

digital

DIREITOS FUNDAMENTAIS
E ORDEM COLECTIVA
TEORIAS NÃO SUBJECTIVISTAS
DA JUSFUNDAMENTALIDADE

Luís Heleno Terrinha



PORTO



*DIREITOS FUNDAMENTAIS E ORDEM COLECTIVA— TEORIAS
NÃO SUBJECTIVISTAS DA JUSFUNDAMENTALIDADE*
LUÍS HELENO TERRINHA

© Universidade Católica Editora . Porto
Rua Diogo Botelho, 1327 | 4169-005 Porto | Portugal
+ 351 22 6196200 | uce@porto.ucp.pt
www.porto.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

Coleção · e-book
Coordenação gráfica da coleção · Olinda Martins
Capa · Olinda Martins
Imagem capa · Eflon

Data da edição · outubro 2018
Tipografia da capa · Prelo Slab / Prelo
ISBN · 978-989-8835-56-7

digital

DIREITOS FUNDAMENTAIS
E ORDEM COLECTIVA
TEORIAS NÃO SUBJECTIVISTAS
DA JUSFUNDAMENTALIDADE

Luís Heleno Terrinha

ÍNDICE

1. Preliminares: da subjectividade à transsubjectividade dos direitos fundamentais	· 6 ·
1.1. <i>Jusfundamentalidade e sociedade: a transsubjectividade dos direitos fundamentais</i>	· 6 ·
1.2. <i>A dimensão transsubjectiva dos direitos fundamentais: concretização introdutória</i>	· 13 ·
1.3. <i>Dogmática jurídica e transsubjectividade dos direitos fundamentais</i>	· 19 ·
1.4. <i>O potencial crítico-emancipatório da dimensão transsubjectiva dos direitos fundamentais</i>	· 23 ·
2. Direitos Fundamentais e Ordem Colectiva	· 27 ·
2.1. <i>Direitos fundamentais e diferenciação funcional da sociedade (LUHMANN)</i>	· 27 ·
2.1.1. <i>Os direitos fundamentais como instituição</i>	· 27 ·
2.1.2. <i>Os direitos fundamentais como garantes da diferenciação funcional da sociedade (em especial perante o risco de politização da sociedade)</i>	· 29 ·
2.1.3. <i>Os direitos fundamentais como garantes da diferenciação funcional da sociedade: concretização exemplificativa</i>	· 34 ·
2.1.4. <i>Direitos fundamentais e auto-reflexão sistémica</i>	· 35 ·
2.2. <i>Direitos fundamentais e conflitos de racionalidades sistémico-sociais (TEUBNER)</i>	· 38 ·
2.2.1. <i>A generalização da função dos direitos fundamentais</i>	· 38 ·
2.2.2. <i>O conflito jusfundamental como conflito entre racionalidades sistémicas diferenciadas (I)</i>	· 40 ·
2.2.3. <i>O conflito jusfundamental como conflito entre racionalidades sistémicas diferenciadas (II): exemplos</i>	· 44 ·
2.2.4. <i>Generalização e reespecificação dos direitos fundamentais: o efeito horizontal</i>	· 50 ·
2.2.5. <i>Os direitos fundamentais no âmbito transnacional (I)</i>	· 62 ·
2.2.6. <i>Os direitos fundamentais no âmbito transnacional (II): exemplos</i>	· 66 ·
2.3. <i>Direitos fundamentais e poder (THORNHILL)</i>	· 70 ·
2.3.1. <i>Estado e poder político</i>	· 70 ·
2.3.2. <i>Estado e Direito</i>	· 73 ·
2.3.3. <i>Estado, poder e Constituição</i>	· 77 ·
2.3.4. <i>Estado, poder e direitos fundamentais</i>	· 83 ·
2.4. <i>Direitos fundamentais, acentrismo societal e auto-organização social (LADEUR)</i>	· 87 ·
2.4.1. <i>O descentramento do sujeito (dos direitos fundamentais)</i>	· 87 ·
2.4.2. <i>A “sociedade-rede”</i>	· 90 ·
2.4.3. <i>O sistema jurídico na pós-modernidade</i>	· 93 ·
2.4.4. <i>Os direitos fundamentais na pós-modernidade: a dimensão transsubjectiva</i>	· 95 ·
2.4.5. <i>Os direitos fundamentais na pós-modernidade: a dimensão transsubjectiva (II) – exemplos</i>	· 99 ·
2.4.6. <i>Direitos fundamentais e vizinhança (VESTING)</i>	· 103 ·
2.4.7. <i>Direitos fundamentais e vizinhança: concretização</i>	· 107 ·
3. Observação conclusiva	· 111 ·

Nota prévia

Este estudo foi elaborado, ao longo do ano lectivo 2017/2018, para servir de apoio a tarefas do autor enquanto docente convidado da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Em especial, constituiu o suporte de algumas aulas dadas a estudantes brasileiros visitantes no âmbito de um Curso de Direitos Fundamentais e, posteriormente, determinadas partes foram também apresentadas em congressos. Foi o interesse despertado pelos ouvintes nesses diferentes momentos que nos levou a procurar esta publicação.

Com o texto pretende-se, tão-só, divulgar de uma forma suficientemente sistematizada e coerente, junto do público português, certas teorias dos direitos fundamentais que se têm vindo a afirmar. Longe, portanto, de elaborarmos uma visão própria acerca do assunto, abrimos pistas de reflexão que poderão ser posteriormente prosseguidas. E isso sem prejuízo de acreditarmos que, o complemento teórico que aqui se oferece, poderá cruzar-se com a dogmática e o discurso jurídico prático-aplicativo, de modo a enriquecer a argumentação jusfundamental. Até porque, como se notará, não deixámos de estabelecer uma conexão entre as compreensões apresentadas e o modelo de uma *jurisprudência sociológica*.

Inscrevo aqui um agradecimento especial à Catarina Santos Botelho, com quem tenho muito frutuosamente colaborado nas mais diversas iniciativas académicas. A este propósito, porém, devo-lhe a leitura atenta (e sempre entusiasmada) do presente trabalho, o que me permitiu corrigir lapsos e omissões em que, de outro modo, teria incorrido.

Em qualquer caso, é inteiramente minha a responsabilidade por erros e incorrecções subsistentes.

Porto, 18 de Julho de 2018

1. Preliminares: da subjectividade à transsubjectividade dos direitos fundamentais

1.1. Jusfundamentalidade e sociedade: a transsubjectividade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais tendem a ser abordados, na dogmática jurídica, de acordo com uma perspectiva essencialmente subjectivista. Significa isto que se remete usualmente para um conjunto de direitos dos *cidadãos* de patamar constitucional (donde resulta uma especial força jurídica e garantia), cujo propósito é o de basilarmente assegurar a protecção daqueles sujeitos sobretudo perante o poder exercido pelo Estado (no que vai evidenciada, à cabeça, uma historicamente originária dimensão defensiva)¹. Concorre, ademais, para esse subjectivismo da perspectiva o facto de, não raramente, se ancorarem os direitos fundamentais numa linha discursiva de pendor jusnaturalista², que radica a sua génese e missão na dignidade da pessoa humana³, afigurando-se por isso fácil dar o passo para afirmar que eles precedem o Estado⁴ ou que a Constituição, em vez de os criar, se circunscreve a proclamá-los⁵.

É isso que literatura mais recente tem vindo a questionar.

A inspiração sociológica, designadamente sistemista, dessa literatura não deve ser negada nem obnubilada. De resto, nos quatro autores cujas perspectivas escolhemos para este ensaio encontramos ora o principal obreiro da teoria sistémico-funcionalista autopoiética, ora alguns dos mais destacados cultores

¹ Cfr. VAZ, Manuel Afonso / BOTELHO, Catarina Santos / CARVALHO, Raquel / FOLHADELA, Inês / RIBEIRO, Ana Teresa, *Direito Constitucional. O sistema constitucional português*, 2.^a edição, Porto: Universidade Católica Editora, 2015, p. 202.

² Cfr., genericamente, sobre a discursividade dos direitos, LOUGHLIN, Martin, *The Idea of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 114 e ss.

³ Assim, novamente, VAZ / BOTELHO / CARVALHO / FOLHADELA / RIBEIRO, *Direito Constitucional*, p. 210. Já criticamente LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 484.

⁴ Cfr. VOLKMANN, Uwe, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, pp. 219-223.

⁵ Cfr. VAZ / BOTELHO / CARVALHO / FOLHADELA / RIBEIRO, *Direito Constitucional*, p. 202.

desta corrente e das suas ramificações/variações no domínio jurídico. Serve isto somente para deixar claro que se tende a exorbitar o domínio de uma ciência jurídica que se autocompreenda única e exclusivamente como dogmática ou normativa⁶, de sorte a estabelecer uma ligação às (quando não uma integração com) as ciências sociais⁷. O modelo de uma *jurisprudência sociológica* dá aqui o mote⁸, na medida em que propugna uma ciência jurídica (cons)ciente de que “cada decisão jurídica casuística depende do contexto social, do seu efeito social e das subjacentes teorias de observação da realidade”⁹. Com tanto, não pode

⁶ Cfr., em especial, KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, (Herausgegeben von Matthias Jestaedt), Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 139 e ss. Entre nós, por todos, DUARTE, David, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 21 e ss.

⁷ Compreendendo, no âmbito que nos ocupa, a ciência jurídica como uma ciência social, *vd.* WILLKE, Helmut, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie. Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, Berlin: Duncker und Humblot, 1975, p. 16 e 48.

⁸ Cfr. WIELSCH, Dan, “Iustitia mediatrix: Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz”, in Graf-Peter Calliess / Andreas Fischer-Lescano / Dan Wielsch / Peer Zumbansen (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin: de Gruyter, 2009, págs. 395-414 (395-397).

⁹ Citámos LOMFELD, Bertram, “Vor den Fällen: Methoden soziologischer Jurisprudenz”, in Bertram Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 1- 16 (3). Metodologicamente, propõe-se um *método jurídico sociológico* assente num *pluralismo reflexivo* com dois pilares: de uma banda, a compreensão do Direito como “meio comunicativo de reflexão do desenvolvimento social”; de outra banda, “o recurso a teorias da sociedade sociológicas”. Em linha com os principais postulados sistémicos, coloca-se no centro da atenção sobretudo as comunicações jurídicas e a sua relação com os demais discursos sociais. Isso leva a problematizar os perigos de “colonização” e corrupção entre racionalidades sociais distintas (afectando as respectivas autopoieses), descobrindo-se um papel crucial do Direito enquanto *direito das colisões* entre normatividades diferenciadas e autónomas. O sistema jurídico (a discursividade jurídica) surge, pois, como um regulador ou mediador dos conflitos entre discursividades sociais autopoieticas, o que, por sua vez, não pode deixar de lançar ao aplicador jurídico certos desafios: desde logo, cumprir-lhe-á identificar as diferentes e plurais racionalidades sociais a operar na sociedade (problema da “transversalidade”); depois, caber-lhe-á converter e *traduzir* essa pluralidade em argumentos jurídicos (problema da “responsividade”); por último, incumbe-lhe decidir juridicamente, ainda que com “sensibilidade social” (problema da “normatividade própria”). *Vd.*, novamente, LOMFELD, “Vor den Fällen...”, pp.

10-11. Retoma e desenvolve o tópico TEUBNER, Gunther, “*Nach den Fällen: Paradoxien soziologischer Jurisprudenz*”, in Bertram Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 227-243. Relativamente à *transversalidade*, TEUBNER sublinha a impossibilidade de eleger uma única teoria da sociedade sobre a qual basear o Direito, de tal sorte que este não só deve evitar a “Totalitätsanspruch jeden Theorie” (que lhe quisesse impor, por exemplo, a economia, a política, a ciência ou mesmo a moral), como, ademais, nesse quadro de “concorrência teórica”, cumpre-lhe a ele autonomamente seleccionar os “pontos de contacto interdisciplinares” (pp. 228-229). Exige-se assim uma “orientação transversal” ao Direito, um “transversales Denken”, que permita ao jurídico receber e processar os “impulsos de teorias económicas, políticas, sociológicas ou éticas”, conduzindo os actores jurídicos a considerar imperativos diversos e frequentemente conflituais, da rentabilidade económica ao conhecimento científico, do bem comum político aos standards produtivo-económicos (pp. 230-231). Quanto ao segundo aspecto, da *responsividade*, destaca TEUBNER que tal se reconduz essencialmente a um problema de “transferência de conhecimento”. Fruto da autonomia sistémica do Direito, tem de se recusar qualquer ideia de transposição directa entre um âmbito sistémico-social e outro, logo também entre os conhecimentos sociológicos e a dogmática do sistema jurídico. Ao invés, deve estabelecer-se um “Wechselbezug” entre estas últimas (uma “strikte Arbeitsteilung zwischen zwei selbständigen Suchprozessen”), para que a “análise funcional sociológica” encontre ressonância nas operações jurídicas (p. 233). Com efeito, e seguindo o autor, “Über autonome Beiträge in einer arbeitsteiligen Beziehung hinausgehend entsteht eine engere Verflechtung von Recht und Sozialwissenschaften dann, wenn die Rechtsdogmatik damit beginnt, unterschiedliche Rechtsinstitute daraufhin sorgfältig zu untersuchen, ob sie ihrer normativen Eigenlogik nach, ihrem «inneren Grund» nach, [...] geeignet sind, auf die Strukturen und Probleme der vom Recht wahrgenommenen Sozialphänomene sensibel zu reagieren” (p. 235). Sem esquecer que “Responsivität des Rechts ist [...] nur vor dem *forum internum* des Rechts selbst zu erreichen. In einem komplexen Prüfungsvorgang lässt sich das Recht von den externen Problemanalysen der Sozialtheorien irritieren, aber nur dann, wenn sie nach den eignen Selektionskriterien verwendbar sind, und es rekonstruiert diese intern in der eigenen Sprache, in der es Probleme und Lösungen miteinander abgleichen kann. Erst wenn diese Rekonstruktion die juristische Argumentation in die Lage versetzt, im Inneren des Rechts zwischen Normen und Tatsachen, zwischen Rechtsbegriffen und gesellschaftlichen Interessen unterscheiden zu können, dann ist der Moment gekommen, in dem das Recht die Frage der Sozialadäquanz aufwerfen kann, mit anderen Worten, ob die rechtlichen Entscheidungen denjenigen Aspekten der Außenwelt gerecht werden, wie sie intern rekonstruiert worden sind” (p. 235). Logo, exige-se uma “«tradução» dos problemas sociais em problemas jurídicos”, conduzindo a que se questione, igualmente, qual das diferentes e possíveis construções jurídicas apresenta a maior responsividade relativamente aos contextos sociais que possam estar em causa (p. 236). Por último, quanto à *normatividade própria social* (*Soziale Eigennormativität*), trata-se, sobretudo, de colocar a tónica nas práticas normativas sociais autónomas, esperando-se

negar-se como uma *sociologia dos direitos fundamentais* está em condições de se revelar muito útil¹⁰, inclusivamente ao discurso jurídico jusfundamental: seja para o situar e enquadrar (bem como à prática jurídica que lhe subjaz) num complexo domínio em que ele se intersecciona com outros discursos e práticas sociais, concorrendo as recíprocas interações ou relações entre esses heterogéneos e múltiplos elementos para a *construção* dos direitos fundamentais¹¹, seja para induzir ou facilitar o abandono de ideias apriorísticas

que o sistema jurídico as respeite e que dê precisamente espaço para processos auto-organizativos e auto-regulativos dos diferentes campos sociais (pp. 238-242).

¹⁰ Cfr. MADSEN, Mikael Rask / VERSCHRAEGEN, Gert, “Making Human Rights Intelligible: An Introduction to a Sociology of Human Rights”, in Mikael Rask Madsen / Gert Verschraegen (Ed.), *Making Human Rights Intelligible. Towards a Sociology of Human Rights*, Oxford: Hart, 2013, pp. 1-22, esclarecendo que “sociology should not deliver another foundational grounding for human rights, but should focus instead on the societal processes and relations that shape and define how human rights are generated, defined and employed in specific social and political arenas”, pelo que “By highlighting the broader social and institutional context [...], sociology can shed light on why and how human rights have emerged as a key social product and social force in contemporary society” (p. 4). A este respeito, os Autores sublinham os seguintes contributos que uma sociologia dos direitos fundamentais está em condições de dar: desde logo, acentuar que os direitos fundamentais são uma invenção ou criação tipicamente moderna (em oposição a anteriores formas de organização social predominantemente hierárquicas e não-igualitárias), logo não são nem naturais, nem inevitáveis, nem universais, isto é, não existem senão em razão de condições sociais (pp. 6-7: “human rights cannot be treated as an anthropological or historical universal, but are to be seen as a social and historical achievement that requires sociological explanation”); depois, explicar a institucionalização societal dos direitos fundamentais, o que significa ir para além de uma compreensão meramente jurídica dos mesmos e, bem assim, da sua vertente estritamente individual (pp. 8-11). Complementarmente, veja-se a proposta de uma *sociologia da constituição* apresentada, com detalhe, por MORLOK, Martin, *Soziologie der Verfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

¹¹ Cfr. MADSEN, Mikael Rask, “Beyond Prescription: Towards a Reflexive Sociology of Human Rights”, in Mikael Rask Madsen / Gert Verschraegen (Ed.), *Making Human Rights Intelligible. Towards a Sociology of Human Rights*, Oxford: Hart, 2013, pp. 81-104 (93-96), ao explicar o processo de juridificação dos direitos fundamentais e ao focar a interação entre os juristas e outros actores sociais na geração da disciplina jurídica de tal matéria ou objecto. *Vd.*, ainda, GREER, Steven, “Towards a Socio-legal Analysis of the European Convention on Human Rights”, in Mikael Rask Madsen / Gert Verschraegen (Ed.), *Making Human Rights Intelligible. Towards a Sociology of Human Rights*, Oxford: Hart, 2013, pp. 149-172, com uma análise socio-jurídica do

de direitos fundamentais em favor de uma compreensão que acentua a *produção* social destes¹², seja para desideologizar ou destranscendentalizar os direitos fundamentais¹³.

Critica-se, em particular, o desprendimento do “discurso jusfundamental” do respectivo contexto societal, chamando-se a atenção para a necessidade de apreender os direitos fundamentais *na sociedade*¹⁴ e, para lá do plano meramente individual (ou individualista), a sua inserção ou dimensão colectiva¹⁵. Trata-se, desde logo, de enriquecer a teoria e/ou dogmática dos direitos fundamentais com uma adequada compreensão/imagem/visão da sociedade em que quer sistema jurídico quer sujeitos jurídicos operam¹⁶ e,

sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, analisando de tal perspectiva as condições de efectividade do mesmo.

¹² Cfr. MADSEN, “Beyond Prescription...”, p. 99.

¹³ Cfr. VERSCHRAEGEN, Gert, “Systems Theory and the Paradox of Human Rights”, in Michael King / Chris Thornhill (Ed.), *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 101-126 (103), ao sublinhar que “Sociological systems theory phrases the issue of basic rights neither as an ethical question of finding fundamental principles of rights, nor as a question of consolidating and implementing basic rights law”.

¹⁴ Cfr. MADSEN, “Beyond Prescription...”, p. 82-83 e 94, e MADSEN / VERSCHRAEGEN, “Making Human Rights Intelligible...”, p. 9.

¹⁵ Cfr. VESTING, Thomas / KORIOTH, Stefan / AUGSBERG, Ino, “Einleitung”, in Thomas Vesting / Stefan Koriouth / Ino Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 1-14 (2). Com uma perspectiva que nos parece algo intermédia, na medida em que destaca a vertente mais estrutural-constitutiva (jurídica) dos direitos fundamentais sem eliminar a dimensão subjectiva dos mesmos, *vd.* MENKE, Christoph, *Kritik der Rechte*, Berlin: Suhrkamp, 2015, pp. 235 e ss. (o autor explica que “die Sinnbedingung der bürgerlichen Form subjektiver Rechte ist die Voraussetzung des Subjekts des Eigenwillens durch das Recht”, sendo que “Die Weise, in der diese Voraussetzung in der Rechtsordnung selber zur Darstellung kommt, ist die Erklärung von Grundrechten”; com efeito, “Die Grundrechte formulieren [...] für verschiedene soziale Bereiche, daß es subjektive Rechte geben soll. Grundrechte deklarieren das Recht auf subjektive Rechte”, pelo que “Die Erklärung von Grundrechten ist der Akt in dem die Rechtsordnung sich auf die Form der subjektiven Rechte verpflichtet”).

¹⁶ Algo que, de resto, defendemos, a propósito da dogmática do direito constitucional em geral, em TERRINHA, Luís Heleno, “Da Sociedade da Constituição à Constituição da Sociedade. O constitucionalismo societal e os seus contributos para a compreensão do Direito Constitucional

depois, trata-se, também, de perceber e sublinhar que o *eu* dos direitos fundamentais (enquanto direitos subjectivos) existe no quadro de um inescapável e subjectivamente indisponível conjunto de normas, convenções, práticas, padrões culturais ou linguagens, que não só o precedem como se projectam sobre ele, pelo que não deixam, por isso mesmo, de ser constitutivamente formativos daquele *eu*¹⁷ (por consequência: constitutivamente formativos daquele *eu* que se afirma por intermédio de direitos subjectivos fundamentais, mas que é já um *eu* que, nesse exercício, e enquanto *eu*, não deixa de ser produto do contexto societal em que está inserido¹⁸). Como sublinham VESTING, KORIOTH e AUGSBERG, não se percebe a *autonomia* sem entrar em linha de conta com a *heteronomia*, a heteronomia aqui da *ordem colectiva*¹⁹, isto é, o *outro*

como sistema comunicativo mundial”, *Revista Jurídica AAFDL* 30 (2016), pp. 297 a 377 (306-307). Igualmente sublinhado por VESTING / KORIOTH / AUGSBERG, “Einleitung...”, p. 5 (em particular quando escrevem: “Das grundlegende Defizit der heute vorherrschenden individualistischen Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik liegt darin, dass sie das, was eine Gesellschaft ausmacht, nicht ädaquat erfasst”).

¹⁷ Cfr. LADEUR, Karl-Heinz, *Die Textualität des Rechts. Zur poststrukturalistischen Kritik des Rechts*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2016, p. 13 (“hat es Subjektivität immer nur in transsubjektiven Kontexten gegeben”), e SLOTERDIJK, Peter, *Blasen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, pp. 84-87 (designadamente quando escreve: “Die Individuen [...] sind Subjekte nur insofern, als sie Teilhaber einer geteilten und zugeteilten Subjektivität sind”; “Es ist die Basisneurose der okzidentalen Kultur, von einem Subjekt träumen zu müssen, das alles beobachtet, benennt, besitzt, ohne sich von etwas enthalten, ernennen, besitzen zu lassen”; “Jedes Subjekt im realen konsubjektiven Raum ist ein enthaltendes, sofern es anderes Subjektives aufnimmt und erfaßt, und ein enthaltendes, sofern es von den Umsichten und Einrichtungen Anderer umfaßt und verzehrt wird”). Por sua vez, WELSCH, Wolfgang, *Mensch und Welt. Eine evolutionäre Perspektive der Philosophie*, München: C. H. Beck, 2012, pp. 144-145, propõe, ainda mais radicalmente, uma ontologia relacional (“Das Seiende ist bis in seinen vermeintlichen Kern hinein relational bestimmt”).

¹⁸ Cfr. MADSEN / VERSCHRAEGEN, “Making Human Rights Intelligible...”, p. 9, e VESTING / KORIOTH / AUGSBERG, “Einleitung...”, p. 6.

