicas que ao mesmo tempo em que negam, também ajudam a explicar a ideia de volta a alguns valores de origem religiosa. Dentro dos limites de outros sistemas se acham elementos de compatibilidade e interação antiexplícitos a religião.

2.2. O instrumento para entender a pureza e o paradoxo da eficácia dos direitos humanos

A enorme acumulação de conhecimentos teórico-jurídicos no decorrer da história da humanidade permite explicitar o que são os direitos humanos dentro da ciência jurídica do direito e entender como eles foram transportados racionalmente de um possível *direito natural* para o direito positivo. Logo, permite entender a pertinência desses direitos escolhidos como fundamentais para a existência humana e sua construção de sentido. Deste modo, pode-se estabelecer em concordância com Luhmann (2000, p. 157) que “o problema dos direitos humanos prossegue. Ele procura para si um novo paradoxo, não confessável, e encontra a solução na textualização, e por fim na positivação desses direitos pré-positivos”. Nesse ponto, aguçase ainda como proposição teórica, o pensamento de Villey, que muito tem contribuído na reflexão sobre o tema da invenção dos direitos humanos.

⁷² Para aprofundamento sobre a influência da religião em outros sistemas sociais, ver: *Como a Igreja Católica construiu a civilização Ocidental* de Thomas E. Woods Jr..

Não se poderia resignar-se à instalação do “melhor dos mundos” nem se contentar com o “direito tal como é”. Ao positivismo jurídico foi necessário um antídoto. Os modernos opuseram-lhe a figura dos “direitos humanos”, tirada da filosofia da Escola do Direito Natural, cujo desaparecimento muitos teóricos do século XIX erradamente anunciaram (Villey, 2007, p. 3).

Primeiramente, do ponto de vista do estado ou da atitude do sujeito que observa os direitos humanos, houve, de certa forma, uma apropriação daqueles direitos entendidos como naturais, mas com uma nova face. A face de Janus dos direitos humanos, que olha ao mesmo tempo para o passado, recuperando a memória do direito, e para o futuro, na perspectiva de um mundo melhor. Não apenas o futuro existe no interior do discurso dos direitos humanos, mas o presente e o passado se referem a atos que conduzem a enunciação e que supõem uma certeza, que eles projetam e se realizarão. Se se adotar essa perspectiva, torna-se evidente a importância de conceituá-los, para que assim, fiquem mais compreensíveis os estudos sobre essa categoria discursiva do direito. A bem dizer, os direitos fundamentais do homem podem ser vistos como “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana” (Silva, 2012, p. 179).

Sob outra perspectiva, mas não a ponto de exclusão, a cientificidade de Kelsen, que segue o exemplo da Escola positivista, pode sim, ser trazida para descrever o amálgama de problemas que podem ser identificados por meio de uma ciência complexa e paradoxal dos direitos humanos. Isso só é possível porque existe uma interdependência entre direito positivo e os direitos humanos, que de acordo com os jusnaturalistas pretende uma fundamentação em valores como a ideia de justiça. Assim sendo, o paradoxo do direito pode ser explicado em sua origem pela própria ciência do direito, de forma pura. Em breve síntese:

No Direito, por exemplo, o seu paradoxo original – o Direito é o que o Direito diz que é Direito –, a partir da positivação, não mais pode ser desfeito pelo recurso a uma instância natural ou divina que o fundamente; o que ocorre é sua ocultação durante as operações do sistema jurídico (Heringer Júnior, 2014, p.97).

Há, no entanto, certa dificuldade da ciência do direito em demonstrar a validade das normas jurídicas de forma que não recorra a elementos metafísicos. Kelsen tenta dar uma solução a essa dificuldade a partir da transcendência fictícia de uma ordem antecipada e pressuposta, a denominada norma fundamental (*Grundnorm*). Esta que seria capaz de assegurar a validade da própria Constituição de um Estado. Enfim, não se compreende a

Teoria pura do Direito excluindo a importância da Constituição e a divisão da norma fundamental no sentido lógico-transcendental e no sentido jurídico-positivo que a ela pode ser dado. Pois, para resolver o problema da validade da norma, cabe-se propor um pensamento que percorra a lógica com que Kelsen transita pela norma fundamental e com isso, transpor o argumento para a existência dos direitos humanos, enquanto normas pensadas racionalmente. “Sem dúvida, uma norma é válida, segundo Kelsen, se tiver sido formulada em conformidade com uma norma superior. É preciso, portanto, que essa norma superior, ela também, exista, mas como determinar sua existência?” (Troper, 2008, p. 52). Ora, ao pressupor a norma fundamental, não especificamente em relação aos direitos humanos, mas, ao direito em geral, a proposta que segue é observar os direitos humanos como fundamento das ordens jurídicas e fonte vinculante de obediência às normas jurídicas imputadas por essas ordens reguladoras dos comportamentos humanos. Em importante explicação de Troper, para melhor se entender a ideia de norma fundamental de Kelsen, pode-se dizer:

O problema é simplesmente desdenhado, mas não pode sê-lo indefinidamente. A norma superior é válida se foi enunciada em concordância com uma norma ainda superior a ela, e assim por diante, até a Constituição. No entanto, a validade da Constituição não pode ser demonstrada da mesma maneira, porque não existe mais nenhuma outra norma que seja superior (Troper, 2008, p. 52).

Para esta pesquisa, o fundamento de ser da Constituição deve partir do esboço que existe direitos humanos que concretizam seu sentido, a forma de constituir sua transcendente norma suprafundamental. Partindo desse entendimento, tem sentido afirmar que o direito – enquanto comunicação discursiva e racional, precisamente, resultado de uma das criações permissíveis pela linguagem humana – representa as possibilidades de interação social por meio de regulações coercitivas, a que denomina de normas jurídicas. É dizer, normas são criadas conscientemente para refletir as expectativas subjetivas dos indivíduos em uma denominada ordem jurídica positiva.

Do mesmo modo, as normas do direito têm como função reduzir as incertezas daquelas ações humanas que permitiriam o surgimento de um conflito de interesses socialmente estabelecido no contexto espaço-temporal em que estão inseridas, garantindo uma *liberdade social*. É por assim dizer, que Luhmann (2000, p. 154) afirma que “os direitos humanos são o resultado da de construção do Direito Natural (em que, para autoengano dos protagonistas, o termo Direito Natural é mantido, mas adaptado como um tipo de direito

racional)”. Assim como o direito positivo moderno diferenciou o discurso subjetivo do objetivo, transformando-o, mas não eliminando a possibilidade metajurídica do direito natural. Adicionalmente, para reduzir certas incertezas se recorreu ao paradoxal sentido dos direitos humanos.

Os direitos humanos gozam, como se vê, de um *status* particularmente privilegiado no seio do campo de interpretação jurídica. Esse procedimento é sem dúvida justificado na evolução histórica da sociedade, mas permite, mesmo assim, a desconfiança acerca dos seus resultados. Na sua origem, os direitos humanos, comparativamente ao direito, compreendido de forma geral, afastam ou ignoram provisoriamente certos traços da unidade cultural, dando-lhes a forma que pode ser útil como generalização racional. Isso pode se dar em razão do estado atual de conhecimentos do ser humano nesse domínio, que se limita a agir conforme o paradigma aceito para suas relações intersubjetivas paulatinamente reformuladas. As dimensões dos direitos humanos servem de exemplificação para essa afirmativa. Ora, essas dimensões conheceram larga extensão na narrativa dos direitos humanos, a fim de atingir a universalidade e a inalienabilidade de suas projeções. Mas o sentido delas apresenta um problema colocado pelo título deste capítulo, o problema do paradoxo da eficácia dos direitos humanos. As ideias simbólicas de liberdade, igualdade e fraternidade, retiradas da Revolução Francesa sintetizam a proposta desses direitos específicos e reafirmam sua historicidade. Como destaca Bobbio:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (Bobbio, 2004, p. 9).

No entanto, o que causa espanto ao observador dos direitos humanos é o mostruário das estruturas que os apresentam como verdadeiras proezas. Houve a condução interpretativa no sentido de se fazer no próprio direito natural e positivo, dependendo do ponto de referência, uma releitura do sentido de alguns direitos especiais — que viriam a serem reconhecidos mundialmente como direitos humanos. Quem realizou, ou de que forma foi realizada tal escolha, ficou oculto na história do direito. Se suas ideias símbolos vieram da Revolução Francesa, sua origem é bem mais antiga, e parece ser produto de variações nos padrões determinados pela sociedade e formulados objetivamente no direito. Estreitamente

ligado à ideia de autorreferência e geralmente baseado no modelo funcionalista, pode-se observar que os paradoxos do direito sobrevivem até os tempos atuais.

Por conseguinte, e contrariamente às esperanças dos novos críticos, a descoberta de contradições e paradoxos não pode conduzir a uma “*des-construção*” do Direito mas, quando muito, a uma “*re-construção*” dos seus fundamentos latentes; ou seja, não é capaz de *eliminar* o paradoxo do direito, mas, inversamente, tão-só de reconstruir a relação entre auto-referência, paradoxo, indeterminação e evolução do direito (Teubner, 1989, p. 15).

Portanto, a partir da proposta de lineamentos para uma *Teoria dos Sistemas Sociais* desenvolvida por Luhmann se pode visualizar e investigar não só o grande sistema sociedade, mas também, com profundidade empírica os outros subsistemas menores, mas que nem por isso, menos complexos e contingentes. Profundidade empírica que é avaliada por Luhmann através de uma bifurcação de ideias: a primeira, parte da convicção que existem sistemas, e, esse é o ponto principal de sua teoria; a segunda, que a teoria dos sistemas se refere a realidade, e, não corresponde a uma ficção sem sentido prático.

Outro aspecto essencial para entender a teoria do funcionalismo-estrutural é que a teoria dos sistemas deve ser autorreferencial. Assim, pressupõe-se que os sistemas também são autorreferenciais. Nesse aspecto, “o ponto de partida de qualquer análise teórico-sistêmica deve consistir na diferença entre sistema e entorno”⁷³ (Luhmann, 1998, p. 40, tradução nossa). Tem-se que se observar que os sistemas possuem um fechamento operacional, entretanto sofre irritações de seu entorno, o que torna sua existência dependente dele.

A importância da diferenciação na teoria dos sistemas é utilizada como instrumento para entender os limites de cada sistema, pois eles definem a diferença entre sistema e entorno e servem para caracterizar sua função. As propriedades dessa experiência são determinadas pela relação entre sistema e entorno. A teoria dos direitos humanos pode ser determinada como pura, no aspecto que o ponto de referência é a teoria dos direitos humanos, pressupondo uma linguagem propriamente jurídica, mas traz a lume o caráter paradoxal ao afirmar uma relação íntima com a moral, sociologia e política que conduzem seu processo de realização e construção, revelada por sua interdependência.

⁷³ Texto original em espanhol: El punto de partida de cualquier análisis teórico-sistémico debe consistir en la diferencia entre sistema y entorno.

Surge a ideia de autorreferência que deve ser definida para melhor entendimento de uma possível análise funcional dos direitos humanos. “O conceito de autorreferência designa a unidade constitutiva do sistema consigo mesmo: unidade dos elementos, dos processos, do sistema. ‘Consigo mesmo’ significa independente do ângulo de observação dos outros”⁷⁴ (Luhmann, 1998, p. 55, tradução nossa). Assim formulado, na sociedade moderna, quais são os direitos humanos defendidos? Ou ainda, como sua autorreferência reinventa seus próprios direitos? Para Teubner:

A teoria da autopoiese oferece uma análise das soluções da prática jurídica para o problema da indeterminação do direito graças à conjugação dos seguintes elementos: *auto-referência, paradoxo, indeterminação, estabilidade através de valores próprios*. Através da aplicação da sua própria distinção entre legal/ilegal, o sistema jurídico contrói-se a si mesmo na base de um círculo auto-referencial (Teubner, 1989, p. 24).

Sabe-se, contudo, que o primeiro passo fora dado, os direitos humanos surgem e sua caminhada permanece vinculando os seres humanos na busca pela realização da liberdade, igualdade e solidariedade. As Constituições tomam forma e estrutura nova, na busca por esses novos anseios da sociedade e do direito, em que a democracia pretende junto com a construção de princípios sustentar a civilidade dos seres humanos. Em suma, o direito com suas operações autorreferenciais procura legitimar a importância de uma real eficácia dos direitos humanos.

2.3. A civilização da civilização dos direitos humanos

Todo paradigma oculta um paradoxo. O enunciado anterior guarda em si complexidade e contingência. Vivemos em uma sociedade moderna ou pós-moderna dos direitos humanos? Explicá-la depende de uma visão da sociologia tradicional ou essa sociedade merece um olhar novo que acompanhe suas transformações? A inovação feita por Luhmann, paradigmática nos estudos sociológicos, implica na transição do discurso da unidade para a diferença, ou ainda, a permuta epistemológica da unidade – apresentada como

⁷⁴ Texto original em espanhol: El concepto de autorreferencia designa la unidad constitutiva del sistema consigo mismo: unidad de elementos, de procesos, de sistema. «Consigo mismo» quiere decir independiente del ángulo de observación de otros.

subjetividade e não como substância – pela diferenciação funcional da sociedade moderna. A unidade sociedade/indivíduo em que o sistema social é pensado, oculta o paradoxo construído pela ideia de integração baseado em um consenso, traduzido pela doutrina tradicional do contrato social. Em síntese, a sociedade é identificada com o indivíduo e a diferença é ocultada.

Luhmann percebe a necessidade de mudança metodológica da sociologia ao ver a transformação pela qual a sociedade moderna está passando e, entende que o conceito de sujeito – semelhante conceptualmente a ideia de humano, indivíduo ou pessoa – não mais é capaz de responder a essa transformação estrutural. Além disso, em contraste com a sociologia tradicional e com a teoria da ação que é o produto da intersubjetividade, quer dizer, a ação depende do contato de um sujeito com o outro, ele designa um novo personagem que seria o contexto em que é realizada a ação. Isso, não indica o abandono da ação humana, mas a observação que a conduta depende também de um contexto de autorreferência.

Por consequência, em breve síntese do avanço da teoria desenvolvida por Luhmann, pode-se compreender que ele a inicia: “[...] indicação temporal dos anos 60 à década de 80 do século passado, com o apontamento da elaboração de uma teoria do sistema estrutural-funcional. Sua principal inovação aparece na substituição de sujeito/objeto por sistema/ambiente” (Silva, L., 2022, p. 159), e, finalmente constrói sua teoria da *autopoiesis*, na qual “surge um esboço de uma construção teórica geral com a introdução de uma nova concepção de sistema social, a partir dos estudos, pesquisas e investigações desenvolvidas no campo da biologia” (Silva, L., 2022, p. 160). Para Luhmann (2006) a sociologia clássica é uma ciência dos fatos, em que o sujeito investigador se situa fora de seu tema. Porém, no âmbito de conhecimento da sociedade moderna da teoria da sociedade, essa ideia não se sustenta, porque a teoria se baseia em operações autorreferenciais, quer dizer, a teoria somente se comunica no interior do sistema social. Dessa forma,

A ideia foi elaborar uma teoria geral a partir das seguintes constatações fáticas: b1) a existência de um déficit na análise da teoria sociológica moderna/contemporânea; b2) a hipercomplexidade da sociedade moderna/contemporânea; b3) a ausência de uma teoria social com instrumentos científicos capazes de observação e descrição dos fenômenos sociológicos, a constatação da ineficiência da teoria do saber/conhecimento (Silva, L., 2022, p.160).

A *Teoria dos Sistemas Sociais* vem construir novas distinções e diretrizes com o fim de observar a sociedade moderna. Pretende elencar os lineamentos de uma nova metodologia que se adapte a hipercomplexidade da sociedade moderna, partindo da diferença sistema/entorno. Não é sem motivo aparente, que em *La sociedad de la sociedad*, Luhmann (2006, p. 20, tradução nossa) afirma que “a investigação que este livro apresenta procura dar o passo em direção a um conceito de sociedade radicalmente anti-humanista, radicalmente anti-regionalista e radicalmente construtivista.”⁷⁵ Nessa nova abordagem, o entorno – ser humano – e o sistema sociedade são objetos diferentes. É indubitável concluir logicamente, que o indivíduo (ser humano) permanece o mesmo fisicamente, enquanto ser vivo. Entretanto, notam-se variações na sociedade pelos próprios indivíduos que constroem essa história de mudanças. As Idades históricas – Antiga, Média, Moderna – apontam distinções da sociedade, consequência de observações de observadores que observam com um olhar do presente o passado, objetivando construir argumentações sincrônicas a partir da distinção com o passado. Pensando dessa forma, o observador observa o seu objeto de investigação simultaneamente a sua construção autorreferente e realimenta a construção de paradoxos. O observador reinventa teorias, generalizações e conceitos que dão significados às expressões da sociedade. No processo de diferenciação são produzidas abstrações generalizadas com a função de redução das complexidades.

Nesse diálogo de generalizações, os direitos humanos são autológicos, no momento que podem ser entendidos, racionalmente, como uma expressão que encerra um sentido próprio da realidade humana, e.g., os direitos humanos são direitos humanos. Sua construção semântica tem o presente como momento da ação, pois sua realidade reflete seu próprio sentido. A civilização da civilização dos direitos humanos é aquela que apreende os direitos humanos como sua realidade própria, autorreferente. O paradigma da civilização dos direitos humanos apresenta uma hipercomplexidade.

Porque a sociedade moderna – algo que demonstraremos plenamente – é caracterizada pela autonomização funcional e pelo fechamento operacional dos seus sistemas parciais mais importantes. Seus sistemas funcionais são livres para se auto-organizar e se auto-reproduzir. E isto significa que o sistema total já não pode ser estabelecido nos seus sistemas parciais através do controle operacional, senão

⁷⁵ Texto original em espanhol: Las investigaciones que este libro presenta buscan dar el paso hacia un concepto de sociedad radicalmente antihumanista, radicalmente antirregionalista y radicalmente constructivista.

unicamente através das repercussões estruturais da sua forma de diferenciação⁷⁶ (Luhmann, 2006, 26, tradução nossa).

Nesse contexto, os direitos humanos possuem liberdade para autorreprodução no momento que se apresentam como uma nova forma de civilidade a civilização. A civilização promove o discurso dos direitos humanos de forma autorreferencial e reflexiva. No campo do saber dos direitos humanos, a civilização constrói as expressões simbólicas que representam, reconhecem e protegem a dignidade humana. Princípios e bases estruturantes dos direitos humanos são formulados conscientemente e os sistemas jurídicos nacionais são obrigados a adotá-los em suas Constituições como direitos fundamentais. As operações pelas quais os direitos humanos acontecem dependem dos contextos de comunicação, pois conforme segue.

O sistema sociedade não se caracteriza então por uma determinada 'essência' (*Wesen*), muito menos por uma determinada moral (propagação da felicidade, solidariedade, nivelamento das condições de vida, integração por consenso racional etc.), senão unicamente por uma operação que produz e reproduz a sociedade: isto é comunicação⁷⁷ (Luhmann, 2006, p. 48, tradução nossa).

