

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS AUTORREGULA(MENTA)ÇÕES PRÓPRIAS DOS REGIMES SOCIAIS EM PAÍSES PERIFÉRICOS E A IMPRESCINDIBILIDADE DE REGULAÇÃO ESTATAL MÍNIMA SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO DINÂMICO ENTRE OS ÂMBITOS INTERNOS DOS SISTEMAS SOCIAIS

THE CONSTITUTIONALIZATION OF SELF-REGULATION(MENTATIONS) OWNED IN SOCIAL SYSTEMS IN PERIPHERAL COUNTRIES AND THE IMPERATIVENESS OF MINIMUM STATE REGULATION ON FUNDAMENTAL RIGHTS TO MAINTAIN THE DYNAMIC BALANCE BETWEEN THE INTERNAL SCOPE OF SOCIAL SYSTEMS

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA AUTORREGULACIÓN(MENTA) PROPIEDAD EN LOS SISTEMAS SOCIALES DE LOS PAÍSES PERIFÉRICOS Y LA IMPERATIVA DE LA REGULACIÓN ESTATAL MÍNIMA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA MANTENER EL EQUILIBRIO DINÁMICO ENTRE EL ÁMBITO INTERNO DE LOS SISTEMAS SOCIALES

Gilmar Ferreira Mendes *

Leonardo Cerqueira Carvalho **

1 Introdução. 2 Diferenciação sistêmica e constitucionalismo: da unidade moderna à atual fragmentação global. 3 Os direitos fundamentais no constitucionalismo social: da individual-subjetividade à institucional-transubjetividade-coletiva. 4 Uma nova compreensão do efeito de terceiros a partir das funções dos direitos fundamentais no constitucionalismo social. 5 A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO

Objetivo: O presente trabalho, sem pretensões de esgotamento do tema, tem por escopo geral estudar a proposta teórica firmada pelo constitucionalismo social desenvolvido por

* Ministro do Supremo Tribunal Federal. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (1978), mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (1987), mestrado em Direito - *University of Münster* (1989) e doutorado em Direito - *University of Münster* (1990). É presidente da Comissão de Acompanhamento do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), professor visitante da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, membro-permanente da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito, professor dos cursos de Graduação, Pós-Graduação *latu sensu*, Mestrado e Doutorado do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) e ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Brasília, DF, BR. E-mail: <MGilmar@stf.jus.br>. <http://orcid.org/0000-0003-3919-7237>

** Advogado. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Teresina, PI, BR. E-mail: <leocarvalho.adv@gmail.com>. <https://orcid.org/0000-0001-6404-3702>



A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

GuntherTeubner, com foco na ideia de constitucionalismo para além do Estado e nas funções dos direitos fundamentais nesse viés inovador, sobretudo, nas relações horizontais transnacionais. Como objetivo específico, o presente artigo analisa, inicialmente, a viabilidade de tal teoria constitucional em países de modernidade tardia, especialmente, no que diz respeito à aplicação dos “testes de qualidade” propostos pelo constitucionalismo social, para que as normas dos regimes transnacionais adquiram o *status* constitucional. Nesse passo, o artigo aponta sua lupa com ênfase para a imprescindibilidade de um equilíbrio dinâmico nas relações entre os âmbitos internos dos subsistemas sociais (espontâneos e organizacionais) e as dificuldades de isso acontecer em países do Sul Global, o que leva a uma impossibilidade de constitucionalização das autorregula(menta)ções produzidas exclusivamente pelos próprios regimes setoriais sociais em tais lugares. Ao final, observa-se que, em países periféricos, é indispensável uma regulação estatal mínima sobre as autorregula(menta)ções produzidas pelos subsistemas sociais, em que se garantiria a participação dos direitos fundamentais como ferramentas de equilíbrio entre os âmbitos internos dos subsistemas sociais (espontâneos e organizacionais).

Metodologia: A pesquisa possui natureza básica ou pura, adota o método qualitativo-dedutivo e utiliza o procedimento bibliográfico, com o escopo de confirmar a hipótese levantada na resolução do problema suscitado. Nesse sentido, serão observados: a) os efeitos da globalização e da hipercomplexidade sistêmica da sociedade mundial sobre a tradicional ideia de constitucionalismo liberal-moderno e a teoria do constitucionalismo social de GuntherTeubner; b) neste cenário, a mudança de paradigma das funções dos direitos fundamentais, que abandonam o histórico viés individual-subjetivista em favor de uma perspectiva institucional-transubjetiva-coletiva; c) a consequência que isso traz para a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, sobretudo, as de nível transnacional; e, por fim, d) o impacto do desequilíbrio nas relações entre os âmbitos internos dos subsistemas sociais (espontâneos e organizacionais) nos países periféricos e as repercussões sobre a possibilidade de aplicação da teoria do constitucionalismo social de GuntherTeubner, especialmente no que diz respeito à exclusividade de produção de autorregula(menta)ções com *status* constitucional pelos próprios subsistemas sociais.

Resultados: Constatou-se que, em países de modernidade tardia, em face do desequilíbrio nas relações entre os âmbitos internos dos subsistemas sociais (espontâneos e organizacionais), há uma extrema dificuldade de aplicação direta e pura da teoria do constitucionalismo social de GuntherTeubner, especialmente no que diz respeito à exclusividade de produção de autorregula(menta)ções com *status* constitucional pelos próprios subsistemas sociais. Nessas regiões do planeta, a constitucionalidade de tais normas depende de uma regulação mínima do Estado em que se garanta a participação dos direitos fundamentais como mantenedores do equilíbrio na dinâmica daquelas relações.

Contribuições: Em países periféricos, a constitucionalidade de normas dos regimes sociais próprios (autorregula(menta)ções) depende de uma regulação mínima do Estado, em que se garanta a participação dos direitos fundamentais como mantenedores do

equilíbrio na dinâmica entre as relações dos âmbitos internos (espontâneo e organizacional) dos sistemas sociais.

Palavras-chave: teoria dos sistemas sociais; constitucionalismo social; direitos fundamentais; efeito de terceiros; autorregula(menta)ção regulada.

ABSTRACT

Objective: The present work, without pretensions of exhaustion of the theme, has the general scope to study the theoretical proposal established by the social constitutionalism developed by Gunther Teubner, focusing on the idea of constitutionalism beyond the State and on the functions of fundamental rights in this innovative bias, especially, in transnational horizontal relations. As a specific objective, this article initially analyzes the feasibility of such a constitutional theory in late modern countries, especially with regard to the application of the "quality tests" proposed by social constitutionalism, so that the norms of transnational regimes acquire the constitutional status. In this step, the article points its magnifying glass with emphasis on the indispensability of a dynamic balance in the relations between the internal spheres of the social subsystems (spontaneous and organizational) and the difficulties of this happening in countries of the Global South, which leads to an impossibility of constitutionalization of the self-regulations produced exclusively by the social sectoral regimes in such places. In the end, it is observed whether, in peripheral countries, a minimum state regulation on the self-regulation(mentation) produced by the social subsystems is essential, through which the participation of fundamental rights as tools of balance the internal spheres of the social subsystems (spontaneous and organizational).

Methodology: The research has a basic or pure nature, adopts the qualitative-deductive method and uses the bibliographic procedure, with the scope of confirming the hypothesis raised in solving the problem raised. In this sense, the following will be observed: a) the effects of globalization and the systemic hypercomplexity of world society on the traditional idea of liberal-modern constitutionalism and Gunther Teubner's theory of social constitutionalism; b) in this scenario, the paradigm shift in the functions of fundamental rights, which abandon the historical individual-subjectivist bias in favor of an institutional-trans-subjective-collective perspective; c) the consequences that this brings to the effectiveness of fundamental rights on private relationships, especially those at a transnational level; and, finally, d) the impact of the imbalance in the relations between the internal spheres of the social subsystems (spontaneous and organizational) in peripheral countries and the repercussions on the possibility of applying Gunther Teubner's theory of social constitutionalism, especially with regard to the exclusivity in the production of self-regulation(mentations) with constitutional status by the social subsystems themselves.

Results: It was found that, in late modern countries, given the imbalance in the relationships between the internal spheres of social subsystems (spontaneous and organizational), there is an extreme difficulty in the direct and pure application of Gunther Teubner's theory of social constitutionalism, especially with regard to the exclusivity of production of self-regulation(mentations) with constitutional status by the

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

social subsystems themselves. In these regions of the planet, the constitutionality of such norms depends on a minimum regulation of the State, through which the participation of fundamental rights as maintainers of balance in the dynamics of those relations is guaranteed.

Contributions: In peripheral countries, the constitutionality of norms of their own social regimes (self-regulation(ment) tions) depends on a minimum regulation of the State, through which the participation of fundamental rights is guaranteed as maintainers of balance in the dynamics between the relationships of the areas internal (spontaneous and organizational) of social systems.

Keywords: theory of social systems; social constitutionalism; fundamental rights; third party effect; self-regulation regulated.

RESUMEN

Objetivo: El presente trabajo, sin pretensiones de agotamiento del tema, tiene como alcance general estudiar la propuesta teórica que establece el constitucionalismo social desarrollado por Gunther Teubner, centrándose en la idea de constitucionalismo más allá del Estado y en las funciones de los derechos fundamentales. En este sesgo innovador, especialmente, en las relaciones horizontales transnacionales. Como objetivo específico, este artículo analiza inicialmente la factibilidad de tal teoría constitucional en los países tardo modernos, especialmente en lo que se refiere a la aplicación de los “tests de calidad” propuestos por el constitucionalismo social, para que las normas de los regímenes transnacionales adquieran rango constitucional. En este paso, el artículo apunta su lupa con énfasis en la indispensabilidad de un equilibrio dinámico en las relaciones entre las esferas internas de los subsistemas sociales (espontáneo y organizacional) y las dificultades de que esto suceda en los países del Sur Global, lo que conduce a una imposibilidad de constitucionalización de las autorregulaciones producidas exclusivamente por los regímenes sociales sectoriales en tales lugares. Al final, se observa si, en los países periféricos, es imprescindible una mínima regulación estatal sobre la autorregulación (mentación) que producen los subsistemas sociales, a través de la cual la participación de los derechos fundamentales como herramientas de equilibrio de las esferas internas de lo social. subsistemas (espontáneo y organizacional).