¹⁹ AUGSBERG, Steffen, “Das kollektive Moment der Wirtschaftsgrundrechte”, in Thomas Vesting / Stefan Koriouth / Ino Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 161-182 (165), propõe que se entenda a colectividade como “begriffliche Zusammenfassung von Phänomene, die sich aus der Interaktion und dem Zusammenwirken verschiedener Personen und Institutionen ergeben”, ao que acrescenta que

do sujeito que é a “difusa anónima da ordem simbólica”²⁰ (uma ordem colectiva, de resto, marcada na modernidade pela sua abertura ao futuro, pela implicada incerteza e, assim, cunhada por uma lógica experimental-evolutiva²¹). Estipula-se, portanto, a “dependência de qualquer forma de subjectividade e individualidade face a uma ordem colectiva” (linguagem, significados de palavras, costumes, instituições) que, repetimos, lhe é prévia e indisponível²². Neste sentido, concluem os autores, a teoria e a dogmática dos direitos fundamentais não podem assumir os indivíduos como “unidades estáveis” de cuja composição agregada resulta a sociedade, nem podem postular que a função dos direitos fundamentais reside apenas em proteger os espaços de acção dos sujeitos perante restrições ou intromissões do Estado: “o sujeito da liberdade é a sociedade”²³. E é precisamente tendo em vista esse plano colectivo – esse plano *para lá* do sujeito ou *transsubjectivo* – que os direitos fundamentais devem ser igualmente tematizados e teorizados, nessa sua (inter)conexão com a realidade social²⁴. De resto, talvez essa perspectiva possa contribuir para minorar uma das

“Erfasst sind mithin solche Grundrechtskonstellationen, die nicht (allein) auf den Schutz des einzelnen Grundrechtsträgers beschränkt bleiben, sondern eine übergreifende Wirkdimension entfalten und/oder eine überindividuelle Konkretisierungskomponente voraussetzen”.

²⁰ Cfr. VESTING / KORIOTH / AUGSBERG, “Einleitung...”, pp. 4-5.

²¹ Cfr. VESTING / KORIOTH / AUGSBERG, “Einleitung...”, p. 5.

²² Cfr. VESTING / KORIOTH / AUGSBERG, “Einleitung...”, pp. 6-8. Já antes, com essa crítica, WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 228: “daß sich die Grundrechtstheorie so intensiv mit Individuen beschäftigt hat, daß sie die Gesellschaft als vielfältig wirksame Bedingung der Möglichkeit individueller Freiheit aus dem Blickfeld verloren hat”.

²³ Seguimos de perto e citámos, VESTING / KORIOTH / AUGSBERG, “Einleitung...”, p. 8. Também WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 227, destaca que se deve evitar uma perspectiva da dignidade humana pela lente prevalente da liberdade, uma vez que, na sua opinião, isso leva a que se obnubile as “pré-condições societais da liberdade individual” e, bem assim, o facto de que o “livre desenvolvimento da personalidade é apenas possível em comunidade com outros”.

²⁴ Cfr. WILLKE, *Stand und Kritik*, pp. 132-133. Por aí se percebe, portanto, que o presente trabalho não cura do problema da eventual subjectividade jurídica de entes não-humanos (que, como se percebe, é ainda um problema *subjectivo*). Sobre esse assunto, com muito interesse, *vd.* TEUBNER, Gunther, “Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law”, *Journal of Law and Society* 33 (2006), pp. 497-521, que, sintetizando, apresenta a “personificação de não-humanos [...] como uma estratégia de lidar com a incerteza acerca da identidade do outro” (p. 502).

patologias da liberdade jurídica (e do direito subjectivo, em particular) tão bem trabalhadas e apresentadas por AXEL HONNETH, designadamente o que se prende com o seu efeito *excludente e solipsista (excludentemente solipsista?)*²⁵⁻²⁶.

1.2. A dimensão transsubjectiva dos direitos fundamentais: concretização introdutória

Sem prejuízo das posições teóricas que ainda apresentaremos acerca da dimensão propriamente societal dos direitos fundamentais, pode avançar-se que uma perspectiva de análise focada na transsubjectividade dos direitos fundamentais permite lê-los de maneira *suplementar* à leitura individualista (AUGSBERG)²⁷.

²⁵ Leia-se, em especial, HONNETH, Axel, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Berlin: Suhrkamp, 2011, pp. 129-172 (p. 161: “[...] unauffälligen Bereitschaft [...], sich in das Gehäuse subjektiver Rechte zurückzuziehen und gegenüber den anderen schließlich nur noch als Rechtsperson aufzutreten”).

²⁶ Em qualquer caso, convirá notar que LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 488-490, sublinhava, com um sentido distinto, a existência de dois lados do direito subjectivo: um lado que garantia ao respectivo titular *liberdade jurídica (Freiheit im Recht)*, ao mesmo tempo que providenciava por um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e a consciência dos sistemas psíquicos individualmente considerados; o outro lado que garantia *liberdade perante o direito (Freiheit vom Recht)*, o que protegia não o titular mas sim todos aqueles a quem não podia ser oposto um dado direito subjectivo, de tal sorte que estes ficavam, desse modo (i.e., pelo facto de o acesso ao tribunal depender da violação de direitos subjectivos), garantidos contra intervenções de terceiros fora desse enquadramento.

²⁷ É isso mesmo que defende, de forma muito convincente e esclarecedora, AUGSBERG, Ino, “Autonomie als soziale Konstruktion. Zur Wiedergewinnung des Individuellen in der gesellschaftlich orientierten Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik”, in Thomas Vesting / Stefan Koriath / Ino Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 39-56 (51), sustentando que o momento societal, em relação com o individual, não assume o carácter de uma primária dimensão protectora, nem se reduz a complementar falhas ou lacunas de protecção individual. A perspectiva acerca do horizonte societal em que estão inseridos os direitos fundamentais vai antes “suplementar” a dimensão subjectivo-individual: por um lado, adita-lhe uma alternativa que opera de acordo com outra lógica; por outro lado, subtrai a essa dimensão algo, designadamente libertando-a de uma certa pressão para o absolutismo decorrente de ela internamente assentar estruturalmente numa

Assim: no direito de associação sublinha-se a formação de entidades colectivas de acordo com um princípio de livre constituição de grupos sociais, instrumental da plena realização de um Estado de Direito democrático e promotor do “potencial criativo” dos sujeitos²⁸; nos direitos de opinião, manifestação, constituição de partidos políticos ou liberdade de imprensa detecta-se uma função de estabilização de um processo político livre²⁹; na liberdade de escolha de profissão sublinha-se, ao arrepio de uma concepção meramente solipsista do mesmo³⁰, a sua integração num quadro de expectativas colectivas atinentes à providência de um conjunto diversificado de produtos e serviços ou à formação da geração seguinte³¹, para nem referir o facto de as profissões serem em geral objecto de uma regulação/intervenção/reconhecimento legais e de isso interferir, pois, com o próprio modo de exercício do direito fundamental³²; no direito de propriedade

exclusão. Em sentido essencialmente convergente, também MADSEN / VERSCHRAEGEN, “Making Human Rights Intelligible...”, pp. 8-11, que criticam as várias assunções em que assenta o que designam por “paradigma jurídico dos direitos humanos” (individualização dos direitos, dever de abstenção do Estado, protecção jurídica repressiva e retrospectiva, tribunais como meios primários de assegurar os direitos).

²⁸ Cfr. AUGSBERG, Steffen, “Das kollektive Moment...”, pp. 168-169.

²⁹ Cfr. WILKE, *Stand und Kritik*, pp. 218-219, e MADSEN / VERSCHRAEGEN, “Making Human Rights Intelligible...”, p. 9. Por sua vez, VESTING, Thomas, “Digitale Entgrenzung”, in Bertram Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 81-90 (86 e ss.), a propósito do direito de opinião ou liberdade de expressão (*Meinungsfreiheit*), sublinha dois aspectos: em primeiro lugar, a necessidade de considerar o contexto institucional-colectivo que envolve o exercício de tal direito, acentuando que a protecção da liberdade de expressão visa a “protecção da integridade do espaço público enquanto instituição que precede o indivíduo” (escreve a dada altura: “dass niemand allein eine Meinung äußern kann”); em segundo lugar, a imperiosidade de tomar em conta o *meio* usado para a comunicação da opinião.

³⁰ Destacando como é problemático interpretar a liberdade de escolha de profissão por uma lente que tem em conta apenas o desenvolvimento da personalidade, AUGSBERG, Steffen, “Das kollektive Moment...”, p. 171.

³¹ Cfr. AUGSBERG, Steffen, “Das kollektive Moment...”, p. 172.

³² Cfr. AUGSBERG, Steffen, “Das kollektive Moment...”, pp. 173-174.

(em linha, de resto, com doutrina bastante difundida³³) sublinha-se a respectiva função social da mesma, expressão de um direito de propriedade que se pretende não isolado ou abstraído, mas sim considerante do contexto comunitário em que é exercido³⁴; no direito de autonomia privada sublinham-se

³³ Recentemente, entre nós, GOMES, Carla Amado, “Reflexões (a quente) sobre o princípio da função social da propriedade”, *Revista do Ministério Público* 152 (2017), pp. 63-92, e XAVIER, Rita Lobo, *Sucessão familiar na empresa. A empresa familiar como objeto da sucessão mortis causa*, UCE: Porto, 2017, pp. 92-96.

³⁴ Cfr. WIELSCH, Dan, “Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht”, in Thomas Vesting / Stefan Koriath / Ino Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 119-157 (138-141), que explica muito bem, e numa linguagem teórico-sistémica, essa dimensão social da propriedade. Com efeito, WIELSCH caracteriza a “Sozialbindungsklausel” do direito de propriedade (no texto constitucional alemão) como “ein qualifiziertes Reflexionsgebot bei Setzung wie auch Anwendung des einfachen Eigentumsrechts”, de tal modo que “Durch ihre offen formulierten Bezug auf das Gemeinwohl lässt sich der Sozialbindungsklausel nicht nur ein Gebot der Kompatibilisierung der Eigentumsausübung mit dem Wettbewerb entnehmen, vielmehr gilt das Reflexionsgebot gleichermaßen für alle sozialen Kontexte, in denen Eigentumsrechte ausgeübt werden”. É que pelos diversos comportamentos e ações que o direito de propriedade permite, o respectivo exercício presta-se a tocar, ou genericamente a afectar, não apenas outros direitos económicos e de liberdade, mas também outras instituições sociais de outros sistemas sociais (que não apenas a concorrência enquanto instituição do sistema económico). Nesse sentido, explica WIELSCH, “Stehen subjektive Eigentumsrechte somit regelmäßig in einer Mehrzahl von sozialen Referenzen, kann es auch zu *konfligierenden Anforderungen an ihre Interpretation von Seiten der unterschiedlichen Systemrationalitäten kommen*” (itálico nosso). Assim, a função social da propriedade, enquanto “comando de reflexão”, “verweist bei der Konkretisierung des zulässigen Eigentumsgebrauchs also zurück auf die grundrechtliche Verbürgung effektiver Freiheit der Nichteigentümer in den betroffenen Schutzbereichen. Auf verfassungsrechtlicher Ebene wird demnach *Eigentum als reflexive Zwei-Seiten-Form* gehandhabt, *die das von ihr Ausgeschlossene bei der näheren Bestimmung zu berücksichtigen hat*” (itálico nosso). Consequentemente, “zwingt der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff zur Prüfung, *in welchem Umfang dem Eigentümer zugewiesene Nutzungshandlungen zugleich konstitutive Bedingungen für die effektive Betätigung fremder Autonomie sind*” (itálico nosso). *Vd.*, ainda, AUGSBERG, Steffen, “Das kollektive Moment...”, pp. 175-176. Mesmo de um ponto de vista liberal, sublinha EPSTEIN, Richard A., *Design for Liberty: Private Property, Public Administration, and the Rule of Law*, Massachusetts: Harvard University Press, 2011, p. 73, que “it is critical to note at the outset that the creation of private property that binds all individuals is necessarily *social* at its core” (itálico conforme ao original).

as respectivas funções objectivas em termos de garantia de liberdade de/em vários âmbitos sociais e de criação de condições efectivas para a autodeterminação individual³⁵; na liberdade religiosa sublinha-se o contributo da religião para a auto-descrição cultural da sociedade, destacando que o respectivo exercício individual deve ser contextualizado no quadro de crenças comuns (partilhadas com outros sujeitos) promovidas por entes institucionais ou grupos que actuam no espaço público³⁶; na liberdade artística (ou, entre nós, liberdade de criação cultural) foca-se uma sua dimensão institucional-colectiva, sublinhando a supra-individualidade da arte³⁷; e, reforçando a sensibilidade à sociedade técnica e às potenciais consequências nefastas advindas de uma quebra da ligação à Internet, no direito ao desenvolvimento da personalidade não deixa de se considerar abrangida a Internet como recurso vital material (*materiale Lebensgrundlage*) do indivíduo³⁸, imputando-lhe um “significado bio-socio-material enquanto espaço de vida” de um homem técnico ou “tecnicamente constituído”³⁹, com o que se requer a “protecção da integridade psico-física de

³⁵ Cfr. AUGSBERG, Steffen, “Das kollektive Moment...”, pp. 176-177.

³⁶ Cfr. KORIOth, Stefan, “Religionsfreiheit – individuell, kollektiv, objektiv, institutionell”, in Thomas Vesting / Stefan Koriouth / Ino Augsburg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 231-246. Com outros apontamentos sobre o tema, vd. HEINIG, Hans Michael, “Eigenwert des Religionsverfassungsrechts”, in Thomas Vesting / Stefan Koriouth (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 221-244.

³⁷ Cfr. STEINHAEUER, Fabian, “Das Grundrecht der Kunstfreiheit. Kommentar zu einem Grundagentext von Helmut Ridder”, in Thomas Vesting / Stefan Koriouth / Ino Augsburg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 247-279.

³⁸ Cfr. GRUBER, Malte-Christian, “Digitaler Lebensraum”, in Bertram Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 115-124 (122-123): “Als soziale Informationstechnologie ist das Internet tatsächlich [...] eine materiale Lebensgrundlage. Es eröffnet Lebens- und Erfahrungsräume”.

³⁹ Cfr. GRUBER, “Digitaler Lebensraum...”, p. 123. Note-se que há aqui um paralelo muito claro com a constituição corporal do homem: “[...] das Internet als ein elementarer Lebensraum betroffen ist, welcher mitunter sogar die Bedeutung einer körpergleichen Basis der Persönlichkeit annehmen kann” (p. 124).

pessoas tecnicizadas”⁴⁰ em razão da função socializante e personalizante da Internet⁴¹ (numa visão, portanto, em que as tecnologias da informação não são apenas instrumentos ou meios de comunicação, mas se afiguram “âmbitos de vida social” promotores de “ligações entre homens que se acham, cognitiva e emocionalmente, conectados a sistemas técnico-informacionais”⁴², de tal sorte que as pessoas são “novas unidades funcionais de corpo, espírito e meio artificial”⁴³).

Enfim, a própria liberdade e dignidade individuais prestam-se, sem espanto, a uma leitura sistémica, que as reconduz já não, como no discurso de pendor jusnaturalista, àquelas qualidades inatas, próprias ou inalienáveis do ser humano, mas sim às “pré-condições de auto-representação (*Selbstdarstellung*) enquanto personalidade individual no processo comunicativo”⁴⁴ (LUHMANN) – o processo comunicativo, deduz-se, que é a sociedade enquanto sistema de operações comunicativas ou, em alternativa, qualquer um dos seus subsistemas diferenciados⁴⁵⁻⁴⁶. Sem esquecer, aliás, o carácter necessariamente construtivista

⁴⁰ Cfr. GRUBER, “Digitaler Lebensraum...”, p. 123. Nesta medida, acrescenta a Autora, tal protecção exige “garantias jurídicas, que assegurem o acesso livre dos homens à Internet”, postulando-se mesmo um “mínimo existencial bio-socio-técnico” (*biosoziotechnisches Existenzminimum*).

⁴¹ Cfr. GRUBER, “Digitaler Lebensraum...”, p. 123: “Funktion des Internets als Medium der «Sozialisierung», vor allem aber der «Personalisierung»”

⁴² Cfr. GRUBER, “Digitaler Lebensraum...”, p. 122.

⁴³ Cfr. GRUBER, “Digitaler Lebensraum...”, p. 122. A propósito de tal asserção, e dessa ideia da *combinação* entre o humano e o artificial, leia-se MARTINS, Hermínio, *Experimentum Humanum. Civilização Tecnológica e Condição Humana*, Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2011, pp. 333 e ss., em especial.

⁴⁴ Cfr. LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 5.^a edição, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 70, a que acrescenta: “In Freiheit und mit Würde kann der Mensch eine generalisierte Einstellung zu sich selbst entwickeln und seinem kommunikativen Verhalten in den verschiedenartigsten sozialen Situationen zugrunde legen”. Não esquecendo, aliás, como bem destaca, que “Grundrechte gewährleisten weder Freiheit noch Würde. Das steht nicht in der Macht des Staates” (p. 72).

⁴⁵ Cfr. LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, pp. 78 e ss.

⁴⁶ Com outra perspectiva, menos sistémica, mas que vai dirigida a acentuar uma dimensão não individualista da dignidade da pessoa humana (antes a situando no plano de uma “experiência pré-societal de socialidade do homem”), *vd.* BERNSTORFF, Joachen von, “Menschenwürde und

dessa dignidade da pessoa humana, que, para o que aqui nos interessa (e a todos que, como nós, têm por objecto o sistema jurídico), é – não pode deixar de ser – uma dignidade da pessoa humana *jurídica*, a preencher e concretizar enquanto tal pelo *sistema jurídico* e, nessa medida, com validade e função para o *sistema jurídico*⁴⁷ (e, aí, à semelhança porventura da *justiça*⁴⁸, poderá esse último reduto da dignidade da pessoa humana servir subversivamente de mecanismo jurídico contra o jurídico⁴⁹).

Menschenrechte zwischen Autonomie und Sozialität”, in Thomas Vesting / Stefan Koriath / Ino Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 283-294.

⁴⁷ Explica isso muito bem AUGSBERG, “Autonomie als soziale Konstruktion...”, pp. 54-56, quando refere o processo através do qual o homem se torna um sujeito jurídico e sustenta que se trata, aí, de uma “juridificação do homem”, de maneira a conceber a “pessoa” como “objecto do direito” (a pessoa jurídica). O conceito de dignidade acaba, pois, por remeter para essa juridificação, com a vantagem adicional de operar reflexivamente enquanto promotor da tematização das fronteiras do Direito. Com efeito, ao estipular-se juridicamente que o limite absoluto da actuação estadual é o respeito pela dignidade da pessoa humana está-se, ao mesmo tempo, e também juridicamente, a reconhecer um elemento não-jurídico, precisamente o *para lá* do Direito (aqui o homem físico, não juridificado). Nesta medida, desenvolve AUGSBERG, a dignidade da pessoa humana afigura-se uma “construção jurídica” que “im Wege eines re-entry das aus den juristischen Verfahren zunächst systematisch Ausgeschlossene – der Mensch nicht nur als Person, sondern als psychophysische Entität – wieder in diese Verfahren einführt”. E, assim, aí está a dignidade da pessoa humana – como produto do sistema jurídico (portanto, uma dignidade da pessoa humana *jurídica*) – a permitir, por canalizar aquela re-entrada do excluído (ou seja, a re-entrada do não-jurídico no jurídico), que o direito se revolte contra si mesmo. Com tanto, somos conduzidos aos confins e limites das fronteiras do sistema jurídico e da sua existência autopoiética, de tal sorte que a dignidade da pessoa humana (jurídica) não pode ser meramente compreendida de acordo com uma perspectiva individualista, antes deve ser apreendida como “limite da diferenciação funcional da sociedade”.

⁴⁸ Cfr., em especial, TEUBNER, Gunther, “Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?”, in Gunther Teubner (Hrsg.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2008, pp. 9-36.

⁴⁹ Leia-se AUGSBERG, Ino / LADEUR, Karl-Heinz, *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 15 e ss., e AUGSBERG, “Autonomie als soziale Konstruktion...”, p. 55. Sublinhando como o “ideal humanitário” ou a ideia da “dignidade da

1.3. Dogmática jurídica e transsubjectividade dos direitos fundamentais

Convém notar que a teoria e a dogmática dos direitos fundamentais não têm ignorado completamente uma certa dimensão transsubjectiva ou colectiva dos direitos fundamentais. Isso é visível quando, por exemplo, se procura delinear, a par da dimensão subjectiva, uma dimensão *institucional* dos direitos fundamentais, na conhecida formulação de PETER HÄBERLE⁵⁰. É igualmente visível, porventura ainda de forma mais imediatamente perceptível, na figura das *garantias institucionais*, atenta a sua referência a realidades sociais extra-jurídicas⁵¹ (numa reformulação sistémica, e de acordo com a exposição de

peessoa humana” servem para “articular a expressão de um *descontentamento crítico*” (itálicos conforme ao original), *vd.* STENNER, Paul, “Human Rights between Brute Fact and Articulated Aspiration”, in Mikael Rask Madsen / Gert Verschraegen (Ed.), *Making Human Rights Intelligible. Towards a Sociology of Human Rights*, Oxford: Hart, 2013, pp. 105-126 (119).

⁵⁰ Veja-se uma análise crítica em WILLKE, *Stand und Kritik*, pp. 111 e ss.