Se a comunicação é “uma operação que produz e reproduz a sociedade”. A sociedade é o produto da comunicação. Mas como explicar essa conclusão lógica com o olhar da civilização dos direitos humanos? É simples, a comunicação promove o discurso dos direitos humanos na sociedade. Um exemplo claro desse pensamento, é a utilização do termo *índio* que fora substituído pela expressão *indígena* no direito brasileiro. A proposta de mudanças conceituais em expressões consideradas depreciativas da dignidade da pessoa humana é figura presente no discurso dos direitos humanos. A sociedade muda por meio da comunicação. No entanto, o ser humano mantém suas características físicas, mesmo podendo apresentar alterações psicológicas que não cabem serem discutidas no momento. A civilização dos direitos humanos opera pela comunicação construindo mais comunicação. Dessa forma, “para que a comunicação ocorra é fundamental que todos os participantes intervenham com um

⁷⁶ Texto original em espanhol: Porque la sociedad moderna —cosa que demostraremos ampliamente— se caracteriza por la autonomización funcional y la clausura operativa de sus sistemas parciales más importantes. Sus sistemas funcionales quedan en libertad de auto-organizarse y de auto-reproducirse. Y esto significa que el sistema total ya no puede establecerse en sus sistemas parciales a través de un control operativo, sino únicamente a través de las repercusiones estructurales de su forma de diferenciación.

⁷⁷ Texto original em espanhol: El sistema sociedad no se caracteriza entonces por una determinada ‘esencia’ (*Wesen*), ni mucho menos por una determinada moral (propagación de la felicidad, solidaridad, nivelación de condiciones de vida, integración por consenso racional, etcétera), sino únicamente por la operación que produce y re-produce a la sociedad: eso es la comunicación

saber e com um não-saber”⁷⁸ (Luhmann, 2006, 49). A civilização da civilização dos direitos humanos é produto de uma diferenciação comunicativa e intuitivamente abstrata. O não-saber “a palavra índio deprecia a dignidade humana” toma *corpus* de uma civilização que apreende os direitos humanos no contexto espaço-temporal quando se constrói um saber: “indígenas é a expressão ideal nesse contexto dos direitos humanos”. Na análise deste caso, a civilização dos direitos humanos estabelece seu processo de *autopoiesis* por meio da comunicação, mas uma comunicação paradoxal, a que se denomina *docta ignorância*⁷⁹. Sobre a comunicação paradoxal, Luhmann afirma:

“Todas as comunicações” também inclui a comunicação paradoxal, isto é, a comunicação que nega dizer o que diz. Pode ser comunicada paradoxalmente e de forma alguma “sem sentido” — isto é, de forma alguma incompreensível = *autopoieticamente* sem efeitos. A comunicação paradoxal funciona como uma *operação* mesmo quando perturba o observador — sendo esta a sua intenção pretendida⁸⁰ (Luhmann, 2006, p. 65, tradução nossa).

Como resultado, a característica principal da civilização dos direitos humanos é sua complexidade cuja fonte é paradoxal. Segundo compreensão de Luhmann (2006, p. 65, tradução nossa) “a função da comunicação paradoxal não está totalmente esclarecida e deve-se assumir que ela mesma é paradoxal, isto é, que tenta efetuar a destruição e a criação num único ato”⁸¹. E é paradoxal, no momento, em que se constrói uma comunicação que nega dizer o que diz. Isso ocorre, por exemplo, ao se observar que os direitos humanos em suas operações determinam uma natureza própria dos seres humanos, de direitos subjetivos que necessitam produzir-se como direitos objetivos. Assim, quando se parte da ideia de uma universalização dos direitos humanos, conflui um paradoxismo comunicativo que irrita a sociedade e provoca sua *autopoiesis*, ao reproduzir elementos que operam de forma autorreferencial, diferenciada e que tem como produto um autofechamento operacional de suas funções.

⁷⁸ Texto original em espanhol: Para que la comunicación se efectúe es fundamental que todos los participantes intervengan con un saber y con un no-saber.

⁷⁹ Esta expressão é atribuída a Nicolau de Cusa, cardeal alemão, 1401-1464.

⁸⁰ Texto original em espanhol: “Todas las comunicaciones” incluye además a la comunicación paradójica, es decir, la comunicación que niega decir lo que dice. Puede comunicarse paradójicamente y de ninguna manera ‘sin sentido’ — es decir, de ninguna manera incomprensiblemente = autopoieticamente sin efectos. La comunicación paradójica funciona como operación aun cuando perturba al observador —siendo ésta su intención pretendida.

⁸¹ Texto original em espanhol: La función de la comunicación paradojal no está totalmente aclarada y hay que suponer que ella misma es paradójica, es decir, que trata de efectuar la destrucción y la creación en un solo acto.

O resultado das organizações da sociedade moderna tem a função de redução da complexidade através de suas operações que distinguem o sistema do entorno. Os paradoxos deixam em aberto a possibilidade de novas construções de sentido através de sua forma peculiar de distinção e ocultamento, pois os paradoxos colocam lado a lado dois termos que se contradizem. No entanto, essa contradição é aparente, pois não é capaz de desconstruir o sentido do enunciado comunicativo. Por isso, a observação do paradoxo é complexa, mas não atrapalha a operação dos sistemas.

No entanto, percebe-se que a própria complexidade da civilização dos direitos humanos é um conceito de origem observacional e descritiva, no instante, em que “a distinção que constitui a complexidade tem a forma de um paradoxo: a complexidade é a unidade de uma multiplicidade”⁸² (Luhmann, 2006, p. 101, tradução nossa). Quando se fala que alguma coisa é complexa, subentende-se que aquela possui uma variedade de aspectos ou elementos cuja interdependência de relações é também complexa. O conceito de complexidade se explica de forma complexa e, portanto, autológica, porque nessas relações a interdependência, às vezes, se mostra incompreensível. “Em resumo, a forma da complexidade é então a necessidade de manter uma relação apenas seletiva entre os elementos ou, por outras palavras, a organização seletiva da *autopoiese* do sistema”⁸³ (Luhmann, 2006, p. 103). Assim compreendendo, a civilização dos direitos humanos é complexa porque tenta organizar sua complexidade estrutural, recolhendo sua multiplicidade de elementos dispersos em uma unidade organizada.

2.4. A dimensão hermenêutica do direito natural e direito positivo na afirmação, negação ou continuidade do discurso sobre os direitos humanos

A natureza discursiva de fundamentação dos direitos humanos que emana de direitos subjetivos, tidos como possivelmente de um direito natural para então se tornarem positivados e idealizados discursivamente como propostas de alcance é mantida na relação trilateral do direito em que se apontam: o titular que pretende ter aquele direito efetivado, o destinatário

⁸² Texto original em espanhol: La distinción que constituye a la complejidad tiene la forma de una paradoja: la complejidad es la unidad de una multiplicidad.

⁸³ Texto original em espanhol: En resumen, la forma de la complejidad es entonces la necesidad de mantener una relación sólo selectiva entre los elementos o, dicho de otro modo, la organización selectiva de la autopoiesis del sistema.

reconhecido como o Estado que deve garantir essa proteção dos direitos e o objeto – os direitos humanos – que por uma relação entre forças que convergem tem a obrigação de manter o equilíbrio do convívio social. Nessa lógica, uma pesquisa hermenêutica sobre o discurso dos direitos humanos pode suscitar no observador do direito a indagação se há uma afirmação, negação ou continuidade das ideias implantadas do direito natural na positivação desses direitos apresentados como *direitos humanos*.

A dimensão hermenêutica de apresentação do discurso dos direitos humanos é uma abordagem explicativa em que os coloca como fonte que emana de uma comunicação paradoxal de sentido. Para tanto, parte-se de uma análise que leva em consideração esses direitos como normas de proteção dos seres humanos que se distanciaram ou não dos direitos naturais e positivos, como tentativa de ser um valor maior, transcendental ao direito positivo geral. Ocorre, por assim dizer, uma diferenciação do direito na sua racionalidade normativo-estrutural, tendo como produto os direitos humanos.

Diz-se diferente dessa forma, porque buscam pela defesa daqueles direitos entendidos como compreensíveis de serem alcançados formalmente em uma primeira dimensão, mas que paradoxalmente dificultam uma concretude quando se parte para dimensões dos direitos humanos que exigem uma efetivação material na esfera social.

Suscitam-se, para tanto, que as instituições sociais configuram formas comunicativas criadas, propriamente pela racionalidade humana como forma de minimizar a complexidade das sociedades civilizadas. Entretanto, a instituição dos direitos humanos são valores que foram filtrados da cultura predominante das classes dominantes e ideais dos dominados. Pois a realidade demonstra que esses direitos surgem das Revoluções ocorridas no século XVIII e ganham magnitude com as duas grandes guerras mundiais, que embatem com a ideia de um direito positivo que pode ser utilizado como forma de opressão quando pensado em sua forma jurídica, dispensando-se seu conteúdo, ou seja, relativizando-se suas consequências materiais.

Com essa visão de mundo, pode-se ter como objeto a indagação se há uma afirmação, negação ou continuidade das ideias implantadas do direito natural na positivação desses direitos apresentados como *direitos humanos*. Tal aprofundamento epistemológico se justifica para uma melhor concepção acerca da não ou efetividade desses direitos, possibilitando-se pensar que a imagem dos direitos humanos parte de longe de serem ideais efetivados em sua plenitude. É um engano, portanto, pensar no direito, seja qual for o

vocativo utilizado como absoluto em sua efetividade, pois um dever ser normativo vai continuar sendo uma expectativa comunicativa dotada do significado do que pode em algum momento temporal vir a ser.

2.4.1. A profundidade hermenêutica da apresentação dos direitos humanos na qualidade de discurso teórico-jurídico

Estudar os direitos humanos implica na aplicação de uma interpretação que dialogue com a idealização e efetividade desses direitos tidos como fundamentais. Destarte, projetando o mantimento do ordenamento jurídico na proposta de defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. Um ideal construído como uma forma transcendente de justificar a importância de arrancar do direito natural, ou mesmo fazer um filtro dos valores morais e religiosos, entendidos como mais humanos, de uma sociedade ocidental produto de uma criação cristã.

Por conseguinte, é possível perceber que a razão humana gerou uma diferenciação dos direitos já entendidos como humanos, porque até o momento que se escreve este trabalho, não se ouviu falar em direito construído por animais irracionais, mas apenas por aqueles convencidos de possuir sempre a razão. Razão esta, que a história é capaz de provar por seus indícios, que o ser humano cometeu absurdos incalculáveis, quando vistos a partir da nossa contemporaneidade de interpretação dos direitos humanos. Dessa forma, como afirma Kelsen:

Com efeito, a conduta que pelas normas é regulada é uma conduta humana, conduta de homens, pelo que são de distinguir em toda a conduta fixada numa norma um elemento pessoal e um elemento material, o homem, que se deve conduzir de certa maneira, e o modo ou forma por que ele se deve conduzir. Ambos os elementos estão ligados entre si por forma inseparável (Kelsen, 2009, p. 15).

Diz-se isso, porque na época, e.g. de uma guerra como a atual que ocorre entre a Rússia e a Ucrânia, sempre surgem novas justificativas para se cometer os mesmos erros de uma Primeira ou Segunda Guerra Mundial. Os argumentos de defesa da nação preponderam, camuflados por interesses econômicos e políticos que subjazem a identidade dos cidadãos de um país. Melhor dizendo, “a forma mais atual de afirmação dos direitos humanos poderia ser

assim, simultaneamente, a mais original (mais natural). Normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos na medida em que são descumpridos” (Luhmann, 2000, p. 158).

Assim sendo, os direitos humanos na qualidade de discurso teórico-jurídico permite uma interpretação que estes direitos são tratados de forma singular no ordenamento jurídico, este compreendido como “um ordenamento no qual a pertinência das normas é julgada com base em um critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo” (Bobbio, 2011, p. 81), transpondo-os, por isso, de um direito positivo, que não é considerado desumano, porque logicamente produto da racionalidade do ser humano, mas cuja diferenciação normativa permitiu separar uma figura apresentada como direitos humanos.

Essa diferenciação reconstruída permite a eficácia das normas jurídicas que apresentam os direitos humanos como um discurso jurídico capaz de funcionar isoladamente, aumentando de alguma forma a complexidade do sistema conhecido como direito. Pois é visível, que ao dividir o direito em subsistemas – entendendo os direitos humanos como uma forma separada do direito positivo quanto à essência de seu conteúdo – podem gerar ainda mais complexidade a essa forma de defesa da sociedade civilizada. Nesse sentido, Luhmann coloca que a teoria funcional dos sistemas pode, sim, ser fonte de mudança para a dogmática jurídica, ao conceituar os direitos fundamentais como instituição:

No registo sociológico, os direitos fundamentais aparecem como uma instituição. Na sociologia, este conceito designa não simplesmente um complexo de normas, mas um complexo factual de expectativas de comportamento que, vinculadas a um papel social, tornam-se atuais e, geralmente, podem contar com consenso social⁸⁴ (Luhmann, 2010, p. 85-86, tradução nossa).

Luhmann chama a atenção nesse aspecto para uma análise funcional estruturalista dos direitos fundamentais na Constituição alemã, e, por conseguinte, mostra que esses direitos são instituições de expectativas de comportamento elegidas pela sociedade como essenciais para determinada função do Estado. Para Luhmann “as palavras símbolos dos direitos fundamentais (propriedade, liberdade de opinião, igualdade, etc.) e os artigos correspondentes da Constituição simbolizam expectativas de comportamento institucionalizado e servem para

⁸⁴ Texto original em espanhol: En registro sociológico aparecen los derechos fundamentales como *institución*. Este concepto designa en la sociología no simplemente un complejo de normas, sino un complejo fáctico de expectativas de comportamiento que, enlazadas a un rol social, se vuelven actuales y, por lo general, pueden contar con consenso social.

mediar a sua atualização em situações concretas”⁸⁵ (Luhmann, 2010, p. 86, tradução nossa). E, é por causa dessas hipóteses que os direitos humanos são positivados para desempenhar determinadas funções nos sistemas sociais. Por outro lado, para ele, “a simples contraposição entre dogma e realidade é em si algo que naturalmente deixa insatisfeito e não diz quase nada, pois nenhuma interpretação é totalmente irreal e nenhuma realidade aparece sem interpretação”⁸⁶ (Luhmann, 2010, p. 79, tradução nossa).

Por este ângulo, uma interpretação dos direitos fundamentais evidencia a ambiguidade dos dogmas e a realidade na construção do discurso sobre os direitos humanos. Se, formalmente, os direitos humanos implicam numa positivação jurídica. E neste caso, para Luhmann (2000, p. 155) ocorre que “no dogma dos direitos humanos configura-se um paradoxo bem diferente: aqui trata-se da distinção de indivíduo e direito, que ganha simultaneamente com o desenvolvimento social moderno impacto estrutural e semântico”. Surpreendentemente, “o problema é determinado pelo fato de que as referências de identidade ligadas à origem e distinção hierárquica foram suprimidas sem que passassem por substituição. Ao invés disto desenvolve-se a figura do direito subjetivo - que só vale, porém, como direito objetivo” (Luhmann, 2000, p. 155).

Houve uma supressão das ideias imputadas do direito natural na passagem para um direito positivo, entretanto, surge uma identidade nova intitulada direitos humanos cujo discurso traz expectativas emergentes na época, imprecisamente século XVIII, revelando-se na modernidade como construção semântica que só são evidenciados quando positivados, seja, no ordenamento nacional ou através de convenções internacionais. Para Villey (2007, p. 21) “O progresso atual dos “Direitos Humanos” não deixa de implicar negação do positivismo legalista: longe de receber sua autoridade dos textos positivos do Estado, eles se apresentam como inferidos de uma ideia do “homem”; as leis atém-se a “declará-los”.

Nos dias atuais, isso implica numa interpretação que conjuga princípios com normas do direito, é dizer, que considera aqueles ideais imaginados como direitos humanos uma fonte limitadora para o intérprete no momento de aplicação do Direito. Assim sendo, pode-se afirmar que “essa figura dos direitos humanos atesta a sobrevivência da filosofia da Escola do

⁸⁵ Texto original em espanhol: Las palabras símbolo de los derechos fundamentales (propiedad, libertad de opinión, igualdad, etc.) y los correspondientes artículos de la Constitución simbolizan expectativas de comportamiento institucionalizado y sirven para mediar su actualización en situaciones concretas.

⁸⁶ Texto original em espanhol: “a simple contraposición entre dogma y realidad es en sí algo que naturalmente deja insatisfecho y que casi no dice nada, ya que ninguna interpretación es totalmente irreal y ninguna realidad aparece sin interpretación”.

Direito Natural, em seu tempo a continuadora de uma tradição escolástica; com muitas escolas de teologia tendo feito do direito o instrumento da lei moral" (Villey, 2007, p. 22). Essa sobrevivência traça uma ideia de antropocentrismo ao positivismo essencialmente formalista, criando uma hierarquia em que a dignidade da pessoa humana se apresenta no topo do ordenamento jurídico.

Com essa perspectiva, na construção do discurso dos direitos humanos parece haver a presença de um maniqueísmo, pois esta filosofia aponta para dois polos, especialmente, o bom e o mau, gerando oposição e incompatibilidade. A indagação que aparece ao leitor seria como isso é possível, já que na base do maniqueísmo há um fundo precisamente teológico, e, atualmente, vê-se Estados seculares e a tentativa infrutífera da doutrina jurídica de cisão completa com a religião. A resposta emana de um possível direito natural em que a escolha binária entre bom e mau (ruim, simploriamente falando), pode ser apontada como elementos fundantes na filtragem daqueles direitos que são considerados *bons* para os seres humanos. Estes por possuírem um conteúdo, que a partir de uma construção racional permite elencar certos direitos como essenciais naquele momento e em determinado lugar, pois mesmo prezando pela universalidade, há sempre um conflito estabelecido como paradoxo dos direitos humanos, na relação com a sua efetividade. E outros direitos, que são ruins, ou seja, são maus para humanidade por não serem descritos e interpretados objetivamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.4.2. Afirmação, negação ou continuidade do programa discursivo e ideal dos direitos humanos

Com a difusão dos ideais dos direitos humanos como programa discursivo resultado das Revoluções do século XVIII permitiu-se indagar como esses direitos reconhecidos como fundamentais para o ser humano conseguiram afirmação, outros direitos foram negados, ou ainda, alguns permaneceram como uma continuidade da interface entre o direito natural e o direito positivo. Este último, como o espaço em que os direitos humanos emergem como forma de exigência jurídica, e, logo, como discurso passível de ser exigido concretamente.

Tal entendimento é simplesmente denegado, mas a percepção da realidade permite contrapor a força comunicativa que os direitos humanos possuem no campo jurídico. Pois a construção paulatina desses direitos só foi conquistada nas reconhecidas dimensões dos direitos humanos, primariamente na trilateral fundamentação simbólica do direito, baseada nas ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, cujas bandeiras são levantadas na Revolução Francesa, mas que não foram aplicados de forma abrupta e de uma só vez. Daí surge a oposição da doutrina em afirmar que conceitualmente falar em gerações dos direitos humanos seria uma forma errônea, por uma geração não sobrepor à outra, negando-a, mas há uma continuidade que emerge da ideia de uma não regressão dos direitos já ideologicamente conquistados.