Metodología: La investigación tiene carácter básico o puro, adopta el método cualitativo-deductivo y utiliza el procedimiento bibliográfico, con el alcance de confirmar la hipótesis planteada en la solución del problema planteado. En ese sentido, se observarán: a) los efectos de la globalización y la hipercomplejidad sistémica de la sociedad mundial sobre la idea tradicional del constitucionalismo liberal-moderno y la teoría del constitucionalismo social de Gunther Teubner; b) en este escenario, el cambio de paradigma en las funciones de los derechos fundamentales, que abandonan el sesgo histórico individual-subjetivista a favor de una perspectiva institucional-trans-subjetiva-colectiva; c) las consecuencias que esto trae para la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, especialmente aquellas a nivel transnacional; y, finalmente, d) el impacto del desequilibrio en las relaciones entre las esferas internas de los subsistemas sociales (espontánea y organizacional) en los países periféricos y las

repercusiones en la posibilidad de aplicar la teoría del constitucionalismo social de Gunther Teubner, especialmente en lo que se refiere a la exclusividad en la producción de autorregulaciones(mentaciones) con rango constitucional por parte de los propios subsistemas sociales.

Resultados: Se encontró que, en los países tardo modernos, dado el desequilibrio en las relaciones entre las esferas internas de los subsistemas sociales (espontánea y organizacional), existe una extrema dificultad en la aplicación directa y pura de la teoría del constitucionalismo social de Gunther Teubner, especialmente en lo que se refiere a la exclusividad de producción de autorregulaciones(mentaciones) con rango constitucional por parte de los propios subsistemas sociales. En estas regiones del planeta, la constitucionalidad de tales normas depende de una regulación mínima del Estado, a través de la cual se garantice la participación de los derechos fundamentales como mantenedores del equilibrio en la dinámica de esas relaciones.

Contribuciones: En los países periféricos, la constitucionalidad de las normas de sus propios regímenes sociales (autorregulaciones) depende de una regulación mínima del Estado, a través de la cual se garantiza la participación de los derechos fundamentales como mantenedores del equilibrio en la dinámica entre las relaciones de las áreas internas (espontáneas y organizacionales) de los sistemas sociales.

Palabras clave: teoría de los sistemas sociales; constitucionalismo social; derechos fundamentales; efecto de terceiros; autorregulación regulada.

1 INTRODUÇÃO

Especialmente no final do século passado, consolida-se o fenômeno da globalização. Acontecimentos, como a queda do muro de Berlim, o fim da guerra fria, a criação da comunidade europeia e do euro, a revolução tecnológica iniciada com o surgimento da *internet*, entre outros, simbolizaram a passagem de um mundo antes dividido em rígidas fronteiras territoriais-geográficas para uma sociedade mundial baseada no convívio da diferenciação funcional sistêmica.

De fato, nesse cenário, a aldeia global perde as amarras que deixavam seus regimes parciais em estado de latência. Há, assim, um ganho de velocidade e profundidade na fragmentação da sociedade moderna em inúmeros setores sociais autônomos e funcionalmente diferenciados, que não possuem centro ou topo hierárquico. Com isso, escancararam-se as possibilidades de interação dos diversos ramos sociais autônomos, potencializando seus relacionamentos e, conseqüentemente, suas colisões e conflitos.

No que tange ao constitucionalismo, a globalização provocou efeitos diretos sobre a sua tradicional visão, ancorada na exclusiva legitimidade político-democrática, no equilíbrio proporcionado pela separação de poderes, na rígida organização dos Estados nação, na soberania espalhada em contornos territoriais bem definidos, além de garantia

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

aos cidadãos de direitos fundamentais de características liberais. Com efeito, a antes inquestionável e exclusiva ligação entre Constituição, direito e política, baseada no paradigma do centralismo estatal, na sua exclusiva repercussão territorial e no monopólio da produção normativa, já não consegue mais apresentar soluções tempestivas para os problemas da sociedade mundial, cada vez mais hipercomplexa e fragmentada. Em suma, o esquema fixado na unidade constitucional passa a ser incapaz de acompanhar a alta velocidade das dinâmicas sociais espalhadas por todo o globo. Os sistemas normativos da política e do direito já não conseguem suscitar soluções eficazes e tempestivas aos inúmeros problemas sociais e humanos.

Nesse horizonte, emerge um novo paradigma constitucional, baseado na teoria dos sistemas sociais, qual seja, o constitucionalismo social teorizado por Gunther Teubner. Ele se baseia num “processo policêntrico, no qual diversos âmbitos vitais superam seus limites regionais e constituem, respectivamente, setores globais autônomos”¹. Os limites constitucionais aproximam-se da diferenciação e autonomia dos subsistemas sociais mundiais, deixando em segundo plano as fronteiras territoriais. Nessa perspectiva sociológica de matriz pragmático-sistêmica (ROCHA, 2005), a ideia de constitucionalidade, antes restrita a uma visão político-jurídico, é redirecionada para um regime normativo baseado em expectativas sociais. Dessa forma, o constitucionalismo idealizado na modernidade perde protagonismo para um constitucionalismo para além do Estado nacional, em que os sujeitos constitucionais são os próprios regimes sociais parciais autônomos.

Como consequência, perde sentido a visão da jusfundamentalidade como produto de normas suprapositivas de origem “misteriosa”, com excessivo viés individual-subjetivo e que foi eleita à categoria de direitos sagrados dos seres humanos. Realmente, no novo paradigma constitucional social, os direitos fundamentais não transitam por um histórico caminho liberal primitivo, em que têm a função essencial de proteger os cidadãos, livres e iguais, contra a atuação do *Leviatã*. Isso também se reflete no debate sobre a *Drittwirkung*, que se afasta do debate sobre possibilidade ou não de equilíbrio/otimização entre os interesses colidentes dos atores privados, tendo por pano de fundo a “transferência”, direta ou indireta, de normas de direito público-constitucional para a seara privada.

Agora, com o alargamento da ideia de constitucionalismo para além do Estado nação, protagonizado por novos sujeitos (regimes sociais próprios) e calcado em normas constitucionais de alcance transnacional, que têm novas funções, estruturas, âmbitos de regulação e processos, os direitos fundamentais percorrem uma trilha diferente, de viés transsubjetivo-coletivo-institucional, em que sua eficácia mira a preservação da

¹Tradução livre para “um processo policêntrico, em el que diversos âmbitos vitales superan sus limites regionales y constituyen respectivamente sectores globales autónomos.” (TEUBNER, 2005, p. 87).

diferenciação funcional sistêmica, da inclusão do artefato “pessoa” nos diversos sistemas sociais e da proteção do ambiente social (*corpo/psique*).

O presente trabalho, sem pretensões de esgotamento do tema, e partindo de uma pesquisa de natureza básica ou pura, na qual se adotará o método qualitativo-dedutivo e se utilizará do procedimento bibliográfico, tem por escopo analisar a hipótese de que, em países periféricos, é indispensável uma regulação estatal mínima sobre as autorregula(menta)ções produzidas pelos subsistemas sociais, em que se garanta a participação dos direitos fundamentais como ferramentas de equilíbrio aos âmbitos internos dos subsistemas sociais (espontâneos e organizacionais), sob pena de reprovação nos “testes de qualidade” e, assim, impossibilidade de configurarem verdadeiras e genuínas constituições próprias, tal como proposto pela teoria do constitucionalismo social desenvolvido por Gunther Teubner. Para isso, serão observados: a) os efeitos da globalização e da hipercomplexidade sistêmica da sociedade mundial sobre a tradicional ideia de constitucionalismo liberal-moderno; b) neste cenário, a mudança de paradigma das funções dos direitos fundamentais, que abandonam o histórico viés individual-subjetivista em favor de uma perspectiva institucional-transubjetiva-coletiva; c) a consequência que isso traz para a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, sobretudo, as de nível transnacional; e, por fim, d) em países periféricos, a participação dos direitos fundamentais como ferramenta de equilíbrio da dinâmica das relações entre os âmbitos internos dos subsistemas sociais (espontâneos e organizacionais) e a (des)necessidade de normatização mínima do Estado quanto às autorregula(menta)ções produzidas pelos subsistemas sociais.

2 DIFERENCIAÇÃO SISTÊMICA E CONSTITUCIONALISMO: DA UNIDADE MODERNA À ATUAL FRAGMENTAÇÃO GLOBAL

Com a criação do Estado moderno, o direito assume um caráter técnico-científico, representado pelo positivismo, que possibilita o surgimento unificado de normas jurídicas por um órgão central, competente e legítimo, a partir de regras preestabelecidas, para serem aplicadas dentro de uma comunidade territorialmente delimitada. O positivismo, portanto, garante a unificação e a centralização do direito dentro de um determinado território, premissas básicas para a sobrevivência do Estado moderno. Com a consolidação dessas características, cria-se um ambiente favorável para o surgimento daquilo que se costuma denominar de constitucionalismo moderno, clássico ou liberal, representante da “primeira sistematização coerente do Estado de Direito.” (FERREIRA; LIMA, 2017, p. 122).

Nessa perspectiva, a Constituição foi o instrumento que regulou “a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

homem e as respectivas garantias.” (SILVA, 2004, p. 38). Seu núcleo material estava constituído pela “noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes.” (SARLET, 2012, p. 46). Disso se extrai que suas três características essenciais eram: a) submissão ao império da lei; b) divisão de poderes; e, c) enunciado e garantias dos direitos individuais (SILVA, 2004, p. 112-113).

Ocorre que, se num primeiro momento, a visão de Constituição era de “um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado” (LUHMANN, 2013, p. 3), dando, ainda, “uma limitação jurídica ao governo” (NEVES, 2006, p. 96), pela lente da teoria sistêmica da sociedade, ela nasceu como um “produto e fator da diferenciação funcional entre política e direito como subsistemas sociais.” (NEVES, 2006, p. 97), que atua na forma de um acoplamento estrutural entre eles (LUHMANN, 2016, p. 604), respeitando suas autonomias internase promovendo a acessibilidade recíproca na forma de um vínculo intersistêmico horizontal. A Constituição, enquanto acoplamento estrutural, permite “o direito positivo se converter num meio de conformação política, assim como o direito constitucional se tornar instrumento jurídico para a implantação de uma disciplinarização política.” (LUHMANN, 2016, p. 631).