⁵¹ A tematização desta hetero-referência da categoria jurídica das garantias institucionais é relevante e pertinente. Com efeito, detecta-se logo aí uma certa alteridade do jurídico, que aparece a garantir ou proteger outros complexos ou sistemas sociais. Logo, é natural que se estabeleça uma dinâmica particular entre o sistema jurídico e esses outros sistemas sociais que surgem como referência das garantias institucionais. Serve isso para dizer, designadamente, que, nesta leitura, a garantia institucional aparenta estar apta a servir de canal irritativo do jurídico (i.e. do sistema jurídico ou das operações jurídicas), uma vez que é o próprio sistema jurídico que se expõe a essa influência externa, e isso sem prejuízo, naturalmente, da projecção que ele acaba por ter também no sistema social em causa, em razão do conjunto de operações jurídicas executadas para actualizar a garantia institucional (cfr. WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 132: “Den Wirklichkeitsbezug der Grundrechte kann man demnach – neben der subjektiv-rechtlichen Seite – dadurch charakterisieren, daß sie jeweils für gesellschaftliche Institutionen normative Regelungsmodelle beinhalten, gleichzeitig aber durch Rückkopplungsbeziehungen zu diesen Institutionen umweltempfindlich gemacht sind”). Sendo certo que o complexo ou sistema social garantido se desenvolve de acordo com a sua lógica ou racionalidade específica (a sua lógica ou racionalidade diferenciadora), então é inegável que o jurídico encontrará aí uma permanente fonte de irritação e variabilidade não despicienda, que não raramente obrigará a uma adaptação normativa do jurídico em face do curso evolutivo tomado pela tal instituição (sistema) social juridicamente garantida. Quer dizer que as normas jurídicas garantidoras da instituição social não devem existir com o único propósito de evitar a evolução e desenvolvimento do sistema garantido, sob pena de aí o jurídico, evidenciando uma grave ausência de reflexibilidade (i.e. de consciência de ser um sistema entre sistemas), estar a tentar controlar de tal modo o sistema

garantido que este, em vez de operar de acordo com a sua autopoiese (que assegura a sua diferenciação), está a operar já unicamente de acordo com a autopoiese jurídica. No limite, pode estar em causa a desdiferenciação da realidade social em causa e, com tanto, o seu desaparecimento. Ou seja, a garantia institucional do direito constitucional – essa garantia jurídico-constitucional – não pode nunca ir ao ponto de subverter a autonomia operativa própria da instituição social (o que inclui as transformações e evoluções desta não controláveis nem dirigíveis pelo sistema jurídico, independentemente de aquelas transformações e evoluções serem da perspectiva deste último benéficas ou despiciendas). Veja-se, a propósito, o que escreve WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 126: “Die institution Ehe als soziale Einrichtung des Subsystems Familie [...] besteht und entwickelt sich nach den evolutionären Bedürfnissen der Gesellschaft. Entfällt ihre gesellschaftliche Funktion, dann ist eine rechtliche Garantie dieser Institution nur beschriebenes Papier. Lassen wir diesen Extremfall beiseite und betrachten wir den Normalfall der Veränderung einer Institution aufgrund ihrer veränderten gesellschaftlichen Funktion, dann tritt der Prozeß der wechselseitigen Rückwirkung von institutioneller Wirklichkeit und auf die Institution bezogener Normen hervor: Die einer Institution angelegten (juristischen) Normen können die Veränderung bremsen oder beschleunigen [...], sie können sie passiv rezipieren und sie können sie möglicherweise leiten. Nur eins können sie nicht: die Veränderung auf Dauer Verhindern”. Em termos práticos, cremos que se poderia, por exemplo, problematizar a esta luz a resistência jurídica à consagração ou introdução do *casamento* entre pessoas do mesmo sexo, sabendo-se até, como, em Portugal, a garantia institucional consagrada no art. 36.º, n.º 1 da CRP, foi efectivamente doutrinalmente utilizada como argumento a favor da inadmissibilidade constitucional da referida consagração. E diga-se já, como ponto de partida, que um Direito (designadamente no que toca à sua configuração jurídico-positiva) aqui pouco reflexivo (por todos, cfr. TEUBNER, Gunther, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, p. 87, isto é, e em especial, um Direito com pouca consciência de ser um sistema entre muitos outros sistemas sociais (os quais não deve procurar heterodeterminantemente dirigir e sobre os quais não deve produzir externalidades negativas que afectem disruptivamente as respectivas autopoieses autonomamente diferenciadas), com pouca sensibilidade às mutações e variações a ocorrer no seu exterior (i.e. no seu ambiente) e com pouca *inteligência* e capacidade de – por via daquela abertura cognitiva – se adaptar normativamente a essas mesmas mutações e variações do contexto societal em que está inserido (sobre o nosso conceito de um Direito que deve ser um *Direito intersistémico*, leia-se TERRINHA, Luís Heleno, *O Direito Administrativo na Sociedade. Função, prestação e reflexão do sistema jurídico-administrativo*, Porto: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 399 e ss.), dizíamos, um Direito pouco reflexivo, nas condições sociais contemporâneas, é de pouco préstimo. Ora, desse ponto de vista, pode e deve problematizar-se a ideia de que, como defendem CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 562, a Constituição terá adoptado uma “noção tradicional” de casamento (criticando veementemente essa ideia da recepção normativa a este respeito, *vd.* WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 129:

“Verfassungsrechtliche Institutionsgarantien entgehen nur dann dem Verdikt des institutionalisierten Anachronismus, wenn die Lehre von den institutionellen Garantien das Häberlesche Modell der «Rezeption» unterverfassungsrechtlicher Normen erweitert zu einer *Theorie normativ geregelter institutioneller Selbstorganisation*; Aufgabe dieser Theorie wäre es u. a., den Einbau von kognitiven Mechanismen in das Rechtssystem vorzubereiten und deren Kapazitäten und Kontrollmöglichkeiten abzustimmen auf den Regelungsprozeß zwischen faktischem institutionellem Wandel – etwa der Institution Familie – und den normativen Vorgaben der die Institution garantierenden Regeln” – itálico nosso). É duvidoso, portanto, que o Direito (o sistema jurídico), ao construir o seu modelo de casamento (i.e. o que vale como casamento *jurídico*, o que é casamento para e no âmbito do sistema jurídico e, até, o que está constitucionalmente protegido como casamento), não tenha e não deva ser sensível e responsivo às dinâmicas sociais de índole familiar que se vão gerando e modificando ao longo do tempo (apresentando, como sociologicamente se sabe que apresentam, diferentes configurações; a este propósito, não se esqueça a garantia institucional do art. 67.º CRP), ou que não deva ser sensível e responsivo às próprias modalidades de os seres humanos irem estabelecendo entre si laços afectivos duradouros aos quais associam vontade de comunhão vivencial, servindo a hetero-referência (para um domínio no ambiente) e a necessária flexibilidade jurídicas para promover precisamente a auto-adaptação do Direito ao espectro societal em que está inserido e, mais importantemente, com tanto, a sua auto-compatibilização com realidades sociais externas que lhe dirigem pretensões e expectativas de natureza jurídica e que ele é, por isso, chamado a regular (e acrescentaria WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 128: “daß eine normativ geleitete gesellschaftliche Konstruktion von Wirklichkeit Normen nicht als starre Führungsgrößen einsetzt, sondern als rückgekoppelte Regler, die der Eigendynamik sozialen Wandels Spielraum lassen”). Neste sentido, possibilita-se, assim, o afastamento de posições de sentido negatório ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, mesmo daquelas que, no limite, propugnam a criação de figura jurídica autónoma para acomodar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, de modo a excluí-las – resta saber se com consistência – do âmbito normativo de aplicação daquele outro instituto (é que à luz do que se escreveu e do que se raciocinou, muito embora essa alternativa das “domestic partnerships” oferecesse uma resposta jurídica à questão, parece que é, ainda assim, uma resposta formalista preocupada em, por razões meramente simbólicas, históricas ou culturais, e não propriamente substanciais-jurídicas, reservar o casamento a parceiros de sexo diferente). Contra, mas partindo de um enquadramento semelhante ao nosso, VESTING, Thomas, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2015, pp. 165-177 (pp. 167-168: “Es macht im Rahmen eines Familienverfassungsrechts für die Netzwerkkultur weiterhin Sinn, die tradierte Form der gegengeschlechtlichen, auf Kinder angelegten Ehe als Normalfall der Familie vorauszusetzen”; muito embora reconheça, na p. 174, que a pluralização e heterogeneização das relações familiares pode ser vista “als Anpassung an die neuartigen Lebensbedingungen in einer fluiden Netzwerkkultur”). O principal problema de uma posição como a de VESTING reside no seguinte: quando se escreve, com bastante acerto, que “Ehe und

WILLKE, as garantias institucionais poderão ser entendidas como garantias constitucionais do “núcleo essencial” de determinados sistemas sociais diferenciados⁵²). É ainda visível na doutrina dos deveres de protecção de direitos fundamentais a cargo do Estado⁵³, ancorados que costumam ser numa ordem valorativa objectiva (*objektive Wertordnung*)⁵⁴, referível, por sua vez, a uma vertente *objectiva* dos direitos fundamentais⁵⁵.

Familie sind wie Institutionen generell von einem tradierten kulturellen Wissen abhängig, von stillschweigend akzeptierten Praktiken, die die Einzelnen immer schon als bestehend vorfinden, die durch Erziehung weitergegeben und als instituierte Normalität nicht weiter hinterfragt werden” (p. 175), sem que se apresentem formas de colocar essa “normalidade” em causa, então a sua teoria ou visão são totalmente despidas de qualquer potencial ou poder críticos. Claro que, mais adiante, e até algo surpreendentemente, o próprio acaba por admitir que “Eine Verfassung wie das Grundgesetz hat nicht die Aufgabe, sich gegen eine Veränderung zu stellen, die irreversibel ist” (p. 177). Mesmo assim, VESTING não deixa de recomendar senão uma contra-estratégia, isto é, formas não de acompanhar essas mudanças, mas sim de as conter ou, no limite, contrariar. É nessa medida que propõe uma resolução conflitual do problema (que compatibilize a instituição tradicional do casamento com as pretensões de igualdade de outro tipo de comunhões de vida), propugnando um uso mais controlado do princípio da igualdade e a formulação de “regras de primazia” gerais (*Vorrangsregeln*) que se sobreponham a ponderações casuísticas (p. 177). O objectivo último será o de conseguir “tratar diferentes formas de vida diferentemente” (p. 177).

⁵² Precisamente assim, WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 125.

⁵³ Entre nós, aprofundando desenvolvidamente a temática, cfr. SILVA, Jorge Pereira da, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais. Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

⁵⁴ Cfr. RUSTEBERG, Benjamin, “Subjektives Abwehrrecht und objektive Ordnung”, in Thomas Vesting / Stefan Koriath / Ino Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 87-108, que estabelece a ligação entre a *objektive Wertordnung* que os direitos fundamentais (também) corporizam e uma correlacionada dimensão colectiva dos mesmos.

⁵⁵ Criticamente, SILVA, Jorge Pereira da, *Deveres do Estado*, pp. 106 e ss. Mais sinteticamente, leia-se VAZ / BOTELHO / CARVALHO / FOLHADELA / RIBEIRO, *Direito Constitucional*, p. 218.

1.4. O potencial crítico-emancipatório da dimensão transsubjectiva dos direitos fundamentais

Uma última nota, apenas, para mencionar que, contrariamente ao que a ausência de referencial jusnaturalista e o distanciamento face ao ser humano concreto (i.e. de carne e osso) poderiam fazer temer, cremos que uma análise dos direitos fundamentais como aquela que aqui vai ser exposta e prosseguida não perde (pelo menos, necessariamente) em capacidade *crítica*, designadamente em termos de potencial emancipatório face ao *status quo* existente⁵⁶. Bem pelo contrário⁵⁷. Basta ver como, frequentemente, esta literatura de pendor sistémico atribui grande importância aos direitos (fundamentais) como *mecanismos de inclusão* dos sujeitos (dos seres humanos enquanto sistemas psíquicos) nos vários (sub)sistemas sociais diferenciados⁵⁸, servindo concomitantemente os

⁵⁶ Com essa crítica, por exemplo, à teoria luhmanniana dos direitos fundamentais, *vd.* WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 202 (“[...] Unfähigkeit der Luhmannschen Grundrechtstheorie, über die Erläuterung des status quo und dessen Stabilisierungsbedingungen hinaus Fragen nach der Qualität des erreichten Zustandes und seiner Entwicklungstendenz zu beantworten. Was fehlt ist eine kritische Hinterfragung des Bestehenden”). Em geral, delineando os contornos de uma *teoria sistémica crítica*, onde se cruza a teoria sistémico-funcionalista especialmente com a Escola Crítica de Frankfurt, FISCHER-LESCANO, Andreas, “Critical systems theory”, *PSC* 38 (2012), pp. 3-23. Para o domínio jurídico, leia-se AMSTUTZ, Marc, “Der zweite Text: Für eine kritische Systemtheorie des Rechts”, in Marc Amstutz / Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie*, Bielefeld: transcript Verlag, 2013, pp. 365-401.

⁵⁷ Veja-se, de resto, como já WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 243, enunciava então que um dos desafios que se colocavam à teoria dos direitos fundamentais era o de ela se decidir a “als Sozialwissenschaft in praktischer und prospektiver Absicht Vorhut einer *emanzipatorischen Rechtspolitik* zu sein” (itálico nosso).

⁵⁸ *Vd.*, em particular, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 487-488, VERSCHRAEGEN, Gert, “Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights”, in Mikael Rask Madsen / Gert Verschraegen (Ed.), *Making Human Rights Intelligible. Towards a Sociology of Human Rights*, Oxford: Hart, 2013, pp. 61-80 (71-74), e NOBLES, Richard / SCHIFF, David, *Observing Law through Systems Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2013, pp. 198-199 (“Constitutional and human rights such as freedom of speech, religion, life, property and privacy operate as inclusion rights, ensuring that humans can participate within the different functional subsystems that constitute modern society. At the most basic level, a human cannot participate in social systems without the security represented by a right to life, and freedom from torture.

direitos fundamentais ora de bitola para apreciar uma inclusão (já) alcançada, ora de parâmetro de uma inclusão (ainda) a alcançar, ora de instrumento (jurídico-)normativo de combate e protesto contra a exclusão dos sujeitos de determinados sistemas sociais⁵⁹. Caso em que se reconhece uma interacção recíproca entre os direitos fundamentais e a realidade social, seja porque é nesta que se jogam verdadeiramente as condições de realização daqueles, seja porque os direitos fundamentais influem e concorrem para a evolução da realidade social, atenta a tensão em que com esta podem entrar fruto da dissonância entre

Individuals also need to be able to participate in more than on system [...]. Human rights as rights of inclusion operate both to protect human beings from the risks of exclusion from society's subsystems [...] and to show each of the functional subsystems to increase the scale and complexity of its operations through their application to all human actors capable of meeting the system's own criteria for inclusion"). No mesmo sentido, MADSEN / VERSCHRAEGEN, "Making Human Rights Intelligible...", p. 7. Já sobre o conceito de inclusão em geral, numa perspectiva sistémica, leia-se BORA, Alfons, "»Wer gehört dazu?«. Überlegungen zur Theorie der Inklusion", in Kai-Uwe Hellmann / Rainer Schmalz-Bruns (Hrsg.), *Theorie der Politik. Niklas Luhmanns politische Soziologie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, pp. 60-84. Em especial sobre a inclusão no sistema político, HALFMANN, Jost, "Der moderne Nationalstaat als Lösung und Problem der Inklusion in das politische System", in Kai-Uwe Hellmann / Rainer Schmalz-Bruns (Hrsg.), *Theorie der Politik. Niklas Luhmanns politische Soziologie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, pp. 261-286. Cfr., ainda, a título complementar, mas com muito interesse, MENKE, Christoph, "Subjektive Rechte: Zur Paradoxie der Form", in Gunther Teubner (Hrsg.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2008, pp. 81-108, e GUIBENTIF, Pierre, "Rights in Niklas Luhmann's Systems Theory", in Alberto Febbrajo / Gorm Harste (Ed.), *Law and Intersystemic Communication: Understanding Structural Coupling*, Surrey: Ashgate, 2013, pp. 255-288.

⁵⁹ Cfr. WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 155, VERSCHRAEGEN, "Systems Theory and the Paradox...", pp. 117-119 (especialmente quando sublinha que "The new form of inclusion in modern society requires that everyone has equal access to the different function systems in the sense that no general institutionalised social discrimination can exist which prevent access", sem prejuízo de o modo como ocorre a inclusão num dado sistema social depender, em última análise, de critérios específicos desse mesmo sistema; de resto, isso motiva o Autor a reverter o princípio da igualdade num *princípio de indiferença selectiva*, na medida em que apenas certas características ou desigualdades poderão ser relevantes e isso dependerá dos critérios utilizados pelo sistema social pertinente de acordo com a sua racionalidade específica), e STENNER, "Human Rights...", p. 119. Em geral, leia-se ainda NASSEHI, Armin, *Gesellschaft der Gegenwart. Studien zur Theorie der modernen Gesellschaft II*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011, pp. 161 e ss.

o estado a que corresponderia o jusfundamentalmente desejável e o estado actualmente concretizado⁶⁰.

O que se escreveu torna-se mais palpável quando se focam direitos fundamentais de índole económica, social e cultural (para utilizar a abrangente e utilmente pormenorizada designação textual constitucional portuguesa), pois aí, quanto a esses direitos, vinca-se a sua função e prestação de possibilitar e garantir as condições de *participação* (*Teilhabe*) nos processos sociais comunicativos, indutora, portanto, de uma maior inclusão e de uma maior sensibilidade ao ambiente por parte dos sistemas sociais⁶¹⁻⁶². Mas raciocínio semelhante se poderia expender a propósito de liberdades fundamentais clássicas: o direito à vida, o direito à integridade física, a liberdade de circulação ou movimento, a liberdade de pensamento, a liberdade religiosa, o direito de manifestação ou associação, também estes concorrem para possibilitar a “auto-apresentação” do sujeito nas diferentes arenas sociais comunicativas⁶³.

Não poderá espantar, assim, que, por esta lente, se postule os direitos fundamentais como direitos genuinamente *sociais* – não, pois, uma categoria particular de direitos fundamentais⁶⁴, mas os direitos fundamentais

⁶⁰ Cfr. WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 156.

⁶¹ Cfr. WILLKE, *Stand und Kritik*, pp. 29-30.

⁶² Numa interpretação de inspiração marxista, os direitos sociais são ainda particularmente importantes na sociedade mundial (mesmo numa entendida em termos teórico-sistémicos) como instrumentos de subversão contra-hegemónica face ao liberalismo de mercado. Leia-se MOELLER, Kolja, “Subalterne Konstitutionalisierung: Zur Verfassung von Evolution und Revolution in der Weltgesellschaft”, in Marc Amstutz / Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie*, Bielefeld: transcript Verlag, 2013, pp. 173-191 (189-190, em especial).

⁶³ Cfr., muito especialmente, VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, pp. 113-117.

⁶⁴ A este propósito, é muito interessante atentar na crítica de MENKE, *Kritik der Rechte*, pp. 222-225, que, relativizando a usual periodização histórica de surgimento de diferentes tipos de direitos fundamentais (liberdades individuais, direitos políticos, direitos sociais – *vd.*, a propósito, VAZ / BOTELHO / CARVALHO / FOLHADELA / RIBEIRO, *Direito Constitucional*, pp. 211 e ss.), recusa a posição de que tenha havido, a esse respeito, qualquer transformação no conceito de direitos. Pelo contrário, MENKE sustenta a tese de que é a mesma ideia fundamental de direitos subjectivos – que o autor ancora na génese do direito moderno liberal-burgês (*bürgerliches Recht*) – que se manifesta em ambas as configurações de direitos fundamentais (direitos de

genericamente como direitos a uma participação social efectiva (seja ela política, económica, social e cultural)⁶⁵. No fundo, e tendo em vista o indivíduo (sistema psíquico), os direitos fundamentais enquanto *direito(s) à consideração comunicativa* (pelos sistemas sociais).

liberdade individual e direitos sociais). Neste sentido, e não obstante a mais tardia institucionalização dos direitos sociais, argumenta-se que estes estavam já contidos na “teoria e ideologia do direito burguês”. E isso porque, como defende, o direito à participação (senão mesmo partilha) social decorre consequentemente daquilo que a figura do direito subjectivo possibilita e que é, essencialmente, a habilitação jurídica da vontade própria do sujeito (*rechtliche Ermächtigung der Eigenwille des Subjekts*). Com efeito, a vontade própria do sujeito não pode restringir-se somente à definição e selecção dos objectivos ou fins a prosseguir, há-de estender-se ainda à disponibilidade e valoração dos meios necessários para a prossecução daquela mesma vontade própria. Logo, “os direitos de participação social são direitos subjectivos cujo fundamento é a vontade própria privada do sujeito”. Do que se trata, nessa participação social (nessa *soziale Teilhabe im eigenwilligen Interesse*) é de assegurar a obtenção de recursos privados (*privates Vermögen*), de modo, por sua vez, a garantir a realização dos interesses próprios. Este conjunto de considerandos, que MENKE leva a cabo ao reflectir sobre a propriedade em contexto liberal-burguês, condu-lo à conclusão, em síntese, de que o conceito burguês de propriedade (*das bürgerliche Eigentum*) apresenta “duas configurações irreduzíveis e originariamente simultâneas” (*zwei irreduziblen, gleichursprünglichen Gestalten*): “i) die Sicherung der Willkürübung (oder der Wahl von Zielen) durch das *Eigentum als private Sphäre beliebiger Entscheidungen*; ii) die Legalisierung der Interessenverwirklichung (oder der Bewertung von Ressourcen) durch das *Eigentum als privates Vermögen sozialer Teilhabe*”. Semelhantemente, HONNETH, *Das Recht der Freiheit*, p. 142, afirma que os direitos de liberdade liberais remetem “conceptualmente” para um “completamente” através de direitos sociais.

⁶⁵ Cfr. VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, p. 114-115 (“All these individual rights are at the same time communicative or social rights, they enable the individual to participate in the different communicative subsystems of society and they enable him or her to become a person”), e WILLKE, *Stand und Kritik*, pp. 219-221 (p. 219: “daß die Grundrechte überhaupt nur als «soziale Grundrechte» eine Funktion für das Individuum haben können”). Com uma defesa também muito pungente desta socialidade da participação e da partilha assegurada através de direitos fundamentais, vd. MENKE, *Kritik der Rechte*, pp. 220 e ss., em especial (encontrando-se uma boa e importante síntese na p. 323: “Die Grundrechte nicht nur als Abwehrrechte gegen den Staat, sondern als umfassende Sicherungen gegen autoritative soziale Herrschaft zu verstehen ist eine Konsequenz, die sich dann zwingend ergibt, wenn die Illusionen naturwüchsiger Harmonie im Sozialen zerfallen [...]. // [...] die Definition der Grundrechte als Mechanismen einer umfassenden sozialen Sicherung – der Sicherung des Sozialen durch die Sicherung der Eigenrechte des Subjekts”).

2. Direitos Fundamentais e Ordem Colectiva

Neste estudo, e de acordo com o objectivo declaradamente prosseguido de ressaltar a inserção societal dos direitos fundamentais, destacando o seu papel nesse plano mais amplo não da protecção subjectiva individual mas sim do seu papel na e quanto à sociedade, seleccionámos quatro autores cujas teorias dos direitos fundamentais mais se aproximam desse desiderato. Embora todas essas teorias tenham em comum o afastarem-se da mera compreensão do direito fundamental enquanto direito subjectivo fundamental, as semelhanças ficar-se-ão por aí – manifestação, de resto, de que mesmo a função dos direitos fundamentais na sociedade, ou de que o contributo destes para a ordem colectiva, se presta a várias interpretações e a diversas tónicas.

2.1. Direitos fundamentais e diferenciação funcional da sociedade (LUHMANN)

2.1.1. Os direitos fundamentais como *instituição*

NIKLAS LUHMANN oferece uma teoria dos direitos fundamentais particularmente apta a descortinar as funções sistémicas⁶⁶ (na sociedade) destes. Esse passo *para lá* da dimensão meramente subjectiva é fácil de dar para o autor, atenta, por um lado, a integração que faz dos direitos fundamentais numa mais abrangente compreensão ou visão sociológica (a sociedade, e respectivos subsistemas, como sistemas de comunicação diferenciados) e, por outro lado, e sobretudo, a qualificação que opta por fazer dos direitos fundamentais enquanto *instituição*⁶⁷. De resto, é esse o título da sua principal obra dedicada a esta temática, aqui já anteriormente citada⁶⁸: *Grundrechte als Institution*. Em qualquer caso, deve notar-se que esta é uma obra bastante inicial de LUHMANN (cuja

⁶⁶ Cfr. WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 56.

⁶⁷ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 12. *Vd.*, também, WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 206 (em especial quando acentua que “Grundrechte schützen nicht nur Individualinteressen, sondern auch die Funktionsbedingungen bestimmter «ständiger Einrichtungen» im Interesse einer freiheitlich-demokratischen Gesamtordnung, die auf funktionale Differenzierung angewiesen ist und deren Komplexität das simplifizierende Schema Staat-Individuum sprengt”).

⁶⁸ *Vd.* a nossa nota de rodapé número 44.

primeira edição data de 1965), pelo que o mais avisado será lê-la sempre em conjugação (ou tendo presente) a evolução da sua bibliografia e, bem assim, o aprofundamento e afinamento do seu pensamento.