Ao varrer inteiramente a sala de estar da interpretação, levanta-se novamente a poeira, ao compreender que o filósofo e o teórico quase sempre andam na contramão das ideias adotadas pela sociedade. Possivelmente, porque como observadores do sistema social percebem as minúcias das estruturas sociais e revelam a polêmica deliberada de sua natureza sistêmica. Dessa premissa, sustenta-se o que diz Chauí:

Em outras palavras, uma teoria exprime, por meio de ideias, uma realidade social e histórica determinada, e o pensador pode ou não estar consciente disso. Quando sabe que suas ideias estão enraizadas na história, pode esperar que elas ajudem a compreender a realidade de onde surgiram. Quando, porém, não percebe a raiz histórica de suas ideias e imagina que elas serão verdadeiras para todos os tempos e todos os lugares, corre o risco de estar, simplesmente, produzindo uma ideologia (Chauí, 2008, p. 13).

Partindo desse pressuposto, a teoria dos direitos humanos desenvolvida atualmente pode ser alterada e ter outro ponto de vista no futuro próximo, é dizer, a teoria que tratava dos direitos humanos, e. g. no século XIX não tem a mesma visão desses direitos tratados nos dias atuais. Surgiram novos direitos defendidos como fundamentais, tem-se que apreender que a essencialidade de certos direitos é contemporaneamente construída e possui alta mutabilidade.

A apresentação do discurso dos direitos humanos sofre então uma tríplice divisão resultado de uma *bijetividade* ⁸⁷ que relaciona a afirmação e a negação de direitos escolhidos como essenciais para o indivíduo resultando numa continuidade da proteção dos direitos

⁸⁷ Termo encontrado na matemática, utilizado para conjuntos relacionando um domínio A com um contradomínio B.

humanos, mas adotados como um conceito de diferenciação dos direitos formalmente positivados.

A questão da essencialidade dos direitos humanos como programa discursivo é complexa. Pois, nossa linguagem parece ser aficionada pela relação de diferenciação triangular, é dizer, e. g.: Hegel abre a discussão sobre o ser e o não ser, que numa perspectiva dialética – tese, antítese, síntese – apontaria como resultado um possível *devoir*; na religião, os dogmas levam a uma ideia transcendental de inferno, purgatório e céu, ou ainda, a realidade de uma santíssima trindade – Deus, Jesus e o divino Espírito Santo; Kelsen levando em consideração uma teoria escalonada das normas exprime uma ideia de ser, dever-ser, em que abordando de forma hierárquica este último, distingue leis, Constituição e fecha-o com a *Grundnorm* – a norma fundamental ficcional⁸⁸ que serve como fundamento lógico-transcendental; e ainda, como exemplo mais simplório no mundo jurídico, o crime é considerado um fato típico, ilícito e culpável.

Parece inequívoco que a racionalidade humana não consegue manter o dualismo diferenciador e comparativo dos conceitos, enquanto: branco ou negro, bom ou mau, belo ou feio, triste ou feliz. Necessita-se de um terceiro elemento que constitua uma forma diferenciada e produto da racionalidade criativa e crítica do indivíduo, que geralmente no código binário é ocultada a uma observação simples e desinteressada. Nesse ponto, emerge diferencialmente a ideia de direito natural, direito positivo e um terceiro elemento, os direitos humanos. Para Goyard:

A natureza e o significado dos direitos que, em 1789, o direito era chamado a reconhecer pareceram muito claras para certos intérpretes: claras demais, na verdade. Segundo eles, são “direitos-liberdades” nos quais discernem – não sem segunda intenção política – as “liberdades fundamentais” do homem: são, por natureza, “poderes de agir” que, em cada um, são oponíveis ao Poder do Estado (Goyard-Fabre, 2002, p. XXXV).

Nessa perspectiva, convém suscitar que “o liberalismo ético-político que subjaz a sua formulação jurídica corresponde à vontade de salvaguardar a integridade da pessoa humana diante do poder público. Sem de forma alguma ser contra o Poder, definem a parte do homem

⁸⁸ Kelsen adota conceitos diferentes em sua *Teoria pura do Direito* (1934) e na *Teoria geral das normas* (obra póstuma de Kelsen), naquele entende norma fundamental como hipotética, neste reconhece seu possível erro de interpretação e considera a norma fundamental não como hipótese, mas como ficção em termos vaihingeriana, porque é um ato meramente pensado.

que a autoridade soberana não pode governar” (Goyard-Fabre, 2002, p. XXXVI). Assim, a integridade da pessoa humana protegida contra arbitrariedades do poder estatal estaria baseada na garantia de três ações comportamentais: circular, pensar e agir de forma livre e responsável. Essa interpretação dos direitos humanos por Goyard-Fabre aponta para as liberdades do indivíduo e sua personalidade frente à *longa manus* do Estado. Trata da menção à primeira dimensão dos direitos humanos reconhecidos pela filósofa como a “apropriação dos direitos pelo direito” (Goyard-fabre, 2002, p. XXXV). Reconhece-se nesse momento o paradoxo dos direitos que se diferenciam dos direitos até então elencados. O detalhe que se mantém nesse metamorfosear do direito é a positividade necessária à validade dos direitos humanos. Tratar dos direitos humanos seja de qual for o ponto de vista, da sua origem de um direito produto da natureza humana ou de sua racionalidade reconstrutora no direito positivo, decerto é que não se pode negar ou evitar suas relações. Essa abordagem ilustra que os direitos humanos buscam sua reafirmação nos dois paradigmas que formulam o embate da literatura jurídica, direito natural versus direito positivo. O afastamento dos direitos humanos desses paradigmas não é possível porque se este nascer de um conteúdo axiológico e moral resultado do primeiro, a possibilidade da exigência válida desses valores só é permitida pelo segundo. Dessa forma, pode-se afirmar:

Sempre que alguém tem um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga esse direito. É duvidoso que o inverso seja válido. Não é válido quando existem normas de direito fundamental que não outorgam quaisquer direitos subjetivos. Poderíamos pensar em responder à questão de saber se tais normas de direito fundamental existem através de uma definição segundo a qual apenas as normas que concedem direitos fundamentais são normas de direito fundamental (Alexy, 1993, p. 47-48, tradução nossa)⁸⁹.

Como já foi dito anteriormente, o titular dos direitos humanos, ou seja, o ser humano só pode exigir do Estado seu cumprimento quando positivados no ordenamento jurídico de forma válida. A lacuna dessa reflexão torna-se um problema quanto a alguns direitos fundamentais que emergem no sistema jurídico. Aqueles que possuem dificuldade na sua efetividade no mundo real pela impossibilidade prática da economia e política, incapazes de

⁸⁹ Texto original em espanhol: Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso. No vale cuando existen normas de derecho fundamental que no otorgan ningún derecho subjetivo. Se podría pensar en dar respuesta a la cuestión acerca de si existen tales normas de derecho fundamental a través de una definición según la cual sólo normas que otorgan derechos fundamentales son normas de derecho fundamental.

promover a eficácia material desses direitos humanos já positivados. Já, nesse meio, o direito em sua relação interna, mesmo como uma teoria jurídica que realize um conúbio com a prática não possui os mais das vezes o domínio completo dessa relação externa. Criam-se assim, abstrações dos direitos humanos que não conduzem a uma realidade palpável de direitos.

2.4.3. O continuísmo dos paradigmas comunicativos reconhecidos como direitos naturais e(ou) positivos

A literatura jurídica aponta para diferentes formas de interpretar a distinção entre o direito natural e o direito positivo, zelando na maioria das vezes por um distanciamento excludente, em que o direito natural é tido como uma ideia que se opõe semanticamente ao direito positivo. Contudo, uma investigação aprofundada acerca dessa relação entre esses dois paradigmas do direito transita por caminhos muito mais complexos. Assim, as investigações de Kelsen conduzem a um pensamento conclusivo sobre o direito natural, pois “se a ‘natureza’ na qual as normas do Direito Natural são imanentes é a natureza do homem, e se considerarmos que a natureza do homem — diferentemente da dos animais — consiste na razão humana, então o Direito Natural aparece como o *Direito da Razão*”⁹⁰ (Kelsen, 1991, p. 6, tradução nossa). Propriamente falando, é dizer que o direito natural é um produto da racionalidade humana que o encontra na natureza do próprio ser humano para se tornar um sistema de regras que emanam de um discurso natural, que corresponde a um ato de vontade do indivíduo.

Neste instante, o reconhecimento do direito positivo como um paradigma comunicativo que implica no continuísmo de um direito natural permite constatar as características que incluem os direitos humanos como um retorno aos direitos tidos como naturais. Aqueles direitos idealizados como liberdade que longe de um livre arbítrio não indica seu afastamento embriológico e semântico, mas denuncia sua realidade epistemológica.

⁹⁰ Texto original em inglês: If the ‘nature’ in which the norms of Natural Law are immanent is the nature of man, and if we consider that man’s nature – unlike that of animals – consists in human reason, then Natural Law appears as the *Law of Reason*. Ver também: KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 9.

Essa interpretação do discurso dos direitos humanos procura uma visão comum dos observadores do direito, deste modo, “a hermenêutica considera a linguagem, por assim dizer, em ação, a saber, da maneira como é empregada pelos participantes com o objetivo de chegar à *compreensão* conjunta de uma coisa ou a *maneira de ver* em comum” (Habermas, 1989, p. 41). É transformar uma visão individual em algo comum à coletividade, ou seja, criar um campo de interpretação racional que através da linguagem funcione como o caminho para o entendimento conjunto de uma ideia. A interpretação se define por um denominador comum, a busca da unidade na pluralidade, condição necessária permitida pela linguagem.

A investigação acerca dessa relação entre direito natural e direito positivo evidencia uma imagem especular em que ocorre uma duplicação do direito refletindo o seu objeto, ou seja, as normas, quase de forma idêntica. No entanto, há uma inversão na qual o que deveria ser da natureza humana – inata – passa a ser uma criação racional do próprio homem.

Dessa forma, como efeito discursivo e óptico, essa reflexão gera uma figura bidimensional – direito natural e direito positivo – e, também pode criar uma estrutura tridimensional em que somado a esses dois se reconstrói a partir e como continuação desses a imagem dos direitos humanos. Assim, como na matemática temos três valores ou coordenadas que levam a determinação de um único ponto, a dizer, o direito, que como conclui Kelsen “o Direito é uma ordem da conduta humana. Uma ordem é um sistema de regras. O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema” (Kelsen, 1998, p. 5).

A partir desses pressupostos, pode-se depreender, parafraseando a lei da conservação das massas que o direito não pode ser destruído, apenas transformado. Quanto à criação do direito, o problema é muito maior, do que os objetivos traçados neste trabalho. Pois, perguntar quem criou tal modelo de sistema social, ou ainda, o que é isso ou aquilo, sempre geraram equívocos, pois a maioria dos destinatários destes questionamentos parte de um ponto de vista que sempre é à vista de um ponto. O primordial seria perguntar: como se chegou a isso?

Consequentemente, seria perguntar como a partir de um direito natural e de um direito positivo, surgiu a imagem ideal dos direitos humanos? Tal entendimento permitiria saber como reformular as normas que condizem formal e materialmente a realidade social não apenas nacional como também no âmbito internacional. Por vezes, se os direitos humanos são

humanos deveriam enquanto *ser* humano estar previstos e funcionando da mesma forma em todos os lugares, reafirmando concretamente a sua universalidade.

A realidade destoante dessa efetividade dos direitos humanos enquanto continuísmo dos dois paradigmas do direito gera uma idealização enquanto *dever-ser* que está longe da efetivação como *ser*. O paradoxo existencial do discurso dos direitos humanos reproduz para quem sofre suas violações, ou seja, o titular desses direitos a convicção de uma desumanidade dos mesmos direitos humanos.

A solução para esta problemática parece ser sua real efetivação, ou se impossível no momento do surgimento desses direitos, uma proposta de discurso ou reformulação de expectativas normativas que possam ser realizadas pelo Estado, e, que ocultem os próprios direitos humanos não realizáveis no momento. Contudo, isso conduz a um cinismo consciente do saber. Por outro lado, vê-se na figura dos direitos humanos a programação para alcançar esses direitos futuramente, principalmente quando se remete ao nível nacional dos países que os inseriram em suas Constituições como direitos fundamentais.

Seria passar a ideia de um cenário de direitos que podem algum dia ser alcançado no futuro. No passado, representam algo que deve ser abandonado ou esquecido, por não reproduzirem mais efeitos. No presente figuram apenas como ideais de uma continuidade de um possível direito natural e(ou) positivo que se diferenciou, como resposta discursiva para uma sociedade que sofreu e sofre abusos vindos do Estado e também de seu próprio conjunto de características específicas da natureza humana, é dizer, da sua humanidade.

3. O PROCESSO DE APRENDIZAGEM DOS DIREITOS HUMANOS

Já foi colocado em questão a origem, existência, eficácia, validade e fundamentação objetiva dos direitos humanos, mas algumas dúvidas ainda percorrem seu longo caminho. Como ocorre o processo de aprendizagem cultural dos direitos humanos? Os direitos surgem de um processo de aprendizagem ou são produtos da natureza humana? São apreendidos cognitivamente ou existem por si no inconsciente da espécie humana? Tratar desses aspectos traz uma complexidade para os teóricos e até mesmo para sociólogos que se preocupam com a investigação científica do direito. Ademais, a incursão nessa análise complexa exige uma interdisciplinaridade visível entre filosofia, sociologia e psicologia, talvez, também parte da lógica matemática. Indo mais distante nas alusões, eventualmente precise de uma nova ciência que ainda não foi criada para descrever esse possível processo de aprendizagem.

Por meio de uma interdisciplinaridade com a biologia, os direitos humanos permitem uma comparação lógica a uma célula humana, no ponto que a sua semelhança apresenta uma membrana de proteção que o limita como sistema autorreferencial e autológico, diferenciando-o de outros sistemas sociais. Possui também um núcleo – a proteção da dignidade da pessoa humana – que implica em seu sentido básico e um citoplasma – conjunto de normas – que pressupõe sua forma. Isto só acontece, porque de um ponto de vista do aprendizado interdisciplinar se pode propor uma ligação entre as ciências exatas e as humanas. Com isso, antes se deve entender que a ideia de um sistema no organismo vivo é diferente dos sistemas nos organismos não vivos, a dizer, nos sistemas sociais, aplicando aqui a binariedade típica e lógica da comunicação. A visível transição semântica conduz o observador de primeira ordem a ver que a comunicação é o elemento que conduz a existência dos sistemas. No que se refere ao observador de segunda ordem, questiona-se o observar sobre o observador que observa o objeto e tece seus significados. Assim, a construção do saber é reproduzida dentro de uma técnica direcionada por determinada ciência.

O domínio da técnica científica se apodera do observador e guiam o padrão de desenvolvimento de seus pensamentos, enfim, de seu processo de aprendizagem. Se o observador for um filósofo, deve pensar em termos filosóficos. Se sociólogo, pensar a sociedade com argumentos da sociologia. Sendo biólogo, conduz-se através do conhecimento da natureza. Esses exemplos não possuem natureza exaustiva, mas apenas indicam a diferenciação de funções na sociedade moderna. A complexidade dessa sociedade tem um

produto policontextual que não permite mais apenas um observador observar individualmente – correndo um risco de apresentar uma redundância neste contexto – todo o processo de construção do pensamento, a exemplo de um Sócrates, Platão ou Aristóteles, polímatas da Grécia antiga.

Essa redução da complexidade dirigida ao observador permite a distribuição das funções dentro da sociedade, mas também limita uma análise fecunda das estruturas que a compõem. Por mais que uma teoria tente envolver com os braços todo o contexto de comunicação moderna, parece inevitável que tal teoria tende a calcorrear descalça por um pedregulho e a ferir de forma contundente os pés. Nesse aspecto, percebe-se que Kelsen e Luhmann não foram e não puderam ser capazes de desenvolver uma teoria sem fechamento operacional de sua ciência, quer dizer, sem incluir-se no interior de sua teoria e limitação de suas abordagens como teoria pura e normativa ou como *Teoria dos Sistemas Sociais*. A pureza da comunicação é consequência de sua capacidade instrumental de construção de sistemas pelo ser humano. Sistemas observados por Luhmann, como a religião, economia, arte, direito etc., somente podem ser descritos como comunicação à distinção dos organismos vivos estudados pelas ciências exatas. Sistemas vivos são compostos de partes concretas, ao passo que os sistemas sociais são pura comunicação, ou seja, são realidades fictícias, contudo, paradoxais.

Pode-se a título de exemplo, afirmar-se que o sistema digestório é composto por: boca, faringe, esôfago, estômago, intestino delgado, intestino grosso, reto e ânus. Esses elementos são passíveis de serem designados como substâncias concretas. Por sua vez, a sociedade moderna é composta de subsistemas: direito, religião, economia, política etc., tais sistemas compreendem a estrutura da sociedade moderna, contudo, são dependentes da existência dos seres humanos – ambiente/entorno – para existirem. Apresenta-se com essa assertiva apenas uma contradição aparente da autopoiese dos sistemas sociais, mas não concreta, a ponto de gerar um conflito de interesses com o pensamento luhmanniano, pois o fechamento operacional deles não implica dizer que não foram construídos pelos seres humanos, apenas quer dizer, que tais estruturas percorrem agora, longe de seu criador, seus próprios processos de decisão. Essa independência funcional dos sistemas se apresenta imprescindível à circularidade de seus processos operacionais. A interferência ou irritabilidade do ambiente em um sistema não deve conseguir ferir a sua membrana de

proteção, pois essa guarda o conteúdo das decisões tomadas pelo ambiente e que agora devem tomar suas próprias decisões com base em sua função estrutural e autorreferente.

Ao se pensar em termos do positivismo, a estrutura epistemológica que Kelsen encabeçou em sua teoria pura e normativa do direito possui o fim de distinguir o processo de decisão que forma a estrutura do ordenamento jurídico, a dizer, as normas, com fundamento em uma validade também hierarquicamente normativa. Não há, com isso, uma tautologia na descrição do direito, mas uma construção lógica de sentido que reafirma o direito como um dos sistemas que regulam a ação humana na sociedade moderna.

Nos últimos anos, os pesquisadores foram conduzidos a dizer o que são e o que não são os direitos humanos. Isso não é nada mais do que a condução da produção de paradoxos, quer dizer, de construção de dicotomias que se ocultam em sua circularidade reflexiva. No dizer de Di Giorgi (2007, p. 32) “a produção de direito é simultaneamente produção de não-direito. O paradoxo é tratado como se fosse uma contradição: a contradição entre direito e não direito”. Decerto que a sociedade – entendida como sistema social – possui a primazia frente a outros sistemas. Essa afirmativa é visível aos olhos do observador, e, permite, analogicamente, dizer que os direitos humanos possuem atualmente primazia sobre os demais direitos. Mas, como explicar essa realidade contextual da comunicação?