A compreensão dessa ideia de Constituição passa pela perspectiva de Estado moderno para a teoria sistêmica, ou seja, de “uma verdadeira simbiose entre a autonomia operacional do sistema do direito e a autopoiese do sistema político” (NEVES, 2006, p. 85). Com efeito, esse “espaço de entrecruzamento horizontal entre dois meios de comunicação simbolicamente generalizados” (NEVES, 2006, p. 91), trouxe solução para um antigo problema de desequilíbrio sistêmico, ao adotar a intransigente aplicação da perspectiva funcional do sistema do direito, impondo ao sistema político a necessidade de adequação à distinção binária entre lícito/ilícito. Assim, o Estado moderno, longe de ser um produto de racionalidade absoluta, “funciona como um esquema a tornar possível definir duas perspectivas *de sentido contrário* como uma *unidade* e celebrá-la como uma conquista da civilização: suspensão jurídica do poder político e a instrumentalização política do direito.” (LUHMANN, 2016, p. 565). E isto foi possível graças às Constituições modernas, que, além de acelerarem suas dinâmicas, possibilitaram aos sistemas da política e do direito um maior grau de liberdade, à medida em que garantiram que as influências entre esses sistemas somente aconteceriam pelo estreito caminho por ela traçado. Paradoxalmente, promoveram o desfrute de inúmeras irritações e estímulos, respectivamente, pelo sistema que forma o ambiente de cada um, construindo pontes entre eles.

Ocorre que esse modelo constitucional, revelador de um acoplamento estrutural formado exclusivamente pelos sistemas da política e do direito, foi adequado apenas para o nível de complexidade social do final do século XVIII, sendo insuficiente para

apresentar respostas aos reclames sociais, especialmente, os que são ouvidos depois da Segunda Guerra Mundial. Se na criação das primeiras Constituições jurídico-políticas a intenção era conter o poder político, por meio da criação do Estado de direito, agora, a nova ordem constitucional tem outro escopo: liberar as energias de todos os sistemas sociais autônomos.

Realmente, se, com a modernidade, os Estados nacionais emergiram com força suficiente para impor uma “coincidência” entre as fronteiras territoriais e os limites de abrangência dos sistemas sociais diferenciados (TEUBNER, 2016), sobretudo nas últimas três décadas, a globalização promoveu a liberação e autonomização de meios de comunicação altamente especializados (dinheiro, conhecimento, direito, medicina, tecnologia, etc.) afastaram, progressivamente, as jaulas de base político-legal, incapazes de neutralizar suas dinâmicas expansivas e autorreferenciais ou de regular conflitos de fronteira entre eles. Por essa razão, diz-se que “Na sua forma atual, globalização é sinônimo de uma transformação do princípio fundamental da diferenciação: uma mudança da diferenciação territorial rumo à diferenciação funcional no plano mundial” (TEUBNER, 2020, p. 12). Com efeito,

O poder político permanece fundamentalmente incapaz de definir ou controlar, por exemplo, crenças religiosas, a beleza da arte, o valor das notícias ou verdades científicas. Supremacia política existe apenas em relação a aspectos sociais específicos, que embora fundamentais, são restritos às funções do poder político, tais como o exercício legítimo de violência² (KJAER, 2013, p. 781).

Essa liberação das energias internas sistêmicas das invisíveis amarras de contenção de suas diferenciadas estruturas e funções destituiu a liderança do sistema da política, até então vigente, derretendo o eixo principal do modelo constitucional moderno. Como consequência, a, até então, inescapável vinculação da Constituição ao Estado nacional já não resiste à incapacidade de apresentar soluções tempestivas para os problemas da sociedade globalizada e funcionalmente fracionada, provocados pela aceleração dos setores sociais. Entra em marcha a desconstrução do conceito liberal clássico de Constituição jurídico-política, tornando-se realidade a constitucionalização dos setores autônomos da sociedade, que não se submetem ao controle de um ponto único, um cume, um órgão central de monitoramento da sociedade, qual seja, o Estado nacional-territorial. Consolida-se a ideia de que a relação entre as ordens jurídicas sociais é agora horizontal em vez de vertical; heterárquico em vez de hierárquico, sendo

²Tradução livre para “Political power remains fundamentally incapable of defining or controlling, for example, religious beliefs, the beauty of art, the value of news, or scientific truths. Political supremacy exists only in relation to the specific, albeit very fundamental, social functions of political power, such as the legitimate exercise of physical violence.” (KJAER, 2013, p. 781).

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

“possível conceber autonomia sem exclusividade, ou seja, imaginar a autoridade suprema, ou soberania, em termos não exclusivos.”³ (WALKER, 2002, p. 337).

Não há mais, portanto, que se restringir o constitucionalismo a um modelo de acoplamento estrutural exclusivo entre o poder e o direito. Ele se permite perceber, designadamente, que não há nada de verdadeiramente essencial na relação entre o constitucionalismo e a estadualidade, dispondo da capacidade para problematizar a relevância jusconstitucional de todos os sistemas sociais diferenciados (WALKER, 2002, p. 311). Quer dizer, a atual perspectiva é de que se revelem constituições decorrentes de processos interdependentes de diferenciação social, caracterizados pela contingência dos direitos constitucionais. Trata-se de um pluralismo constitucional, que “implica uma multiplicidade de novos setores de produção normativa que postulam mútuo (re)conhecimento, em uma combinação reflexiva de discursos constitucionais, sem nenhuma espécie de exclusividade de observação.” (TONET, 2018, p. 88).

Assim, as constituições sociais devem ser entendidas como “dispositivos que, ao mesmo tempo, garantam a autonomia de cada sistema social diferenciado e domesticuem-no por dentro, a fim de impedir que prejudique seu ambiente e, portanto, seus próprios meios de subsistência”⁴ (GUIBENTIF, 2016, p. 46). Cada constituição parcial tem, portanto, a função de regular a abstração de um meio de comunicação e, com isso, garantir os efeitos socialmente abrangentes. Para tal, as normatizações próprias dos setores sociais precisam passar por “testes de qualidade”, consubstanciados na análise de alguns requisitos que revelam a constitucionalidade genuína, diferenciada da mera ‘juridificação privada’ (TEUBNER, 2016).

Primeiro, é necessário garantir que a constituição parcial promova a diferenciação funcional da sociedade, ameaçada pela tendência expansiva de cada uma de seus sistemas especializados, os quais liberam alta carga energética destrutiva, orientada pelo individualismo de cada um destes setores. Para isso, a constitucionalidade sistêmica passa pela convivência harmoniosa entre regras constitutivas mediáticas de cada sistema social, que surgem dos novos acoplamentos estruturais formados com o direito, e regras limitativas, que calibram o crescimento destes âmbitos sociais a níveis toleráveis, fixando fronteiras para o ambiente e, assim, impedem conflitos com outras dinâmicas parciais (TEUBNER, 2016).

Ademais, as constituições sociais expressam seu caráter democrático por meio da forçosa reflexão endógena entre os âmbitos internos dos sistemas parciais, diante do dissenso. Essa reflexão ocorre em multiníveis e tem por finalidade promover “disputas”

³ Tradução livre para “it is possible to conceive autonomy without exclusivity, that is, to imagine the supreme authority, or sovereignty, in non-exclusive terms.” (WALKER, 2002, p. 337).

⁴ Tradução livre para “dispositifs qui, à la fois, assureraient l'autonomie de chaque système social différencié et le dompteraient de l'intérieur, afin de l'empêcher de porter atteinte à son environnement et donc à ses propres conditions de subsistance.” (GUIBENTIF, 2016, p. 456.)

entre as prestações ao ambiente e sua função perante a sociedade, enquanto sistema mais amplo. Ela é realizada por intermédio de múltiplas instituições sociais, que convivem harmoniosamente nos dois âmbitos de diferenciação interna: o organizacional-profissional e o espontâneo. O primeiro é fruto de pressões de aprendizagem realizadas nos âmbitos espontâneos de outros sistemas funcionais e tem por objetivo promover uma adaptação aberta deste aprendizado, ou seja, outros mecanismos de abertura recíproca; já o segundo, que tem o dever de controlar o âmbito organizacional-profissional, revela-se numa multiplicidade descentralizada de processos comunicativos irrefletidos e politizados, garantidos institucionalmente. Para Teubner,

Essa diferença espontâneo/organizado é o ponto de cristalização para uma constitucionalização que vai além do estágio constitucional atual. Trata-se, aqui, sempre da questão de ajustar o equilíbrio precário do âmbito espontâneo e do âmbito organizacional de forma sempre renovada e, ao fazê-lo, trabalhar especificamente contra a tendência que o âmbito organizacional tem em subjugar o âmbito espontâneo aos seus interesses próprios (TEUBNER, 2016, p. 186).

O estágio final da constitucionalização social diz respeito ao surgimento do meta-código constitucional autônomo, resultado de uma densidade e perenidade do acoplamento estrutural entre o direito e o sistema social-alvo. Trata-se da metacodificação híbrido-binária “constitucional/inconstitucional”, que surge quando as comunicações policontexturais primárias atingem o nível de comunicações reflexivas (TEUBNER, 2016, p. 140). Ou seja, quando além da autofundação constitutiva (*Selbstkonstitution*) mediática do sistema social, consubstanciada na fixação de fronteiras para o ambiente (fechamento de primeira ordem) e no estabelecimento de uma identidade própria (fechamento de segunda ordem), há uma segunda fase, ligada à dupla reflexividade entre o sistema social auto constituído e o direito. Essa "reflexividade medial", que ocorre, por exemplo, quando

[...] o poder regula o poder, quando operações monetárias regulam o fluxo de dinheiro, quando meta-teorias, epistemologia e metodologia regula o que é uma operação científica e o que é superstição, quando regras secundárias regulam regras primárias - geralmente, quando as regras especiais de meio de comunicação de um sistema funcional se torna reflexivo e regula uma operação de segunda ordem por suas operações de primeira ordem - só então chegamos ao *proprium* de uma constituição⁵ (TEUBNER, 2011a, p. 227).