Ao qualificar os direitos fundamentais como *instituição*, LUHMANN estabelece imediatamente uma ponte com um conceito essencialmente não jurídico, o qual vai interpretar sociologicamente, logrando desse modo um certo desprendimento face a uma perspectiva excessivamente normativa (e, sobretudo, jurídico-positiva)⁶⁹. Segundo escreve, o conceito de *instituição* refere a um complexo de expectativas de comportamento sustentado por consenso social⁷⁰. Com efeito, LUHMANN vê o distintivo sociológico das instituições no facto de elas legitimarem uma presunção de consenso e, através disso, fornecerem uma base de acção sustentável⁷¹. Nesta medida, apresentam-se como expectativas de comportamento temporal, objectiva e socialmente generalizadas, que, enquanto tal, servem de estrutura dos sistemas sociais⁷². O que acaba de se escrever é, no mínimo, interessante, precisamente porque explicita que, para

⁶⁹ O Autor sublinha, de resto, como o conceito de instituição não é estranho à dogmática jurídica, sendo utilizado em escritos jurídicos como espécie de “conceito de contacto” (*Kontaktbegriff*) com a realidade social (a invocação de Maurice Hauriou é, a este respeito, incontornável). Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 12, nota 14.

⁷⁰ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, pp. 12-13.

⁷¹ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 12, nota 14. Com uma definição muito próxima, também WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 151: “Institutionen sind handfester: sie umfassen neben einem Komplex von Werten und Normen als Konsensgrundlage und neben einer möglicherweise latenten idée directrice auch einen «Apparat» von Einrichtungen, Instrumenten, Organisationstechniken und Verfahren als sachliche Basis für die in den Institutionen agierenden Menschen”.

⁷² Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 13. De notar a observação crítica (por incongruência), que nos parece correcta e legítima, que WILLKE, *Stand und Kritik*, pp. 150-151, dirige a Luhmann, uma vez que o conceito de instituição apresentado no *Grundrechte als Institution* é o mesmo que depois valerá para a noção que o mesmo proporá de *norma*. Isto gera, segundo WILLKE, uma indistinção analítica entre *norma* e *instituição*, que, por sua vez, acaba por desvirtuar a própria especificidade de uma perspectiva institucional acerca dos direitos fundamentais, na medida em que pouca atenção se prestará à dinâmica ou articulação produtiva e inovatória precisamente entre as normas e as instituições: seja em termos de uma intencional influência normativa sobre as instituições; seja em termos das repercussões das transformações institucionais sobre os conteúdos normativos.

LUHMANN, os direitos fundamentais (*se e enquanto* instituições) apresentam, na origem, uma natureza pré-jurídica ou pré-positiva (pelo que apenas após juridificação é que se transmutam de expectativas sociais gerais em expectativas jurídicas)⁷³. Por sua vez, a vertente sistémico-estrutural das instituições induz a que se questione a sua “função na ordem social”⁷⁴.

2.1.2. Os direitos fundamentais como garantes da diferenciação funcional da sociedade (em especial perante o risco de *politização* da sociedade)

Deste ponto de partida mais geral, e remetendo para local próprio a exposição mais descritiva da sua teoria sociológica⁷⁵, LUHMANN faz corresponder a função dos direitos fundamentais à manutenção do actual estágio de diferenciação social funcional da sociedade moderna e, com tanto, à evitação de actualização ou concretização de perigos de des-diferenciação sistémica (que, para este efeito, não poderiam senão representar uma regressão da sociedade face ao estágio evolutivo presentemente alcançado)⁷⁶. É uma posição, de resto,

⁷³ Com essa interpretação, que acompanhamos, VERSCHRAEGEN, “Differentiation and Inclusion...”, p. 68, e VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, p. 103. Sublinhe-se, porém, que seria errado extrair daí qualquer tipo jusnaturalismo. De resto, sempre convirá recuperar – a respeito da relação entre o direito e as expectativas que ele visa proteger (já socialmente formadas) – as reflexões oferecidas em LUHMANN, Niklas, “Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft”, in Niklas Luhmann, *Die Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, pp. 113-153 (123). De igual modo, é também pertinente o estudo de AMSTUTZ, Marc, “Rechtsgenesis: Ursprungsparadox und supplément”, in Gunther Teubner (Hrsg.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2008, pp. 125-152, ao sustentar que as expectativas são o elemento de conexão das operações jurídicas à sociedade.

⁷⁴ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 13.

⁷⁵ Cfr. TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 55 e ss., designadamente a bibliografia aí citada.

⁷⁶ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 23. Posição reafirmada em LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 4.ª edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, p. 281. *Vd.*, também, NOBLES / SCHIFF, *Observing Law through Systems Theory*, p. 199, e VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, p. 103. Esta indicação da função dos direitos fundamentais permite, aliás, uma extrapolação para um correlacionado papel do Direito (sistema jurídico)

que casa bem com o papel que LUHMANN, nesta fase inicial do seu pensamento, imputa ao Direito: o de ser o garante da estrutura diferenciada do sistema social⁷⁷.

Mais, atenta a natureza dos direitos fundamentais enquanto direitos subjectivos, convirá nunca perder de vista que eles servem como mecanismos de *inclusão* nos sistemas sociais (isto é, o modo sistémico-comunicativo de considerar o ser humano)⁷⁸, algo tão mais pertinente quanto se sabe que, de acordo com LUHMANN, os seres humanos estão no ambiente dos sistemas sociais – logo, fora (ou no exterior) da sociedade⁷⁹. Por isso, e admitindo que esse é o melhor lugar para se estar⁸⁰, precisamente porque significa que num estádio de diferenciação funcional da sociedade os seres humanos não vêm as suas possibilidades de acesso aos diferentes sistemas sociais subordinadas a (pré-)condições, por exemplo, de raça, conhecimento, linhagem familiar, riqueza ou género⁸¹, os direitos subjectivos, na ausência de posições sociais fixas e imutáveis, servem o propósito de permitir aos seres humanos, de acordo com a sua vontade, a decisão quanto ao *se*, *como* e *quando* participar nos vários sistemas sociais diferenciados⁸².

enquanto sistema estruturantemente coadjuvante da diferenciação dos outros sistemas e das interligações ou interdependências entre eles. Veja-se o que escrevemos a propósito de uma *competência intersistémica* do Direito em TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 424 e ss.

⁷⁷ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, pp. 181-183. Abordámos o assunto em TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 424-430.

⁷⁸ Cfr. VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, p. 105, e PRANDINI, Riccardo, *Culture e processi “costituenti” della società riflessiva. Globalizzazione, accelerazione e auto-regolazione sociale*, Bologna: Bononia University Press, 2012, p. 130.

⁷⁹ Cfr. LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme – Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 288. Veja-se, também, o que escrevemos em TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 130 e ss.

⁸⁰ Como sublinha o próprio LUHMANN, Niklas, “Die Tücke des Subjekts und die Frage nach den Menschen”, in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 6 – Die Soziologie und der Mensch*, 3.^a edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, pp. 149-161 (159).

⁸¹ Cfr. VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, pp. 105-106.

⁸² Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 487-488, e VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, p. 107.

A função dos direitos fundamentais é exercida, contudo, relativamente ao sistema político em especial⁸³, isto é, os direitos fundamentais têm como missão evitar que o sistema político (a autopoiese política) colonize⁸⁴ outras esferas sociais e corrompa as suas racionalidades específicas⁸⁵ (afectando a autonomia da sua lógica operativa própria, o que pode suceder, por exemplo, sempre que se procure introduzir critérios operativos políticos em sistemas que obedecem a outros códigos, programas e critérios de relevância necessariamente não políticos⁸⁶). Neste sentido, os direitos fundamentais (enquanto instituição) são mecanismos ou instrumentos (jurídicos – na forma – e, também, sociais – no propósito ou fim) de resistência e bloqueio a uma expansão operativa desmesurada do sistema político passível que produzir externalidades negativas nos demais sistemas que com ele habitam o espectro societal ou, no limite, de afectar disruptivamente o próprio estado funcionalmente diferenciado da sociedade como um todo⁸⁷. E é de relevar, a propósito, como LUHMANN identifica já então uma “tendência para a instabilidade” do sistema político, fundadora de um risco de des-diferenciação enquanto *politização* nociva da esfera societal⁸⁸,

⁸³ Cfr., com a teorização sistémico-funcionalista do sistema político, LUHMANN, Niklas, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

⁸⁴ A expressão colonização é plástica para este efeito e a inspiração provém de HABERMAS, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 2, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, pp. 524 e ss.

⁸⁵ Cfr. KING, Michael / THORNHILL, Chris, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2003, p. 115, VERSCHRAEGEN, “Differentiation and Inclusion...”, p. 69, e VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, p. 110.

⁸⁶ A este respeito, pode ser muito proveitosa a leitura de NEVES, Marcelo, “From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law”, *J. L. & Soc'y* 28 (2001), pp. 242-264.

⁸⁷ Cfr., em síntese, LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 187: “Sie [die Grundrechte] verhindern eine Entdifferenzierung und Simplifizierung der Sozialordnung, indem sie verschiedene Untersysteme der Gesellschaft mit ihren getrennten Kommunikationskreisen und unterschiedlichen Sondersprachen gegen Tendenzen zur Politisierung der Sozialordnung abschirmen”. Leia-se, ainda, NOBLES / SCHIFF, *Observing Law through Systems Theory*, p. 199, e VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, p. 107.

⁸⁸ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 24 (mais adiante, de resto, na p. 72, o autor volta a produzir uma afirmação de sentido convergente: “Die gesellschaftliche Differenzierung tendiert dazu, ihre eigenen Grundlagen zu korrumpieren”). Esta tendência quase natural dos sistemas sociais autopoieticos para o sobre-crescimento ou sobre-expansão, foi recentemente particularmente bem tematizada por TEUBNER, Gunther, “A Constitutional Moment? The logics of

decorrente de cinco principais aspectos: a indeterminação do que seja um problema carecido de decisão política; a centralização do poder legítimo para adoptar decisões colectivamente vinculativas; a generalização desse poder e, bem assim, a sua possível utilização para muitos e diversificados fins; a abstracção de uma racionalidade política própria que, para lograr a obtenção de peso político, tem de ser adequadamente traduzida e transposta para a lógica operativa dos outros sistemas diferenciados; a flutuação do apoio político, com uma dinâmica institucionalizada através da construção do papel do votante como condição da possibilidade de alternar no poder⁸⁹.

Em síntese, os direitos fundamentais afiguram-se contra-medidas (juridicamente estabelecidas e positivadas) a um sistema político excessivamente voraz na intenção de controlar e dirigir outros sistemas que, tal como ele, são sistemas autopoieticamente diferenciados⁹⁰. Deste ponto de vista, portanto, os direitos fundamentais acabam por actuar como limites à expansão das fronteiras do sistema político⁹¹, e fazem-no precisamente subtraindo

«Hitting the Bottom», in Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Ed.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective – The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 3-42.

⁸⁹ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 24, a que acresce a observação: “Das Zusammenwirken dieser Komponenten begründet die Autonomie des politischen Systems und begründet zugleich die Möglichkeit des unerwarteten Ausbrechens aus dem gesellschaftlichen Rahmen. Die Erhaltung der sozialen Differenzierung erfordert daher korrigierende und blockierende Institutionen, die diese Gefahr entgegenwirken”.

⁹⁰ De forma cristalina, *vd.* LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 97: “Die Grundrechtsformulierungen heften sich an bestimmte Gefährpunkte, in denen das politische System dazu tendiert, über seine spezifische Funktion der Herstellung verbindlicher Entscheidungen hinauszugreifen, soziale Prozesse in sich hineinzuziehen und sie unter politischen Gesichtspunkten (also: Untersystemgesichtspunkten) zu integrieren”.

⁹¹ E, aí, com especiais funções protectivas que, como sublinha LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 189, apresentam quatro orientações principais: constituição da personalidade (individualidade); generalização das expectativas de comportamento (formação de papéis sociais); satisfação de necessidades económicas (ordenada pelo meio do dinheiro); decisões vinculativas de resolução de problemas (burocracia estadual interconetada com a sociedade). Cfr., também, WILLKE, *Stand und Kritik*, pp. 179-180.

determinadas matérias a controlo ou influência política⁹². No limite, os direitos fundamentais como que criam ilhas ou domínios de *não-politicidade*, permitindo que outros âmbitos sociais quedem intocados na sua integridade autopoietica⁹³.⁹⁴ Pressuposto, portanto, um determinado nível ou estágio de diferenciação social, os direitos fundamentais estão funcionalmente ordenados à manutenção e preservação dessa diferenciação perante perigos que possam decorrer, precisamente, da pluralização de sistemas e das suas interdependências⁹⁵.

⁹² Cfr. NOBLES / SCHIFF, *Observing Law through Systems Theory*, pp. 198-199, KING / THORNHILL, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, p. 115, e VERSCHRAEGEN, "Systems Theory and the Paradox...", p. 110 ("the political system can only perform its own functional operations [...] if it is not burdened with all the problems of social life").

⁹³ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 96, designadamente quando explica que os direitos fundamentais "estabilizam em pontos críticos a necessária distância do sistema político" relativamente a outros processos sociais. Leia-se ainda VERSCHRAEGEN, "Systems Theory and the Paradox...", p. 111. Com muito interesse, *vd.* também MENKE, *Kritik der Rechte*, pp. 318-319 (designadamente quando escreve que "wenn die bürgerliche Verfassung der Politik darin besteht, die Teilnahme an der Politik in die Form eines subjektiven Rechts zu bringen, dann impliziert sie die Ermächtigung des subjektiven Eigenwillens überhaupt und dadurch die Hervorbringung einer Sphäre des Soziale vor oder jenseits der Politik", ou que "aus der politischen Autonomie der einzelnen folgt die Autonomie sozialer Zusammenhänge und Notwendigkeiten *gegenüber* jeder politischen Regulierung von außen. Die bürgerliche Verfassung ermächtigt den Eigenwillen des Subjekts, und dadurch entpolitisiert sie die sozialen Verbindungen und Strukturen, die die eigenwilligen Subjekte untereinander aufbauen. Sie setzt die Subjekte von politischer Herrschaft frei und macht dadurch selbständige, eigenlogische Zusammenhänge des Sozialen überhaupt erst möglich" – itálico conforme ao original).

⁹⁴ Muito embora se deva notar, com MENKE, *Kritik der Rechte*, p. 325, que essa autonomia dos âmbitos sociais face ao sistema político pode, paradoxalmente, gerar a necessidade de intervenções reguladoras políticas. Se a estipulação de direitos subjectivos fundamentais permite à sociedade surgir como autónoma, a verdade é que, na opinião do autor, atenta a instabilidade e "immanente Krisenhaftigkeit" daquela, ela apenas se consegue manter e preservar através intervenções políticas. Mas essas intervenções políticas, em contexto liberal, consubstanciam-se em assegurar jusfundamentalmente os direitos subjectivos, logo reforçam a autonomia da sociedade e concomitantemente provocam nova necessidade de intervenção política. Neste sentido, conclui MENKE: "Die bürgerliche Politik der Grundrechte ist ebenso notwendig wie ohnmächtig. Sie bringt selbst das Problem hervor, dessen Lösung sie sein will". A este propósito refere-se MENKE a uma aporia da constituição burguesa.

⁹⁵ Assim, LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, pp. 71-72.

2.1.3. Os direitos fundamentais como garantes da diferenciação funcional da sociedade: concretização exemplificativa

De resto, a multiplicação e diversificação de direitos fundamentais pode também sócio-funcionalmente explicar-se em razão do seu propósito funcional, isto é, uma multiplicação e diversificação que espelha a diferenciação social sistémica que intenta assegurar (âmbitos cultural, económico, político, da saúde, etc.)⁹⁶.

Aliás, é em linha com esse raciocínio que LUHMANN discorre, depois, sobre direitos fundamentais em específico, deles fazendo uma leitura consentânea com a função que lhes imputa.

Assim, a protecção da propriedade é vista enquanto garantia da participação do indivíduo no sistema económico, assegurando contra intervenção estadual tanto o direito de disposição de dinheiro ou de outros bens (monetariamente quantificáveis) como a base de confiança do sistema monetário como um todo⁹⁷⁻⁹⁸.

Semelhantemente, o direito a trabalhar e o direito de escolha de profissão permitem a distribuição de pessoas por tarefas laborais de acordo com as necessidades e a lógica operativa do mercado, a par do desenvolvimento da personalidade⁹⁹.

Já o conjunto de direitos políticos, além de providenciarem pela formação de poder político legítimo (entendendo aqui a legitimidade como um processo comunicativo que concorre para a aceitação da vinculatividade das decisões políticas), preservam a diferenciação do sistema político ao esquematizarem a

⁹⁶ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 79. Convergentemente, MENKE, *Kritik der Rechte*, p. 237 (que, aproveitando as reflexões luhmannianas, declara: “Die verschiedenen Grundrechte bezeichnen die Freiheit des Eigenwillens in den verschiedenen sozialen Sphären” – itálico conforme ao original).

⁹⁷ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, pp. 120 e ss., em especial.

⁹⁸ Caso em que a expropriação não pode senão representar uma perturbação sistémica do sistema económico. Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 127.

⁹⁹ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, pp. 134 e ss. Criticamente, WILLKE, *Stand und Kritik*, pp. 173-175.

canalização de influências externas ou sociais¹⁰⁰ (o que, por sua vez, promove um certo nível – politicamente tolerável e sujeito às regras de relevância políticas – de sensibilidade e responsividade do sistema político às pretensões que lhe dirigem outros sistemas). Por exemplo, o direito de voto surge enquanto forma de garantir a diferenciação interna do sistema político em processos de comunicação política e processos de preparação de decisões burocráticas¹⁰¹: através dele o cidadão assume posição perante o Estado, ora de votante ora de destinatário das decisões estaduais¹⁰². Decorrente da atribuição desse poder de influência individual (de efeitos concretos muito inespecíficos ou indeterminados), espera-se o reconhecimento pelo cidadão da legitimidade das decisões estaduais adoptadas (muito embora, como bem sublinha LUHMANN, essas decisões sejam o produto de um processo que o cidadão não controla)¹⁰³⁻¹⁰⁴.

2.1.4. Direitos fundamentais e auto-reflexão sistémica

Quando vista em conjugação com a sua teoria do sistema político, designadamente no que concerne à sua compreensão da natureza e do papel da constituição, a heterodoxia da perspectiva luhmanniana acerca dos direitos fundamentais (os tais que, exacerbando uma dimensão meramente subjectiva, são instituições por preservarem e garantirem a diferenciação sistémico-funcional da sociedade) está em condições de se revelar com mais acutilância.

¹⁰⁰ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, pp. 138 e ss., em especial.

¹⁰¹ Assim mesmo LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 148.

¹⁰² Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, pp. 149-150.

¹⁰³ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 150.

¹⁰⁴ Não pode admirar, portanto, que depois LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, pp. 153-154, conclua que: “Das politische Wahlrecht hat demnach nicht die Funktion, dem einzelnen Bürger ein Mittel der persönlichen Interessen- und Meinungsdurchsetzung and die Hand zu geben. Es ist als individuelles Freiheitsrecht nicht zu begreifen. Es gewährt ihm vielmehr eine Teilnehmerrolle im politischen System, die für die Erhaltung bestimmter in sich differenzierter Prozesse der Informationsverarbeitung strukturwichtig ist”.

Com efeito, importa não esquecer que LUHMANN defende que a constituição, enquanto acoplamento estrutural¹⁰⁵, não é algo de externamente imposto ao Estado ou (genericamente) ao sistema político, antes sendo algo de auto-gerado pelo político¹⁰⁶ (em necessária relação com o sistema jurídico¹⁰⁷). Nesta medida, é o próprio sistema político que cuida da sua auto-legitimação (jurídico-constitucional)¹⁰⁸ e a constituição é, desse modo, sustentadora e promotora do exercício efectivo e da reprodução societal do poder político¹⁰⁹. Longe, portanto, de aspiracionalismos constitucionais¹¹⁰ ou de tentativas de assacar à constituição um qualquer fundo moral que a estipule como instituidora de um projecto de uma sociedade boa¹¹¹, o que sobressai é a constituição enquanto mecanismo ou dispositivo que reforça a autonomia operativa do político¹¹² e a sua compatibilidade intersistémica¹¹³.

¹⁰⁵ Cfr. LUHMANN, Niklas, "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), pp. 176-220. *Vd.*, também, TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 169 e ss.

¹⁰⁶ Cfr. KING / THORNHILL, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, p. 114, e MORLOK, *Soziologie der Verfassung*, p. 54.

¹⁰⁷ Cfr. NOBLES / SCHIFF, *Observing Law through Systems Theory*, p. 195.

¹⁰⁸ Cfr. LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, p. 44 ("[...] a belief in the law-bounded nature of the system helps maintain the system's legitimacy, and hence also its capacity").

¹⁰⁹ Cfr. KING / THORNHILL, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, p. 114, PRANDINI, *Culture e processi "costituenti" della società riflessiva*, p. 128, e MORLOK, *Soziologie der Verfassung*, p. 54.

¹¹⁰ Criticamente, cfr. BOTELHO, Catarina Santos, "Aspirational constitutionalism, social rights prolixity and judicial activism: trilogy or trinity?", *Comparative Constitutional Law and Administrative Law Quarterly*, 3 (4), 2017, pp. 62-87.

¹¹¹ É sempre conveniente, a este propósito, e como contraponto discursivo, recordar a tese de COUTINHO, Luís Pedro Pereira, *A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

¹¹² Cfr. KING / THORNHILL, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, p. 115, e VERSCHRAEGEN, "Systems Theory and the Paradox...", p. 111. Ainda que com outros enquadramento de base, encontra-se semelhante asserção também em LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, p. 44: "[...] conception of constitutional law as law that is not handed down from above but which exists as part of the self-regulatory processes of an autonomous political realm" (itálico nosso).

¹¹³ Cfr. TERRINHA, Luís Heleno, "Da Sociedade da Constituição à Constituição da Sociedade. O constitucionalismo societal e os seus contributos para a compreensão do Direito Constitucional como sistema comunicativo mundial", *Revista Jurídica AAFDL* 30 (2016), pp. 297-377 (344-351, em especial), imputando às constituições três funções: constitutiva, limitativa e intersistémica.

Ora, o mesmo vale para os direitos fundamentais (até, utilizando outra expressão pelo menos parcialmente convergente, para os próprios direitos considerados básicos, naturais e inalienáveis). Em vez de se ressaltar neles propriedades supra-positivas e de os perspectivar como bens extra-jurídicos ou extra-políticos que se impõem ao Estado, os direitos são aqui vistos enquanto instrumentos que concorrem para a auto-reflexão do político (e também do jurídico), que concorrem para a (auto-)delimitação das fronteiras do Estado e que concorrem para assegurar a integridade da reprodução de sistemas sociais autopoieticos, assim contrariando tendências nocivamente expansivas do sistema político e evitando perigos de des-diferenciação societal¹¹⁴. LUHMANN não poderia, de resto, ser mais claro a esse propósito quando escreve que a liberdade e a dignidade dos homens não são “qualidades naturais inatas” deles, mas sim pré-condições de auto-representação da personalidade individual no processo comunicativo (social)¹¹⁵.

Em última análise, o valor cimeiro é um valor de natureza essencialmente sistémica, isto é, o valor do funcionamento regular e adequado dos sistemas sociais diferenciados¹¹⁶.

Desenvolvidamente sobre o assunto, KJAER, Poul F., *Constitutionalism in the Global Realm. A sociological approach*, London: Routledge, 2014, pp. 143-146, em especial.

¹¹⁴ Cfr. KING / THORNHILL, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, p. 115 (com uma síntese útil: “Constitutionally enshrined rights are not limits placed upon the state as a result of some normative-political consideration; nor are they devices for social integration. They are in fact merely the form through which the state itself articulates its own «interest in stabilizing its boundaries», and through which the state avoids «fusing with society», which would clearly lead to its collapse”), VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, p. 110-111 (“Constitutional rights emerge as a social counter-institution, which restricts the colonising tendencies of state politics. Via constitutionally guaranteed rights and freedoms, the political system defines the area of competence of state power and delineates it from all other, non-political social spheres”), e NOBLES / SCHIFF, *Observing Law through Systems Theory*, p. 199.