A teoria funcionalista dos sistemas assume a responsabilidade de observar a relação entre mundo e sistema. Já, o objetivo da teoria cibernética dos sistemas está na redução da complexidade através da construção de um sistema que também reduza o problema das diversas possibilidades a uma questão de seleção. Para Luhmann (1996) a linguagem e a autoconsciência reflexiva atuam como mecanismos de generalização e seletividade. Desta maneira, a confiança constitui uma forma efetiva de redução da complexidade. Essas afirmações não estão deslocadas do contexto aqui trabalhado sobre os direitos humanos, mas percorrem o caminho interpretativo de apontar a confiança nos direitos humanos, como essencial para sua afirmação de normas suprafundamentais do direito.

Os processos de aprendizagem dos direitos humanos permitem a generalização de experiências. Luhmann categoriza que a generalização de experiências imposta à confiança possui três aspectos, a dizer: “[...] *indica o deslocamento parcial da problemática do <<externo>> ao <<interno>>, um processo de aprendizagem e uma resolução simbólica*

dos resultados no entorno”⁹¹ (Luhmann, 1996, p. 44). A generalização dos direitos humanos permite perceber que a realidade contextual deles é a confiança que lhe é depositada, como meio de redução das complexidades. Uma forma de reduzir a complexidade das condutas é a comunicação, que transmitida a alto nível de abstração, a ponto de construir uma realidade simbólica, gera confiança do entorno no sistema. O sistema direito é capaz de autorreprodução para atingir mudanças exigidas pelo entorno. Os limites que permitem a diferenciação sistema/entorno são interconectados por acoplamentos estruturais, que fecham o sistema, mas deixam abertas possibilidades de mudanças. Os direitos humanos são normas suprafundamentais porque permitem a generalização da confiança, englobando a personalidade e a interação social por meios de comunicação que operam como formas de aprendizagem.

3.1. Problemas fatais dos direitos humanos na sociedade moderna

A sociedade moderna dá exemplos convincentes que a construção dos direitos humanos é resultado das mudanças sobrevindas de suas paulatinas transformações, que vêm juntar-se à reação radical à depreciação do direito positivo, pós-guerras mundiais. O problema que reteve, acima de tudo, a atenção dos teóricos do direito até o momento, concerne a classificar as dimensões dos direitos humanos, a tentar de algum ponto de referência comum identificar os elementos que determinam sua gênese, eficácia e validade normativa ou axiológica. Tais dimensões são movidas, a maioria das vezes, por suas necessidades internas (paradigmáticas, porque ocorrem no mesmo contexto da teoria dos direitos humanos), e, ainda, as que decorrem dos acordos ou filtros exigidos com aquilo que outros sistemas funcionais – economia, política, religião – revelam e determinam sobre o assunto. É característico o fato dos direitos humanos constituírem um prolongamento do direito positivo, um sistema que engloba a si próprio, capaz de suprir a falta de sentido material criada pela moldura do direito positivo moderno.

Nesse contexto, a relação metanarrativa que acompanha a existência entre as dimensões dos direitos humanos, é apontada como de mesmo nível e não se contradizem,

⁹¹ Texto original em espanhol: [...] *indica el desplazamiento parcial de la problemática de lo <<externo>> a lo <<interno>>, un proceso de aprendizaje y una resolución simbólica de los resultados en el entorno.*

porque uma não se sobrepõe a outra hierarquicamente. Mas, há de certa forma, uma complementação, embora a realidade efetiva dos direitos humanos seja retransmitida com uma aproximação sumária das possibilidades dessa provável verossimilhança com a realidade.

O grau de realismo dos direitos humanos varia segundo sua função na concepção geral de suas dimensões. É preciso lembrar que os direitos políticos e civis foram os primeiros capazes de engendrar o caráter negativo do Estado. Distinguiram-se na narrativa dos direitos humanos os direitos econômicos, sociais e culturais à procura de atribuir também um caráter positivo às ações do Estado. Tudo isso prometia ser, portanto, a distinção entre duas exigências paradoxais de sentido atribuídas ao poder do Estado – abstenção e atuação interdependentes. A última serviria de promessa de uma aplicação mais real desses direitos. Os direitos humanos, enquanto gênero, e suas dimensões como espécies não desobedecem às regras do gênero, mas o que a elas se adaptam.

Um fato muito notado na doutrina jurídica, mas ainda bem pouco investigado e cujas consequências afetam a categoria dos direitos humanos é que estamos hoje em presença de um corte entre as duas manifestações essenciais do Estado – a relação público/privado em que a pública deve prevalecer sobre a privada – pois não há mais uma forma onibarcante em nossa sociedade. A unidade de poder estatal que converge desde os primórdios do tempo para uma relação pública superior a relação privada começa a sofrer uma transgressão na sociedade moderna. O fato é que, essa relação está se tornando ainda mais complexa e contingente, pois com a inevitável interação de poder do Estado – *res publica* – e o poder do império tecnológico e de informações – *res cybernétique* – para qual aponta a globalização nos dias atuais, não se pode mais medir com as mesmas medidas as civilizações antigas e a sociedade moderna. Uma teoria pura e paradoxal dos direitos humanos deve também permitir uma análise dessas mudanças que tendem a investigar a quarta Revolução Industrial na história da humanidade.

Mas, por enquanto, deve-se notar que a classificação dos direitos humanos pela doutrina promete ser relativamente fácil. É preciso, para tanto, começar pela descrição de suas dimensões, o que quer dizer também por suas delimitações. No entanto, o interesse do observador da sociedade e dos direitos humanos, ademais, *ubi societas, ibi jus*, não diminui por isso. Existem, sim, dois sentidos diferentes, porém, a oposição entre direitos humanos e direitos não humanos é apenas uma classificação procedimental e não histórica e real. Assim,

como direciona De Giorgi ao tratar da relação externa e interna do direito e, portanto, dos limites do direito e sua diferenciação.

O que está na exclusão não é capaz de conexão, não é capaz de diferença, não está só fora, mas está hierarquicamente abaixo, não tem voz; o que está fora só é negativo, é o que está nas fronteiras, pela razão de Kant e pela sua linguagem: o que está fora é a *não-sexualidade*; é a *cor-não-branca* da pele; é *não-cidadania*; é indigência; é a *não-segurança*, isto é, o potencial de perigo; é instabilidade, ou seja, precariedade; é o espaço da *não-competência* do direito; é *não-vida* ou *não-morte*; é mera irrelevância sem conteúdo significativo; simplesmente ausência (De Giorgi, 2021, p. 20).

É preciso acrescentar imediatamente que, na prática, a análise funcional das dimensões dos direitos humanos se manifesta nas possibilidades da sociedade moderna e goza de certa liberdade, que lhe permite submeter-se ou não ao universo do direito e suas leis estruturais. Elas organizam a estrutura dos direitos humanos servindo-lhe como técnica de redução da complexidade. Recorrendo à origem dos direitos humanos, a primeira compreensão que se tem, é que os direitos humanos seriam divididos apenas em três dimensões essenciais. Entretanto, existem teóricos no direito que investigam a possibilidade real da multiplicação dessas dimensões que narram a história dos direitos humanos. Daí, emergir as quartas e quintas dimensões, com o fim de integração maior das transformações históricas ilustradas na sociedade.

Seguindo por esse caminho, a análise dos direitos humanos permite isolar unidades formais que se apresentam como dimensões, apresentadas analogicamente com o discurso das palavras símbolos – liberdade, igualdade e fraternidade – que dão certo sentido às ações desejadas, a dizer, a expectativa de realização do discurso dos direitos humanos. Contudo, para Álvarez existem problemas na estruturação semântica dessas gerações, que refletem de certa forma apenas as três gerações já consagradas pela doutrina.

Com esse pensamento, ele destaca que os “novos direitos que se pretendem canalizar para uma nova geração são todos, por enquanto, novas manifestações dos direitos da primeira, segunda e terceira gerações; Ou seja, são os mesmos direitos das gerações indicadas; mas em novos ambientes ou enfrentando novas ameaças”⁹² (Álvarez, 2008, p. 5, tradução nossa). Para

⁹² Texto original em espanhol: [...] nuevos derechos pretendidos canalizar en una nueva generación, son todos, por ahora, nuevas manifestaciones de los derechos de primera, segunda y tercera generaciones; con otras palabras, son los mismos derechos de las generaciones indicadas; pero, en nuevos entornos o frente a nuevas amenazas;

ele, novas gerações de direitos humanos podem afetar prejudicialmente as gerações precedentes causando uma descontinuidade temporal e semântica. Desse modo, pode-se afirmar:

[...] o critério geracional dos direitos humanos deve contemplar o surgimento destes (direitos humanos) sob uma inspiração ideal ou valorativa que transforme o curso da humanidade na tentativa de melhorar seu grau de civilidade, e não suas diversas expressões ou manifestações referentes a novas formas de ameaça àquelas já estabelecidas⁹³(Álvarez, 2008, p. 5, tradução nossa).

A trilogia dimensional ou geracional dos direitos humanos se abre às novas possibilidades da sociedade, sendo nomeadas para não correr o risco de passarem despercebidas e desprotegidas. Por essa razão, enfim, os direitos humanos reconhecem um estado de adaptação em que os sujeitos que denunciam um padrão formal predizem também uma possível mutação geracional desses direitos, revelando sua dinamicidade. Segundo Fuhrmann:

A terminologia “gerações de direitos humanos”, e sua correlata base conceitual e teórica, pode ser reputada, originariamente, ao jurista tcheco, radicado na França, Karel Vasak, que, à época em que exercia a direção do Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo (1979), afirmou que o desenvolvimento dos direitos do homem no curso da história, e seu correlato processo de concretização, correspondia, em termos gerais, à clássica tríade da Revolução Francesa (Fuhrmann, 2013, p. 27).

Surge nessa análise a importância de perceber três tipos de relações: a primeira é a relação temporal, em que as dimensões se seguem no contexto dos direitos humanos porque se reproduzem no mundo de comunicação da sociedade de forma a construir o presente olhando para o passado; a segunda, nem por isso, menos importante, a relação lógica, na qual as dimensões são habitualmente fundadas em implicações e pressupostos, enquanto aqueles direitos excluídos e mais afastados da realidade discursiva dos direitos humanos se caracterizam pela presença da inclusão nessa realidade; por último, a relação espacial, que na medida em que dois direitos são justapostos por causa de um conflito entre eles e através de uma relação de causalidade, desenha-se assim um espaço próprio, antes inexistente, desses

⁹³ Texto original em espanhol: [...] el criterio generacional de los derechos humanos debe atender al surgimiento de estos (derechos humanos) bajo una inspiración ideal o valorativa transformadora del rumbo de la humanidad en procura de mejorar su grado de civilidad, no de sus diversas expresiones o manifestaciones referidas a nuevas formas de amenaza de los ya establecidos.

direitos nos direitos humanos. A sequência terá ordens diferentes segundo o tipo de relações que estão ocorrendo na sociedade e que servem para construção do discurso dos direitos humanos.

O estudo dos direitos humanos nos leva a ver os acontecimentos que aparecem ao longo da história e suas consequências no mundo real. Ao lado desses direitos, encontra-se a necessidade de explicar de modo racional a situação atual dos problemas que infringem os direitos humanos na sociedade moderna. Graças aos direitos humanos, a teoria do direito encontra-se em forma consideravelmente melhor e mais humanizada. Contudo, na realidade mundial e os acontecimentos que a comprovem, os direitos humanos ainda são largamente vistos como um sonho.

A título de exemplo, pode-se adentrar no campo econômico. Falar sobre a desigualdade econômica com a divisão de alimentos, e tratar, portanto, da dimensão social dos direitos humanos. Para resumir, pode-se dizer que, a distribuição irregular de alimentos na sociedade moderna pode ser observada como um problema fatal para a aplicação dos direitos humanos. Como estabelecer uma conexão segura entre a igualdade e a difusão de direitos civis essenciais, se o Estado não fornece de maneira satisfatória bens fundamentais? Esta questão toma como paralelo o estabelecimento do desenvolvimento tecnológico que facilita a vida do ser humano e até sua forma laborativa. Mas aí, indaga-se, até que ponto esse avanço melhora a vida dos cidadãos? Esses problemas são capitais para entender e tentar construir elementos que induzam ao seu saneamento. De maneira geral, o capitalismo contesta toda a forma de divisão que não implique na produção de capital, produto do trabalho. Na visão analítica e crítica de Marx e Engels em que analisam as contradições da divisão do trabalho, a definição de propriedade dada pelos economistas modernos e o poder de usar da força alheia, pode-se concluir que:

Com a divisão do trabalho, na qual todas essas contradições estão dadas e que, por sua vez, se baseia na divisão natural do trabalho na família e na separação da sociedade em diversas famílias opostas umas às outras, estão dadas ao mesmo tempo a distribuição e, mais precisamente, a distribuição *desigual*, tanto quantitativa quanto qualitativamente, do trabalho e de seus produtos; portanto, está dada a propriedade, que já tem seu embrião, sua primeira forma, na família, onde a mulher e os filhos são escravos do homem (Marx; Engels, 2007, p. 36).

Decerto que é da própria natureza da linguagem moderna capitalista elencar a desigualdade como natural e inerente a situações de oportunidades iguais para todos, fundada

na relação trabalho e propriedade privada. “Além do mais, divisão do trabalho e propriedade privada são expressões idênticas – numa é dito com relação à própria atividade aquilo que, noutra, é dito com relação ao produto da atividade” (Marx; Engels, 2007, p. 37). Mas, com um olhar mais profundo, até que ponto essas oportunidades são adotadas pelo sistema econômico? Parece ser inexplicável, dizer que apenas um sujeito possui uma fortuna de bilhões, enquanto outro vive numa habitação de tábuas e barro e passa fome diariamente. As oportunidades parecem conduzir a uma impossibilidade igualitária e a uma ilusão econômica em que se jaz num abismo de incertezas. Ainda, libando dos escritos da *Ideologia alemã* de Marx e Engels, visualiza-se aqui, resumidamente a ironia de como são tratados os neo-hegelianos, a crítica aos direitos do Homem e sua idealização na contraditória relação entre a burguesia e o proletariado. Marx e Engels satirizam Max Stirner (São Max) ao afirmar que ele chega a confundir o burguês como liberal, sacralizando o Estado e o liberalismo político, e, por fim, causando um ponto de embate com o socialismo. Segundo Marx e Engels (2007, p. 196), Stirner não foi capaz de captar que “[...] o discurso liberal é a expressão idealista dos interesses reais [*realen*] da burguesia –, mas pensa, ao contrário, que o propósito último do burguês é tornar-se um liberal consumado, um cidadão do Estado [*Staatsbürger*].” Stirner cria dessa forma à ideia sacralizada que o cidadão deve ser a verdadeira representação do burguês e não o contrário. “Para ele, não é o *bourgeois* a expressão verdadeira do *citoyen*, mas sim o *citoyen* é a expressão verdadeira do *bourgeois*” (Marx; Engels, 2007, p. 196). Essa permuta de sentido pode passar despercebida, mas trata de um ponto de observação importante para entender a origem das gerações/dimensões dos direitos humanos. Pois, ao se transformar o domínio da burguesia em mero pensamento “[...] ‘o Estado’ entra em cena como ‘o verdadeiro homem’, que nos ‘Direitos do Homem’ dispensa a cada indivíduo burguês a verdadeira consagração aos direitos ‘do’ homem [...]” (Marx; Engels, 2007, p. 196), abrindo-se o caminho para ilusões de direitos distribuídos para todos os cidadãos, mas que na realidade despertam interesses de apenas determinada classe social.

Os direitos humanos, em sua forma dimensional, existem pelas palavras, mas sua construção de sentido tem que fazer mais do que a palavra diz, ultrapassar esse estreito mundo da comunicação e da ficção normativa para produzir resultados reais na vida humana. A situação é, na verdade, mais complexa, pois o Estado hesita em criar situações de igualdade real e não apenas de oportunidades fictícias, colocando em questão a existência dos próprios direitos humanos. Dessa forma, explica-se a questão paradoxal que envolve os direitos

humanos na medida em que o questionamento do limite entre o real e o irreal, próprio do discurso jurídico, é seu centro explícito.

Daqui é fácil perceber a linha de derivação dos direitos humanos, ou ainda, a absorção que é refinada pela comunicação e organizada num sistema jurídico. Os direitos humanos estão agora em posição de encontrar palavras mais aceitáveis para denominar seus princípios fundamentais, respectivamente, liberdade, igualdade, fraternidade, no encantamento da noção mágica, intitulada dignidade da pessoa humana. Como conceitua De Giorgi (2017, p. 327): “dignidade, então, é aquele reconhecimento que é atribuído a cada um que seja e que lhe permite acessar a comunicação social sem que a sua participação prejudique ou interrompa a continuidade da própria comunicação”. A partir dessa definição, deve-se observar que as civilizações antigas não tinham esse princípio estreitamente ligado à subjetividade dos indivíduos. Trata-se de uma invenção moderna.

E é na sociedade moderna, com o sofrimento infringido aos seres humanos, somente a título de exemplos, pelas duas Guerras Mundiais e pelo massacre do holocausto, que o princípio da dignidade da pessoa humana incorpora e fornece ao direito uma forma de reposta saneadora a todo o mal cometido. Hoje, tal princípio serve de base e panegírico às Constituições de Estados com regimes democráticos. Dessa maneira, segundo Rabenhorst (2001) a dignidade da pessoa humana deixou de ser um conceito descritivo, para abarcar o próprio *ethos* da moralidade democrática. Como aprofundamento teórico, pode-se dizer conceitualmente que a dignidade humana:

Trata-se apenas de um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo pré-fixado, ou seja, uma *cláusula aberta* que assegura a todos os indivíduos o direito à mesma consideração e respeito, mas que depende, para sua concretização, dos próprios julgamentos que esses indivíduos fazem acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade das diversas formas de manifestação da autonomia humana (Rabenhorst, 2001, p. 48-49).

A dignidade humana possui o condão de identidade e unificação dos comportamentos de uma sociedade. Os traços comuns de uma coletividade implicam na inter-relação que conjuga comportamentos em um indivíduo, mas que não deixam de ser produto de ações aceitas pela sociedade. Interpenetrando por outros caminhos, mas ligados por um fio que conduz a unicidade dos direitos humanos, a ideia de fraternidade ou solidariedade, da qual a terceira dimensão de direitos humanos provém, tem sido notavelmente tenaz quanto à

proposta de defesa dos direitos difusos e coletivos. Pode-se mencionar especialmente a defesa de um meio ambiente saudável para as futuras gerações. Entretanto, partindo do senso convencional, fraternidade ou solidariedade não alcança todo mundo. A tragédia prevista funde-se essencialmente ao extremo da destruição do planeta pelo consumismo exacerbado, e, também, como exemplos, os desmatamentos e queimadas que destroem e declaram um futuro próximo diferente do presente. Nesse invólucro de acontecimentos, o uso da razão implica na construção de comunicação cuja função é a procura pela estabilização da sociedade moderna e a abertura para os riscos que o futuro pode apresentar. Nas palavras de De Giorgi:

Os catálogos dos Direitos Humanos fornecem esquemas de referência úteis para a estabilização das possibilidades do agir nessa sociedade moderna, quais sejam: do agir político, do agir jurídico, do agir econômico; esses são esquemas da inclusão de todos no universo das possibilidades do agir (De Giorgi, 2017, p. 327).