⁵ Tradução livre para “power regulates power, when monetary operations regulate the flow of money, when meta-theories, epistemology and methodology regulate what is a scientific operation and what is superstition, when secondary rules regulate primary rules - more generally, when the special communication medium of a function system becomes reflexive and regulates in a second-order operation its first-order operations - only then have we reached the *proprium* of a constitution.” (TEUBNER, 2011a, p. 277).

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

Em síntese, portanto, com o aprofundamento da globalização, houve uma aceleração da liberalização das energias internas, outrora latentes, dos diversos regimes sociais, especialmente os de viés cognitivo. Nesse cenário, o paradigma constitucional firmado pelo acoplamento estrutural exclusivo entre os sistemas do direito e da política passa a ser insuficiente para dar respostas adequadas e tempestivas para as demandas da sociedade mundial. Surgem, assim, as constituições para além dos Estados-nação, ou seja, constituições próprias dos sistemas sociais funcionais, que não estão atreladas a um centro jurídico/político e normativo hegemônico, nem encontram fronteiras em limites territorialmente fixados com base em soberania. Na verdade, seguindo o pensamento do constitucionalismo social proposto por Gunther Teubner, a constitucionalização dos regimes sociais depende da superação de “testes de qualidade” de suas normatizações. Urge, assim, que ultrapassem a mera “juridicização” o que somente ocorre quando, além de firmarem regras constitutivas e limitativas, expressam seu caráter democrático por meio a forçosa reflexão interna entre os âmbitos internos (espontâneo e organizacional) dos sistemas parciais diante do dissenso, para, ao final, revelarem o surgimento do meta-código constitucional autônomo, fruto da dupla reflexão que gera o acoplamento estrutural entre o direito e outro sistema social.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: DA INDIVIDUAL-SUBJETIVIDADE À INSTITUCIONAL-TRANSUBJETIVIDADE-COLETIVA

Com a mudança de paradigma proporcionada pela modernidade e o desenvolvimento das esferas de ação autônomas (TEUBNER, 2016, p. 31), a todos os indivíduos foram atribuídos direitos subjetivos, independentemente da posição que ocupassem na pirâmide social. Nasceram os direitos fundamentais, intrínsecos aos indivíduos e reivindicáveis sem necessidade de permissão/autorização prévia. Na ideia moderna de jusfundamentalidade, “o “eu” ganha espaço e o indivíduo passa a ser dotado de maior autonomia para escolher suas preferências e modo de vida, não seguindo necessariamente uma lógica de grupo.” (DARRIEUX, 2019, p. 78). A individualidade passou ser simbolizada pelo significantes vazio “homem” em si, por uma crença genérica na humanidade de cada pessoa (VERSCHRAEGEN, 2019).

Realmente, nesse cenário, os direitos fundamentais, enquanto produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, garantiriam aos cidadãos defesa, resistência ou oposição frente ao Estado, demarcando uma zona de não intervenção e uma esfera de autonomia em face do poder político. A função primeira dos direitos fundamentais seria proteger o indivíduo quanto ao exercício arbitrário do poder Estatal, especialmente quanto ao usufruto pleno da liberdade, àquela época, consubstanciada basicamente no exercício dos direitos civis e políticos. Logo, os direitos fundamentais teriam atuação

numa equação formada por três elementos básicos: o Estado, o indivíduo e uma norma que regule a relação entre eles (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 11-12), no caso, as Constituições que, ao proclamarem os direitos fundamentais dos indivíduos, impediriam que o exercício dos poderes estatais produzisse arbítrios ou autoritarismos, motivo pelo qual são “a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva”, formando “a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.” (MENDES, 2002, p. 2).

Entretanto, a teoria sistêmica da sociedade faz uma leitura diferente dos direitos fundamentais. Para ela, há uma estreita relação entre o surgimento do conceito de direitos individuais subjetivos e o abandono de uma sociedade estratificada em direção a uma sociedade moderna funcionalmente diferenciada. Com isso, houve um aumento relevante de complexidade nas relações sociais e, conseqüentemente, de uma progressiva especialização e divisão do trabalho, de tarefas e de funções em todos os setores da sociedade, como economia, política, direito, artes, ciências, etc. Fragilizado o sentimento de coletividade e os compromissos e obrigações em prol de toda a comunidade, surge uma aglomeração de diferenças individuais, que reclamam por liberdade e autonomia. Os direitos fundamentais se sobressaíram, nesse período, como instrumentos garantidores de tais desejos dos indivíduos.

Partindo desse horizonte, percebe-se que os direitos fundamentais não são eternos, ontológicos, estanques, muito menos vinculados à existência humana, mas, sim, resultado de processos históricos que talham e atualizam, gradual e socialmente, seus sentidos a partir das transformações radicais da estrutura societária. Os direitos fundamentais, portanto, miram o “por vir” e têm por base a clara diferenciação entre o cognitivo e o normativo. Eles constroem estruturas normativas direcionadas à abertura para o futuro, que solucionam o problema da desestruturação da complexidade (NEVES, 2005). Mas que futuro? O permanentemente impossível de prognosticar: o futuro das reproduções autopoiéticas diversificadas dos sistemas, pois o “por vir” dos homens pertence ao ambiente dos sistemas (LUHMANN, 2016). Sob o prisma sociológico-sistêmico-estrutural-funcional, portanto, a jusfundamentalidade mira o futuro “estabelecer as expectativas que serão estabilizadas” (VIANA, 2015, p. 124), diante das pressões de constantes mudanças do ambiente. Não possuem nenhuma consistência semântica, sendo “vazios de conteúdo”, já que a “função destes direitos pode ser desenvolvida apenas, e exatamente, porque estes não especificam de nenhum modo a praticabilidade de seus preceitos. Tal especificação é delegada aos diversos subsistemas da sociedade.” (CORSI, 2001, p. 177).

Dessa forma, a era moderna representou a guinada para uma sociedade funcionalmente diferenciada, em que não há espaço para a ideia de direitos fundamentais como direitos individuais subjetivos, nem de que eles possuem sentidos predefinidos, imutáveis e universais. Na verdade, de uma forma geral, são parâmetros

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

autopoieticos de viéses institucional-transubjetivo-coletivo que o sistema jurídico utiliza no momento de decisão (seleção), com vistas à estabilização de expectativas sociais sistêmicas.

Niklas Luhmann foi o primeiro autor a consolidar uma teoria neste sentido, ou seja, de que os direitos fundamentais estão ligados à preservação do processo geral de diferenciação funcional (LUHMANN, 2002). Para isso, definiu os direitos fundamentais como Instituições, isto é, um complexo fático de expectativas comportamentais temporal, objetiva e socialmente generalizadas, que, partindo de um consenso social suposto, formam a estrutura dos sistemas sociais e, por meio disso, criam uma base de ação sustentável. As palavras-chaves contidas nos catálogos constitucionais sobre direitos fundamentais, como propriedade, liberdade, igualdade, etc., seriam símbolos, que representam tais expectativas de comportamentos institucionalizados. Dessa forma, a função institucional dos direitos fundamentais é proteger os demais subsistemas dos perigos da desdiferenciação (LIMA, 2020) e, segundo Luhmann, da simplificação pelo sistema da política, que, agindo como uma externalidade negativa, tende a colonizar outros sistemas sociais autônomos, por meio da imersão de seus critérios sobre códigos, programas e operações não-políticas (LUHMANN, 2002).

Por tudo isso, percebe-se que a apertada concepção de que os direitos fundamentais podem ser exercidos exclusivamente contra o poder abusivo do Estado não apresenta soluções adequadas para os problemas sociais. Assim, a visão dos direitos fundamentais amparada pelo modelo de subjetivismo jurídico e, portanto, de disponibilidade pelo indivíduo, de hierarquia das leis e de separação entre Estado e sociedade não é suficiente para explicar suas verdadeiras funções (LUHMANN, 2002, p. 105). O modelo subjetivo dos direitos fundamentais que atuam numa relação jurídica representada pelo binômio Estado-indivíduo(s) não convence mais, seja pela mudança estrutural experimentada pelo direito público especialmente no pós-1989, seja pelas evidências em casos como o da transubjetividade do meio ambiente, proteção institucional, movimentos difusamente organizados, comunidades, etc. (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2012).

Com efeito, “para encontrar o significado de sua realidade nas condições de sua substituíbilidade” (LUHMANN, 2002, p. 39), o papel dos direitos fundamentais na sociedade deve ser questionado e examinado não apenas no seu "suposto senso normativo" (LUHMANN, 2002, p. 45), mas também, e acima de tudo, sua função na ordem social. Nesse sentido, Verschraegen revela a importância de uma postura institucional dos direitos fundamentais ao explicar, com apoio em Luhmann, que a sociedade moderna é construída sobre estruturas sociais que são muito improvavelmente evolucionárias e, portanto, precisa de proteção especial. Sem mecanismos institucionalizados que possibilitem e fortaleçam a coexistência entre

peças altamente individualizadas e os sistemas de função autônoma, o risco de regressão ou desdiferenciação é real (VERSCHRAEGEN, 2002).

Logo, apenas uma abordagem sociológica dos direitos fundamentais e de suas dimensões constitucionais tem o condão de capturar os seus diversos significados e funções na sociedade moderna. Apenas assimilando-se um pluralismo constitucional, em que os diversos setores sociais funcionais autônomos possam desenvolver seus próprios regimes constitucionais-jurídicos é que os direitos fundamentais podem se desenvolver. Como a face de Janus, por um lado permitem “a autonomia de cada sistema de funções, possibilitando o acesso livre e igual para todos. Por outro lado, eles têm que estabelecer limites para as tendências totalizantes dos meios comunicativos autonomizados.”⁶ (VERSCHRAEGEN, 2011, p. 222).

4 UMA NOVA COMPREENSÃO DO EFEITO DE TERCEIROS A PARTIR DAS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Esse entendimento constitucional-sociológico dos direitos fundamentais, que parte de uma abordagem sistêmica e de um viés institucional-transubjetivo-coletivo da jusfundamentalidade, implica uma nova compreensão sobre o efeito de terceiros, que ocorre inicialmente a partir da assimilação de duas pré-condições.