¹¹⁵ Citámos LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 70. Para uma análise da perspectiva luhmanniana, vd. WILLKE, *Stand und Kritik*, pp. 164 e ss.

¹¹⁶ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 216, e STENNER, “Human Rights...”, p. 115. Criticamente, WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 173 (“Warum aber die Funktionsfähigkeit von Teilsystemen der Gesellschaft überhaupt einen Wert darstellt und in wessen Interesse, warum diese Funktionsfähigkeit gerade von Grundrechten abgesichert werden soll, welche individuell

2.2. Direitos fundamentais e conflitos de racionalidades sistémico-sociais (TEUBNER)

2.2.1. A generalização da função dos direitos fundamentais

GUNTHER TEUBNER, não obstante o paralelo ponto de partido teórico-sistémico¹¹⁷, prossegue uma teoria dos direitos fundamentais que, não deixando de apresentar pontos em comum com a precedentemente exposta de LUHMANN, a amplia a áreas e domínios por ela não cobertos.

Com efeito, enquanto que, como se viu, LUHMANN centrava o aspecto nuclear da sua teoria dos direitos fundamentais na função e prestação destes em termos de actuarem como dispositivos contra a (ou restritivos da) expansão totalizante e colonizante do sistema político (com o que se garantia, em última análise, a integridade da arquitectura funcionalmente diferenciada da sociedade moderna), TEUBNER dá um decisivo passo maior ao desprender ou desacoplar os direitos fundamentais do Estado e do sistema político (institucionalizado), estendendo-os, enquanto figura de natureza jurídica, a outros sistemas sociais cujas tendências expansivas e nocivas importa igualmente contrariar e limitar¹¹⁸.

Neste sentido, diríamos até que se em LUHMANN os direitos fundamentais são uma *instituição com funções sociais* (restrição jurídica do sistema político, garantia da autonomia das restantes esferas sociais diferenciadas perante aquele e preservação da diferenciação funcional da sociedade), em TEUBNER eles tornam-se autêntica *instituição societal* (atenta a sua disseminação extra-estadual e as

einklagbar sind, diese Fragen bleiben unbeantwortet”). Também criticamente, VESTING / KORIOTH / AUGSBERG, “Einleitung...”, p. 11 (questionando se a perspectiva teórico-sistémica não negligencia uma função positiva dos direitos fundamentais enquanto garantias de uma auto-organização experimental de cada subsistema e se não posterga a relevância da componente individual ou subjectiva dos direitos fundamentais).

¹¹⁷ Importa, aliás, sublinhar como já a teoria do Direito como sistema autopoiético de TEUBNER diferia em alguns aspectos da de LUHMANN. Leia-se, a propósito, TEUBNER, Gunther, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

¹¹⁸ Cfr. TEUBNER, Gunther, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, pp. 28-29. Defendendo o mesmo, vd. VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, p. 112.

suas preocupações com a manutenção de um equilíbrio intersistémico permanentemente ameaçado pelas diversas autopoieses em execução)¹¹⁹. Agora e aqui os direitos fundamentais não servem somente como meio ou instrumento jurídico de salvaguarda contra o exercício na sociedade de poder político; agora e aqui os direitos fundamentais, num passo de clara *generalização* (como se elucidará adiante), servem como meio ou instrumento jurídico de salvaguarda contra toda e qualquer operatividade sistémica que exiba tendências para a produção de externalidades negativas sobre as demais autonomias diferenciadas que com ela coabitam no espectro societal¹²⁰ (o que, sublinhe-se e ressalte-se, não circunscreve os direitos fundamentais à protecção contra o exercício de um qualquer *poder* social em geral, precisamente porque o que se pretende ulteriormente sustentar é que não é apenas esse o meio comunicativo perante o qual urge assegurar protecção¹²¹). A isso corresponde, no fundo, a *dimensão colectivo-institucional* dos direitos fundamentais¹²².

¹¹⁹ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 216, designadamente quando escreve o seguinte: “Die Grundrechte definieren sich im Unterschied zu allgemeinen subjektiven Rechten weder von der Fundamentalität des betroffenen Rechtsguts her noch von ihrer Privilegierung in Verfassungstexten, sondern als soziale und rechtliche Gegeninstitutionen zu Expansionstendenzen von Sozialsystemen”. No mesmo sentido, VERSCHRAEGEN, “Differentiation and Inclusion...”, p. 70 (perspectivando os direitos fundamentais como garantias de “autonomia social”, isto é, a autonomia dos diferentes subsistemas sociais diferenciados).

¹²⁰ Cfr. HENSEL, Isabell / TEUBNER, Gunther, “Horizontal Fundamental Rights as conflict of laws rules: How transnational pharmagroups manipulate scientific publications”, in Andreas Fischer-Lescano / Hannah Franzki / Nora Markard / Stefan Oeter (Ed.), *Contested Regime Collisions. Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 139-168 (142-143). Convergentemente, VERSCHRAEGEN, “Differentiation and Inclusion...”, p. 71 (especialmente quando afirma que “fundamental rights serve as a barrier against totalitarian tendencies of all societal sub-systems”), e NOBLES / SCHIFF, *Observing Law through Systems Theory*, p. 200.

¹²¹ Isso fica claro em TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 29, e HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 149 (que de forma muito clara escrevem: “[...] if we focus exclusively on social power we fail to see other subtler causes of collective-institutional constitutional rights violations. Although it may be appropriate for constitutional rights to be aimed against power phenomena in the sphere of the state, it is not appropriate to limit constitutional rights to the communication medium of power if social constitutional rights violations occur. In principle, constitutional rights are put at risk from all independent communicative media as soon as

O que se nota, portanto, é que TEUBNER compreendeu e importou para a sua teorização do sentido e função dos direitos fundamentais na sociedade uma ideia que, de resto, não é nova e que tem encontrado grande difusão: a ideia de que, hodiernamente, já não é apenas o Estado (ou o poder público, ou o poder político) a constituir-se como potencial fonte de violação de interesses ou bens jurídicos (a considerar) de tipo jusfundamental, antes assistindo-se à pluralização e diversificação dessas fontes (dando-se mais recorrentemente como exemplo o sistema económico, capaz de, pelo meio do dinheiro, afectar o sistema político, o sistema artístico, o sistema de saúde, etc.)¹²³.

2.2.2. O conflito jusfundamental como conflito entre racionalidades sistémicas diferenciadas (I)

Deste ponto de vista, e como ainda teremos oportunidade de abordar melhor quando nos referirmos mais adiante à problemática do efeito horizontal dos direitos fundamentais, o conflito jusfundamental não se reduz a um conflito entre indivíduos ou actores individuais, antes se afigurando um *conflito entre racionalidades sistémicas diferenciadas*¹²⁴, uma vez que cada uma, na tentativa de

autonomous subsystems develop expansionary dynamics of their own. In today's world, that means primarily the expansionary tendencies of the economy, technology, medicine and (of particular relevance at the present time) the information media. Social power is thus only a partial phenomenon of the social risks to which constitutional rights are exposed”).

¹²² Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 146: “Constitutional rights as collective institutions means, therefore, a two-sided relationship in which guarantees of autonomy are given in respect of social processes to prevent them from being overwhelmed by the totalising tendencies of other social processes”.

¹²³ Cfr. WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 208, VERSCHRAEGEN, “Systems Theory and the Paradox...”, p. 112, e NOBLES / SCHIFF, *Observing Law through Systems Theory*, p. 200. Desenvolvidamente, e com muito interesse, FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. 2 (Teoría de la democracia), tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Alfonso Ruiz Miguel, Madrid: Editorial Trotta, 2011 (2007), pp. 218 e ss.

¹²⁴ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 142. A ideia de um “direito de conflitos intersistémicos” já servia de título a um dos capítulos de TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, p. 123. Aproveitando a ideia do direito de conflitos para o campo jurídico transnacional, Lars VIELLECHNER, “Das Recht der Weltgesellschaft: Systemtheoretische

maximização expansionista de aplicação do seu código e do seu meio comunicativamente diferenciado (poder, dinheiro, saúde, informação...), carrega em si o perigo de corromper e subverter a aplicação do código autónomo das restantes¹²⁵ (assunto esse, o da *autocompulsão dos sistemas sociais para o crescimento*¹²⁶, que TEUBNER abordou num importante artigo¹²⁷).

Esta proposta acaba por remeter para uma muito particular função e prestação do Direito na sociedade, um Direito precisamente com uma *competência intersistémica*, com responsabilidades na manutenção de um quadro de interacção entre sistemas diferenciados pautado, sobretudo, por auto-restricção de dinâmicas operativas hetero-nocivas, acoplamentos estruturais entre eles e incrementação de descentralizadas capacidades de observação (sensibilidade e ressonância) do respectivo ambiente¹²⁸. Implica-se, portanto, uma certa *multilateralidade discursiva* do Direito (para utilizar a expressão de WIELSCH), isto é, um Direito que, na sociedade funcionalmente diferenciada, procede à reconstrução interna desse seu ambiente diferenciado (dos sistemas

Beschreibung und Kritik”, in Marc Amstutz / Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie*, Bielefeld: transcript Verlag, 2013, pp. 285 a 304.

¹²⁵ TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 213, concretiza do seguinte modo: “Für die Wirtschaft hat dies Marx insbesondere durch solche Begriffe wie Entfremdung, Fetischisierung, Autonomie des Kapitals, Kommodifizierung der Welt, Ausbeutung des Menschen verdeutlicht. Heute sehen wir – am deutlichsten bei Foucault, Agamben, Legendre – ähnliche Integritätsbedrohungen durch die Matrix der Naturwissenschaften, durch die der Psychologie und der Sozialwissenschaften, der Technologien, der Medizin, der Informationsmedien”. *Vd.*, também, NOBLES / SCHIFF, *Observing Law through Systems Theory*, p. 200.

¹²⁶ Veja-se a nossa análise em TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 477 e ss.

¹²⁷ Leia-se, com muito interesse, TEUBNER, Gunther, “A Constitutional Moment? The logics of «Hitting the Bottom»”, in Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Ed.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective – The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 3-42.

¹²⁸ Sobre o assunto, *vd.* TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 424-436. Convergentemente, em ensaio sobre os direitos fundamentais, leia-se WIELSCH, “Grundrechte als Rechtfertigungsgebote...”, ppp. 150-151 (em especial quando escreve que: “Das Recht gewinnt seine eigene Rationalität nur dann, wenn es andere Rationalitäten intern rekonstruiert, und zwar unter Einbeziehung sämtlicher Handlungsrationalitäten, die im Rahmen des sozialen Konflikts aufeinandertreffen”).

autónomos que pontuam esse ambiente), que recolhe a validade das suas determinações nessa *alteridade* intersistémica e que se mostra sensível e responsivo às várias autonomias sistémicas¹²⁹. De resto, nunca quadro de pluralismo jurídico-normativo, chega a apresentar-se isso mesmo como correspondendo à única via ou estratégia possível: na ausência de uma qualquer hierarquia ou unidade, a coordenação e articulação paritário-horizontal entre os diferentes sistemas ou regimes jurídicos parciais há-de sobretudo operar através da respectiva *responsividade* mútua¹³⁰, o que indica, sobretudo, em associação com a sensibilidade às externalidades negativas produzidas, a imperiosidade e utilidade de os sistemas se auto-restringirem para intersistemicamente se compatibilizarem com os demais¹³¹. Daqui deriva, mais concretamente, sustenta VIELLECHNER, que “cada ordem jurídica se abra a si própria para normas estrangeiras”¹³², de acordo com um modelo de *pluralismo jurídico responsivo*¹³³.

¹²⁹ Cfr. WIELSCH, “Grundrechte als Rechtsfertigungsgebote...”, p. 151.

¹³⁰ Precisamente assim, *vd.* VIELLECHNER, Lars, “Responsive legal pluralism”, in Andreas Fischer-Lescano / Hannah Franzki / Nora Markard / Stefan Oeter (Ed.), *Contested Regime Collisions. Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 109-135 (110).

¹³¹ Cfr. VIELLECHNER, “Responsive legal pluralism...”, p. 118: “For lack of any superior authority, the recognition and reconciliation of the different legal orders cannot be imposed from above. Hence, under conditions of legal pluralism, the legitimacy and coherence of the law may only be guaranteed through horizontal coordination among the different legal orders, taking each other into account by internally reflecting their mutual impact. The founding principle animating such practice, which could replace outdated notions of sovereignty, may be called «responsivity»”.

¹³² Cfr. VIELLECHNER, “Responsive legal pluralism...”, p. 118. Esta temática foi, entre nós, recentemente abordada com brilho por MEDEIROS, Rui, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 247 e ss., em especial, sendo de prestar atenção aos diversos corolários que resultam da leitura “aberta e cosmopolita do Direito Constitucional português” que o Autor propõe. Convergentemente, ainda TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, pp. 236-237. Por fim, *vd.* também BOTELHO, Catarina Santos, “O Tribunal de Estrasburgo, o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais nacionais: perigo de um «Triângulo das Bermudas»? – A Complexa Interação Multinível Entre as Instâncias Jurisdicionais de Protecção dos Direitos Fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, vol. III, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 395-424 (424).

Do ponto de vista jusfundamental, cumpre reconhecer, por um lado, que a situação conflitual é *policontextural*, no sentido de que são autonomias societais as “unidades em colisão”, e não “princípios universais” carecidos de “otimização”¹³⁴. Por outro lado, a resolução dessas colisões (entre sistemas) deverá operar através de uma “regulação das relações fronteiriças societais” assente em normas estatuidoras de “incompatibilidades entre domínios autonómicos” (evitar as tendências sistémicas expansivas nocivas), “acoplamentos entre sistemas societais” (incrementando “possibilidades de acesso”, como acontece, por exemplo, com a imposição legal de deveres de contratar¹³⁵), “processualização” (designadamente com recurso à auto-regulação regulada) e “externalização da decisão” (de uma racionalidade sistémica para outra, como do jurídico para a política)¹³⁶.

¹³³ Definido assim por VIELLECHNER, “Responsive legal pluralism...”, p. 119: “Responsive legal pluralism [...] implies that the different legal orders are both able and willing to take each other into account on their own initiative. It suggests that they constrain themselves because they acknowledge that each of them takes up a regulatory task that none of the others may accomplish on its own”.

¹³⁴ Cfr. FISCHER-LESCANO, Andreas, “Kritik der praktischen Konkordanz”, *KJ* (2008), pp. 166-177 (173), com a crítica severa: “Die kollidierende Einheiten im Recht sind nicht die universal konsentierten Höchstwerte in einer globalen Werte- oder Prinzipiengemeinschaft. Die technizistische Prinzipiensprache des Rechtssystems verhindert, dass die gesellschaftlichen Realwidersprüche angemessen in die quaestio iuris übersetzt werden können. Sie bleibt, anders gesagt, blind für den gesellschaftlichen Konflikt”.

¹³⁵ A título de exemplo, FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, p. 209, referem, como garantes de inclusão, os “serviços essenciais” do sistema económico, os seguros obrigatórios no sistema de saúde ou a garantia de acesso à Internet.

¹³⁶ Cfr. FISCHER-LESCANO, “Kritik der praktischen Konkordanz...”, pp. 175-176. Com bastante interesse, repare-se como BACKER, Larry Catá, “Governance polycentrism or regulated self-regulation. Rule systems for human rights impacts of economic activity where national, private, and international regimes collide”, in Andreas Fischer-Lescano / Hannah Franzki / Nora Markard / Stefan Oeter (Ed.), *Contested Regime Collisions. Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 198-225 (199-202, em especial), chama a atenção para o facto de o direito, ou a norma jurídica, receber a concorrência de sistemas não-jurídicos na ordenação e gestão de variados conflitos intersistémicos. O Autor sublinha mesmo que esses sistemas não-jurídicos poderão estar melhor posicionados para mediar tais colisões, pelo que cumprirá abandonar a ideia de uma primazia exclusiva e excludente (o “papel

2.2.3. O conflito jusfundamental como conflito entre racionalidades sistémicas diferenciadas (II): exemplos

HENSEL e TEUBNER cuidam em desenvolvido artigo científico do problema da manipulação de publicações científicas por grupos farmacêuticos (“publication bias”), que, segundo enumeram os autores, ocorre através de formas de publicação selectiva, cláusulas de censura, utilização de “ghost writers”, pressão sobre investigadores para impedir que sejam levados a cabo determinados estudos ou, no limite, através da dispensa de investigadores quando estão associados a instituições financeiramente dependentes dos grupos em causa¹³⁷. A propósito, HENSEL e TEUBNER referem três casos que consubstanciam a existência da manipulação de estudos científicos por grupos farmacêuticos: caso *Edronax*¹³⁸, caso *Basf versus Dong*¹³⁹ e um caso atinente a *terapias de substituição hormonal*¹⁴⁰. O embate de racionalidades sistémicas diferenciadas dá-se aqui, e em síntese, entre o interesse *económico* das empresas farmacêuticas em venderem o seu produto, o interesse *científico* dos investigadores em publicarem livremente os resultados da sua actividade e o interesse de *saúde* de todos os pacientes em receberem um tratamento médico e farmacológico adequado e eficaz¹⁴¹. E, convém já acentuá-lo, afigurar-se-ia curto e inadequado vislumbrar tão-somente neste triângulo relacional a possível violação de direitos fundamentais individuais (designadamente do cientista e do paciente), pois que, na verdade, o que periga é a integridade sistémica quer do sistema científico (a

hegemónico”) do direito no plano global. A esse propósito, exemplifica-se com os “regimes de governança para o impacto da actividade económica nos direitos humanos”, designadamente os “Princípios Directores Relativos às Empresas e aos Direitos Humanos” (http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf) e os “Princípios Directores da OCDE para as Empresas Multinacionais” (<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>).

¹³⁷ Seguimos de perto HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 141, que, de resto, exemplificam com situações da vida real cada uma daquelas formas de manipulação dos resultados científico (tomar atenção, por isso, naquelas páginas, às notas de rodapé 5, 6 e 7).

¹³⁸ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 139.

¹³⁹ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, pp. 139-140.

¹⁴⁰ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 140.

¹⁴¹ Assim, HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 142.

actividade de investigação científica orientada pela *verdade*) quer do sistema de saúde (prestar um serviço médico que protege *efectivamente* e com sucesso o doente)¹⁴², ante uma actuação que se afigura passível de corromper por razões *económicas* aquelas outras lógicas diferenciadas¹⁴³. Mnemonicamente, o que importa jusfundamentalmente assegurar é que não seja o *económico* a determinar a *verdade científica*, com isso defraudando as expectativas de um *tratamento de saúde efectivo* por parte do paciente¹⁴⁴.

Semelhantemente, ANDREAS FISCHER-LESCANO, a propósito de recentes escândalos de vigilância global por parte da *Agência de Segurança Nacional* (NSA) norte-americana¹⁴⁵ e tendo por referência o art. 17.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹⁴⁶, vislumbra na protecção contra a ingerência na “correspondência” concedida pelo Pacto mais do que um mero direito subjectivo defensivo individual¹⁴⁷. Partindo, desde logo, de uma sustentada interpretação de que o art. 17.º, ao referir-se indiscriminadamente a “correspondência”, pretende abranger os diferentes meios através dos quais aquela pode ocorrer (fax, telefone, correio electrónico ou correio físico, entre

¹⁴² Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 145.

¹⁴³ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 146: “At the centre of the conflict is the clash between irreconcilable rationalities: action that is economically rational has a structurally corrupting effect on the particular rationalities of scientific activities and of the healthcare system”.

¹⁴⁴ Desenvolvidamente sobre a violação do mecanismo da publicação científica, leia-se HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, pp. 151-154.

¹⁴⁵ Leia-se, em especial, as observações do Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas acerca do quarto relatório periódico dos Estados Unidos da América sobre a aplicação do PIDCP, com a referência CCPR/C/SR/3061, de 26.03.2014 (<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsijKy20sgGcLSyqccX0g1nnMFNOUOQBx7X%2BI55yhIwlkDk6CF00Adiqu2L8SNxDB4%2BVVRPfk5gZFbTQ03y9dLrUeUaTbS0RrNO7VHzbyxGDJ%2F>).

¹⁴⁶ Que dispõe que: “Ninguém será objecto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação. Toda a pessoa tem direito a protecção da lei contra essas ingerências ou esses ataques”.

¹⁴⁷ Cfr. FISCHER-LESCANO, Andreas, “Digitales Panoptikum”, in Bertram Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 17-28.

outros)¹⁴⁸, FISCHER-LESCANO defende que o que está em causa é uma compreensiva “protecção da integridade e fiabilidade de sistemas comunicativos”, relacionada, pois, com uma questão jusfundamental atinente à “autonomia de processos comunicativos”¹⁴⁹. Assim, com o art. 17.º do PIDCP consagra-se um “direito fundamental impessoal” (*inpersonales Grundrecht*) cujo intento é o de assegurar uma “protecção sistémica” (*Systemschutz*)¹⁵⁰, de tal sorte que o direito subjectivo é meramente instrumental disso, transformando o indivíduo em “defensor” (*Sachwalter*) de tais direitos impessoais¹⁵¹. No caso concreto das medidas de vigilância promovidas por agências de segurança, deparamo-nos com um conflito sistémico entre diferentes processos comunicativos, em que um (a vigilância pelo sistema político) procura usurpar outro (a comunicação privada)¹⁵². E tal tipo de conflito pode, evidentemente, ter outros protagonistas, na medida em que não são apenas as instituições estatais a procurar imiscuir-se em comunicações alheias¹⁵³. Entre os vários mecanismos que o autor divisa para fazer face a esses conflitos intersistémicos, e nos quais se contam o efeito horizontal dos direitos fundamentais, o reforço de

¹⁴⁸ Cfr. FISCHER-LESCANO, “Digitales Panoptikum...”, p. 20.

¹⁴⁹ Cfr. FISCHER-LESCANO, “Digitales Panoptikum...”, p. 21.

¹⁵⁰ Cfr. FISCHER-LESCANO, “Digitales Panoptikum...”, p. 21.

¹⁵¹ Assim, FISCHER-LESCANO, “Digitales Panoptikum...”, p. 21: “Das subjektive Recht ist nicht mehr Ausgang der Schutzzweckentwicklung, sondern hat auch in dieser Lage eine prozessuale Durchsetzungsfunktion: Rechtspersonen werden zu Sachwaltern inpersonaler Rechte, die nicht nur im materiellen, sondern auch im prozessualen Sinne Subjektivberechtigung verleihen. Das subjektive Recht wird zum Annex des inpersonalen Grundrechts”. O que, em parte, não deixa de fazer lembrar a famosa tese, ainda que noutra contexto, da “mobilização do indivíduo” para a defesa e aplicação do direito, tal como desenvolvida por MASING, Johannes, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

¹⁵² Cfr. FISCHER-LESCANO, “Digitales Panoptikum...”, p. 21.