No interior desse universo dos direitos humanos, pode-se mencionar uma fatalidade: que os direitos civis e políticos estão insensivelmente ameaçados pelas guerras. Paz ameaçada por ogivas nucleares. Os inimigos dos direitos humanos são geralmente alguém que compartilha da relação mais estreita com a sociedade estabelecida, que exalta o poder do dinheiro e o tipo de classe dominante, que ele mesmo formou e se tornou sua vítima principal, o ser humano. A tecnologia que aproxima os seres humanos a distância que divide oceanos, também, de forma descuidada prega a restrição à instituição familiar, afastando a comunicação entre os que estão mais próximos fisicamente. Abstrações na estrutura da sociedade como os avanços da Inteligência Artificial que realizam funções muito mais complexas com o intuito de reduzir a complexidade induzem paradoxalmente a construção de um não-saber.

A procura por uma Inteligência Artificial parece ser um contrassenso muito mais perigoso do que a procura pela verdade realizada pela ciência durante séculos e mais séculos, porque ministra ao ego uma tentação mais forte, ou ainda, a tentativa deliberada de engendrar consciência à máquina. Parece, no entanto, que a inteligência artificial está, atualmente, subordinada ao algoritmo que pode produzir danos aos direitos humanos, porque seus discursos podem ser manipulados e apontados como classificatórios e discriminatórios. Funcionam, assim, por meio de padrões construídos que influenciam reações e ações calcadas por seus manipuladores. Surge então, a questão de quem deve regular a inteligência artificial? Os limites que ela possui para o conhecimento humano na relação homem e máquina? O

impacto direto e indireto desses acontecimentos na realização dos direitos humanos, constroem paradoxos e mais paradoxos e revelam a estrutura complexa que compõem a sociedade moderna.

Mas, algo que também chama a atenção é até que ponto os aspectos culturais são relevantes para construção dos direitos humanos? Os aspectos realísticos carregam uma construção de valores e aprendizados socialmente estabelecidos, que servem como válvula de segurança localizada na sociedade, sem permitir um rompimento com as convenções que são *pari passu* padronizadas. Psicologicamente, a difusão dos direitos sociais pelo Estado pode ser garantida com vistas à igualdade? Sem embargo, qual o papel do Estado, nesse momento? Há, decerto, uma procura de alcançar a universalidade dessa igualdade material, contudo, a realidade jurídica mostra na maioria das vezes somente o aspecto formal dessa igualdade, mesmo transmitindo a falsa informação da primeira. A ironia é coerente tanto com o completo realismo do direito, como com a supressão de qualquer atitude, por parte do Estado que se apresenta estaticamente como ordem de poder.

No entanto, ainda, na típica sociedade atual, surge o problema do possível direito à informação, como direito de quarta geração/dimensão e o risco da desinformação no mundo globalizado. O ar está dominado pelas informações em massa, todavia, a segurança das informações merece defesa do direito. Pois, é possível concordar plenamente que informações erradas, muitas vezes tendem a atingir os direitos humanos. As denominadas *fake news* tendem a moldar os indivíduos de forma enganosa, a ponto de atingir a democracia e diretamente a política. Logo, também não surpreende que atinja as decisões que periodicamente moldam as condutas humanas, algo que o direito pretende formalmente abraçar em sua totalidade. Por isso, qualquer tentativa de dar segurança às informações repercute direta ou indiretamente nos direitos humanos. Essa abordagem é importante, mas por certo a conclusão a ser tirada dessa análise é que “os Direitos Humanos são considerados como um direito superior. Na realidade ocupam o espaço intermediário que separa, mas se pode também dizer acopla, o Direito e a Política” (De Giorgi, 2017, p. 328). Portanto, é cada vez mais difícil aceitar um ponto de vista que separe a democracia e a política do âmbito de compreensão científica dos direitos humanos na sociedade moderna.

O século XXI é um período de experimentação para os direitos humanos, pois reflete a preponderância da tecnologia e da velocidade das informações no mundo globalizado. O avanço rápido da ciência inclina os direitos humanos a se adaptar e responder a perguntas

antes não elencadas. Os observadores do direito estão atualmente ocupados em dizer o que são os direitos humanos, ou melhor, quais são os direitos humanos considerados pela sociedade moderna, elencando-os em um catálogo de direitos. O olhar para o passado mostra, na verdade, um presente avassalador em que o desenvolvimento das tendências a isolar compreende o futuro esperado e perspectivam um presente melhor. A comparação de tais momentos, a dizer, o passado, presente e futuro da humanidade é o tema principal dos direitos humanos, pois constroem sua memória na sociedade moderna. Sobre a relação da memória com o direito, é importante ressaltar que “o direito, por outro lado, é sujeito e destinatário de sua memória. A memória, é claro, não é lembrar, a memória é a unidade da diferença entre lembrar e esquecer. Memória, portanto, é a presença do direito a si mesmo em todas as suas operações” (De Giorgi, 2021, p. 17).

Quanto às inferências que podem ser tiradas da alusão acima, pressupõe-se como temática a linguagem do direito que são utilizadas por De Giorgi para explicar como funciona o limite do direito. Toda a linguagem jurídica apresenta como pormenores técnicos a incorporação da diferença como forma de produção e reprodução do direito. Dessa maneira, pode ser notada uma tendência geral a produzir a alteridade (conceito que é trabalhado por De Giorgi na atualidade da nossa sociedade, para explicar, especialmente, a relação de diferenciação que dar sentido a ideia de centro e periferia). Assim, a implicação da alteridade mostra que exige uma relação conceitual dos direitos humanos, onde se separando, doutrinariamente os direitos naturais dos direitos positivos, numa retórica suasória se procura a razão da existência dos direitos humanos em sua unicidade. Conceitualmente,

Os Direitos Humanos são uma herança do velho Direito Natural. Eles funcionam de um modo estranho: se ativam quando o Direito se livra de seu vínculo com a natureza, mas, recorrem à natureza para justificar a sua universalidade. São uma herança que se materializa quando as razões do Direito não são mais determinadas pela qualidade das pessoas, que são, precisamente, naturais, mas se fixam na *razão*. *O Direito encontra finalmente as suas razões na universalidade da razão* (De Giorgi, 2017, p. 325).

De Giorgi projeta e descreve uma filosofia que apresenta como unidade fundamental, a razão. Mas para De Giorgi, o filósofo do não-saber, o interesse pelo universo do direito é muito mais amplo e aberto as possibilidades de inclusão e exclusão. “No entanto, no universo da inclusão, aquilo que deve ser protegido é a razão do Direito, a razão da Economia, a razão da Política. São essas *as razões da razão*” (De Giorgi, 2017, p. 329). Nesse sentido, a

projeção existencial da razão do direito talvez seja o próprio racionalismo. Logo, na sociedade moderna, os direitos humanos se tornam nesse campo do saber a reprodução racional do agir humano, contemplando esses direitos como processo de aprendizagem da alteridade.

3.2. A generalização material e formal dos direitos humanos

Os direitos humanos estão encastelados nos ordenamentos jurídicos nacionais se legitimando como aqueles direitos subjetivos indispensáveis à manifestação da dignidade da pessoa humana. Sua posição no sistema jurídico coloca-nos numa posição superior por consistir em direitos de proteção dos cidadãos e, por isso, caracterizados nesta pesquisa como normas suprafundamentais, devido a essa sua importância na sociedade moderna. Sobre isso, é notável dizer que “os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna” (Ramos, 2014, p. 24). Esta imagem dos direitos humanos tal qual é concebida atualmente passou por várias transformações no decorrer dos séculos e, entre altos e baixos, foi resultado de paulatinas e difíceis conquistas dos seres humanos. No âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas – ONU também contribui para a conceituação dos direitos humanos, para a qual:

Os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos, qualquer que seja a nacionalidade, local de residência, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, língua ou qualquer outro estatuto. Todos têm igualmente direito aos direitos humanos, sem discriminação. Esses direitos estão todos interligados, interdependentes e indivisíveis. Os direitos humanos universais são frequentemente expressos e garantidos legalmente, na forma de tratados, no direito internacional consuetudinário, nos princípios gerais e em outras fontes do direito internacional. (UNITED NATIONS, 2023).

Nessa abordagem, a ação ou abstenção dos governos acerca da aplicação dos direitos humanos no contexto nacional, depende de um Estado de direito forte e representativo do povo. Mas, pode-se dizer que essa definição deixa uma lacuna para o *paradoxismo jurídico* da gênese dos direitos humanos, a ser apreendida no funcionalismo-estrutural sistêmico quando se coloca que “as funções específicas dos direitos fundamentais estão organizadas em quatro direções: constituição da personalidade, generalização das expectativas comportamentais,

satisfação económica das necessidades e vinculabilidade das decisões tomadas sobre os problemas”⁹⁴ (Luhmann, 2010, p. 298, tradução nossa).

A aplicabilidade real dessas direções expõe a dubiedade dos direitos humanos enquanto instituição que possui uma função social efetiva e condizente com seu propósito axiológico e funcional, de origem material de um direito natural racionalizado positivamente. Em outras palavras, do produto da mudança dos direitos subjetivos em direitos objetivos, consequência de uma diferenciação que reproduz paradoxos, por ocultar em sua origem o contrato social que serve de validade para direitos concebidos como naturais. Deve-se atentar neste momento presente das ordens jurídicas da sociedade moderna que “o Estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção de ordem jurídica, mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição” (Streck; Moraes, 2003, p. 88).

Enfim, a linguagem é a principal fonte de dominação na história, e, o Direito, como qualquer outro sistema organizado utiliza a linguagem como meio de reproduzir suas leis, interpretá-las e construir e coordenar o espaço jurídico-político de um Estado. Esse propósito se deu através da positivação dos direitos humanos precisamente não apenas no âmbito de convenções internacionais como também através da implantação nas Constituições dos Estados dando-lhe primazia sobre os demais direitos. Ademais, “os direitos fundamentais e as normas jusfundamentais são materialmente fundamentais porque com eles são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”⁹⁵ (Alexy, 1993, p. 505, tradução nossa). Seguindo o mesmo caminho, os direitos humanos foram construídos como forma de identificar aqueles direitos essenciais à humanidade. É através da interpretação e filtragem das normas que habitualmente surgem os direitos humanos. O que significa metaforicamente que a escolha operacional da sociedade daqueles direitos fundamentais só pode ser os direitos humanos e pressupõe conscientemente a ideia que com essas operações comunicativas não mais haverá direitos dotados de desumanidade. Assim, como habitantes de um mesmo ventre do direito, os direitos humanos estão metaforicamente no interior dos direitos humanos. O direito positivo representado como o monstro responsável por todo tipo

⁹⁴ Texto original em espanhol: Las funciones específicas de los derechos fundamentales se ordenan en cuatro direcciones: constitución de la personalidad, generalización de las expectativas de comportamiento, satisfacción económica de las necesidades y vinculabilidad de las decisiones tomadas sobre los problemas.

⁹⁵ Texto original em espanhol: Los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son materialmente fundamentales porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad.

de atrocidades dos seres humanos é instado a gênese dos direitos humanos, a nova versão do direito responsável pelo renascimento da civilidade dos seres humanos.

Mesmo após essa exposição fática, ainda é frequente o risco dos direitos humanos serem relativizados e enfraquecidos na sociedade moderna e no Estado de Direito. Cabem aos observadores do direito responder as indagações que o sistema social historicamente revela por meio de sua mudança estrutural. Salienta-se nesse momento, que “o direito opera na sociedade, nela se executa, desempenha uma função social, diferencia-se para esta função de sua própria reprodução autopoietica”⁹⁶ (Luhmann, 2002, p. 400). O direito criativamente transcende ao mundo real para explicar a existência e invenção dos direitos humanos a partir da própria norma, ou seja, através do dever-ser.

É bastante difícil dizer que os direitos humanos que acabamos de descrever, existem tanto em regimes autoritários, quanto democráticos. Naqueles em que são violados permitem a luta pelo seu reconhecimento, mas são nestes que eles conseguem possuir força e autonomia. Também não é de espantar que o direito à democracia permita que os próprios direitos humanos evoluam dentro de um país, então, é preciso existir uma democracia forte para que haja uma harmonia com os direitos humanos. Como ensina Hunt:

Os direitos humanos requerem três qualidades encadeadas: devem ser *naturais* (inerentes nos seres humanos), *iguais* (os mesmos para todo mundo) e *universais* (aplicáveis por toda parte). Para que os direitos sejam direitos *humanos*, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente e apenas por causa de seu status como seres humanos (Hunt, 2009, p. 19).

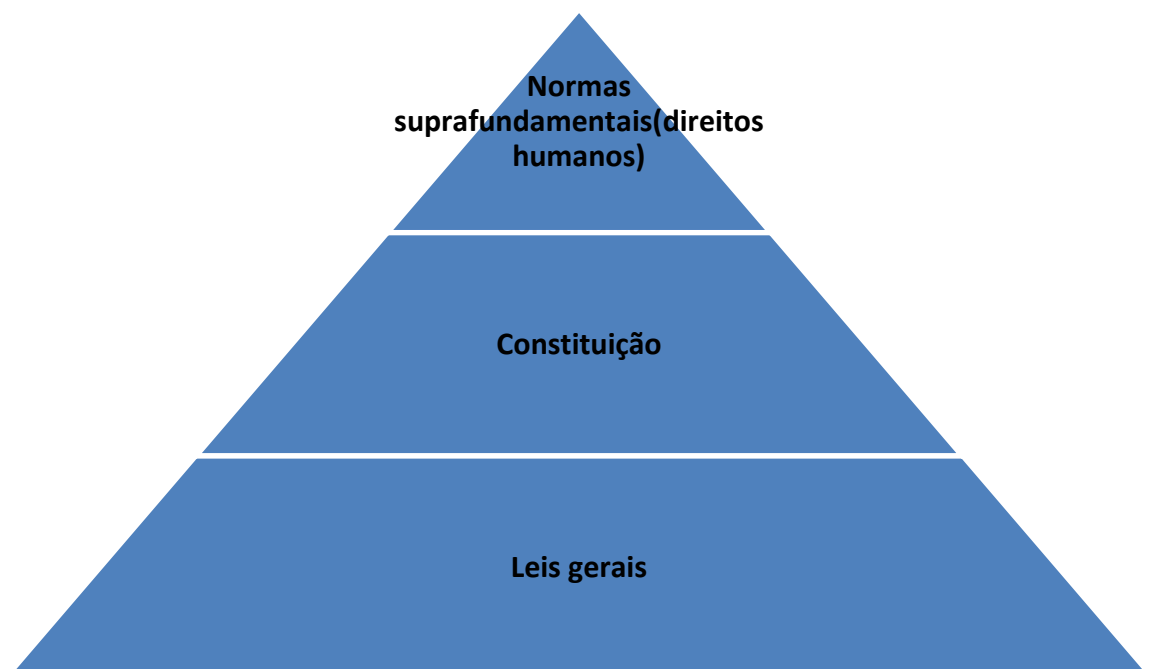
Essas constatações antes identificam do que solucionam o problema, pois o direito está longe de reconhecer essas características no nível nacional, quanto mais no internacional. Até mesmo, porque é perceptível que a literatura política atual aponta para algumas crises emergentes nas democracias tradicionais, mascaradas por seus representantes eleitos democraticamente. Assim, convém afirmar que “uma das grandes ironias de como as democracias morrem é que a própria defesa da democracia é muitas vezes usada como pretexto para a sua subversão” (Levitsky; Ziblatt, 2018, p. 94). Ao procurar organizar melhor essas articulações políticas de decisão, tem-se ao lado da oposição para com a democracia a

⁹⁶ Texto original em espanhol: el derecho opera en la sociedad, se ejecuta en ella, desempeña una función social, se diferencia para esta función de reproducción autopoietica propia.

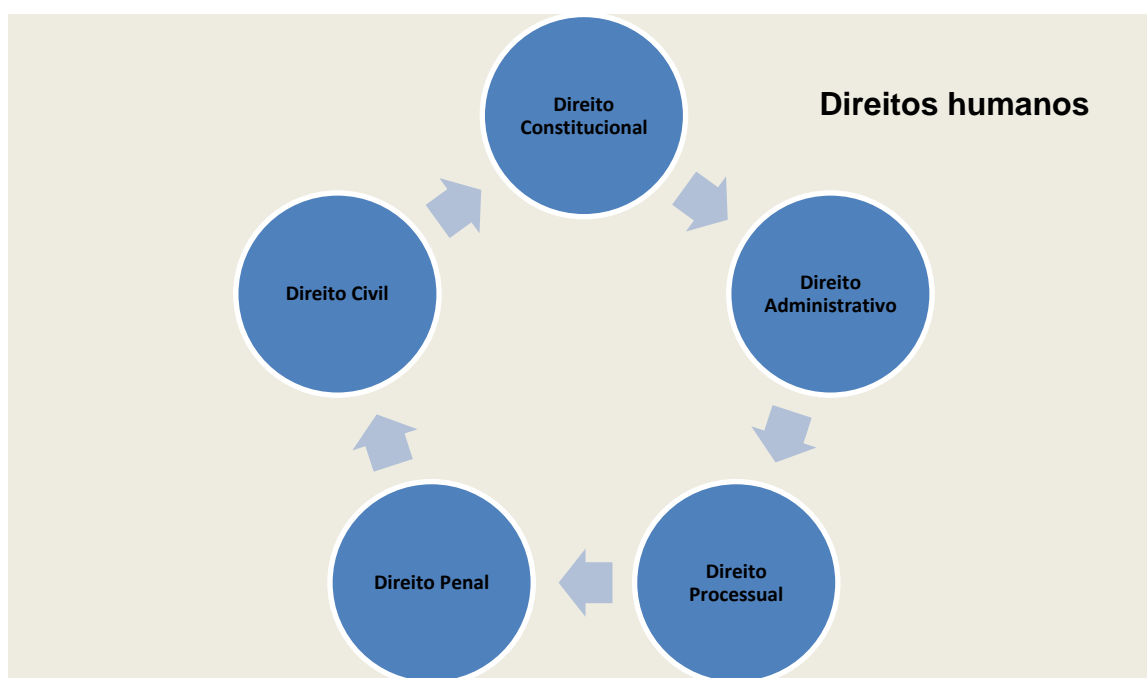
dicotomia da presença/ausência de vontade que compensa a insensatez de uma deliberada farsa democrática.