A primeira impõe a generalização dos meios de comunicação e, com isso, o entendimento de que “os direitos constitucionais devem ir muito mais longe e precisam ser direcionados a todos os meios de comunicação com tendências expansivas.” (VESTING, 2015, p. 200), não se restringindo somente ao poder do Estado na sociedade. Realmente, segundo o constitucionalismo social, todos os sistemas comunicacionais autônomos (ciência, arte, educação, economia etc.) têm potencial para produzirem suas Constituições intrínsecas, as quais reclamam proteção dos direitos fundamentais. Diante disso, a clausura dos direitos fundamentais às fronteiras de cada Estado-nação já não se sustenta, e sua eficácia, inclusive horizontal, passa a ter raio de atuação extraterritorial, ao atingir

[...] contextos dos regimes de governança privada, dentre os quais se contariam as empresas do setor de mídia, instituições de educação, entidades de classe e outras associações profissionais, as organizações não governamentais quase autônomas e as organizações internacionais (TEUBNER, 2016, p. 32).

⁶ Tradução Livre para “the autonomisation of each function system, enabling free and equal access for everybody. On the other hand, they have to set boundaries to the totalising tendencies of autonomised communicative media.” (VERSCHRAEGEN, Gert. **Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State**, 40 R & R 216 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:36:32 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline.p. 222).

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

É que, se Luhmann direcionou os direitos fundamentais à politização da sociedade, que tal sistema inaugurou as tentativas de usurpação dos meios de comunicação, por meio de seu código específico (poder), Teubner estende sua atuação contra a possibilidade de movimentos colonizadores entre todos os outros sistemas autônomos funcionais. Quer dizer, numa sociedade moderna e policêntrica, a jusfundamentalidade generaliza-se, não se restringindo à defesa de indivíduo contra ações estatais ou mesmo contra o sistema político, mas, sim, à dinâmica expansiva de todos os sistemas.

Além disso, em sua dimensão institucional-transubjetiva-coletiva, os direitos fundamentais têm por verdadeira função o enfrentamento dos conflitos estruturais maciços dentro da sociedade (TEUBNER, 2017), e não na ponderação e no equilíbrio entre direitos subjetivos de atores privados. Com isso, chega-se à segunda pré-condição, ou seja, a urgência de uma reespecificação dos direitos fundamentais nas relações particulares, que devem ultrapassar os limites da mera contextualização/adaptação entre normas constitucionais e o direito privado, (re)direcionando-se em face de todos os meios de comunicação expansionistas. Realmente, se todos os sistemas funcionais têm potencial para se autoconstitucionalizarem, os direitos fundamentais precisam atuar de maneira customizada em cada um deles, percebendo suas lógicas intrínsecas e delimitando suas normatividades próprias, para, reajustando-as, adaptá-las à legalidade vigente (TEUBNER, 2011b). Daí a impossibilidade de uma concepção uniforme dos direitos fundamentais ser aplicada em todos os campos sociais.

Por esse paradigma, a eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo nas relações privadas, possui duas funções: uma inclusiva e outra excludente. Pela primeira, os direitos fundamentais, enquanto contrainstituições constitucionalmente previstas, têm a tarefa de garantir uma efetiva participação (acesso) de indivíduos, grupos, ou mesmo de toda uma população, aos diversos sistemas funcionais de comunicação. Já pela eficácia excludente, a jusfundamentalidade atua como barreiras protetoras da integridade da esfera pública em razão de avanços injustificados de processos comunicativos autônomos, evitando, assim, a perniciosa desdiferenciação social.

Ao fim e ao cabo, a missão do efeito de terceiros somente pode ser correta e completamente entendida com uma reconstrução separada dos direitos fundamentais, por meio do distanciamento da proteção dos direitos individuais subjetivos em favor de uma aproximação às instituições ameaçadas por diferentes conflitos intrassociais. Em outras palavras, a nova equação do efeito de terceiro desgarra-se das relações jurídicas pretensamente simétricas entre indivíduos ou entre indivíduo(s) e coletividade, para atingir as indiscutíveis relações assimétricas entre seus 'novos' destinatários, ou seja, atores coletivos e matrizes comunicativas anônimas (organizações formais, sistemas, discursos, redes e funções) em suas tentativas de expansões ilegítimas sobre os direitos fundamentais.

A definição de ator coletivo passa por uma leitura conjunta da subjetividade, a partir da atribuição e da comunicação. Quer dizer, o sujeito de direito não possui subjetividade, mas ela lhe é atribuída a partir da sua adequada inserção em processos comunicativos. Trata-se, pois, de uma espécie de ficção dos diversos sistemas sociais, de um verdadeiro constructo social ligado à definição de “pessoa”. Nas palavras de Maranhão, “sujeito de direito não é aquele que possui determinadas características, necessárias e suficientes, de subjetividade, mas aquele ao qual se permite atribuir ou imputar subjetividade, a partir de feixes de comunicação nos quais se insere” (MARANHÃO, 2020, p. 82).

Enfim, o que importa é ter em mente que “um ator coletivo não é um grupo de indivíduos, mas uma cadeia de comunicações.” (TEUBNER, 2016, p. 56). Ou melhor, o ator coletivo é um artefato semântico com capacidade comunicativa dentro do sistema social e que revela indicadores confiáveis de endereçabilidade (FUCHS, 2003).

Já a matriz anônima ou processo de poder social anônimo é uma “dinâmica social desencadeada que é guiada por uma racionalidade unilateral, imprudente e ilimitada. Primeiro a racionalidade da política e, posteriormente, monetarização, juridificação, medicalização e midialização da sociedade moderna.”⁷ (TEUBNER, 2011a, p. 282). Essa abordagem traz uma nova perspectiva, segundo a qual não há necessidade de rastreamento e individualização do agente violador para que se possa promover a efetiva garantia de direitos. As matrizes anônimas despersonificadas (funções, sistemas, redes, discursos etc.) representam, pois, processos sociais anônimos, autônomos, independentes e específicos, que são responsáveis pelas violações aos direitos constitucionais. Essas matrizes se diferenciam de outros atores coletivos, na medida em que não são personificadas como coletividades (TEUBNER, 2016, p. 272).

No mais, a dimensão institucional-transubjetiva-coletiva dos direitos fundamentais pode ser subdividida em três esferas, que devem ser atribuídas, “não na base de um para um, mas com uma multiplicidade de sobreposições”⁸ (TEUBNER, 2011b, p. 212). São elas: institucional, pessoal e humana (TEUBNER, 2016).

A dimensão institucional dos direitos fundamentais proporciona uma eficácia horizontal que atua como “norma de colisão” entre racionalidades parciais da sociedade (arte, família, religião, ciência, mídia de massa, economia etc.), com o escopo de proteger suas respectivas integridades de tendências totalizantes umas das outras e, assim, facilitar

⁷Tradução livre para “an unleashed social dynamics which is guided by a one-sided, reckless and limitless rationality, first the rationality of politicisation, later of the monetarisation, juridification, medicalisation and medialisation of modern Society.” (TEUBNER, Gunther. **Horizontal Effect Revisited: A Reply to Four Comments**, 40 R & R 275 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:38:11 2020 SOURCE: Content Download ed from HeinOnline. p. 282).

⁸Tradução livre para “fundamental rights are to be allocated to these dimensions not on the basis of one-to-one, but with a multiplicity of overlaps.” (TEUBNER, Gunther. **Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect**, 40 R & R 191 (2011). p. 212).

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

a diferenciação social. Em outras palavras, tem a função de evitar a totalização de racionalidades parciais autônomas da sociedade, razão pela qual, o efeito de terceiros deve ser ampliado e direcionado contra todos os meios de comunicação com tendências expansivas que promovam riscos aos direitos fundamentais.

Já pelo segundo viés, os direitos fundamentais garantem proteção à integridade do artefato semântico ‘pessoa’, ou seja, um ponto de atribuição móvel, responsável pela manutenção das fronteiras entre os sistemas humano (*psique/corpo*) e sistemas sociais comunicativos. A jusfundamentalidade atua, portanto, na preservação das corretas marcações que definem, de maneira firme e ao mesmo tempo dinâmica, as diferenciações entre os subsistemas sociais de comunicação (política, direito, ciência, economia etc.) e o ambiente humano. Se, na dimensão institucional, a ‘vítima’ dos avanços sistêmicos é outro processo comunicacional, aqui a proteção dos direitos fundamentais recai sobre o artefato ‘pessoa’, sempre almejando a promoção de uma eficácia inclusiva.

Por fim, os direitos fundamentais fornecem segurança àqueles que habitam o ambiente da sociedade (*psique e corpo*) das prejudiciais irritações que os sistemas comunicacionais podem, reflexivamente, provocar-lhes, causando-lhes dor física e/ou sofrimento emocional. Isso ocorre porque, apesar de não se comunicarem racionalmente, as irritações perpetradas pelos sistemas comunicacionais têm um alto potencial destrutivo sobre o seu ambiente humano. A integridade psicofísica do ser humano que habita o ambiente social é o objeto de preservação dos direitos fundamentais.

5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS AUTORREGULA(MENTA)ÇÕES PRÓPRIAS DOS REGIMES SOCIAIS EM PAÍSES PERIFÉRICOS E A IMPRESCINDIBILIDADE DE REGULAÇÃO ESTATAL MÍNIMA SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO DINÂMICO ENTRE OS ÂMBITOS INTERNOS DOS SISTEMAS SOCIAIS

Como se viu anteriormente, numa sociedade definitivamente mundial, hipercomplexidade e policontexturalidade, tornam-se flagrantes as dificuldades que o monopólio normativo dos Estados-nações encontrou para apresentar respostas tempestivas às urgentes demandas dos diversos sistemas sociais funcionais, especialmente, os de cunho cognitivo (ciência, economia, educação, comunicação em massa etc.). De fato, o elevado grau de especificidade e incerteza dessas demandas reclamam respostas urgentes e eficazes que os sistemas normativos (política e direito), isoladamente, já não conseguem mais fornecer com a agilidade reclamada.