¹⁵³ É isso que justifica, de resto, que FISCHER-LESCANO, “Digitales Panoptikum...”, p. 21, sublinhe, uma vez que estamos perante conflitos sistémicos entre diferentes processos comunicativos que podem ter diferentes origens, que “Das bedarf einer komplexeren Konzeption von Grundrechten, die Schutzbereiche and Beeinträchtigungen nicht länger ins Schema privat/gesellschaftlich vs. Öffentlich/staatlich presst, sondern die Transformationen im Verhältnis von privat und öffentlich reflektiert”.

procedimentos de auto-controlo com cunho democrático (não apenas relativamente ao sistema político, mas também em termos de *corporate social responsibility* da parte das empresas privadas) ou a protecção do *whistleblowing*¹⁵⁴, não deixa de se acentuar a importância da afirmação de um *direito fundamental à encriptação (Recht auf Verschlüsselung)* como pilar essencial de uma auto-constitucionalização da Internet¹⁵⁵. Com efeito, a encriptação representa, nesta leitura, a “aplicação reflexiva do código digital a si mesmo” (dito de outro modo, a possibilitação do “Unsichtbarmachen der Kommunikation”), pelo que a promoção e sustentação jurídica desse processo contribuirá para formar uma constituição da Internet limitativa de efeitos nocivos que o funcionamento da mesma pode gerar¹⁵⁶.

Ademais, nem é a outra a ideia subjacente à afirmação de um *direito à garantia da fiabilidade e integridade de sistemas técnico-informacionais*, tal como se postulou a propósito da exigência de transparência da parte da Google quanto aos critérios e características do algoritmo utilizado para proceder à personalização dos resultados de buscas pelos utilizadores¹⁵⁷. Ainda que configurado em termos de dever de protecção estadual¹⁵⁸, a verdade é que, genericamente, e mais do que autonomias individuais, trata-se de “garantir espaços livres discursivos e supra-individuais” que assegurem uma “comunicação livre na Internet”¹⁵⁹. Por esse motivo, GRABER acaba por sustentar estarmos perante uma “meta-regra enquanto regra constitucional” da Internet¹⁶⁰, na medida em que funciona como *regra secundária* do seu

¹⁵⁴ Cfr. FISCHER-LESCANO, “Digitales Panoptikum...”, pp. 22-25.

¹⁵⁵ Cfr. FISCHER-LESCANO, “Digitales Panoptikum...”, pp. 25-26.

¹⁵⁶ Cfr. FISCHER-LESCANO, “Digitales Panoptikum...”, pp. 26-27.

¹⁵⁷ Cfr. GRABER, Christoph Beat, “Computer-Grundrecht”, in Bertram Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 71-80.

¹⁵⁸ Algo que também concorre para sublinhar a subsidiariedade da intervenção estadual face à auto-regulação dos privados. Cfr. GRABER, “Computer-Grundrecht...”, pp. 73-74.

¹⁵⁹ Cfr. GRABER, “Computer-Grundrecht...”, p. 75.

¹⁶⁰ Cfr. GRABER, “Computer-Grundrecht...”, p. 78: “Mit der Anerkennung des CG [Computer-Grundrecht] hat das BverfG [Bundesverfassungsgericht] meines Erachtens eine Verfassungs- bzw. Meta-Regel des Internets geschaffen”.

funcionamento, disciplinando, num plano de segundo grau ou de segunda ordem (reflexivo), o funcionamento das operações digitais¹⁶¹.

Com raciocínio e método iguais procede LARS VIELLECHNER ao analisar o caso em que um conjunto de pessoas pretendia distribuir, no aeroporto de Frankfurt am Main, panfletos contra a deportação de requerentes de asilo, tendo sido expulsos das instalações e proibidos de voltar a entrar¹⁶². De novo, detecta o autor aí um conflito de racionalidades sistémicas entre aqueles que exercem os seus direitos de reunião e liberdade de expressão (respectivamente, arts. 8.º, n.º 1 e art. 5.º, n.º 1 da *Grundgesetz*) e a lógica económica prevalecente no edifício aeroportuário¹⁶³. Com efeito, sublimando uma faceta meramente defensiva e individual daqueles direitos fundamentais, destaca-se, ao invés, a “dimensão impessoal” (*impersonale Dimension*) presente nos direitos de comunicação, atento o seu “significado constitutivo para a democracia”¹⁶⁴. Nesta medida, o direito de reunião e a liberdade de expressão apresentam-se como cruciais ao regular funcionamento da democracia, não só porque contribuem para assegurar a integridade da diferenciação social como um todo (“evitando a orientação da comunicação societal segundo uma única racionalidade”), mas também porque asseguram que o processo de tomada de decisões políticas está sujeito a crítica e recebe o *input* de diferentes perspectivas e forças¹⁶⁵. É isto, de resto, que permite a VIELLECHNER postular como “objecto da protecção jusfundamental” (da liberdade de expressão e do direito de reunião) um “processo transsubjectivo de confronto e agregação de opiniões”, instrumental da formação tanto de partidos e governos como de oposição e protesto¹⁶⁶. Assim, a protecção do direito de reunião e da liberdade de expressão envolve, na verdade, e muito mais amplamente (sistemicamente), a protecção da “integridade de um processo de

¹⁶¹ Cfr. GRABER, “Computer-Grundrecht...”, p. 77.

¹⁶² O caso chegou ao Tribunal Constitucional federal alemão por via de uma queixa constitucional. Leia-se a decisão em http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110222_1bvr069906.

¹⁶³ Cfr. VIELLECHNER, Lars, “Privatisierte Öffentlichkeit”, in Bertram Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 61-70 (65).

¹⁶⁴ Cfr. VIELLECHNER, “Privatisierte Öffentlichkeit...”, p. 65.

¹⁶⁵ Cfr. VIELLECHNER, “Privatisierte Öffentlichkeit...”, pp. 65-66.

¹⁶⁶ Cfr. VIELLECHNER, “Privatisierte Öffentlichkeit...”, p. 66.

debate político”¹⁶⁷. E o direito subjectivo individual é o veículo através do qual se alcança e realiza tal desiderato¹⁶⁸. Ora, na perspectiva de VIELLECHNER, portanto, o queurgia garantir era a integridade da comunicação política ante a afectação nociva e disruptiva por uma racionalidade económico-comercial (a preponderante na actividade do aeroporto)¹⁶⁹⁻¹⁷⁰⁻¹⁷¹.

¹⁶⁷ Cfr. VIELLECHNER, “Privatisierte Öffentlichkeit...”, p. 68.

¹⁶⁸ Cfr. VIELLECHNER, “Privatisierte Öffentlichkeit...”, p. 68.

¹⁶⁹ Cfr. VIELLECHNER, “Privatisierte Öffentlichkeit...”, p. 67, estabelecendo a ligação como efeito horizontal dos direitos fundamentais: “[...] müssen die Grundrechte der Versammlungsfreiheit und der Meinungsfreiheit den kommunikativen Verkehr auch vor solchen gesellschaftlichen Beeinträchtigungen schützen, die staatlich-politischen Eingriffen strukturell gleichkommen”.

¹⁷⁰ A proposta de análise sociológico-jurídica de VIELLECHNER acaba por se afastar, marcadamente, do método jurídico utilizado pelo Tribunal Constitucional federal alemão para chegar a uma solução. Este considerou aplicáveis os direitos de reunião e de liberdade de expressão, mas com base no argumento de que a pessoa colectiva proprietária do aeroporto (Fraport Aktiengesellschaft) era detida, em cerca de 70% do seu capital social, pelo Estado alemão, razão pela qual se encontrava vinculada aos direitos fundamentais.

¹⁷¹ Em síntese, VIELLECHNER identifica um conflito político-económico e dá, *in casu*, preferência à valência da racionalidade política. Por sua vez, o Tribunal Constitucional alemão foi mais tecnicista e resolveu a questão por recurso à participação accionista pública dominante da Fraport. Cada via tem os seus méritos e deméritos, e nenhuma nos convence por diferentes razões. Em especial, da exposição de VIELLECHNER não resulta de todo (convincentemente) claro o porquê de a lógica política (do debate e discussão públicos) levar a melhor sobre a execução imperturbada das operações económicas no interior do espaço aeroportuário. E muito embora o autor tenha achado que eram as liberdades comunicativas fundamentais a perigar (designadamente o direito de reunião e a liberdade de expressão) em face de uma aparentemente voraz racionalidade económica, não se percebe o que é que evita que a solução a que chega não redunde, afinal, numa colonização da lógica económica pelas operações políticas. Com efeito, o autor conseguiu eliminar por completo da sua análise a *propriedade*, numa cegueira algo induzida pelo *lucro* e pelo *consumo* a que o espaço comercial do aeroporto dá resposta e que, para VIELLECHNER, não merecem o mesmo tipo de tutela que a liberdade de expressão e a reunião – o que, na nossa opinião, já se afigura em si muito discutível. Com efeito, o aeroporto, que tem uma função e missão muito específicas (predominantemente económica), e que não é de todo, por natureza ou tipicamente, um espaço político, achou-se de repente politizado, precisamente por uma questão e por decisões às quais é alheio e que não lhe são imputáveis (particularmente, a decisão política de proceder à deportação de requerentes de asilo político). Acresce que, numa visão consciente da relacionalidade intersistémica em presença, perguntamo-nos se a sensibilidade não deverá ser maior – uma sensibilidade maior à integridade das operações

2.2.4. Generalização e reespecificação dos direitos fundamentais: o efeito horizontal

Em termos de conflito jusfundamental, então, a questão passa a colocar-se, como se escreveu, precisamente quanto a conflitos ou colisões entre discursos autónomos incomensuráveis ou entre lógicas sistémicas distintas¹⁷², isto é, um “conflito de racionalidades inconciliáveis”¹⁷³. Desta forma, é especialmente fácil

económicas nos espaços em que habitualmente se desenrolam e, bem assim, uma sensibilidade maior ao próprio significado societal do direito fundamental de propriedade. O Autor aparenta estar completamente indiferente, e nem sequer indica ter considerado, os potenciais efeitos disruptivos (no plano económico) do exercício daqueles direitos fundamentais *dentro* da propriedade de outrem. Mais, sempre terá de se perguntar o seguinte: no limite, e seguindo o pensamento de VIELLECHNER, o que protegerá o operador de um complexo industrial de pequenas (ou grandes) manifestações do género contra a sua produção no interior das suas próprias instalações? Cumprirá jusfundamentalmente admitir no interior do complexo industrial um grupo de pessoas que queira entregar panfletos aos respectivos trabalhadores contra a produção do seu empregador, alertando-os para eventuais impactos ambientais negativos? E sendo indiscutível que há em tais exercícios de cidadania um grande contributo social político-democrático, não basta permitir tal actuação às *portas* da entidade visada?

¹⁷² Cfr. FISCHER-LESCANO, Andreas / TEUBNER, Gunther, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, p. 26, e TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 215.

¹⁷³ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 146. A acção do Direito, numa perspectiva conflitual, ao nível das “colisões de regimes” é criativamente utilizada por Ralph CHRISTENSEN / Andreas FISCHER-LESCANO, *Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 2007, para apresentarem uma renovada teoria reflexiva ou ecológica dos direitos fundamentais. Os Autores partem da existência de conflitos ou colisões entre lógicas e racionalidades sistémicas incomensuráveis, cuja harmonização não pode ser atingida através de um holismo hierárquico que procederia a uma ponderação entre bens, interesses ou valores tendo em conta uma ordenação axiológica e principial que verticalmente e unilateralmente se imporia (por um lado, porque essa ponderação se torna impossível ante a heterogeneidade das lógicas sistémicas em causa; por outro, porque o holismo hierárquico falha devido à diferenciação funcional da sociedade, na medida em que esse complexo valorativo trans-sistémico e universal não existe, existindo tão-só uma multiplicidade de complexos diferenciados de expectativas carecidos de coordenação em caso de colisão). Destas premissas, CHRISTENSEN e FISCHER-LESCANO procuram desenvolver uma teoria reflexiva da colisão de direitos fundamentais que assente nos seguintes postulados: um modelo jusfundamental policêntrico, que reconhece a diversidade e

dar o passo para abstrair do indivíduo (seja de um conflito jusfundamental entre indivíduos, seja de um conflito jusfundamental que opõe o indivíduo a um actor colectivo como o Estado) e identificar as fontes de violação de direitos fundamentais em “matrizes anónimas”, em “processos sociais não-pessoais”, em “processos comunicativos anónimos”, de cujo funcionamento decorre uma “violência estrutural” difícil de imputar e difícil de combater ou solucionar enquanto se continuar a pensar o conflito jusfundamental como um entre indivíduos¹⁷⁴.

É que, como se percebe, o problema coloca-se ao nível da diferença sistémica constitutiva sistema/ambiente e coloca-se, pois, nesse plano da relação entre o sistema e o seu ambiente (rigorosamente, os demais sistemas no seu ambiente, abrangendo os sistemas psíquicos no ambiente extra-societal dos sistemas sociais), uma vez que se reconhece que a diferenciação funcional da sociedade e a multiplicação de sistemas sociais aumentam os perigos de cada um, ao executar a sua operatividade autopoietica, não exibir alteridade e sensibilidade suficientes para os efeitos negativos que está apto a provocar nos restantes (nos restantes sistemas sociais e nos próprios humanos ou sistemas psíquicos)¹⁷⁵.

incomensurabilidade dos conjuntos de expectativas que cada sistema social forma e que, em caso de colisão, precisam de ser harmonizados não por intermédio de um núcleo axiológico unitário pré-determinado e verticalmente impositivo, mas sim em “processos decisórios contingentes”; a protecção jurídica das esferas de autonomia de cada sistema diferenciado, de forma a impedir que uma das lógicas específicas seja capturada heteronomamente por outra de outro sistema, constituindo função do Direito garantir a integridade de cada uma das racionalidades sistémicas existentes (neste último caso, então, a teoria dos direitos fundamentais não vai dirigida à protecção da liberdade de acção, mas sim à protecção da *liberdade comunicativa*, isto é, da operatividade social-comunicativa de cada sistema).

¹⁷⁴ As expressões utilizadas foram todas retiradas de HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 146. Já TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 218, escrevia que: “Die Menschenrechtsfrage im strengen Sinne muss heute als Gefährdung der Leib/Seele-Integrität der Einzelmenschen durch eine Vielzahl anonymer und verselbständiger, nun globalisierter Kommunikationsprozesse verstanden werden”.

¹⁷⁵ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 216, é claro quanto ao objecto do seu conceito de direitos fundamentais: “«Grundrechte» [...] dass sie gerade nicht die wechselseitige Gefährdung von Individuen durch Individuen, also intersubjektive Beziehungen betreffen, sondern die

Aplicando metodologia semelhante à que havia utilizado para fundamentar a proposta de um constitucionalismo societal (num quadro de policontextualidade constitucional)¹⁷⁶, TEUBNER sugere novamente o recurso a operações de *generalização e reespecificação* quanto aos direitos fundamentais. Assim, cumpre: *i*) generalizar o conceito de direitos fundamentais de modo a abstraí-lo da sua vertente individual e estatal; *ii*) reespecificar o conceito de direitos fundamentais em razão dos novos contextos em que eles não-de surgir e servir, assim formulando uma compreensão dos direitos fundamentais (do seu conteúdo, dos seus destinatários, da sua estrutura jurídica e da sua aplicação) adequada à lógica própria dos sistemas sociais que se tenham em vista¹⁷⁷.

Quanto à primeira operação, trata-se essencialmente de eliminar a exclusividade da conexão dos direitos fundamentais ao meio do poder político, abrindo-os para conexões a outros meios comunicativos diferenciados¹⁷⁸. Essa generalização e transposição de contexto, porém, há-de manter assegurado que, lá relativamente aos meios comunicativos quanto aos quais possam ser aplicados, os direitos fundamentais continuam a desempenhar as suas funções típicas, designadamente no que toca à sua vertente *includente* (no sentido de contribuir para a inclusão de outros sistemas num dado sistema funcional)¹⁷⁹ e *excludente* (no sentido de excluírem de um determinado âmbito funcional outras autonomias sistémicas, por sorte a preservar a integridade operativa destas ante corrupções externas da sua racionalidade específica)¹⁸⁰. Com o que fica claro, deste modo, que os direitos fundamentais – independentemente, portanto, do sistema social a que respeitem e no âmbito do qual produzam efeito – não-de, por um lado, contribuir para a definição de fronteiras entre um dado sistema e o seu ambiente (assim suportando, constitutivamente, o próprio

Gefährdung durch anonyme kommunikative Matrices (Institutionen, Diskursen, Systemen) für die Integrität von Institutionen, Personen und Individuen". Também assim, FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, p. 27.

¹⁷⁶ Desenvolvidamente sobre isso, veja-se a nossa análise em TERRINHA, "Da Sociedade da Constituição...", pp. 311 e ss.

¹⁷⁷ Seguimos de muito perto TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 200.

¹⁷⁸ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 201.

¹⁷⁹ Cfr. VERSCHRAEGEN, "Systems Theory and the Paradox...", pp. 105-107.

¹⁸⁰ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, pp. 201-202.

processo de diferenciação sistémica)¹⁸¹ e, por outro lado, induzir (limitativamente) o sistema numa certa auto-restrição que, decorrente da sua reforçada consciência e sensibilidade intersistémicas, previna tanto tendências expansivas nefastas como perturbações de lógicas sistémicas alheias¹⁸².

Quanto à segunda operação, de reespecificação, trata-se de adaptar os direitos fundamentais ao contexto em que se inserem e em que operam, importando assegurar a harmonia e concordância dos direitos fundamentais com a “lógica societal própria” e com a “normatividade” própria de diferentes

¹⁸¹ Desenvolvidamente, MENKE, *Kritik der Rechte*, pp. 326-336. A este propósito, é muito pertinente a exposição de VIELLECHNER, Lars, “Die transnationale Dimension der Grundrechte”, in Thomas Vesting / Stefan Koriath / Ino Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 295-316 (302-304 e 307-310), quando, por um lado, sustenta que os direitos fundamentais “favorecem e promovem” os processos de produção normativa transnacional e, por outro lado, descreve o papel dos direitos fundamentais nos processos de auto-constitucionalização dos regimes jurídicos transnacionais.

¹⁸² Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, pp. 203-204. Com uma análise crítica, discutindo sobretudo a (im)probabilidade de as constituições societais (de cada sistema ou regime autónomo) efectivamente actuarem de forma auto-limitativa ou auto-restritiva sobre a operatividade sistémica, leia-se NOBLES / SCHIFF, *Observing Law through Systems Theory*, pp. 202-206 (em jeito de síntese, os autores concluem o seguinte nas pp. 204-205: “Systems cannot be expected to adopt self-limitations except as a response to their imminent inability to continue functioning, or enormous pressure from other systems”). Também *radicalmente* crítico da ideia da constitucionalização dos sistemas enquanto auto-restrição e abertura para o ambiente, MÖLLER, Kolja, “A critical theory of transnational regimes. Creeping managerialism and the quest for a destituent power”, in Andreas Fischer-Lescano / Hannah Franzki / Nora Markard / Stefan Oeter (Ed.), *Contested Regime Collisions. Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 255-280 (265-267). Para este Autor, é muito pertinentemente, falta à abordagem puramente sistemista a capacidade de “questionar fundamentalmente” a própria existência do regime. Com efeito, do seu ponto de vista, ela limita-se, ao tratar a *constitucionalização* dos regimes, de “corrigir a auto-referência funcional”, mas não a perguntar se “um regime particular, o seu direito ou políticas são sequer necessários”. Finalmente, sustentando-se em exemplos concretos que fazem duvidar da capacidade auto-limitativa dos sistemas sociais (*in casu*, organizações), leia-se GUIBENTIF, Pierre, “A dinâmica organizacional nas dinâmicas da crise – Reflexões a partir de uma interpretação sistemista da nossa época”, *Crítica económica e social* 5 (2016), pp. 5-20.

sistemas¹⁸³. Exige-se, pois, uma “adequação contextual” da protecção jusfundamental¹⁸⁴, isto é, para todos os efeitos, o funcionamento do direito fundamental – e designadamente a sua interpretação¹⁸⁵ – tendo em consideração as racionalidades sistémicas em jogo, ou mais rigorosamente: em choque¹⁸⁶.

Percebe-se, imediatamente e até intuitivamente, a facilidade com que a operação de *generalização* a que se aludiu convoca a problemática do chamado efeito horizontal dos direitos fundamentais. Na verdade, a partir do momento em que se sublinha a necessidade de os direitos fundamentais actuarem face a meios comunicativos que não exclusivamente o meio do *poder* (designadamente do Estado), então fica inaugurada a avenida para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os genericamente considerados *privados*¹⁸⁷. Porém, HENSEL e TEUBNER criticam qualquer metodologia que, com esse propósito, intente efectuar uma *transferência* (desde logo, directa) dos direitos

¹⁸³ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 204.

¹⁸⁴ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 147.

¹⁸⁵ Cfr. WIELSCH, “Grundrechte als Rechtsfertigungsgebote...”, p. 155, que enfatiza a relação entre o sentido normativo-jurídico do direito fundamental e a realidade social em que eles estão inseridos, sublinhando que é de recusar um “monopólio interpretativo estadual” em prol de uma teoria de significados jurídicos que acomode o facto de esse significado emergir e resultar de processos sociais complexos. Neste sentido, WIELSCH não hesita em defender como o próprio destinatário ou titular do direito fundamental (aqueles que se movem no seu âmbito de protecção) acabam por concorrer e contribuir para a formação da respectiva significância e para a delimitação ou definição concreta do âmbito de protecção do direito fundamental. Desse modo, constata-se que as práticas sociais têm influência relevante quanto aos significados extraídos dos enunciados normativos consagradores do direito fundamental, uma vez que quando uma dada prática social invoca a protecção de um direito fundamental obriga, conseqüentemente, o direito (ainda que por intermédio do aplicador) a justificar-se *considerando* tal prática, ora para manter inalterado o sentido actual (não reconhecendo a prática social em causa como justificadora de protecção), ora para modificar o sentido actual enriquecendo-o com a nova prática (reconhecendo-a como justificando protecção).

¹⁸⁶ Com bastante clareza, *vd.* HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 155: “[...] state-directed constitutional rights are to be modified not only according to the context of private law, but also according to the different contexts of society. They have to be newly calibrated in order to ensure the protection of the particular rationality and normativity of each different area of society in which constitutional rights are at risk”.

¹⁸⁷ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 142.

fundamentais constitucionais para as relações entre privados (mesmo quando se procura garantir que os princípios do direito privado não resultam essencialmente afectados)¹⁸⁸. E isso porque, argumentam, “o que é necessário é uma reconstrução separada dos direitos constitucionais que seja dependente do contexto do receptor”¹⁸⁹ (o que faz a ponte, precisamente, à *reespecificação*). Assim, propõem a reformulação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais de acordo com quatro aspectos centrais: (i) em oposição a uma perspectiva individualista, os direitos fundamentais devem ser vistos, inclusivamente no plano das relações jusprivatísticas, em função da sua dimensão colectivo-institucional, o que permitirá acomodar o conflito jusfundamental como um conflito entre racionalidades sistémicas distintas; (ii) o efeito horizontal ou perante terceiros dos direitos fundamentais deve valer perante todos os meios comunicativos com tendências expansivas; (iii) a necessidade de contextualização dos direitos fundamentais obriga a tomar em consideração não apenas as especificidades do direito privado, mas também a “natureza normativa particular das instituições sociais autónomas que estão em risco”; (iv) em vez da imposição de deveres de protecção somente ao Estado, o efeito horizontal dos direitos fundamentais tem de dirigir-se contra os actores privados e “activar” forças de sentido contrário (*counter-forces*) na sociedade¹⁹⁰.

Critica-se, portanto, qualquer ideia de simples transferência dos direitos constitucionais directamente para o âmbito jusprivatístico e, bem assim, critica-se igualmente uma concepção desse efeito horizontal que se reconduzisse à mera ponderação de posições subjectivas jusfundamentais individuais conflituantes¹⁹¹. A superação de tais perspectivas aumenta, precisamente, as possibilidades de considerar e analisar violações de direitos fundamentais de

¹⁸⁸ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 142.

¹⁸⁹ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 143, ao que acrescentam: “The challenge consists in releasing the third party effects in private law from their clandestine attachment to the state, and developing their standards from the outset on the basis of intra-societal conflicts.