Na perspectiva de observar os direitos humanos como normas suprafundamentais se podem estruturar dois esquemas explicativos:

- a) Os direitos humanos a partir da hierarquia de origem kelseniana. Neste aspecto, as normas suprafundamentais estariam acima da Constituição dos Estados determinando que sua validade só pudesse acontecer quando em consonância com os direitos humanos. Entretanto, do ponto de vista formal, haveria que existir uma norma(lei) universal que apresentasse os direitos humanos positivados e necessariamente aceitos pelas ordens nacionais com força de coerção. A estrutura formal do direito teria que impor uma ordem internacional de direitos humanos sobre os Estados. Esse é um problema evidente em termos práticos, ademais, algumas Cartas internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) parecem não possuir meios para essa vinculação de validade.



- b) Os direitos humanos tendo como referência a circularidade dos sistemas luhmannianos. Nesse aspecto, enquanto normas suprafundamentais, os direitos humanos englobam os demais subsistemas do direito assegurando na sociedade moderna que o direito de uma forma geral deve se conduzir de acordo com os preceitos dos direitos humanos, ou seja, de acordo com seu conteúdo. A partir desse pensamento, eles servem como responsáveis pela autopoiese das operações internas do direito na sociedade moderna permitindo que o direito opere com fundamento nos direitos humanos e no seu conteúdo específico de comunicação.



Em termos de uma teoria pura e paradoxal dos direitos humanos, direta ou indiretamente, os esquemas têm significados distintos, mas que se complementam. Os direitos humanos devem estar formalmente acima da Constituição e das leis gerais e, também, conduzir o conteúdo dos demais subsistemas do direito, na construção de sentido que os direitos realizam na civilização dos direitos humanos. Pensando dessa forma, Liziero (2019, p. 14) afirma que “quando as Constituições modernas trazem um rol de direitos e garantias fundamentais, em sua essência, elas buscam impedir a existência de leis futuras cujo conteúdo seja contrário ao que é prescrito por tal rol.” Quer dizer, os direitos fundamentais servem como limitação do poder de legislar limitando o possível arbítrio do Estado.

Na verdade, surge um paradoxo explícito do sentido que os direitos fundamentais alcançam na sociedade moderna, pois nas Constituições surgem duas dicotomias funcionais que a fundamentam: deve ser protetora e obediente aos direitos humanos. Seguindo a frente, uma ressalva epistemológica deve ser observada no campo da hierarquia normativa de Kelsen, pois a ideia de norma fundamental (*Grundnorm*) pode ser objeto de confusão com a ideia de Constituição, mas havendo certa semelhança, não configura uma igualdade material. De acordo com Liziero (2019, p. 10) constitui um “[...] erro crasso que muito se difunde ao se tentar explicar Kelsen sobre a Constituição: identificá-la com o conceito de norma fundamental”. Em verdadeira síntese:

A propagação de que a Constituição seria a norma fundamental em Kelsen se relaciona com outro equívoco muito comum: a suposta e malfadada pirâmide de Kelsen. Pois bem, não há pirâmide de Kelsen. Kelsen não escreve nada acerca de pirâmide na *Teoria Pura do Direito* ou na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, seus dois principais livros de teoria jurídica (Liziero, 2019, p. 10).

Essa minuciosa análise de Liziero aponta falhas de interpretação da literatura jurídica sobre a teoria kelseniana, principalmente, no Brasil. Dotado de certa razão, Kelsen não menciona uma pirâmide, mas sua teoria é explicada com base em uma, compreensivelmente, talvez, por causa da hierarquia das normas. Com os esclarecimentos de Liziero, pode-se pensar na pirâmide de Kelsen comparando-a com o Papai Noel, figura essencial e comercial do Natal. Atualmente, repensar a teoria de Kelsen, sem a pirâmide, é o mesmo que realizar o Natal sem a imagem do Papai Noel. Ambas são representações, mas a ciência jurídica parece já ter concretizado essa falha realidade da pirâmide, como também do Papai Noel, que em si não representa fielmente a ideia do Natal, ademais, esse é a representação do nascimento de Jesus Cristo. Com relação à norma fundamental e Constituição, sua distinção e limite conceitual são essenciais à compreensão da *Teoria pura do Direito*, proposta por Kelsen.

Contudo, convém salientar, que o sentido de norma fundamental é apresentar um elemento que não seja transcendental ao âmbito de uma ciência pura do direito. A proposta inicial de Kelsen é fundamentar por meio de uma norma básica a vinculação jurídica em relação aos seres humanos evitando se voltar a uma explicação metafísica ou mesmo divina. A razão de descrição do direito kelseniano estaria voltada para o racional e lógico de uma ciência do direito, que se autodescreve com uma linguagem própria de seu sistema. Pensando dessa forma, pode-se compreender o ato de produção das normas, quer dizer, que as “normas

“positivas” são normas criadas por atos de seres humanos. As normas que pertencem a um nível inferior derivam sua validade das normas que pertencem ao nível superior seguinte” (Kelsen, 2001, p. 2016). Didaticamente, pode-se imaginar, segundo Kelsen, que o ordenamento jurídico apresenta um escalonamento das suas normas que definem sua forma de atuação dentro do sistema. Assim, “se não consideramos o Direito internacional como ordem jurídica superior ao Direito nacional, a constituição de um Estado representa o nível mais elevado de uma ordem jurídica nacional” (Kelsen, 2001, p. 2016). Nesse hiato, surge como interpretação de Kelsen a norma fundamental (*Grundnorm*). Nas palavras de Kelsen (2001, p. 2016): “então, as normas da constituição não recebem sua validade de alguma norma jurídica positiva, mas de uma norma pressuposta pelo pensamento jurídico, a norma fundamental hipotética”.

Se no campo do direito tudo é norma, somente uma norma poderia fundamentar as outras normas. Assim sendo, a norma fundamental corresponderia a uma norma que determina a obediência a Constituição, como a forma normativa superior do ordenamento de um Estado, mas como isso não se estabelece que a norma fundamental (norma fictícia) corresponderia a Constituição, mas diferentemente dessa ilação, influiria na sua obediência e determinaria sua aplicabilidade. Não são sem sentido essas afirmações, pois em comparação como o positivismo, o funcionalismo sistêmico sobrevive como ciência de seu tempo e com reflexo na atualidade da sociedade moderna. Nesse sentido, Teubner vem afirmar a circularidade do direito como um sistema que se legitima através de seus próprios processos de agir normativo. O direito corresponde a “[...] um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e a articulação destes num hiperciclo (Teubner, 1989, p. 53).

Tais ilações aproximam a *Teoria dos Sistemas* de Luhmann (com o conceito de autopoiese), da *Teoria pura do Direito*, de Kelsen (com a ideia de norma fundamental). E isso também muniu os críticos dessas teorias. Contudo, o que parece íntimo, na realidade não corresponde a uma igualdade de características. Nessa hipótese, a autopoiese seria um princípio estrutural da *Teoria dos Sistemas*, ao passo que no próprio sistema jurídico, estaria presente seu ciclo natural de validade. A norma fundamental representa a validade como ordem que imputa ao direito sua forma de coerção vinculando os indivíduos a sua obediência.

Em termos de uma concepção simples, tais como em geral podem ser empregadas, autopoiese é processo, norma fundamental é ordem.

3.3. Comunicação, linguagem e legitimidade dos direitos humanos (normas suprafundamentais) na sociedade moderna

A legitimidade do direito positivo se dá quando este está de acordo com as normas pré-estabelecidas pelos direitos humanos (normas suprafundamentais), e nisto, configura-se sua legitimidade. Essa afirmação é a base fundamental para o desenvolvimento de uma teoria pura e paradoxal dos direitos humanos. Nesse sentido, as bases de sustentação dos direitos humanos devem estar pautadas nas condições de consenso na sociedade. Assim sendo, a legitimidade está conceitualmente determinada não apenas pela lei, no aspecto propriamente jurídico, mas também, no aspecto político de reconhecimento de circunstâncias e ações que devem ser seguidas, por fazerem parte substancial da vida cotidiana dos seres humanos. É necessário, neste ponto, considerar que os direitos humanos estão envolvidos nas estruturas das ordens jurídicas em que a intenção da norma fundamental talvez já não seja a precípua. Todavia, no aspecto funcional de uma autorreprodução dos sistemas sociais, especialmente, o direito, tem-se que encarar que a ação social de um lado e o pensamento individual, do outro, tendem a enfatizar que o direito moderno só adquire legitimidade quando é expressão verbal direta dos direitos humanos. Quanto mais longe se vai nessa direção, tanto mais provável é que os direitos humanos estejam envolvidos com a legitimidade do direito, e, assim aquilo que os direitos humanos nos exortam a aceitar ou evitar é em parte projeção de sua própria realidade.

Primariamente, os seres humanos nascem livres e iguais na natureza – sendo isso uma dedução lógica. Entretanto, com a comunicação houve uma aproximação dos seres humanos formando grupos que evoluíram para sociedades – realizando-se neste momento, uma interpretação abrupta da evolução social humana – e que determina uma liberdade jurídica, ou seja, objetivada pelo consenso de condutas afirmadas no direito. O ser humano deixa de nascer naquele mundo em que se encontra como um ser natural, livre e igual aos outros, para nascer nas sociedades, livre e igual de acordo com normas pré-estabelecidas juridicamente. A necessidade de convivência leva os seres humanos a se comunicar e pensar

em regras para determinação de certas condutas. Isso parece ser evidente e natural. Há, no entanto, contornos muito mais complexos que envolvem a construção dos direitos humanos, e, por fim, sua legitimidade. Nesse sentido, pode-se dizer que,

O Direito é produto discursivo da razão humana (a liberdade inata de todo homem é um direito natural anterior ao Estado) que pode entrar em acordo com os demais por um procedimento racional, que chancela a proteção da liberdade dos membros de uma comunidade política mediante a coerção, todavia, o exercício da faculdade de coagir (*facultas cogendi*) é feito pela universalidade da força pública de um ente autorizado por lei, que é o Estado (Lima, 2023, p. 15).

Nos dias atuais, as massas de informações deixam em aberto a questão da *verdade* tão prezada pelas ciências de alguns séculos anteriores, mas que também de modo algum devem ser deixadas de lado por pesquisas que procurem certa honestidade científica. Informações falsas ou verdades sem provas percorrem a sociedade tecnológica com uma velocidade em que deslocamento e variação no tempo passam imperceptíveis aos sentidos humanos. Pergunta-se, então, como podem os direitos humanos, contemporaneamente, sustentar sua legitimidade como normas suprafundamentais? O sentido da norma fundamental idealizada por Kelsen, como já foi dito, pressupõe a fórmula de descrição e conhecimento do direito por si mesmo sem recorrer a elementos metafísicos e, nisso está fundamentada sua pureza científica. Ocasionalmente, segundo entendimento de Vilanova, (2005, p. 154).

Quando Kelsen observa que o sistema jurídico tem a particularidade de regular a sua própria criação, podemos traduzi-lo em termos de sintaxe: o sistema de proposições normativas contém, como parte integrante de si mesmo, as regras (proposições) de formação e de transformação de suas proposições.

No aspecto jurídico, a pressuposição dos direitos humanos como normas suprafundamentais implica que o conhecimento e descrição dos direitos humanos baseiam-se numa autorreprodução dos direitos humanos, quer dizer, que os direitos humanos correspondem atualmente ao fundamento de interpretação do direito positivo. Ocorrendo dessa forma, o direito positivo, com sua capacidade de transformação e adaptação, deve ser capaz de conduzir e criar mecanismos que possibilitem os direitos humanos se manterem vivos dentro da sociedade. Tais mecanismos devem ser postos pela linguagem jurídica. Ao mesmo tempo, os direitos humanos devem funcionar como a metalinguagem do direito positivo na atualidade. Para Vilanova (2005, p. 154) “as normas que estatuem como criar

outras normas, isto é, as normas-de-normas, ou proposições-de-proposições, não são regras sintáticas fora do sistema. Estão no interior dele. Não são metassistemáticas”. Ainda segundo as ideias desenvolvidas por Vilanova, pode-se interpretar de acordo com uma possível teoria da linguagem jurídica acerca da *autopoiesis* do sistema, que as normas jurídicas representam um lineamento de metaproposições. A dizer:

Apesar de constituírem um nível de metalinguagem (uma linguagem que diz como fazer para construir novas estruturas de linguagem) inserem-se dentro do sistema. Em rigor, uma norma N é metaproposição face à norma N’; esta norma N’, face à norma N’’ é, por sua vez, metaproposição (Vilanova, 2005, p. 154).

Nessa perspectiva, entender que provavelmente a sociedade moderna reafirmou como consenso que os direitos humanos seriam o núcleo dos sistemas jurídicos é basilar para uma análise da legitimidade dos direitos humanos, esta que estaria compreendida na sua construção histórica, como um produto de valores reconstruídos pela sociedade e em ininterrupta mutação. Por assim dizer, nesse contínuo ambiente de *fake news* que tenta muitas vezes abalar as bases da democracia – campo de atuação mais comum desses direitos –, a elevação dos direitos humanos a normas suprafundamentais indica a vontade da sociedade na busca incessante por uma humanização, que transita não apenas pelo direito, mas também, pela política – esta que se torna responsável por sua criação e variação. O passo de criação dos direitos humanos indica uma construção de sentido, permitindo a interpretação que o direito positivo, agora dependente de um conteúdo mais humano, precisa possuir para ser legítimo. Partilhando desse entendimento, a política é um sistema que deve elencar os meios para concretização dos direitos humanos, esses interpretados também como instituição, e assim, torna-se interessante uma pequena reflexão.

Toda a instituição em particular precisa *adaptar-se* a condições marginais cambiantes lançando mão de reservas próprias; toda a instituição tem de *selecionar* fins e *perseguir-los*, para que possa mediar entre as orientações axiológicas dos membros e os limites externos; toda instituição precisa *ordenar normativamente* interações por meio das relações entre membros, e toda instituição é obrigada a buscar *legitimação* lançando mão de valores reconhecidos (Habermas, 2012, p. 441)⁹⁷.

⁹⁷ Aqui Habermas fala da *Teoria do agir comunicativo: Sobre a crítica da razão funcionalista* apontando entre outros comentários, sobre a mudança de pensamento de Parsons (com quem Luhmann teve contato com a Teoria dos Sistemas) da Teoria da Ação para adoção da Teoria de Sistemas.

Desse modo, a exegese de Habermas aponta que as instituições devem estar voltadas para suas finalidades e reconhece que as funções é que devem definir a diferenciação dos subsistemas. Em contrapartida, pensando os direitos humanos como instituição, nesse sentido, ter-se-ia que a legitimidade dos direitos humanos tem que lançar mãos de valores já reconhecidos pelos próprios direitos humanos, a fim de sobreviver às mudanças sociais. Isso implica também na informação/desinformação estabelecida na sociedade tecnológica, produto do código binariamente linguístico. Sociedade em que há a evidente transição de responsáveis pelas informações, que deixam habitualmente de ser privativos das instituições para ser manuseados de forma às vezes irresponsável pelos indivíduos. Portanto, se a democracia aparece como uma figura ameaçada e isso desestabilizam os direitos humanos, esses próprios direitos devem ser capazes de reconhecer aqueles valores principais e ordená-los em forma e função de sua diferenciação. Se como instituição, esse processo de legitimação não vai arrebatar seus próprios valores já reconhecidos, só a história vai poder confirmar. Com essa abordagem, pode-se dizer conforme Teubner que:

A ideia de auto-referência e autopoiesis pressupõe que os pilares ou bases do funcionamento dos sistemas residem, não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente às quais tenham de se adaptar da melhor forma possível (como era entendido pela teoria dos sistemas abertos), mas afinal no próprio seio sistêmico (Teubner, 1989, p. 32).

Nesse campo de pesquisa, a abordagem da *Teoria dos Sistemas Sociais* permite compreender, ou melhor, observar que os sistemas se autorreproduzem em face às irritabilidades do ambiente. Alguns exemplos discretos podem ser dados: a religião cristã que vem paulatinamente mudando sua relação com a aceitação da homossexualidade; a economia sofre variações em que a ficção do dinheiro atinge o grau máximo, a exemplo do uso de criptomoedas ou cibermoedas e do Pix. A língua portuguesa também é um exemplo que vem apresentando mudanças, como comprova o Novo acordo ortográfico que passou a vigorar no Brasil em 2009. Essa mudança é normativa, mas há mudanças estruturais ao se abordar o surgimento de neologismos na língua. Um aspecto em comum mantém esses sistemas em pleno funcionamento, sua capacidade de autorreprodução. Capacidade esta que implica na sua facilidade de autoadaptação às mudanças sociais.

Partindo desse entendimento, não se pode afirmar que os direitos humanos defendidos atualmente não irão passar por mudanças estruturais, e ainda, que não sofrerão

intempéries em sua legitimidade, principalmente por causa dos ataques comuns das informações de massa sobre a democracia. Mas, uma observação válida é que os direitos humanos devem ser capazes de se adaptar às irritabilidades que a sociedade moderna lhe oferece constantemente. O surgimento de novas gerações de direitos humanos e, logo, de novos direitos a serem defendidos são fatos determinantes de suas mutações. O sentido de normas suprafundamentais pode ser visto como a pré-condição para a diferenciação das ordens jurídicas nacionais e a base para as relações internacionais de acordo com operações comunicativas que mantêm esses processos. Comparativamente a definição de norma fundamental proposta por Kelsen, as normas suprafundamentais são a ordem máxima de sentido do ordenamento jurídico, suplementando a ideia de ordem transcendente e, explica porque os direitos humanos, agora reconhecidos dessa forma, estão presentes nas Constituições nacionais, como requisito basilar para sustentação dos Estados de Direito e servem como fonte de interpretação do direito nacional e internacional.

Os direitos humanos se originam no direito como uma forma de justificação da existência e possível perfeição do direito representando uma verdadeira semelhança com o que pode ser comparado a uma *jusdiceia*⁹⁸ baseada em argumentos paradoxais do direito. Isto ocorre, porque o direito procura ocultar suas imperfeições ou perspectiva suas correções por interregno da ideia de justiça, ao mesmo tempo em que as revelam. A principiologia do direito, baseada no considerado metaprincípio da dignidade da pessoa humana que expande o conceito de pessoa, permite a idealização de um direito justo e valorativo de conceitos apreendidos a luz da razão. No contexto da sociedade moderna pós-guerras a justificação natural dos direitos humanos como absolutos são incognoscíveis pela realidade humana. Os paradoxos construídos pelo direito salientam a relatividade dos direitos humanos ao serem (re)construídos ou desconstruídos pela sociedade com fundamento em suas mudanças. Pode-se fortemente debater no campo de legitimidade dos direitos humanos a possibilidade de uma dignidade digital da pessoa humana, que como espécie de um conceito amplo da dignidade da pessoa humana, abriria espaço para uma análise da dignidade do ser humano no espaço digital que atualmente está conduzindo o direito a sua autoadaptação em um mundo desconhecido pela sociedade.