Diante disso, o constitucionalismo social percebe que a hegemonia normativa de cunho político-estatal se torna cada vez mais um entrave para uma dinâmica de

programação/regulação das relações sociais num contexto de globalização. Há um indisfarçável problema de regulação dentro do pluralismo jurídico da sociedade mundial, em que as fronteiras territoriais são ignoradas pelos incessantes choques comunicativos causados por diversos problemas funcionais das arenas sociais especializadas.

No que tange especificamente ao sistema do direito, esse descompasso entre a tomada de decisões programantes e a sua utilização como fundamentos para as decisões programadas desperta a necessidade de uma reorientação normativa em direção a sua periferia, em que o “contato” mais próximo com as demandas/problemas sociais específicos facilitaria o adensamento e desenvolvimento de respostas mais adequadas aos potenciais conflitos funcionais-sistêmicos. Esse quadro leva os Estados-nação a iniciar um processo de compartilhamento regulamentar com os próprios setores sociais específicos, já que a produção normativa gerada pela observação exclusiva do sistema da política, que impõe regras “de fora para dentro” dos demais sistemas funcionais, tende à ineficácia sobre as relações sociais.

Esse entendimento reflete o autorreconhecimento Estatal de que não possui a expertise ou conhecimento intrínseco necessário para compreender completamente a grande maioria das particularidades e especificidades dos sistemas parciais e, assim, está desqualificado para protagonizar a adequada solução dos conflitos gerados por suas colisões intrassociais ou junto às pessoas ou ao ambiente. A normatização específica e abalizada para tal mister deve surgir, portanto, dos próprios meios comunicativos, a partir da observação de suas racionalidades e dinâmicas internas e da incorporação de elementos da auto-organização do setor privado.

Sendo assim, os formatos da autorregulação e da autorregulamentação são cada vez mais praticados pelos diversos sistemas comunicacionais. Pela autorregulação, os setores sociais instituem regras comportamentais autodesenvolvidas, como compromissos morais ou éticos autoimpostos ou regras dos participantes em um processo ou produto sobre a natureza de sua interação (HOFFMANN-RIEM, 2019). Ademais, as autorregulações criam instituições ou organizações, para que tais compromissos autoimpostos sejam cumpridos, inclusive com a aplicação de sanções por descumprimento, e ainda tenham legitimidade representativa para defender interesses comuns de seus membros/associados.

Quando, porém, sujeitos que, mesmo não tendo participado dos debates anteriores à produção de tais normas/regras autoimpostas, comprometem-se a segui-las por aceitação a instrumentos formais (normalmente, contratos), tem-se o fenômeno da autorregulamentação. Dela são espécie conhecida os termos e as condições gerais de plataformas de *internet*, que precisam da formal adesão dos usuários, como condição para a utilização do serviço ou produto ofertado.

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

Vê-se, assim, que, nesses modelos, os complexos conflitos sociais disputados por atores privados são decididos com base em normatização gerada pelos próprios regimes parciais envolvidos, por meio de um constante processo de aprendizagem interno, que “vai além da mera audiência e está estruturado em agregar o conhecimento distribuído entre os participantes, suas expectativas e suas avaliações, e fazer com que elas adentrem à formação das normas.” (LADEUR, 2019, KindleLocations 4.664). Realmente, a autorregula(menta)ção “responde ao *déficit* de conhecimento, gerando procedimentos (proceduralização) e uma abertura temporal do direito para lidar com uma sociedade cada vez mais complexa.” (ABBOUD; CAMPOS, 2019, KindleLocations 4.750).

Ocorre que, “Desimpedidos das restrições dos Estados Nacionais, os sistemas funcionais são agora capazes de perseguir mundialmente a maximização de seus programas” (TEUBNER, 2016, p. 168). Para isso, desencadeiam uma liberação excessiva e destrutiva de suas energias sistêmicas, até então latentes. Livres das ‘amarras político-normativas-nacionais’, a “maximização funcional unilateral de cada setor social colide com outras dinâmicas sociais.”, em face das “tendências expansionistas dos sistemas funcionais – tendências abrangentes de politização, economização, juridificação, midiaticização e medicinalização do mundo.” (TEUBNER, 2016, p. 168-169). Contudo, para Teubner, esse desequilíbrio dinâmico das expansões sistêmicas desmedidas, que poderiam ampliar os conflitos sociais, é corrigido, única e exclusivamente, pelas próprias constituições sociais parciais, estágio “evolutivo” a que chegariam as normatizações próprias que lograram êxito nos “testes de qualidade” e, com isso, deixaram de ser meros exemplos de ‘juridicizações’ para alcançarem o *status* constitucional. Para ele, “As compulsões endógenas de crescimento somente podem ser combatidas com inibidores de crescimento também eles endógenos. O conhecimento necessário para isso não pode ser construído a partir de uma perspectiva externa de observação.” (TEUBNER, 2016, p. 178).

Não é novidade, porém, que, na sociedade mundial, países centrais, num movimento de irradiação centrífuga, impuseram níveis lineares de diferenciação funcional e de autonomia sistêmica aos países periféricos, que dificilmente se encontram em condições de corresponder ou dispostos a se adequarem a esse modelo (NEVES, 2014, p. 213). Isso ocorre(u) porque apenas os países de modernidade madura passaram pela transição entre o direito liberal, passando pelo direito vinculado ao Estado social, até chegarem a um direito reflexivo. Esse *déficit* de níveis de diferenciação funcional e de autonomia entre países do globo termina, pois, gerando uma imensa assimetria, que desemboca numa “avalanche de exclusão”. Diante da constatação desse distorcido paradigma e, principalmente, das repercussões dele sobre os diversos artefatos “pessoa”, que clamam por inclusões sistêmicas concretas, é que surge o questionamento sobre a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de, em países periféricos, haver a concretização

de constitucionalidade de um setor funcional, a partir de uma autorregula(menta)ção própria, sem qualquer participação normativa estatal mínima.

Nessa esteira, importante recapitular que, para Teubner, a constitucionalização de um setor autônomo depende de sua “aprovação” em alguns “testes de qualidade”⁹, entre as quais se destaca a dinâmica entre os âmbitos de diferenciação interno de cada regime social (espontâneo e organizacional-profissional), responsáveis pelo “jogo recíproco de pressões externas e processos de descobrimentos internos.” (TEUBNER, 2016, p. 178). Com efeito, o constitucionalismo social defende que a esfera espontânea força a esfera profissional-organizada a produzir formas eficientes de autolimitação de suas opções de ação dentro de seus processos internos (TEUBNER, 2016). Em outras palavras, o âmbito espontâneo tem a capacidade de promover uma “autoirritação” e, assim, calibra o imperfeito funcionamento do movimento concomitante de “fechamento operacional (vinculável tendencialmente à “esfera profissional-organizada”) e a abertura cognitiva (vinculável tendencialmente à “esfera espontânea”) (AMATO, 2015, p. 156).

Exemplos desses movimentos limitadores promovidos pela esfera espontânea seriam os boicotes em massa de consumidores conscientes aos produtos de empresas socioambientalmente irresponsáveis ou os casos em que ONG`s ou outras organizações protetoras de direitos difusos que criam *sites* com o objetivo de alertar as pessoas para as infrações cometidas por empresas privadas transnacionais. A partir de ocasiões como estas, representativas de movimentos de protesto (TEUBNER, 2016, p. 170-171), o constitucionalismo social sustenta que o âmbito espontâneo possui instituições maduras, capazes de promover pressões suficientemente eficazes no controle das tendências de imposição de interesse próprios da esfera profissional organizada, restaurando, assim, a integridade sistêmica violada.

Ocorre que se, nos países centrais, tal dialética entre os âmbitos internos dos subsistemas funcionais gera resultados práticos para sua a (auto)constitucionalização (especialmente do sistema econômico), por meio de uma estruturação autolimitativa produzida pela autorregula(menta)ção interna, em países periféricos, em razão da frágil diferenciação funcional, ausência de autonomia e identidade sistêmica e a conseqüente assimetria de poder entre os sistemas sociais, existem obstáculos quase incontornáveis para que a esfera espontânea possa conseguir irritar, limitar e moldar as ações do âmbito profissional-organizado de maneira eficaz.

⁹“a) normas com funções constitutivas e limitativas; b) instituições que garantam o dissenso social interno no subsistema social, por meio de um jogo recíproco entre os âmbitos profissional organizado e espontâneo; c) a dupla reflexividade junto ao sistema do direito e a conseqüente implementação de normas secundárias; e, d) estruturas específicas que estabilizam processos e funções constitucionais, por meio da submissão ao seu metacódigo híbrido (constitucional/inconstitucional).” (TEUBNER, 2020, p. 161-224).

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

Realmente, estando a constitucionalidade dos meios sociais concretizada nas autonormatizações produzidas por procedimentos internos das esferas profissional-organizadas, surge a indiscutível tentação de que elas ignorem os interesses das esferas espontâneas, asfixiando suas “vozes”. Dessa forma, em países com diferenciações funcionais embrionárias, as normas dos setores sociais tendem a nascer corrompidas, em face de interesses de pequenos nichos estratificados que detêm conhecimento e domínio da linguagem especializada necessária para participar de forma relevante de processos deliberativos significativos. Com isso, dificilmente existirá a “politização de um conflito por comunidades que, muitas vezes, não estão acostumadas a entender os problemas sociais de acordo com as linguagens regulatórias em jogo”¹⁰ (HOLMES, 2019, p. 80). Ao comentar especificamente sobre o sistema econômico, Amato afirma que “Do ponto de vista das estruturas, o problema analisado diz respeito ao potencial do mercado para sustentar uma “esfera pública” tão complexa e adequada quanto à esfera pública político-democrática.” (AMATO, 2015, p. 151). Os acessos aos processos de tomada de decisão regulatória passam a ser resultados diretos dos acúmulos de chances de inclusão, proporcionadas pelas concentrações de conhecimento, poder e direitos, o que contribui para “a formação de redes transnacionais de indivíduos e grupos altamente incluídos que, apesar de suas melhores intenções, podem ter capacidade cognitiva muito limitada para produzir responsividade interna àqueles que estão no ambiente social remoto dessas estruturas.”¹¹ (HOLMES, 2019, p. 82).