¹⁹⁰ Seguimos de perto HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, pp. 143-144.

¹⁹¹ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 144.

difícil imputação, tais como as que decorrem dos já referidos processos comunicativos anónimos¹⁹².

De tal ponto de vista, mostra-se útil a proposta de compreensão dos direitos fundamentais como uma *regra de conflitos de leis*¹⁹³, embora, rigorosamente, se pretenda que eles sirvam como *regra de conflitos de racionalidades sistémicas diferenciadas* (entre lógicas e normatividades sistémicas distintas), intentando, por exemplo, “proteger a integridade da arte, da família e da religião em face de tendências totalizantes em funcionamento na sociedade, isto é, a tecnologia, os *media* e a indústria”¹⁹⁴.

¹⁹² Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 146.

¹⁹³ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 161. É patente a inspiração colhida no Direito Internacional Privado. Defendendo um “kollisionsrechtliches Denken” como novo paradigma de pensamento jurídico (“Paradigma der Form rechtlicher Vermittlungsprozesse”), leia-se JOERGES, Christian / RÖDL, Florian, “Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II – Die Kollisionsrechtliche Form einer Verfassung des post-nationalen Konstellation”, in Graf-Peter Calliess / Andreas Fischer-Lescano / Dan Wielsch / Peer Zumbansen (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin: de Gruyter, 2009, pp. 765-778. Em sentido convergente, igualmente em matéria jusfundamental, LADEUR, Karl-Heinz, “Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht – «Verfassungsprivatrecht» als Kollisionsrecht”, in Graf-Peter Calliess / Andreas Fischer-Lescano / Dan Wielsch / Peer Zumbansen (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin: de Gruyter, 2009, pp. 543-558 (552-554): “eine neues «Kollisionsrecht», das die Grundrechte als Garantie der Ausdifferenzierung gesellschaftlicher Teilsysteme und der wechselseitigen Durchlässigkeit der sich dabei herausbildenden Regimes füreinander betrachtet”.

¹⁹⁴ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 147. A este propósito, JOERGES / RÖDL, “Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II...”, p. 766, sublinham que, no plano do conflito de racionalidades sistémicas distintas, para a respectiva resolução deve evitar-se o estabelecimento de uma hierarquia (sugestão, de resto, comum em muita dogmática dos direitos fundamentais), de tal sorte que, em vez de postular o primado absoluto de uma racionalidade sobre outra, há que procurar a sua optimização. Os Autores, subsequentemente (pp. 768-771), exemplificam com o caso *Rüffert* do TJUE, entendendo JOERGES e RÖDL que, nesse aresto, havia um conflito entre a racionalidade económica ou de mercado do ordenamento jurídico europeu e a racionalidade mais social do ordenamento do Estado-Membro, tendo pura e simplesmente o TJUE sacrificado esta última em prol da primeira. Nesse movimento de proscrição das protecções sociais nacionais em favor (totalmente) da lógica de mercado europeu, coloca-se em causa não só tal solução como o facto de o TJUE não ter demonstrado suficiente “compreensão” (e, implica-se,

Ora, a protecção jusfundamental num plano horizontal há-de operar, sobretudo, por intermédio de regras de organização e procedimento¹⁹⁵, ao invés

deferência) “für die gesellschaftlichen Hintergründe des Zuschnitts der Kompetenzen der Union, denen zufolge die Artikulation sozialer Rechte sehr weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen bleiben muss”. Porém, quanto a esta argumentação de JOERGES e RÖDL, um observador mais crítico terá de questionar se não se está, até certo ponto, e de forma inconsistente com o objectivo da construção de um mercado comum, a procurar fazer prevalecer a lógica territorial-nacional (da segmentação interna do político) sobre a lógica regional ou supra-nacional em que opera a União Europeia (que assenta, precisamente, num critério de diferenciação interna do sistema político não coincidente com o do Estado territorial nacional). É que, se é de conflito de racionalidades sistémicas que estamos a falar, então talvez tenhamos de colocar em perspectiva – o que complexifica naturalmente o problema – que, para além da oposição entre mercado e segurança social, soma-se um outro conflito (intra-político) que decorre da existência, no sistema político contemporâneo, de distintas mas simultâneas formas de diferenciação interna (aqui, nacional-territorial e supranacional-regional). Ora, nesse sentido, a decisão do TJUE, ao privilegiar a racionalidade económica de mercado acabou por, ademais, privilegiar a auto-descrição supranacional-regional do político (em detrimento da nacional-territorial). É isso que resulta, exactamente, de um pensamento jurisprudencial que exclui ou proíbe a existência de mecanismos internos (nacionais) destinados a limitar ou restringir a concorrência salarial no quadro de um mercado comum (não ignorando que este último tem sido até hoje um elemento definidor da racionalidade específica da própria UE). Por isso, o sacrifício da (maior) protecção social (nacional e para trabalhadores nacionais) não foi apenas em favor do sistema económico (genericamente considerado): na verdade, pode bem defender-se que foi (sobretudo?) em favor da coerência e integridade da lógica sistémico-político de subdiferenciação supranacional-regional, aqui mais patentemente na sua vertente de integração económica. E, aceitando-se essa nossa leitura, então talvez se ande próximo de um problema *transconstitucional*, pelo que seria bem útil considerar as reflexões conceptuais e metodológicas de NEVES, Marcelo, *Transconstitutionalism*, Oxford: Hart, 2013, pp. 96-105 (sobre o transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito estadual) e 169-173 (metodologia do transconstitucionalismo).

¹⁹⁵ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 147. Convergentemente, WIELSCH, “Grundrechte als Rechtsfertigungsgebote...”, p. 152, em especial quando escreve: “In ihrer Rolle als Rechtfertigungsgebote operationalisieren sie das (hier als Modus zur multilateralen Rechtfertigung re-interpretierte) Unparteilichkeitsprinzip als Verfahrensaufgabe für den jeweiligen Rechtserzeugungsprozess”. *Vd.*, ainda, LADEUR, “Die Drittwirkung der Grundrechte...”, p. 552, que pretende que seja sobretudo o direito civil a arranjar(-se) uma “prozedurale Infrastruktur” para processar os direitos em colisão. Veja-se, a título de exemplo, o instrumento dos “relatórios não-financeiros das empresas”, tematizado por EICKENJÄGER, Sebastian, “Non-financial Reporting for business enterprises”, in Andreas Fischer-Lescano / Hannah Franzki /

de soluções substantivas finais pré-fixadas e standardizadas¹⁹⁶ (o que se percebe especialmente pela lente teórico-sistémica, pois que importará evitar que o jurídico, ou o político por via do jurídico, ascendam a perspectiva pansistémica, desconsiderante das demais autonomias societárias¹⁹⁷). É isso, de resto, que decorre da defesa de uma eficácia horizontal *indirecta* dos direitos fundamentais e é isso que decorre da necessidade de assegurar uma “adequação contextual” da protecção providenciada¹⁹⁸. Não se trata de considerar apenas o Direito Privado, mas sim de considerar ambos os pólos da relação jusfundamental (donde

Nora Markard / Stefan Oeter (Ed.), *Contested Regime Collisions. Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 226-251, que neles sublinha o objectivo de “establish human rights protection as a core business concern”, de maneira a “strengthening human rights through a process of internal self-reflexion” (p. 232).

¹⁹⁶ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, pp. 155-156, quando criticam quer a via da incorporação dos direitos fundamentais no direito privado por intermédio de cláusulas gerais, quer a via dos deveres de protecção do Estado que postulam a emanação de legislação que formule padrões ou parâmetros de protecção jusfundamental adequados (apenas) ao campo do direito privado. Na p. 162, os autores explicitam a sua mundividência: “Instead of defining common constitutional rights standards that apply to both state and society, the law must constantly react to «social normativity consolidation» in a context-sensitive manner. The law can act as an anchor for the creative development of the dynamics of social areas, but must not prescribe their content”. Novamente, convergentemente, WIELSCH, “Grundrechte als Rechtsfertigungsgebote...”, p. 152: “Über die Geltung des Rechts entscheidet nicht ein an irgendwelchen Werten orientierter Inhalt der Norm, sondern der Modus seiner Erzeugung, die Berücksichtigung bestimmter normativer Perspektiven”. Mais simpático para com o efeito horizontal dos direitos fundamentais por via das cláusulas gerais do direito privado, *vd.* LADEUR, “Die Drittwirkung der Grundrechte...”, p. 558, que, ao perspectivá-las essencialmente como “conceitos de fronteira” que possibilitam raciocínios intersistémicos, entende que elas serão o canal adequado para facilitar a sensibilidade e porosidade entre si dos interesses em conflito, assim logrando a concordância e harmonização das diferentes racionalidades em presença.

¹⁹⁷ Daí a importância, inclusivamente preventiva, da asserção de WIELSCH, “Grundrechte als Rechtsfertigungsgebote...”, p. 150: “Das Recht gewinnt eigene Rationalität nur dann, wenn es andere Rationalitäten intern rekonstruiert, und zwar unter Einbeziehung sämtlicher Handlungsrationaltäten, die im Rahmen des sozialen Konflikts aufeinandertreffen”. Também LADEUR, “Die Drittwirkung der Grundrechte...”, p. 554, alerta que não se pretende qualquer “Verstaatlichung” dos direitos fundamentais no plano horizontal das relações entre privados.

¹⁹⁸ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 147.

procede a violação e quem a sofre) e, bem assim, as respectivas racionalidades próprias¹⁹⁹.

Tal perspectiva é inclusivamente reforçada quando, como sustenta WIELSCH, se entende os direitos fundamentais enquanto “comandos qualificados de justificação para cada forma de processos de produção jurídica” (*qualifizierte Rechtfertigungsgebote für jede Form von Rechtserzeugungsprozessen*)²⁰⁰, pois o que isso (juridicamente) impõe é que, em qualquer processo de produção jurídica (razão pela qual, na respectiva concepção, os destinatários dos direitos fundamentais são todo e qualquer actor a quem se impute geração de direito, pelo que abrange tanto o Estado como os privados²⁰¹), sejam devidamente consideradas as “autonomias pessoais e sociais” por ele afectadas e, bem assim, as pretensões e perspectivas normativas destas²⁰². A já referida *alteridade* do Direito induzida pelos direitos fundamentais não podia ser mais clara²⁰³ (o que,

¹⁹⁹ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 156.

²⁰⁰ Cfr. WIELSCH, “Grundrechte als Rechtfertigungsgebote...”, p. 152.

²⁰¹ Cfr. WIELSCH, “Grundrechte als Rechtfertigungsgebote...”, pp. 152-153. O Autor estabelece, porém, algumas distinções consoante o concreto modo de produção jurídica que esteja em causa. Com efeito, no caso de actos estaduais, o comando de justificação expressa-se nas proibições de restrição de direitos fundamentais e nos deveres de protecção. No caso de actos de privados, defende WIELSCH que a satisfação do comando de justificação se bastará (objectivamente) com a conformidade do acto jurídico “mit den Funktionsbedingungen (aller) beteiligten sozialen Institutionen” (o Autor dá o exemplo das relações contratuais e refere a eventual disparidade de poder contratual das partes como uma situação atentatória da “integridade processual do contrato como instituição”, pois que a disparidade de capacidades efectivas de conformação contratual afasta a “racionalidade processual do contrato” e correlacionada justiça relacional por ele possibilitada).

²⁰² Cfr. WIELSCH, “Grundrechte als Rechtfertigungsgebote...”, p. 152 (“Sie verlangen, dass sich die gesatzte Norm oder die vereinbarten Rechte und Pflichten unter zwingender Einbeziehung derjenigen personalen und sozialen Autonomien rechtfertigen lassen müssen, die in den grundrechtlichen Schutzbereichen gewährleistet werden”), o que, por sua vez, obriga o aplicador à “reconstrução multilateral do direito ordinário”, precisamente aquela multilateralidade de que, na opinião do Autor, o Direito carece para se legitimar e justificar societalmente.

²⁰³ O que, de resto, explica a razão de WIELSCH, “Grundrechte als Rechtfertigungsgebote...”, p. 152, defender inclusivamente que, de acordo com a concepção que propõe, os direitos fundamentais poderão surgir como equivalente funcional (e substitutivo) das usuais fórmulas de justiça no Direito, precisamente porque – e essa argumentação interessa-nos sobremaneira –, à

seguindo a argumentação de WIELSCH, vale especialmente para o direito privado, que, por força do imperativo de se *justificar* perante os direitos fundamentais, vê incrementada a sua sensibilidade aos demais sistemas sociais²⁰⁴).

Concretizando, pode retomar-se o exemplo anteriormente já referido da manipulação de estudos científicos por grupos farmacêuticos (em que o *económico* surgia a afectar disruptivamente a *verdade* científica e a *efectividade* do sistema de saúde em termos do tratamento médico de pacientes). A esse respeito, sublinham HENSEL e TEUBNER a protecção de direitos fundamentais por via do mecanismo de “trial registration”, ou registo de ensaios clínicos, que, sendo de acesso público, detalha todos os aspectos dos estudos e testes levados a cabo desde o momento inicial até à sua conclusão, garantindo a transparência e até falsificabilidade dos mesmos²⁰⁵. A partir do momento em que os jornais

semelhança das fórmulas de justiça, os direitos fundamentais – por conduzirem, em termos de exigência de justificação de produção normativo-jurídico, à consideração das diferentes autonomias envolvidas e/ou afectadas – possibilitam igualmente “ein Immanentwerden der das positive Recht überschreitenden Anforderungen an das Recht, eine Transzendenz von Innen”. Eis, pois, os direitos fundamentais como veículo de *justiça jurídica*. A propósito, e para apreender o completo sentido das asserções do Autor, convirá ler TEUBNER, “Selbstsubversive Gerechtigkeit...”, pp. 99 e ss. Depois, na p. 157, WIELSCH sintetiza com duas afirmações lapidares: a primeira, “Grundrechte zwingen das Recht zu sozialer Responsivität, machen es empfindlich für die Eigennormativität sozialer Rationalitäten. Sie schaffen eine Stelle der Selbstkritik im Recht”; a segunda, “Grundrechte fungieren unter Bedingungen der Autonomie des Rechts als Sensoren für Autonomien in der Umwelt des Rechts”. Acrescente-se, de resto, que nada disto se pode afigurar estranho quando se conhece a análise teórico-sistémica do *direito subjectivo*, imediatamente relevante para este âmbito atento o facto de os direitos fundamentais serem precisamente direitos subjectivos. Sobre este último assunto, leia-se MENKE, “Subjektive Rechte...”, pp. 81 e ss. e, em português, a nossa análise em TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 944 e ss.

²⁰⁴ Cfr. WIELSCH, “Grundrechte als Rechtsfertigungsgebote...”, p. 144 (“Unter einer Erstreckung der Wirkung von Grundrechten auf privatrechtliche Beziehungen muss die Geltung von in eben diesen Beziehungen erzeugter Normativität mit Rücksicht auf *alle* von der Rechtsausübung betroffenen Autonomien begründet werden”, pelo que “Das Privatrecht wird kontrolliert in seiner sozialen Responsivität und es werden ihm zusätzliche Begründungsanforderungen auferlegt”. Em última instância, afirma, “Privatautonomie ist nicht frei in der Definition ihrer sozialen Effekte”).

²⁰⁵ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, pp. 155-158 (na p. 157, os autores explicam: “Trial registration is particularly appropriate for dealing with the conflict between

científicos da especialidade fazem depender a publicação de estudos sobre o resultado de fármacos do prévio registo dos mesmos, está pois encontrada uma maneira de proteger o sistema científico (e, em última análise, o paciente) da influência (economicamente motivada) mais ou menos sub-reptícia exercida pelos grupos farmacêuticos²⁰⁶ – uma maneira que opera e emerge do âmago do sistema científico ele mesmo, um “sistema imunitário” que o sistema científico cria e fomenta para garantir a integridade da sua lógica específica ante potenciais corrupções por códigos e lógicas alheias²⁰⁷. Eis, para todos os efeitos, a auto-regulação ao serviço da protecção de direitos fundamentais – uma auto-regulação, sublinhe-se, que é interessada, pois visa manter e preservar a autonomia sistémica e diferenciada de uma dada esfera ante as tendências expansivas de outra²⁰⁸.

economic rational action and the rationality of scientific research. For in the processes and organisation of the protection of constitutional rights, the duty of registration applies precisely from the point at which [...] manipulation falsifies the process of the evolution of scientific knowledge. [...] the duty of registration is aimed precisely at the critical selection mechanism upon which the interests of industry, science and healthcare come into conflict. Trail registration does not counteract repressive or prohibitive power techniques applied by the big pharmaceutical companies, operating instead as a corrective against their «seductive» manipulation techniques. It ensures transparency, but [...] it stabilises and protects the very act of publication, in that publication is no longer restricted to results, but is expanded to include the entire research project.”).

²⁰⁶ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 157.

²⁰⁷ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 158.

²⁰⁸ Cfr. HENSEL / TEUBNER, “Horizontal Fundamental Rights...”, p. 159: “As an alternative to comprehensive organisational responsibility of the state, therefore, a procedurally based reconnection of constitutional rights to society is proposed. The setting of standards relating to constitutional rights is not an exclusive task of state policy, but primarily a function of societal self-organisation”. Já WILLKE, *Stand und Kritik*, p. 210, sublinhava que “muß die primäre Kontrolle in das Innere der Subsysteme verlagert werden”, o que explica a sua alusão a um “controlo descentralizado” do respeito pelos direitos fundamentais. Condição essencial para isso seria, na sua opinião, que cada subsistema se democratizasse (possibilitando, em especial, a formação de uma *oposição* a certas decisões ou operações). Também LADEUR, “Die Drittwirkung der Grundrechte...”, p. 553, acentua a importância e primazia a ser dada à “racionalidade dos processos auto-organizacionais privados”, escrevendo, na p. 557, o seguinte: “Die Abstimmung privater und öffentlicher Interessen soll nicht mehr primär durch den Staat erfolgen sondern

2.2.5. Os direitos fundamentais no âmbito transnacional (I)

A teoria dos direitos fundamentais teubneriana presta-se, ademais, a uma fácil ponte com a emergência de direitos fundamentais no espaço transnacional. Com efeito, a operação de *generalização* dos direitos fundamentais associada ao constitucionalismo societal e ao pluralismo jurídico de TEUBNER (em síntese, a defesa que faz de uma actual situação de *policontextualidade constitucional*)²⁰⁹, ao mesmo tempo que permite a identificação e reconhecimento de espaços jurídicos para lá do Estado²¹⁰ (entidades ou regimes²¹¹), admite igualmente a emergência de camadas de jusfundamentalidade nesses campos jurídicos próprios não-estaduais. Seja ao nível das *constituições* de organizações públicas

durch Institutionen, die im Zweifel der Selbstorganisation der Privaten Raum geben und nur dann Interventionen zulassen, wenn die «Schadensgrenze» durch das Handeln Privater überschritten wird”.

²⁰⁹ Cfr. TERRINHA, “Da Sociedade da Constituição...”, pp. 329 e ss.

²¹⁰ Cfr. TEUBNER, Gunther, “Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt etatistischer Rechtseinheit”, in Mathias Albert / Rudolf Stichweh (Org.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaft, 2007, pp. 37-61.

²¹¹ Para uma análise sistemista dos *regimes jurídicos*, leia-se com interesse MÖLLER, “A critical theory of transnational regimes...”, pp. 261-264. O Autor define o conceito de regimes por referência a três aspectos: 1) os regimes não são apenas “unidades jurídicas ou políticas”, antes devendo ser vistos como “regimes sociais” (*social regimes*) que concernem à totalidade de uma determinada área social, actuando como *locus* de “coagulações institucionais” ou “racionalidades compreensivas” nos quais, através de acoplamentos estruturais, se reúnem as comunicações de diferentes sistemas funcionais; 2) os regimes têm uma dimensão jurídica, de uma banda, assumindo proeminência a sua natureza não-estatal no plano transnacional, de outra banda, dotando-se eles de mecanismos decisórios, de produção jurídica e de resolução de conflitos próprios (*self-contained*); 3) os regimes têm, ademais, uma dimensão política (numa concepção generalizada, e não estadual-institucional, da mesma), na medida em que “estabelecem relações de poder”, em que uns se acham detentores de poder e outros a ele subordinados. Por isso, conclui-se, “regimes do not only have a social, political and legal dimension; rather all three dimensions are structurally coupled and thus establish a regime-specific reflexivity, which in turn is stabilized in the medium of higher-ranking law”.

internacionais, seja no plano das *constituições civis*²¹² dos regimes jurídicos privados transnacionais, é evidente que também aí se revelarão (sistemicamente) úteis os direitos fundamentais como mecanismos de regulação de processos includentes e excludentes²¹³, e, bem assim, como mecanismos de reforço da sensibilidade externa e intersistémica do sistema em causa²¹⁴.

A propósito, importará começar por ressaltar que TEUBNER é da opinião que essa valência e vigência não pode simplesmente operar nem por transposição imediata de direitos fundamentais de um determinado contexto (nacional) para outro (transnacional)²¹⁵, nem por extensão do âmbito de aplicação (para-nacional ou extra-nacional) dos direitos fundamentais nacionais²¹⁶.

Nesse sentido, cabe a cada um dos regimes jurídicos autónomos estabelecer, pelos seus meios, direitos fundamentais e respectivos mecanismos de tutela, ou seja, cabe a cada um desses regimes gerar e estabelecer, através da sua dinâmica operativa, “standards jusfundamentais específicos do regime”²¹⁷.

²¹² Cfr. TEUBNER, Gunther, “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63 (2003), pp. 1-28.

²¹³ Razão pela qual, de resto, como sublinha VIELLECHNER, “Die transnationale Dimension der Grundrechte...”, pp. 302-304, os direitos fundamentais na esfera transnacional concorrem para promover processos de criação ou produção normativa transnacionais.

²¹⁴ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, pp. 207-219, em especial. *Vd.*, ainda, KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm*, p. 145, e VIELLECHNER, “Die transnationale Dimension der Grundrechte...”, pp. 304-305 (“[...] die transnationalen Regelungsarrangements rechtlich auf «Responsivität» gegenüber ihrer Umwelt zu verpflichten”).

²¹⁵ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 206.

²¹⁶ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 191. Convergentemente, VIELLECHNER, “Die transnationale Dimension der Grundrechte...”, p. 314.

²¹⁷ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 195. *Vd.*, também, VERSCHRAEGEN, “Differentiation and Inclusion...”, p. 77. Evidenciando cepticismo quanto a uma eventual garantia espontânea dos direitos fundamentais pelas racionalidades sistémicas *para lá* do Estado, sublinhando, inversamente, a importância deste último na defesa das pretensões dos cidadãos, *vd.* HERBERG, Martin, “Wo bleiben die Bürger und ihre Rechte? Globale Rechtswelten und der demokratische Staat”, in Graf-Peter Calliess / Andreas Fischer-Lescano / Dan Wielsch / Peer Zumbansen (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin: de Gruyter, 2009, pp. 753-763.

Por isso, o que está em causa é a *auto-constitucionalização* desses regimes jurídicos transnacionais²¹⁸, para o que a existência de mecanismos de resolução vinculativa de conflitos internos ao próprio sistema será de extrema importância²¹⁹. Com efeito, serão esses mecanismos (por exemplo, tribunais arbitrais²²⁰) a providenciar pela “positivação societal” dos direitos fundamentais nas esferas sistémico-sociais em causa (em alternativa, pois, a uma (hetero-)positivação externa e imposta por um qualquer Estado²²¹), uma vez que deles dependerá a geração, definição e aplicação impositiva de uma dada protecção jusfundamental para um determinado campo ou domínio²²². E isso sem prejuízo,

²¹⁸ Cfr. VIELLECHNER, “Die transnationale Dimension der Grundrechte...”, pp. 307-310.