⁹⁸ O conceito de *jusdiceia* é utilizado nesse texto como verossimilhança ao de teodiceia, mantendo com ela uma relação etimológica, mas com diferença de sentido. Nesse contexto de descrição e conhecimento dos direitos humanos vê-se a *jusdiceia* como a possibilidade de trazer o conceito de justiça para o direito positivo, justificando a maldade do ser humano e seu reflexo nas normas jurídicas. Os termos *jus* e *diceia* tem origem do grego e significam direito e justiça, respectivamente.

Decerto que o mundo ficcional de comunicação da era digital está promovendo mudanças significativas na sociedade e reflete suas consequências nos sistemas jurídicos. Sua normatização é necessária para obtenção de controle de uma esfera de conhecimento novo e de rápida evolução. Mas o que importa aqui é sua relação com a dignidade da pessoa humana, pois ela pode alterar a personalidade das pessoas, podendo mesmo interferir e prejudicar a realização dos direitos humanos. A comunicação na era digital permite que várias informações sejam divulgadas de forma aleatória, mas também dá margem para manipulações que podem atingir a democracia, o psicológico das pessoas, seus direitos fundamentais e confluem para o direito na sua exigência de normatização. A partir dessa dedução, os direitos humanos deve também ocupar o espaço digital, necessariamente devido a sua forma de regular o agir humano, por meio de sua maleável moldura de transformação. Nesse sentido, De Giorgi entende que o direito está em contínua evolução, quer dizer:

A forma dos Direitos Humanos, então, pode ser definida como um esquema que permite ao Direito expor-se à contínua evolução, isto acontece porque a moldura dos Direitos Humanos deixa aberta ao Direito a possibilidade de alcançar níveis sempre mais altos de artificialidade, níveis sempre mais refinados de sedimentação jurídica da comunicação social: aquela moldura deixa ao Direito a possibilidade de elaborar tecnologias conceituais sempre mais complexas (De Giorgi, 2017, p. 334).

Nesse ambiente inóspito, o maior problema a ser enfrentado pelos direitos humanos é o problema de sua universalidade que tem como consequência a possível fragilidade de sua legitimidade, pois o mundo apresenta sociedades que se diferenciam em sua cultura e, o consenso de uma não implica na sua reprodução por outra. Os direitos humanos deixam de ser absolutos para se apresentarem como relativos em seu sentido. A forma dos direitos humanos é sua normatividade, o sentido atribuído a eles se origina do consenso, a dizer, de decisões dos indivíduos que compõem a sociedade. Pensar do ponto de vista contratualista, só permite entender que a sociedade necessita de uma norma fundamental que a permita manter sua existência. Não implica, portanto, dizer que haverá um isolamento dos conflitos entre as formas de garantias e a defesa dos direitos humanos.

Uma teoria pura e paradoxal dos direitos humanos implica também nessa possível descrição e conhecimento dos direitos humanos a partir de seus paradoxos e os problemas a serem enfrentados na sociedade mundial. Como De Giorgi explica acima, os direitos humanos permitem em sua forma a abertura à evolução e adaptação às novas realidades sociais. Assim,

os direitos humanos são capazes de produzir mais complexidade e legitimar as decisões políticas na compatibilização de seus preceitos fundamentais como liberdade, igualdade e fraternidade.

Entretanto, nesse âmbito de aprendizagem dos direitos humanos baseado nos preceitos fundamentais que regem a sociedade moderna, eles sofrem em sua configuração mudanças comunicativas de proteção. Isso impossibilita um protótipo único de comunicação. Ao mesmo tempo em que os direitos humanos tendem a procurar estar em todo lugar, eles se apresentam na sociedade moderna como diferentes faces de uma mesma moeda.

Essa impossibilidade de um direito igual em todo o mundo não é possível, por fatores econômicos, políticos, religiosos, educacionais etc., evidências sensíveis a qualquer ser humano que observe a realidade atual. Um exemplo claro da diferenciação dos direitos humanos pode ser a percebida pela realidade dos indígenas, que em sua cultura é sim possível à existência dos direitos humanos, mesmo sem normas escritas que os identifiquem como realidade do direito.

Normas existem em toda a sociedade ou mesmo grupos de pessoas que tendem a se organizar, ter alguma forma de comunicação e interação. A legitimidade dos direitos humanos está em sua forma de comunicar direitos que são fundamentais em todo grupo de seres humanos capazes de organização. No direito moderno, os direitos humanos podem ser visualizados como normas suprafundamentais porque são capazes de legitimar decisões políticas sobre a realidade humana. Um dos principais paradoxos dos direitos humanos é percebido na sua possível existência natural, mas reprodução como produto da razão. Direitos humanos naturais, mas que têm como atributo principal sua abertura às mudanças sociais por intermédio da razão. Nesse aspecto, pode-se entender a posição analítica de Cláudio Souto e Solange Souto que colocam o problema da Sociologia no alcance desse campo de mudança social.

Bem se nota daí o relacionamento íntimo entre mudança social e direito: mudança social é alteração do social e este, sendo igual a norma social, mudança social é mudança normativo-social. Ora, qualquer que seja a concepção que se tenha do direito, não se nega o seu caráter de norma social e de norma social considerada a mais fundamental pelos grupos que a aceitem. Mudança social é, desse modo, essencialmente, alteração do direito (Souto, C.; Souto, S., 1974, p. 3).

Como fonte de complementação esclarecedora, deve-se dizer que Cláudio Souto, mesmo tendo sua tese de doutorado em Bielefeld orientada por Luhmann se distancia do pensamento funcionalista, como o mesmo afirma em uma entrevista realizada em 1997. “Eu já tinha uma certa idade, vamos dizer assim, um pouquinho de maturidade, de modo que ele me soltou completamente, não exigiu que eu fosse funcionalista. Não sou funcionalista” (Souto, C.; Souto, S., 2021, p. 345). Afirma mais a frente, na mesma entrevista que utiliza secundariamente e raramente a perspectiva funcional. E ainda, quando perguntado sobre suas influências metodológicas, é contundente em dizer que as escolas metodológicas são irreais, pois ele soma várias perspectivas em suas pesquisas sociológicas: “[...] minha perspectiva básica é indutivo-causal. Isso tem afinidade com o positivismo lógico. Não o positivismo de identificar direito com estado, isso não tem nada a ver. Trata-se do positivismo metodológico” (Souto, C.; Souto, S., 2021, p. 347). Na procura por rigor conceitual e proposicional, Cláudio Souto explica as relações sociais recorrendo ao mental (*intersiv* individual) e ao social (*intersiv* exteriorizado) resultado do *siv* (sentimentos, ideias e vontade). “Mas, para definir o direito como fenômeno social de maneira mais precisa e para estabelecer uma proposição teórica rigorosa é preciso uma abordagem indutivo-causal, usada pelo positivismo lógico, pelo individualismo metodológico” (Souto, C.; Souto, S., 2021, p. 354).

Podem-se justificar cientificamente essa direção de pensamento e a abertura às mudanças sociais, porque claramente alguns direitos que não eram concebidos como direitos humanos no século das luzes, hoje são indispensáveis. As formas de aprendizado desses direitos pela sociedade possuem um processo pré-definido? Não se pode afirmar ao certo e, muito menos na possibilidade de identificar e sedimentar ou organizar em pequenas partes como ocorrem essas mudanças nos direitos humanos, por interregno da sociologia jurídica, dogmática jurídica e filosofia do direito. Nesse aspecto, essas ciências ainda apresentam critérios metodológicos pouco eficazes. Porém, dizer qual metodologia seria a adequada para identificar esse processo de diferenciação dos direitos humanos não é o propósito desta pesquisa jurídica, pois o universo do não-saber ainda é muito mais amplo do que o saber.

A linguagem em si, jurídica, porque definida pela razão humana como especialmente do direito é apontada como linguagem imperativa por determinar condutas humanas padronizadas. Os direitos humanos, diferentemente do direito em sentido amplo, apresentam uma linguagem declarativa, pois se concentram em direitos que devem ser realizados sem especificar os detalhes específicos de como alcançar o resultado, a proteção do ser humano.

Decerto, que como exemplos dessa linguagem declarativa que se pode afirmar, respectivamente, como negativa ou afirmativa estão os direitos humanos de primeira geração (direitos civis e políticos), os de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais) e as demais gerações, de forma implícita, demonstrando a posição do agir legítimo do Estado sob os direitos humanos.

O contrassenso ocorre quando o Estado apresenta várias formas de agir que conduzem a violação dos direitos humanos, colocando os direitos humanos em uma realidade marginal. Decerto que o colapso dos direitos humanos está, neste paradoxo de criação e violação fundado em um discurso retórico, mas não precisamente legítimo. Portanto, a voz dos direitos humanos na sociedade moderna, não é de uma pessoa ou grupo de pessoas, mas da própria razão.

Todavia, o problema da universalidade dos direitos humanos persiste porque a sua aplicação prática parte de generalizações abstratas que devem garantir a consecução de seus direitos fundamentais sem ferir o princípio da dignidade humana em todas as ordens nacionais e internacionais. Dessa forma, pode-se formular de acordo com a *Teoria dos Sistemas Sociais* que o acoplamento estrutural dos direitos humanos é a democracia. Essa permite a interação dos direitos humanos com o ambiente e com isso, pode alterar sua estrutura interna e também modificar as estruturas sociais da qual faz parte. Pode-se dizer que a democracia é capaz de possibilitar a interação entre sistema jurídico e político permitindo uma coerência lógica de sentido ao escolher e garantir aqueles direitos básicos aos indivíduos.

Decerto, que Luhmann (1986) tratou de traduzir a definida *koinonia politike* (comunidade política) de Aristóteles como sistema por compreender que a ciência social nasceu como teoria da sociedade política e não como teoria dos sistemas sociais. Essa mudança permite uma reinterpretação que insere os direitos humanos como normas suprafundamentais ao ponto que possam ser estruturados e concretizados no âmbito nacional e internacional por meio da democracia.

Assim sendo, os direitos humanos teriam sua legitimidade reafirmada pelos princípios democráticos, que por sua vez, também são elegidos pelo povo. Essa operação que pode ser definida como *autopoiese* democrática serve de fundamento aos direitos humanos como ordem superior e legítima na sociedade moderna.

3.4. As normas jurídicas e os paradoxos de repetição

Em 1972, foi lançado um conto de Ricardo Ramos com o instigante título de *Circuito fechado*⁹⁹. Nele o autor desenvolve uma história urbana, tendo como tema o cotidiano do ser humano. Imprecisamente, pelas características e forma do conto, a sua leitura pode causar ao leitor certa perplexidade e monotonia pela rotina de ações reveladas pelo texto. Pois o autor lança mãos de substantivos para representar os objetos que são observados no decorrer da história por um personagem *indeterminado* e, consegue apresentar um espaço de limitação da vida, adjetivamente fechado, capaz de representar em seu conjunto as possíveis ações de uma pessoa no decorrer do dia. Nesta pesquisa que pretende ser científica e, contudo, não uma análise literária da obra, o que deve chamar a atenção no conto é a possibilidade de fechamento operacional das ações, passíveis de observação visto que são ações que podem ser repetidas por outras pessoas. Decerto que o conto de Ricardo Ramos representa o fechamento das relações humanas que, muitas vezes, assume um posicionamento crítico e pejorativo na sociedade moderna, mas as ações repetitivas podem ser objeto de uma análise científico-jurídica, e, é isso que aqui se pretende provar.

Normas, paradoxos, sistemas, comunicação, acoplamentos estruturais, teorias: tudo isso só é possível porque as ações humanas são passíveis de repetição. Ao se observar o agir humano, torna-se perceptível que as ações humanas podem ser repetidas de forma quase idênticas, pois repetir não é um simples copiar, mas sim, é criar um novo ato de uma forma distinta, guardando em seu interior certas semelhanças que a identificam como uma repetição. No entanto, pode-se afirmar que a ciência só é possível devido a possibilidade de observação pelos pesquisadores da repetição das ações, e isso, também serve para a ciência jurídica. Por exemplo: ao se observar um lavrador a capinar o mato, percebe-se que ele pratica movimentos repetitivos com a enxada com a finalidade de limpar o terreno para plantações. As ações do lavrador com a enxada consistem em levantar e baixar a enxada para cortar o mato. Ao observar esses movimentos se pode concluir que essas ações podem ser explicadas porque existem leis gravitacionais que permitem que a massa da enxada seja capaz de influir no corte do mato. Na verdade, são as possibilidades de repetições que permitem essa observação, pois

⁹⁹ Ver: RAMOS, Ricardo. Circuito fechado. **Revista Marcondo**, 29 fev. 2012. Disponível em: <https://revistamacondo.wordpress.com/2012/02/29/conto-circuito-fechado-ricardo-ramos/>. Acesso em: 02 abr. 2025.

vendo que se soltando um objeto há uma força de atração para o chão, e, repetindo-se a ação várias vezes é que se provou cientificamente que existe a lei da gravitação universal.

Sob a perspectiva da ciência jurídica, especialmente com base no posicionamento teórico de Kelsen (2009) o direito deve ser entendido como um sistema de normas que regulam a conduta humana. Pois bem, essas condutas humanas são escolhidas entre várias outras no universo de possibilidades de condutas humanas. A partir dessas escolhas é possível eleger aquelas normas que são essenciais para determinado ordenamento jurídico e excluir outras com base na cultura e no senso comum das relações desenvolvidas entre os indivíduos. Um exemplo comum que pode ser dado da aplicação do observar repetições de ações como forma de criação do direito é o artigo 121 (Homicídio simples) do Código penal brasileiro de 1940, *in verbis*: “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”. A escolha de uma lei penal que descreve matar uma pessoa como crime, ou seja, que considera a prática de uma ação humana voluntária que provoque a morte de uma pessoa um ato ilícito, só pode ser criminalizada porque é passível de repetição por qualquer outra pessoa. Isto é, quando uma pessoa A pratica a ação de matar uma pessoa B, essa ação pode ser repetida por pessoas C, D etc.. Dessa forma, vendo-se a possibilidade de repetição de uma conduta indesejada pela sociedade, o direito pode eleger tal ação como criminosa por meio de normas. O homicídio simples é apenas uma ação no universo de possibilidades legislativas observáveis por repetição e que podem ser matéria de construção do direito.

Essas observações lógicas conduzem a entender que não diferentemente da Matemática, da Física, da Química entre outras, o Direito também é uma ciência. Mas, detalhe, é uma ciência passível de comprovação, o que não implica exatidão absoluta, pois isso nenhuma ciência é capaz de possuir. Da mesma forma que as leis da natureza podem ser apresentadas por meio da observação de suas repetições, a regulação das ações ou condutas humanas pode ser apresentada com base na possibilidade de repetição. Nada adianta para o direito regular uma ação humana que não pode ser repetida. Na Matemática são criadas fórmulas que conduzem a mesma igualdade, quer dizer, ao mesmo produto, independentemente de quantas vezes sejam refeitas as mesmas operações. Portanto, os matemáticos perceberam que existe a possibilidade de certas regras serem repetidas e chegar ao mesmo resultado. Semelhantemente, a aplicação de penas pelo Direito Penal tem como funções específicas a prevenção e a punição das ações consideradas ilícitas, mas seu produto é a redução da criminalidade.

Não apenas o Direito Penal, mas todo o direito possui normas que tem como função obter um resultado específico e desejado com base em repetições de ações. Nesse aspecto, os direitos humanos também se baseiam em repetições de possíveis direitos que são elencados nas suas dimensões construídas pela doutrina. Por certo que a criação dos direitos humanos também só foi possível, porque alguns observadores do direito foram capazes de eleger ações consideradas pelos seres humanos como fundamentais, para identificar um novo subsistema para o direito. Sabe-se, portanto, que as normas jurídicas que representam os direitos humanos são passíveis de repetição nas Constituições dos Estados e também no âmbito do Direito Internacional. Essa repetição de normas que tratam de direitos humanos fundamentais somente existe porque ao se observar certas ações humanas, percebeu-se que elas deveriam ser o norte para uma convivência humana duradoura, destituída, principalmente, de violência a direitos essenciais.

Também é permitido notar, que essas repetições são paradoxais, pois ao repetir ações se produz semelhanças e diferenças, qualquer coisa um pouco contraditória. Como dito de início, repetir não é copiar, mas se trata de uma ação em que se avança voltando, onde se cria o novo a partir do velho. Nesse sentido, surgem os paradoxos de repetição. Ademais, a repetição pode ser vista como uma retomada do que já foi realizado, mas também como abandono da ação passada e criação de outra. Assim, surge na repetição uma diferença que conflita ação passada com ação presente e deixa em aberto o resultado para o futuro. Os direitos humanos percorrem semanticamente essa constante da repetição das ações que configuram direitos. São construídas normas jurídicas que determinam direitos fundamentais a partir de observações das ações repetidas e desejáveis. Mas fica em aberto o resultado das ações realizadas para o futuro, pois existem incertezas acerca da eficácia dessas normas jurídicas que dão identidade aos direitos humanos e que formulam a diferença dos direitos humanos com os outros subsistemas do direito, mesmo partindo da repetição de um processo de criação repetitivo. Até os dias atuais, a forma de criação do direito parte da observação de ações que podem ser repetidas voluntariamente pelos seres humanos, e, através de um processo legislativo baseado em ações já repetidas no passado se formula novas normas jurídicas, com a repetida finalidade das ações passadas, garantir um mínimo de civilidade entre os seres humanos.

Na verdade, a finalidade do direito não mudou em quase nada no decorrer dos séculos. Apenas, os observadores estão se chocando com novas ações, mas dando as mesmas

respostas, repetem-se as ações que o direito repetidamente já está acostumado a realizar. Se o paciente possui uma doença comum, aplica-se o mesmo medicamento utilizado em casos repetidos, mas se a doença é nova, muda-se o remédio, pois a ação medicamentosa em uma doença não funcionará em outra distinta. As repetições que o direito constrói por meio de suas normas jurídicas devem partir das observações das ações e confluir para novas soluções. Na sua essência, a repetição no direito também alcança o campo de construção de seu objeto, primordialmente, as normas jurídicas. Ao tempo que se observa ações indesejadas e as tornam ilícitas pelo direito, o próprio direito, agora, munido da possibilidade que essas ações podem ser repetidas, cria através da norma jurídica a possibilidade de evitar que essas ações sejam repetidas. Contudo, a repetição não se extingue através da construção, pois há um universo infinito de repetições. Agora, a norma jurídica possui meios de punir ou não o indivíduo que pratica aquela ação descrita como ilícita ou lícita, mas sempre a partir de formas repetidas. Se a pena é de dois anos de reclusão para determinada ação ilícita, não se muda a ação de punir, apenas se aplica a pena a casos repetidos.

O efeito da repetição, tomada como objeto de estudo científico é uma moeda de duas faces e pode levar a resultados diferentes, dependendo da abordagem adotada. Nisto, encontra-se sua identidade paradoxal de sentido. Nota-se que a observação é essencial para se desenvolver teorias, pois é a partir da observação de ações repetidas que os teóricos conduzem seus estudos e desenvolvem novas teorias com base nas formas de aprendizagem também já repetidas no passado, pois quase nada se origina do pó, hoje em dia. Mas no campo do direito, quando se aplica a casos idênticos resultados diferentes surge a tão perigosa insegurança jurídica, que os juristas tendem a se bater frequentemente. Essa face da não repetição tem soluções na jurisprudência brasileira, precisamente através da repetição de decisões judiciais, vinculativas a outros casos, tendo como exemplo mais significativo, a criação das súmulas vinculantes que surgiram no Brasil em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45.