É dessa forma que, em países periféricos, existe forte tendência de que haja uma inclusão seletiva dos participantes do âmbito profissional-organizado, à medida que coordenam e concentram o conhecimento e a especialização sobre o funcionamento das diversas estruturas dos regimes sociais. De outra banda, aos difusos participantes do âmbito espontâneo resta experimentar uma exclusão sócio-política em massa, mantendo-se, assim, num ciclo vicioso, que cresce em espiral em favor da desigualdade estrutural da comunidade.

Apesar disso, Teubner parece não reconhecer essa dificuldade, à medida que defende que a globalização e a conseqüente irrelevância de barreiras territoriais seriam como um “remédio” contra o desequilíbrio acentuado entre as capacidades que os âmbitos espontâneos mundiais têm de influenciar/irritar/limitar o poder dos âmbitos organizacionais. A globalização garantiria, de forma institucional, ou seja, por meio da possibilidade de produção de constituições próprias de cada setor da sociedade mundial,

¹⁰Tradução livre para: “politicizationofconflictbycommunities that are oftennotusedtounderstanding social problemsaccordingtotheregulatorylanguages atstake”. (HOLMES, 2019, p. 61-91).

¹¹Tradução livre para: “the formation of transnational networks of highly included individual sand groups that, despite their best intentions, might have only very limited cognitive capacity to produce internal responsive ness to those who are in remote social environment of these structures.”. *Ibidem*.

a politização integrada dos âmbitos espontâneos de todos os países e, assim, a paralização dos movimentos de dominação de seus âmbitos organizacionais. Em suma, as dificuldades que os países de modernidade tardia enfrentam para experimentar uma diferenciação funcional sistêmica clara e, com isso, perceber a autonomia e a identidade dos regimes sociais seriam reduzidas, ou até mesmo superadas, pelos efeitos da globalização, a qual, em sua dinâmica, permite

que as relações entre os âmbitos espontâneo e organizacional se formem de maneira sempre renovada no interior dos diversos sistemas sociais parciais. Isso, pois globalização também significa, como já mencionado anteriormente, que diversos setores sociais se libertam das amarras com as quais a política do Estado Nacional os restringia. [...] emergem chances na globalização não apenas de afirmar sua própria autonomia, mas também a chance de institucionalizar a diferença espontâneo/organizacional em uma constituição dual (TEUBNER, 2016, p. 187).

Entretanto, não parece que a globalização tenha alterado a realidade enfrentada pelos âmbitos espontâneos em regiões de modernidade tardia. Com efeito, na parte sul da sociedade mundial, a globalização não promoveu a autonomia dos sistemas sociais ou encerrou as suas desdiferenciações funcionais, que dificultam os fechamentos operacionais e o próprio movimento autopoietico. Nesses locais, o direito, por exemplo, não opera (decide) com base apenas no código binário ilícito/ilícito, mas sob “ameaça” e “imposição” de outros meios de comunicação de seu ambiente. A globalização ainda não remediou essa “miscelânea social” (NEVES, 1995, p. 7), causada pela ausência de identidade das esferas sociais, especialmente, a jurídica, a qual impede que os âmbitos espontâneos possam refrear, de forma eficaz, os inflacionários passos dados pelos âmbitos organizacionais dos países periféricos.

Na verdade, a globalização tem revelado uma concentração de forças nas searas organizacionais, haja vista a rapidez com que ela proporcionou uma exponencial produção em escala mundial de autorregula(menta)ções, capitaneadas, sobretudo, pelos setores econômico e de mídias digitais. Enquanto isso, a fragmentação e a descoordenação dos âmbitos espontâneos de cada setor social diluem suas forças, pressões e capacidade de irritar e, portanto, “autoridade” para controlar os movimentos desajustados dos âmbitos organizacionais, sendo ineficazes enquanto meio de autolimitação interna. Isso fica bem nítido nas atuais relações horizontais transnacionais, em que há muita produção unilateral e particular de normatização, que, camuflando a assimetria de poder intrasistêmico e, muitas vezes, um oligopólio/monopólio privado, impõe àqueles que desejam ou precisam usufruir de certos serviços, adquirir determinados bens, participar de associações ou grupos restritos, serem contratados por empresas ou organizações, etc., a forma cínica de adesão “livre” e “consentânea” a seus regulamentos e/ou contratos.

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

No palco da *internet*, ferramenta mais representativa da globalização, é nítido que as forças sociais intermediárias não estatais (âmbito organizado-profissional) dominam o próprio código digital. Elas criam suas normas privadas e as impõem unilateralmente, desprovidas de qualquer legitimidade político-democrática típica, mas que, no mundo digital, possuem total validade e eficácia, regulando plenamente as relações contratuais firmadas com seus usuários (âmbito espontâneo). É o caso dos inúmeros termos e das condições gerais impostos pelas plataformas digitais, mediante os quais, supostamente norteados pela autonomia da vontade e a liberdade contratual, aqueles que pretendem se tornar usuários consentem com essa forma de autorregulamentação. Esses instrumentos, contudo, não são resultantes da decisão autônoma de ambas as “partes” da avença. Eles também não podem ser modificados/alterados/influenciados por nenhum dos usuários. Ou se aceita, ou não se usa a plataforma digital! A isso, some-se o fato de que, por se tratar de regulamentação própria em nível mundial, praticamente impossível que alguma instituição, associação ou organização possa representar os interesses da comunidade de usuários de tais plataformas de *internet*, especialmente, na fase de pré-produção dessas regras autorregulamentadoras (AMATO, 2021). Quer dizer, elas não são “o resultado de um equilíbrio entre os interesses dos representantes de todas as partes envolvidas, mas uma imposição unilateral da parte mais poderosa da economia da *internet* e que exerce uma significativa influência em relação a terceiros.” (HOFFMANN-RIEM, 2019, p. 544).

Assim, em países periféricos, as tendências expansivas dos sistemas sociais em direção a seu ambiente e os danos causados pelos desequilíbrios das dinâmicas internas entre searas organizacionais e espontâneas exigem que suas autorregula(menta)ções tenham limites apontados por uma normatização estatal mínima, construída sobre princípios e focada na preservação das dimensões dos direitos fundamentais. O ideal é que haja uma dinâmica de aprendizados regulatórios mútuos (AMATO, 2021), a partir de uma coexistência harmônica entre as diversas ordens normativas privadas e uma ordem jurídica estatal mínima, estritamente necessária para incutir limites e garantias indispensáveis aos participantes do âmbito espontâneo, sobretudo, em atenção aos direitos fundamentais. E isso pode acontecer de diversas formas, como a imposição de certos princípios de equilíbrio em relações substanciais entre partes assimétricas; a previsão de requisitos mínimos garantidores de regularidade procedimental em resolução de conflitos; a concessão de estímulos (inclusive, financeiros) àqueles entes privados que, livremente, adiram a objetivos públicos de governança e ética em seus normativos próprios, entre outros. Em relação ao exemplo analisado (domínios da *internet*), a ideia é que exista uma regulação da normatização própria desse setor, por meio da aplicação das regras do “*due process*” a particulares, além das exigências de transparência da regulação interna e a instituição de processos participativos, o que poderia acontecer, por exemplo, com a “criação de direitos de audiência, de

possibilidades de interferência na investigação dos fatos, de regulações processuais e, por fim, pela vinculação ao exame da questão por tribunais (arbitrais).” (WIELSCH, 2019. KindleLocations 3.501).

6 CONCLUSÃO

O constitucionalismo iniciado na modernidade, fundado no monopólio jurídico-político do Estado-nação, experimenta uma grave crise, especialmente porque vinculado a características que bloqueiam a produção de respostas adequadas às dinâmicas sociais, como o centrismo, limitação espacial/territorial, hierarquia jurídica e uma percepção individual-subjetiva dos direitos fundamentais. Nessa fase de transformação, o Estado-nação deixa de ser um *locus* privilegiado de solução dos problemas constitucionais (NEVES, 2009).

De fato, se, ao final das revoluções do século XVIII, a Constituição moderna-liberal surgiu como acoplamento estrutural capaz de pacificar a relação entre política e direito, capaz de estabilizar e legitimar a diferenciação funcional, a autonomia e a interdependência entre esses sistemas sociais, principalmente no pós-1989, houve um relevante incremento na aquisição evolutiva da sociedade (LUHMANN, 1996), devido ao aumento de complexidade social. Nesse cenário, a diferenciação funcional dos sistemas sociais e suas distinções interssistêmicas perante o ambiente passam a ser o verdadeiro eixo a ser percorrido pelo constitucionalismo.

Surgem, assim, as ‘Constituições intrínsecas’ de cada sistema social autônomo (*v.g.* ciência, religião, saúde, arte, etc.), que se definem pela operacionalidade diferenciadora de certo âmbito social com relação às expectativas, regras e instituições, exigindo, para isso, conformidade das respectivas normatividades. É necessário, pois, que os regimes sociais produzam normas jurídicas de forma relativamente autônoma e parcialmente desvinculada do poder político do Estado-nação, criando uma espécie de direito sem fronteiras, ordenamento normativo *sui generis*, fruto de reflexões setoriais próprias. A ideia de Constitucionalismo da sociedade (*Gessellschaftskontitutionalismus*) ou constitucionalismo social está balizada na emergência da constitucionalização das ordens sociais parciais de acordo com suas funções e estruturas, passando a produzir, de forma descentralizada, suas próprias normas de regência, em busca de estabilização de expectativas.

Esse entendimento do constitucionalismo social, por sua vez, leva a um reposicionamento dos direitos fundamentais. Se nas Constituições modernas eles garantiam proteção às liberdades individuais e à igualdade, àquela época, vinculadas apenas a possíveis arbítrios/abusos do Estado, a função atual da jusfundamentalidade passa pela preservação da diferenciação, intra e intersocial. A luz da teoria dos sistemas sociais e do constitucionalismo social, os direitos fundamentais são repensados na sua

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

impessoalidade, ou seja, transcendendo uma soberania do sujeito de direito subjetivo. Eles abandonam uma perspectiva individualista para alcançar uma dimensão institucional-transubjetiva-coletiva que se projeta sobre conflitos maciços dentro da sociedade (TEUBNER, 2017). Desvinculam-se, assim, da equivocada ideia um feixe de proteção de valores e bens disputados, ameaçados ou violados e não têm como destinatários apenas as ações de Estado, sendo eficazes contra qualquer meio de comunicação ou outros atores coletivos que atentem contra integridade sistêmica.