É comum o uso da repetição nas ações humanas, mas não apenas nelas. A natureza fornece características que permitem identificar insumos para as denominadas leis naturais. O livro *Fahrenheit 451*¹⁰⁰ de Ray Bradbury trata de um exemplo claro dessa realidade, ao mencionar como tema os 451 graus Fahrenheit como a temperatura de combustão do papel, ou 233 graus Celsius, não importa a forma de medida da temperatura. Mas, o principal, é que a descoberta que o papel queima a essa temperatura só foi possível porque pesquisadores

¹⁰⁰ Ver: **Fahrenheit 451**: a temperatura na qual o papel do livro pega fogo e queima. Trad. Cid Knipel. São Paulo: Globo, 2020.

observaram repetidas vezes que ao praticar a ação de esquentar o papel até chegar a essa temperatura ele entra em combustão. Mais uma vez, conclui-se que a repetição permite o desenvolvimento da ciência e garante a continuidade das relações sociais.

A comunicação também só é possível por causa da repetição. Seguramente, as línguas naturais são passíveis de fala e escrita, e, essas ações podem ser repetidas pelos demais falantes e escritores da língua. Não existiria comunicação se tais ações de fala e escrita não pudessem ser repetidas infinitas vezes, efetivamente, não haveria nenhum sentido. O processo de aprendizagem, também é construído com base na repetição, pois são repetindo os estudos acerca do que já foram pesquisados e ensinados no decorrer dos séculos pelas mais variadas pessoas que o aprendizado é construído. A repetição que na maioria das vezes é vista como monótona e sem valor, pode, na verdade, ser objeto de análise científica.

Direitos fundamentais como os civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, coletivos entre outros, só podem ser efetivados se forem possíveis de serem repetidos pelas pessoas. Nisso, encontra-se um problema do direito, a efetivação dos direitos humanos, ou seja, a repetição dos direitos até então elencados como fundamentais. Se os direitos humanos têm como função a garantia desses direitos fundamentais devem ser criadas normas jurídicas que baseadas na observação possam ser repetidas para todos sem distinção, ou mais precisamente, de forma distinta dependendo do caso específico em que se deve manter o núcleo central dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana. Mas de toda forma, essa especificidade deve ser repetida para casos semelhantes, a partir de então. Repetir ações determinadas pelas leis ou regular ações por repetição apresentam um núcleo semântico em comum, repetição de ações.

O agir humano pretende ser regulado completamente pelo direito em todas as situações. Para que o direito exerça essa função de regulação das condutas humanas é necessária a criação de sistemas e aqui, como forma de explicitação teórica dessa criação se engloba não só *Teoria pura do Direito* de Kelsen, mas também a *Teoria dos Sistemas Sociais*, desenvolvida por Luhmann. A hierarquia das normas apresentadas por Kelsen que insere a norma fundamental no topo das categorias de normas pode ser observada com base na repetição. Tomando como exemplo o direito brasileiro, as leis ordinárias estão abaixo da Constituição, que por sua vez tem a norma fundamental como superior e vinculante, norma esta *fictícia* ou *hipotética*, depende da interpretação dada pelo observador. Kelsen só foi capaz de identificar a hierarquia, ou o lugar comum dentro do ordenamento jurídico das normas a

partir da observação da forma de atuação dessas normas no direito, ou seja, observando como essas normas são repetidas nas ações determinadas por elas. Kelsen, não criou a hierarquia das normas, apenas observou que no direito, algumas normas se repetem subjugando outras. Observou-se, portanto, que certas normas eram superiores, pois em várias situações repetidas elas eram usadas submetendo as outras a sua imperatividade.

Por sua vez, Luhmann visa analisar a sociedade tendo como objeto a ideia de sistemas. Ora, os sistemas têm sentido porque sua forma é passível de repetição por outras estruturas. Sociedade, direito, religião, educação, Estado entre outros, compreendem sistemas distintos, mas que tendem a se repetir como sistemas. Por conseguinte, os sistemas se originam de características comuns que se repetem, e por isso, são chamados de sistemas. A comparação dos dados que determinam certa estrutura como sistema é observada por interregno da repetição da forma de organização de suas funções. Se a sociedade é comunicação, em termos luhmanianos, como já foi dito em linhas anteriores, essa comunicação se torna possível porque as ações são aptas à repetição e mais, infinitas repetições.

Pensando com essa lógica, os direitos humanos podem ser entendidos como normas suprafundamentais com base na observação de seu poder de repetição em estruturar os ordenamentos jurídicos com seus fundamentos. Observa-se, consequentemente, que os direitos intitulados humanos são repetidamente utilizados na atualidade para tomada de decisões em tribunais, na política, no estabelecimento de efeitos econômicos etc., em todo lugar de regulação de ações individuais e sociais que se tendem a se repetir, os direitos humanos pretendem estar presentes. Portanto, por meio da repetição de direitos denominados fundamentais, os direitos humanos procuram alcançar a universalidade como normas suprafundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa cuidou de uma abordagem técnica que transita pelos paradoxos que os direitos humanos apresentam como construção semântica da sociedade moderna. Tentou-se mostrar onde a *Teoria pura do Direito*, com o seu principal conceito, o de norma fundamental (*Grundnorm*) e a *Teoria dos Sistemas Sociais*, que traz um vocabulário científico interdisciplinar que dialoga com a teoria da comunicação, teoria dos sistemas, teoria da evolução, teoria da observação e teoria da distinção, abarcando entre outros pensamentos, o de *autopoiesis*, são passíveis de determinar um aprofundamento crítico e construtivo da reafirmação dos direitos humanos nessa sociedade diferenciada, complexa e contingente. Assim, não se ataca o positivismo jurídico, nem muito menos, adota-se a tese crítica e depreciativa de teóricos do anti-humanismo dessas teorias.

Sendo os direitos humanos uma invenção moderna, dando-lhe assim um lugar eminente, produto de um processo de criação que tenta derrubar as barreiras cruéis da humanidade, esta pesquisa significa em última análise uma apresentação dos direitos humanos como princípio organizador estrutural do direito na sociedade moderna. Tenta oferecer uma visão sinótica dos direitos humanos como normas suprafundamentais exigidas pelos sistemas jurídicos positivos nacionais e determinantes na esfera de pensamento jurídico internacional. Por isso, observaram-se as diferentes dimensões e os paradoxos que assumem a forma dos direitos humanos e que são conciliáveis com o correr do tempo. Numa construção que transita pelo presente, na aceitação natural do que distingue o que são direitos humanos e o que não, funcionando como único remédio para as situações ocorridas no passado e, no entanto, servindo também de suplemento tendencioso a reconstrução de um futuro seguro para todos.

A sensação de perturbação a respeito da teoria dos direitos humanos em seu aspecto de aprendizado dos *modernos* se projeta por uma observação do funcionalismo-estrutural da *Teoria dos Sistemas Sociais* desenvolvidos por Luhmann e apreende parte da ciência pura do direito de Kelsen, fazendo, com isso uma refinada abstração que bem pode ter escapado das principais ideias desenvolvidas pelos autores. Entretanto, a questão de percorrer por uma teoria pura e paradoxal dos direitos humanos pode ter conseguido alcançar um pouco de originalidade no sentido de não repetir as tendências do passado de forma anacrônica, mas empregar meios de reinterpretá-las e reconstruí-las como apreensão moderna.

Por conseguinte, no campo da reinterpretação, perspectivou-se a possibilidade de demonstrar a profundidade da apresentação da imagem dos direitos humanos na condição de discurso teórico-jurídico. Para tanto, fez-se um diálogo entre a idealização e a efetividade desses direitos fundamentais para as ordens jurídicas nacionais, isto naquelas que assegurem em sua estrutura orgânica e constitucional um regime democrático de direito. Sem esse sentido de democracia, a participação popular e com isso a comunicação e construção de sentido dos direitos humanos não se coloca como modo revolucionário da cultura e da civilização moderna.

Desse modo, o envolvimento dos direitos humanos com os paradigmas do direito nesta pesquisa investigados levou a apresentar o questionamento sobre a afirmação, negação ou continuidade do programa discursivo e ideal dos direitos humanos. Dessa forma, tentou-se especular a continuidade do direito natural e (ou) direito positivo enquanto forma de paradoxos que são afirmados no deslocamento consciente do sentido de direitos subjetivos para a forma de direitos positivos. Assim sendo, determina-se a função que mantém a estrutura da civilização da civilização dos direitos humanos produto da generalização e diferenciação social, capaz, por sua vez, de inventar três formas principais de abstração dos direitos humanos, por interregno de expressões ou palavras símbolos: a primeira dimensão – liberdade; a segunda dimensão – igualdade e; a terceira dimensão – fraternidade. As demais dimensões classificadas por autores contemporâneos foram elencadas como forma de discurso e como fazendo parte de uma ação autoeducativa da cultura jurídica.

Por assim dizer, os direitos humanos representam um discurso de filtragem daqueles direitos tidos de uma possível imanente natureza humana, exigível positivamente e que possuem força normativa, porque compõem o sistema jurídico como normas postas racionalmente pelo indivíduo. Todas essas linhas de pensamento tornam passível a compreensão que em suas partes constituintes, formal e de conteúdo subjazem o princípio humanístico e geram paradoxos quando se menciona, não apenas, o vocativo próprio dos direitos humanos que compete com um direito desumano. Mas, ainda, quando envolve o debate sobre o caráter autológico dos direitos humanos em sua progressiva autopoiese comunicativa.

A partir do avanço da teoria cibernética que observa os sistemas que se auto-observam é possível uma teoria do conhecimento que observe os direitos humanos em seu paulatino aprendizado. Aqui, se de fato isso é possível, percebe-se que o sentido material dos

direitos humanos é muito maior que a liberdade e a personalidade do ser humano, pois está inseparavelmente ligada à aceitação, por ele, de forma tautócrona da herança cultural e sua mutação no tempo. Esta argumentação pode ser capaz de renovar o universo de sentido dos direitos humanos ao remover todos os objetos externos a imagem abstrata e ideal dos direitos humanos, postulando assim um universo de autonomia desses direitos nas Constituições dos Estados modernos e perfazendo uma alteração de foco da organização do Estado para um núcleo diferenciado, cuja matriz estrutural agora é os direitos reconhecidos como fundamentais.

Qualquer observação assim, se adotada, poderia estabelecer um lugar privilegiado de operação de sentido dos direitos humanos no sistema jurídico como um todo, atribuindo-lhe, sim, a universalidade pretendida de seus preceitos. Como também, a generalização da confiança nos direitos humanos, através de uma teoria pura e comunicativa, porque comunicativamente se autodescreve. A alegorização paradoxal dos direitos humanos permite sua variação na sociedade moderna, o que é praticamente de um ângulo conceitual, a apresentação global da sua iminente função de redução da complexidade normativa do direito, por meio da imposição de um conteúdo mais humanista no direito.

De maneira estrutural, a divisão dos direitos humanos da unidade para multiplicidade de suas dimensões em três áreas principais, catalogadas pela civilização da civilização dos direitos humanos, refuta a estrutura tradicional da sociedade. Tendo insinuado, é bem verdade, que pode haver outro modo de ver o direito, não se abstendo da hierarquia formal do positivismo, mas dando-lhe um sentido que corresponda a sua função fundamental, de construir uma sociedade moderna de seres humanos livres, iguais e solidários.

Hoje, o que vem sendo chamado de direitos humanos tende a ser, ou tentar ser uma estrutura simbólica que une forma e conteúdo, objetividade e subjetividade, direito e moral. Desde o início, os direitos humanos têm juntado em um só núcleo de significado duas coisas que parecem psicologicamente opostas, uma à outra, adotando-se paradoxos nessa realidade da comunicação. O desejo de criar expressões de sentido que comunicativamente estabeleçam uma relação entre direitos subjetivos e direitos objetivos, ao redor de uma sociedade que pretende apelar para uma racionalidade, assentida da natureza humana. Portanto, uma descrição pura e paradoxal dos direitos humanos, pretensão desta pesquisa, tende a observar os direitos humanos tomando como ponto de referência os seus paradoxos de construção e suas operações de comunicação generalizadas na sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1984.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. O que é isto: a sociedade sem o homem? Uma introdução para compreensão da comunicação na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 9, n. 2, p. 4-30, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/597/313>. Acesso em: 13 fev. 2024.

ÁLVAREZ, Roberto González. Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación. Tendencias. **Lima**, vol. 21, 2008, pp. 1-6. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20070929075211/http://www.sopecj.org/rgaddhh.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2025.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHUR, João Paulo. A teoria de sistemas sociais de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 36, n. 2: 77-94, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/conteudo/artigos/88c1a19dc439f4ffbfd452fed29b2b4a.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BÍBLIA. Gênesis. In: **Bíblia Sagrada**. Trad. Ivo Storniolo; Euclides Martins Balancin. 54ª Edição. São Paulo: Paulus, 2005.

BLANCO, José María García. Presentación. In: LUHMANN, Niklas. **Distinciones directrices**. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2016, pp. 1-25.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito, justiça e sociedade. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 18, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf. Acesso em: 01 ago. 2024.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Romero Perez, Carlos Vijajohos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. Argumentação jurídica a partir da Constituição. In: **Seminário teoria da decisão judicial**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. (Série Cadernos do CEJ, 30).

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. Limites do direito. Dossiê “Justiça de Transição, Corrupção, Exceção, Diferença e Risco, estudos sob a égide do debate congressional Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade”. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.24, n.48. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/27538/19527>. Acesso em: 20 jan. 2025.

DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 324–346, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1506>. Acesso em: 20 jan. 2025.

DE GIORGI, Raffaele. Sobre o direito, Kafka, Dürrematt e a ideia de Luhmann sobre o camelo. **Veredas do direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 29-43, janeiro – junho de 2027. Disponível em: <https://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/56/42>. Acesso em: 24 fev. 2025.

FUHRMANN, Italo Roberto. Revisando a teoria “dimensional” dos direitos fundamentais. **Direito & Justiça**, v. 39, n. 1, p. 26-32, jan./jun. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/admin,+Dir&Jus+v39n1+--+03+--+final+2.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2025.

GOMES, Lauren Beltrão; BOLZE, Simone Dill Azeredo; BUENO, Rovana Kinas; CREPALDI, Maria Aparecida. As Origens do Pensamento Sistêmico: Das Partes para o Todo. **Pensando Famílias**, 18(2), Porto Alegre, dez. 2014, (3-16). Disponível em: https://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2014000200002. Acesso em: 05 abr. 2024.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo, 2: sobre a crítica da razão funcionalista**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. Niklas Luhmann e o direito da sociedade: a função do sistema jurídico penal. **Revista da Faculdade de Direito da FMP** – v. 9, p. 89-123, 2 out. 2014. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/30/23>. Acesso em: 06 out. 2024.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KELSEN, Hans. **General Theory of Norms**. Trad. Michael Hartney. Clarendon Press, Oxford, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

KELSEN, Hans. **O Estado como integração**: um confronto de princípio. Trad. Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Newton de Oliveira. **O Estado de Direito em Kant e Kelsen**. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2023.

LIZIERO, Leonam. **Levando Kelsen a sério**. Andradina: Meraki, 2019. *E-book*.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad (Das Recht der Gesellschaft)**. Versão 5.0, de 13/01/2003; Formatação eletrônica – João Protásio Farias Domingues de Vargas e Majorie Corrêa Marona. Disponível em: https://www.academia.edu/35112834/Niklas_Luhmann_El_Derecho_de_la_Sociedad. Acesso em: 12 ago. 2023.

LUHMANN, Niklas. **La religión de la sociedad**. Trad. Luciano Elizaincín. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. La teoría moderna del sistema como forma de análisis social complejo. Tradução de Francisco Galván Díaz. Sección: Notas y traducciones. **Revista del Departamento de Sociología**. México: Universidad Autónoma Metropolitana, Año 1, número 1, primavera, 1986. Disponível em: <https://sociologicamexico.azc.uam.mx/index.php/Sociologica/article/view/1108/1080>. Acesso em: 12 jan. 2025.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución (Aportación a la sociología política)**. Universidad Iberoamericana. Colección teoría social, 2010.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. *E-book*.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução de Ricardo Henrique Arruda de Paula e de Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 153-161, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18552>. Acesso em: 12 ago. 2023.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales**: Lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe e Brunhilde Erker. México: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana, 1998.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 1996, pp. VII-XXVII.

MARX, Karl; 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). Trad. Rubens Enderle, Nélcio Schneider, Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano**. Trad. Jonas Pereira dos Santos. São Paulo: Editorial Psy II, 1995.

NAFARRATE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de sistemas de Niklas Luhmann**. 1 ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

PRICE, Jorge E. Douglas. La introducción de la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann en la filosofía jurídica y social Argentina. **Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, Núm. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 95 -124. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872014000100004. Acesso em: 12 ago. 2023.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RADBRUCH, G. “5 MINUTOS DE FILOSOFIA DO DIREITO”. **Publicações da Escola Superior da AGU**, [S. l.], v. 1, n. 17, 2012. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1620>. Acesso em: 14 jul. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SGARBOSSA, L. F. (2014). A norma fundamental da teoria pura do direito à teoria geral das normas. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, 8(26), 111–135. <https://doi.org/10.30899/dfj.v8i26.229>. Acesso em: 05 jan. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Luciano Nascimento. Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais – observações de primeira ordem. In: SANCHEZ, Javier Espinoza de Los Monteros. KALIFE, Alfredo Dagdug. Coords. **Derecho e Política em La Sociedad Moderna – Estudios sobre El pensamiento de Raffaele de Giorgi**. Ciudad de México: Derecho Global Editores, 2022.

SILVA, Luciano Nascimento; OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de Albuquerque. O Observador e o governo dos juízes: sociologia, teoria e prática do direito. In. BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita; LIMA, Newton de Oliveira; RODRIGUES, Raphael Silva; SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. Orgs. **Filosofia do direito e direitos humanos**. Campina Grande: Papel da Palavra, 2023.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Mudança Social e Direito**: uma pesquisa exploratória básica. Recife: PIMES, Comunicações 2, 1974.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. HAMEL, Gary. Entrevista com os professores Cláudio Souto e Solange Souto. Entrevistadora: Eliane Botelho Junqueira. **RBSD** – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 8, n. 3, p. 326-360, set./dez. 2021. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/569/294>. Acesso em: 30 jan. 2025.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolgan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins, 2008.

UNITED NATIONS. **What are human rights?** Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>. Acesso em: 09 jan. 2023.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. **Seqüência estudos Jurídicos Políticos**, 1982, 3(04), 107–115. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17159/15719>. Acesso em: 12 ago. 2023.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação**: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1993.

WOODS JR., Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização Ocidental**. Trad. Élcio Carillo. São Paulo: Quadrante, 2008.