Por essa perspectiva, percebe-se que a discussão do efeito de terceiros não gira em torno da possibilidade de aplicação de normas de direito constitucional em lides que tratam de relações particulares. Na verdade, a transposição do cenário constitucional clássico dos direitos fundamentais, calcado na indivisível relação entre indivíduo/direitos subjetivos/poder/Estado, para uma teoria social, de viés institucional-transubjetivo-coletivo, exige uma reconstrução das disputas horizontais, que, agora, acontece a partir das tendências expansivas dos atores coletivos ou das matrizes comunicacionais da sociedade sobre instituições funcionais sociais, ‘pessoas’ ou indivíduos/humanos. Tendo em vista o alto nível de complexidade da sociedade mundial, apenas com a incorporação dessa nova equação proposta pelo constitucionalismo social é que o efeito de terceiro pode ser adequadamente compreendido.

Um formato indicado para solucionar sobreposições ilegítimas de sistemas sociais decorrentes de disputas particulares que reflitam choques entre instituições representativas ou possam incluir as diversas ‘pessoas’ é a autorregula(menta)ção própria dos regimes sociais. A ideia é de que, para a manutenção do equilíbrio de forças e interesses entre os sistemas sociais envolvidos em querelas privadas, urge prestigiar as experiências acumuladas pelos próprios atores envolvidos na seara debatida e a reflexão endógena que os regimes sociais realizam. Com isso, eles passam nos “testes de constitucionalidade” propostos pelo constitucionalismo social de Gunther Teubner.

Contudo, em países de modernidade tardia, (ainda) são necessárias intervenções normativas estatais capazes de estabelecer limites ao tendencioso crescimento patológico dos sistemas sociais, sobretudo, para dar ênfase ao equilíbrio interno resultante da dinâmica entre os âmbitos organizado-profissional e o espontâneo e, assim, impedir uma autodestruição sistêmica e/ou danos a seus ambientes. No entanto, essa normatividade gerada pelo sistema político deve ser estritamente direcionada à garantia dos direitos fundamentais, pensados como verdadeiras instituições capazes de preservar uma dinâmica saudável entre os âmbitos de diferenciação interna dos sistemas sociais funcionais. A ideia é que, em países de modernidade negativa, os setores sociais devem produzir suas próprias autorregula(menta)ções, limitadas previamente por normas estatais definidoras de contornos constitucionais demarcados pelos direitos

fundamentais e construídas a partir de uma cooperação, uma sinergia reflexiva, entre os atores e/ou subsistemas sociais e o Estado regulador.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. In: ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). **Fake News e Regulação**. São Paulo: Saraiva, 2019. Coleção Direito e Estado em Transformação. KindleEdition.

AMATO, Lucas Fucci. Direitos humanos e sistema econômico: estrutura e semântica de um fragmento constitucional global. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 2, p. 150-161, jul./dez. 2015.

AMATO, Lucas Fucci. Fake news: regulação ou metarregulação? **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 29-53, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29. Acesso em: 1 fev. 2022.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Tradução de Juliana Neuenschwander Magalhães. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 39, 2001.

DARRIEUX, Rodolfo Scotelaro Porto. A constituição e o papel do Estado na modernidade nas concepções de Émile Durkheim e Max Weber o processo sócio-histórico e o controle social em perspectiva comparada. Instituto de Estudos Sociais e Políticos - IESP/UERJ. **Revista Eletrônica de Ciência Política**, v. 10, n. 1 p. 77-90, 2019. DOI: 10.5380/recp.v%vi%i.58439 <https://revistas.ufpr.br/politica/>.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho; LIMA, Renata Albuquerque. Teoria constitucional em mutação: perspectivas do constitucionalismo contemporâneo frente aos desafios da globalização e transnacionalidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 118-141, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1585>.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes - a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 21, p. 105-155, jan./mar. 2012.

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

FUCHS, Peter **Der Eigen-Sinn des Bewußtseins**. Die Deutsche Bibliothekverzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie, 2003. detailliert bibliografische Datensind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

GUIBENTIF, Pierre. For a Sustainable World Society by the Self-Constitutionalization of Differentiated Social Systems. **Droit et Societe**, v. 93, n. 2, p. 465, 2016. Content Downloaded from HeinOnline). Acesso em: 25 maio 2020.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019.

HOLMES, Pablo. Transnational Constitutional Pluralism, its Promises and Pitfalls. **Seqüência**, Florianópolis, n. 82, p. 61-91, ago. 2019.

KJAER, Poul F. Transnational Normative Orders: The Constitutionalism of Intra- and Trans-Normative Law. **Ind. J. Global Legal Stud.**, v. 20, n. 2, 2013. Disponível em: Conteúdo baixado da HeinOnline Data da transferência: Ter 31 de março 14:32:3 2020.

LADEUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais Digitalização como objeto contratual, uso contratual de “meios sociais”, proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de Cyber Courts. In: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). **Fake News e Regulação**. São Paulo: Thomson, 2019. KindleEdition. Coleção Direito e Estado em Transformação.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Há limites econômicos ao 12º camelo? In: TEUBNER, Gunther; CAMPOS, Ricardo; VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira (org.). **Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas**. Tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto, Gercélia Baptista de Oliveira Mendes. São Paulo: Somos Educação, 2020. (Série IDP: Linha direito comparado).

LUHMANN, Niklas. **Los Derechos Fundamentales como Institucion. Aportación a la sociologia política**. México: Universidad Iberoamericana/Colección teoría social, 2002.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, p. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). Disponível em:

<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>. Acesso em: 9 dez. 2013.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARANHÃO, Juliano. O perfil do agente: comentários a Gunther Teubner sobre personalidade de agentes eletrônicos. In: TEUBNER, Gunther; CAMPOS, Ricardo; VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira (org.). **Jurisprudência sociológica. Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas**. Tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto, Gercélia Baptista de Oliveira Mendes. São Paulo: Somos Educação, 2020 (Série IDP: Linha direito comparado).

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade das esferas de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate**, v. 5, n. 4, p. 7-37, 1995.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 21 maio 2020.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, v. 93, p. 201-232, 2014.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais

TEUBNER, Gunther. La constitucionalización de la sociedad global. In: TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global**. Lima: ARA Editores, 2005.

TEUBNER, Gunther. Horizontal Effect Revisited: a reply to four comments. **Rechtsfilosofie en Rechtstheorie**, v. 40, n. 3, p. 275-285, 2011a.

TEUBNER, Gunther. Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect. **Netherlands Journal of Legal Philosophy**, n. 3, 2011b. Source: ContentDownloadedfromHeinOnline.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution. **The Italian Law Journal**, n. 1, 2017. Source: Content Downloaded from HeinOnline.

TEUBNER, Gunther. Alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. Jurisprudência sociológica. In: TEUBNER, Gunther; CAMPOS, Ricardo; VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira (org.). **Perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas**. Tradução de Geraldo Luis de Carvalho Neto; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes. São Paulo: Somos educação, 2020. (Série IDP: Linha direito comparado).

TONET, Fernando. **Entre Cila e Carídis**: o árduo caminho do constitucionalismo sistêmico. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Vale dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2018.

VERSCHRAEGEN, Gert. Human rights and modern society: a sociological analysis from the perspective of systems theory. **Journal of Law and Society**, v. 29, n. 2, p. 258-281, 2002.

VERSCHRAEGEN, Gert. Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State. **Netherlands Journal of Legal Philosophy**, n. 3, 2011.

VERSCHRAEGEN, Gert. Differentiation and inclusion: a neglected sociological approach to fundamental rights. In: MADSEN, Mikael Rask; VERSCHRAEGEN, Gert. **Making Human Rights Intelligible**. Towards a sociology of human rights. [S.l.]: Hart Publishing, 2019. p. 61-80. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/334545143_Differentiation_and_Inclusion_A_Neglected_Sociological_Approach_to_Fundamental_Rights/citation/download. Acesso em: 16 set. 2020.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. Série IDP: linha direito comparado.

VIANA, Ulisses Schwartz. **Direito e Justiça em NiklasLuhmann. Complexidade e contingências no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2015.

WALKER Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. **Mod. L. Rev.**, v. 65, n. 3, 2002. Disponível em: Conteúdo baixado da HeinOnline, Data da transferência: Qui 23 Abr 13:57:26 2020.

WIELSCH, Dan. Os ordenamentos das redes: termos e condições de uso - Código - Padrões da comunidade. In: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (org.). **Fake News e Regulação**. São Paulo: Thonsom, 2019. Coleção Direito e Estado em Transformação. KindleEdition.

NOTA

Declaramos, para os devidos fins, que o artigo de título “A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais”, submetido à Revista Opinião Jurídica, foi redigido em coautoria pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes e Leonardo Cerqueira e Carvalho. O trabalho é fruto da dissertação de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional de Leonardo Cerqueira e Carvalho junto ao Programa de Pós-Graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), e que contou com a orientação do Professor Gilmar Ferreira Mendes. Em síntese, o trabalho estuda a relação entre autorregula(menta)ção regulada e direitos fundamentais, a partir do constitucionalismo social projetado por Gunther Teubner. Leonardo Cerqueira e Carvalho desenvolveu o referencial teórico e realizou a redação da versão preliminar e final do referido trabalho, após revisão, ajustes e aperfeiçoamentos promovidos pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes.

Como citar este documento:

MENDES, Gilmar Ferreira; CARVALHO, Leonardo Cerqueira. A constitucionalização das autorregula(menta)ções próprias dos regimes sociais em países periféricos e a imprescindibilidade de regulação estatal mínima sobre direitos fundamentais para a manutenção do equilíbrio dinâmico entre os âmbitos internos dos sistemas sociais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 20, n. 34, p. 197-227, maio/ago. 2022.