²¹⁹ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 196. Note-se, em todo o caso, que não deixa de ser bastante pertinente a perspectiva apresentada por DUNOFF, Jeffrey L., “How to avoid regime collisions”, in Andreas Fischer-Lescano / Hannah Franzki / Nora Markard / Stefan Oeter (Ed.), *Contested Regime Collisions. Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 49-87, focando a “interacção relacional” dos diferentes regimes jurídicos autónomos num estádio anterior ao da geração do conflito. Com efeito, e como bem sublinha o Autor, residirá aí a maior promessa de *evitar* ou *impedir* o conflito, ao mesmo tempo que não deixa de ser esse o momento ideal de promoção recíproca e interactiva de abertura e responsividade intersistémicas (ou entre regimes diferenciados). Isto conduz DUNOFF a defender, designadamente, que a análise não pode estar apenas centrada nos *conflitos* normativos num quadro de pluralismo jurídico, antes deverá procurar também tematizar as relações que as diferentes normatividades estabelecem entre si. Contribuindo para a análise dessa interacção sinérgica (pré-conflitual) entre regimes, leia-se OBERTHÜR, Sebastian, “Regime-interplay management”, in Andreas Fischer-Lescano / Hannah Franzki / Nora Markard / Stefan Oeter (Ed.), *Contested Regime Collisions. Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 88-108.

²²⁰ Cfr. DOLZER, Rudolf / SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2.^a edição, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 300 e ss.

²²¹ Ainda assim, sobre formas de hetero-constitucionalização do domínio transnacional, *vd.* VIELLECHNER, “Die transnationale Dimension der Grundrechte...”, pp. 310-315, aludindo a uma prestação complementar providenciada pelos ordenamentos jurídicos estatais, seja através da construção de uma “dimensão transnacional” dos direitos fundamentais estatais (assente, designadamente, na componente objectiva dos direitos fundamentais), seja através do próprio direito privado.

²²² Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 197. Para além do que se dirá de seguida, no corpo do texto, a propósito dos tribunais dos Estados, convirá ainda não esquecer, quanto à geração de normatividade jusfundamental no âmbito de regimes jurídicos transnacionais, o contributo

evidentemente, de aos tribunais nacionais caber o reconhecimento e a execução dessas decisões dos tribunais arbitrais²²³ – o que, sustenta TEUBNER, coloca os tribunais nacionais numa posição de *dupla pertença*: tanto são um elemento dos ordenamentos jurídicos estatais-territoriais (produzindo decisões internas de acordo com o direito interno), como são um elemento igualmente relevante e pertinente no que concerne à reprodução operativa do sistema social ao qual, por via do tribunal arbitral, se imputa a decisão com carácter transnacional (atendendo a que os tribunais nacionais, através do reconhecimento e execução de tais decisões, acabam, com tanto, por também participar da rede operativa do regime transnacional)²²⁴. Esta última faceta dá aos tribunais nacionais a

irritativo (por via da técnica da “escandalização”) que igualmente prestam os movimentos de protesto contra determinadas opções ou operações do sistema social em causa, as organizações não governamentais e os próprios meios de comunicação social. O que, de resto, converge com uma ideia já anteriormente exposta da sociologia dos direitos fundamentais: de que, nesta matéria, há uma intervenção produtiva de vários e diferentes sujeitos. A propósito, MADSEN, “Beyond Prescription...”, pp. 93 e ss., VERSCHRAEGEN, “Differentiation and Inclusion...”, p. 77, e HODSON, Loveday, “Activating the Law: Exploring the Legal Responses of NGOs to Gross Rights Violations”, in Mikael Rask Madsen / Gert Verschraegen (Ed.), *Making Human Rights Intelligible. Towards a Sociology of Human Rights*, Oxford: Hart, 2013, pp. 267-282.

²²³ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 197. Sobre os termos, diferenciados, desse reconhecimento e execução, bem como o maior ou menor papel que pode caber aos tribunais nacionais, leia-se DOLZER / SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, pp. 300 e ss.

²²⁴ Precisamente assim, leia-se TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, pp. 197-198. Num sentido muito semelhante, também VIELLECHNER, “Die transnationale Dimension der Grundrechte...”, pp. 315-316, sustenta que aos tribunais estaduais está cometida uma “dupla função”, uma vez que actuam ora como órgãos estaduais ora como “«cosmopolitan transnational actors»”, e isso sem esquecer que, como começa a ser comum indicar, num mundo jurídico transnacional(izado), parecem os tribunais assumir um papel proeminente, não apenas como protectores de direitos fundamentais mas inclusivamente como últimos redutos de democracia: “[...] kann die Gegenseitige Anerkennung und Anfechtung der verschiedenen Rechtsordnungen im Dialog der Gerichte und Schiedsinstitutionen einen Ersatz für die fehlenden parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren im transnationalen Zusammenhang bieten. Die staatlichen Gerichte sorgen dabei für die Beachtung der grundrechtlich geschützten Belange ausländischer Betroffener, die anders möglicherweise kein Gehör fänden. Ihre Intervention ermöglicht insofern eine neue Form von Demokratie”. Ainda assim, e parece-nos que afastando-se algo dessa leitura, VERSCHRAEGEN, “Differentiation and Inclusion...”, p. 124, considera que o mais importante paradoxo dos direitos fundamentais na sociedade mundial contemporânea corresponde ao facto de a protecção

possibilidade de, ao apreciarem o reconhecimento e execução da decisão transnacional, a avaliarem de acordo com parâmetros jusfundamentais, recusando-as com fundamento em violação da ordem pública quando elas agridem intoleravelmente direitos fundamentais²²⁵.

2.2.6. Os direitos fundamentais no âmbito transnacional (II): exemplos

Um dos exemplos dessa auto-constitucionalização na esfera transnacional, ainda que muito insegura e relativamente controvertida, é o da protecção do *direito à liberdade de expressão* pela *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), que, sendo muito embora uma entidade de direito privado e não contendo nos seus estatutos qualquer reconhecimento expresso de “free speech”, tem vindo em várias decisões arbitrais a proteger tal direito e, inclusivamente, a considerá-lo uma das “fundações do Direito da Internet”²²⁶.

Outro exemplo que ilustra bem o conflito de racionalidades sistémicas na sociedade mundial é dado a propósito do patenteamento de medicamentos, designadamente o caso que opôs o Brasil aos Estados Unidos da América aquando da produção pelo primeiro de medicamentos genéricos contra o vírus HIV/SIDA em detrimento das patentes de determinadas empresas farmacêuticas. Uma primeira abordagem ao problema, de uma perspectiva subjectivista, passaria por analisar a acção do Estado brasileiro à luz dos limites da protecção de propriedade intelectual que decorrem do sistema da *Organização Mundial de Comércio* (OMC) e, sob sua égide, do acordo sobre *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), ou seja, saber se o Estado brasileiro teria violado direitos subjectivos das empresas farmacêuticas²²⁷. Em alternativa, mais acertado seria ver naquele problema a colisão de “princípios fundamentais de

internacional dos direitos fundamentais estar dependente da actuação dos Estados no plano territorial-nacional.

²²⁵ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, p. 197.

²²⁶ Leia-se a exposição muito desenvolvida de VIELLECHNER, “Die transnationale Dimension der Grundrechte...”, pp. 307-310.

²²⁷ Cfr. FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, pp. 75-78, com as críticas a tal via.

dois campos de acção societais-mundiais”, designadamente *economia e saúde*²²⁸. Logo, a instância decisória (OMC) teria de procurar processar esse conflito intersistémico de racionalidades e tentar a respectiva compatibilização ou harmonização²²⁹. Sem prejuízo de um conjunto de actuações jusinternacionais importantes nesse sentido²³⁰, de um ponto de vista teórico-sistémico nunca a solução poderia passar por outra via que não a do reforço da sensibilidade e “responsividade” do sistema económico às necessidades de tratamento de saúde de milhares de pessoas afectadas pelo vírus. O que, por sua vez, significa que, desse modo, o que se consegue é uma auto-limitação do sistema económico, uma vez que este passa a incluir na sua operatividade auto-reprodutiva a *consideração* de uma lógica e de um interesse distintos daqueles que são os puramente económicos: precisamente a lógica e os interesses do sistema de saúde²³¹. Esta é, por isso, uma compatibilização de racionalidades sistémicas perfeitamente conforme aos postulados autopoiéticos: há uma reconstrução interna das necessidades e pretensões do exterior do sistema, isto é, um dado sistema força-se a reorientar a sua racionalidade operativa tendo em vista o funcionamento, integridade e preservação de uma autopoiese alheia²³². Falam a este propósito FISCHER-LESCANO e TEUBNER de uma “re-entrada” (*Re-entry*) num dado direito de um direito conflituante de outro regime²³³, o que, *in casu*, significa uma “reconstrução de não-direito-da-OMC no direito-da-OMC” (*Rekonstruktion von Nicht-WTO-Recht im WTO-Recht*), algo que, está bom de ver, é sempre e ainda assim uma *prestação* do próprio regime jurídico da OMC²³⁴. Tal processo ocorre em vários passos: principia com a “identificação das racionalidades societais conflituantes”, seguindo-se a “re-entrada do regime

²²⁸ Cfr. FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, p. 80.

²²⁹ Cfr. FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, p. 81.

²³⁰ Veja-se a exposição de FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, pp. 81-86.

²³¹ Cfr. FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, p. 86.

²³² Cfr. FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, p. 87.

²³³ Cfr. FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, p. 87: “Para o Direito da OMC isto significa que é obrigatória uma adequada re-entrada de racionalidades do ambiente nos processos auto-organizacionais deste regime, e isso para além da letra estrita dos artigos 7, 11 e 3.2 do DSU [Dispute Settlement Understanding]”.

²³⁴ Cfr. FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, p. 87.

sectorial estranho num regime jurídico”, o que, por sua vez, permitirá a “reformulação do conflito numa *quaestio iuris*” e a “compatibilização interna ao regime das juridicamente reformuladas racionalidades sistémicas”²³⁵. Objectivo último seria, neste caso, adequar intersistemicamente a racionalidade económica e a juridicidade que aqui lhe dá base (protecção jurídica da propriedade intelectual) às expectativas e à racionalidade do sistema de saúde e, correlacionadamente, às expectativas cristalizadas em direitos fundamentais²³⁶.

Repara-se, portanto, que, para o explicar com STEFAN OETER, a colisão de regimes pode associar-se, não raramente, a um fenómeno de *contestação pública*, que, sujeitando determinadas soluções internas a crítica, força a que elas tenham de vir a ser defendidas e sustentadas por referência a parâmetros tidos por fundamentais, que encontrem uma ressonância societal ampla²³⁷. Isso mesmo, de resto, está em linha com aquela outra diferenciação, sugerida por TEUBNER, entre um âmbito organizatório-profissional e um âmbito espontâneo do sistema, devendo a dialéctica entre ambos contribuir para a auto-reflexão em termos da respectiva adequação sistémica ao ambiente²³⁸. Ora, as instâncias decisórias de um dado sistema são assim conduzidas a abrir-se para considerar as pretensões alheias (num movimento de *alteridade* que já antes havíamos referido), de modo,

²³⁵ Cfr. FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, pp. 87-88.

²³⁶ Cfr. FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, p. 89.

²³⁷ Cfr. OETER, Stefan, “Regime collisions from a perspective of global constitutionalism”, in Andreas Fischer-Lescano / Hannah Franzki / Nora Markard / Stefan Oeter (Ed.), *Contested Regime Collisions. Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 21-48 (36): “«Contested collisions» thus force the actors concerned to refer to fundamental values and basic principles if they want to make an impact on public discourse”. A propósito, recupere-se também o que escrevemos sobre a função do *espaço público* em TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 1174 e ss.

²³⁸ Cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, pp. 139 e ss. Por exemplo, no campo económico das empresas, a relativamente à elaboração e publicação de “relatórios não-financeiros”, EICKENJÄGER, “Non-financial Reporting...”, pp. 240-242, propugna a “inclusão da sociedade civil em mecanismos de monitorização e aplicação impositiva” daqueles mesmos relatórios, assim aumentando a “pressão externa” para deles se tirarem ilações efectivas na prática e conduta empresariais. E, por sua vez, DUNOFF, “How to avoid regime collisions...”, pp. 57, foca um conjunto de *interacções relacionais* entre regimes jurídicos em diferentes fóruns e com participação dos mais diversos actores, abrindo-os para uma maior consideração recíproca.

aliás, a assegurar o seu próprio sucesso operativo no horizonte social compartilhado²³⁹. Eis, aliás, porque defende KOLJA MÖLLER a “constitucionalização de *poder(es) destituíntes* no terreno transnacional”²⁴⁰ (itálico nosso) – associada a um “constitucionalismo plebeu”²⁴¹ – para precisamente, de forma “contra-hegemónica”, contrariar os efeitos mais nocivos da visão ciclópica dos sistemas²⁴².

²³⁹ Cfr. OETER, “Regime collisions...”, p. 37: “The logic of public contestation thus delivers an answer to the challenging question why judicial dispute settlement bodies in instances of asymmetric «judicialization» tend to take on board competing concerns (beyond the systemic rationality of their regime) at all. The pressure towards including such competing regime rationalities and [...] even compromising with them does not derive from the inner logic of the regimes, but is an outflow of the intrinsic dynamics of processes of public contestation”.

²⁴⁰ Cfr. MÖLLER, “A critical theory of transnational regimes...”, p. 256. Esse poder destituínte “neither aims at managerialist meta-order nor remains in a mere «construction of respect», but displaces hegemonic projects of their higher-ranking status, opens them up for revision or withdraws them completely” (p. 273). De notar, ademais, como o Autor faz uma ponte produtiva entre o conceito de *poder constituinte* e de *poder destituínte*: “With the figure of *pouvoir constituant*, the constitution contains a sort of tribunal that installs a constant pressure on those who rule. This is the decisive turn: Constituent power always entails a destituent scenario, which subjects all legal and political forms to the permanent threat of revocation” (p. 274). Do seu ponto de vista, é esse complemento destituínte que vai faltando no plano dos regimes transnacionais, perguntando: “Can transnational social movements, counter-hegemonic regimes (such as in the field of social human rights), or political organizations exert such a destituent power?” (p. 275).

²⁴¹ Cfr. MÖLLER, “A critical theory of transnational regimes...”, pp. 275-276. Do que se entende, esse constitucionalismo plebeu corresponderá à existência de poderes destituíntes juridificados ou constitucionalizados.

²⁴² O Autor refere-se, por exemplo, às “relações de dominação ecológica” que os regimes transnacionais desenvolvem relativamente ao seu ambiente. Cfr. MÖLLER, “A critical theory of transnational regimes...”, p. 269.

2.3. Direitos fundamentais e poder (THORNHILL)

2.3.1. Estado e poder político

CHRIS THORNHILL é autor de uma das mais interessantes e recentes teorizações acerca do constitucionalismo e do poder político. Com efeito, propugnando uma abordagem histórico-sociológica a essa matéria, na qual se permite fazer também uma determinada *reconstrução*²⁴³, THORNHILL desenvolve uma teoria da constituição e dos direitos fundamentais que os conecta à formação da estadualidade e, com tanto, a processos mais amplos de diferenciação social (em particular, diferenciação do sistema e poder políticos). Em vez, portanto, de procurar postular ambos como resultados ou produtos de “actividade racional ou deliberativa”, THORNHILL prefere acentuar a respectiva funcionalidade e instrumentalidade relativamente à emergência da sociedade moderna²⁴⁴. Em suma, perceber os direitos fundamentais na sociedade e o seu contributo ou prestação para a ordem colectiva (diferenciada) pressupõe, evidentemente, compreender o papel útil e produtivo que eles desempenham na construção do moderno sistema político e, com isso, na manutenção e preservação da sociedade funcionalmente diferenciada²⁴⁵.

De acordo com THORNHILL, a formação da estadualidade moderna correlaciona-se com processos de diferenciação, generalização e abstracção do poder político na sociedade²⁴⁶.

²⁴³ Cfr. THORNHILL, Chris, *A Sociology of Constitutions. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 12 e ss.

²⁴⁴ Assim, THORNHILL, Chris, “State Building, Constitutional Rights and the Social Construction of Norms: Outline for a Sociology of Constitutions”, in Mikael Rask Madsen / Gert Verschraegen (Ed.), *Making Human Rights Intelligible. Towards a Sociology of Human Rights*, Oxford: Hart, 2013, pp. 25-60 (25).

²⁴⁵ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, pp. 27-28 (designadamente quando sublinha a importância de uma “sociology of rights and constitutions which is able to understand legal norms and rights as linked to the patterns of social causality that give rise to states, and which therefore observes legal norms as internal elements of modern political formation”).

²⁴⁶ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 158.

Com efeito, em contraste com as sociedades pré-modernas cunhadas por formas políticas baseadas no regime feudal (em que o poder se encontra multiplicado, disperso e fragmentado por diferentes entidades em razão de variados critérios), o poder político no sentido moderno do termo surge como um “recurso relativamente indiferente a pessoas singulares” e dotado de uma “estrutura interna positiva que lhe permite ser aplicado inclusivamente e reproduzido através de variações estruturais, regionais e temporais significativas em sociedades particulares”²⁴⁷. Abstraindo-se de determinadas convenções, costumes e pessoas naturais, o poder político acaba por se condensar em torno de instituições, com tanto generalizando a sua aplicação na sociedade independentemente de divisões locais ou patrimoniais²⁴⁸.

Ora, os Estados são precisamente instituições depositárias daquele poder abstraído e generalizado tipicamente moderno, reforçando um tal processo de base²⁴⁹. E isso porque: i) os Estados “evoluíram como mecanismos institucionais para integrar poderosos grupos privados no seu aparelho administrativo”; ii) os Estados “desenvolveram gradualmente fronteiras cada vez mais regulares, ou padrões de articulação, na sua relação com outras esferas sociais”, de tal sorte que criaram dispositivos e procedimentos para “simplificar e formalizar as suas interações com a economia, com a religião e com trocas potencialmente desestabilizadoras em outras partes da sociedade”; iii) os Estados “começaram a controlar e limitar o número de assuntos que tinham de ser filtrados através do sistema político”²⁵⁰.

Nesta medida, os Estados promovem aquela abstracção e generalização do poder político, seja porque se afirmam detentores monopolísticos do poder

²⁴⁷ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 158.

²⁴⁸ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 30.

²⁴⁹ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, pp. 30-31.

²⁵⁰ Cfr. THORNHILL, *A Sociology*, p. 159, com uma síntese útil: “Central do the structure of modern political power, in sum, was the fact that states assumed the ability to act as relatively positive public actors, capable of extricating and presupposing constant and positive foundations for their use of power through society, and they established iterable and relatively uncontroversial principles and public procedures which allowed them to apply and reproduce power in abstracted inclusionary fashion and to withdraw the internal basis of political power from incessant contest”.

político na sociedade (exercendo, então, uma função específica na sociedade imputável a um determinado aparelho administrativo e com um âmbito de aplicação definido de forma territorial-geográfica), seja porque subtraíram o poder político de esferas da sociedade que dele não carecem especialmente²⁵¹. O que, como é evidente, concorre simultaneamente para a intensificação da diferenciação do sistema e poder políticos ante outros âmbitos sistémico-sociais, tais como a religião, a economia ou mesmo o direito²⁵². Essa diferenciação depende, precisamente, de que os Estados consigam apresentar um determinado recurso como especificamente seu (o poder político) e que, com tanto, consigam aplicar efectivamente esse recurso no exercício de funções que sejam distintivamente políticas²⁵³. Para atingir tal desiderato, não aproveita ao Estado procurar projectar-se sobre todos os âmbitos ou relações sociais – não aproveita ao Estado “colonizar” a sociedade no seu conjunto²⁵⁴. Bem ao invés, a inteligência e sucesso do exercício do poder político na sociedade depende de que os Estados respeitem a integralidade de outras esferas sociais, deixando-as as operar independentemente de acordo com a sua lógica própria e evitando exactamente internalizá-las ou capturá-las na lógica estadual²⁵⁵. Por isso explica THORNHILL que a condição essencial para que os Estados logrem ser depositários monopolísticos do recurso *poder político* é a de que se abstenham de procurar monopolizar no seu conjunto o *poder social*²⁵⁶. Há aqui, portanto, também uma importante dimensão de *despolitização* na emergência e funcionamento do sistema político na sociedade, condição essencial para que os Estados consigam cumprir a sua missão política “eficientemente e sem excessivo impedimento por força de preocupações externas ao seu aparelho ou competência regulatória”²⁵⁷. Paradoxalmente, é necessário *despolitizar* o poder precisamente para aumentar o poder e a efectividade da sua aplicação, de modo a subtrai-lo a uma constante

²⁵¹ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 31.

²⁵² Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 32.

²⁵³ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 33.

²⁵⁴ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 33.

²⁵⁵ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 33.

²⁵⁶ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 33.

²⁵⁷ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 38.

disputa concreta acerca dos respectivos contornos, extensão ou instrumentos utilizados, o que, a acontecer, sempre poderia bloquear a sua aplicação ou a efectividade do seu exercício²⁵⁸. Logo, para agir melhor e com mais efectividade na sociedade, os Estados – que, na sua dimensão nacional-territorial, corporizam o agir especificamente político – precisam de seleccionar e delimitar bem as suas esferas de influência e os seus objectos de intervenção, restringindo ao utilmente necessário as suas “trocas” com os demais âmbitos sociais autónomos que encontra no seu ambiente²⁵⁹ (concluindo-se, pois, que a *politização* excessiva da sociedade não é desejável nem benéfica nem sequer vantajosa para o próprio sucesso da operatividade do sistema político ou, na sua auto-descrição mais comum, do Estado).

2.3.2. Estado e Direito

O Direito desempenha, em relação com o afirmado no ponto anterior, um papel produtivo.

Com efeito, o Direito presta-se a servir como *meio* de transmissão e difusão na sociedade das comunicações de natureza política (o que, de resto, e segundo THORNHILL, ajuda a explicar a relação profundamente co-evolucionária de ambos)²⁶⁰, trazendo vantagens claras ao poder político que para circular com acrescida facilidade em diferentes âmbitos sociais aceita *converter-se secundariamente* no meio legal²⁶¹. E isso porque o Direito, designadamente o *Direito Público*²⁶², reforça e sustenta os processos de abstracção e generalização

²⁵⁸ Cfr. CLAM, Jean, “What Is Modern Power?”, in Michael King / Chris Thornhill (Ed.), *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 145-162, e THORNHILL, Chris, “Political Legitimacy: A Theoretical Approach Between Facts and Norms”, *Constellations* 18 (2011), pp. 135-169 (147).

²⁵⁹ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 38.

²⁶⁰ Cfr. THORNHILL, Chris, “Towards a historical sociology of constitutional legitimacy”, *Theory and Society* 37 (2008), pp. 161-197 (173), e THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 36.

²⁶¹ Cfr. TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 1055-1056.

²⁶² Cfr. THORNHILL, Chris, “Public Law and the Emergence of the Political”, in Cormac Mac Amhlaigh / Claudio Michelon / Neil Walker (Ed.), *After Public Law*, Oxford: Oxford University

do poder, seja porque lhe fornece uma “forma” a partir da qual se “disseminar como uma mercadoria [*commodity*] destilada e abstracta”, seja porque lhe permite “imunizar-se contra conflitos locais e pessoais particularizados”, seja ainda porque promove a sua circulação ou transmissão societais com o “mínimo de contestação social”²⁶³⁻²⁶⁴.

Press, 2013, pp. 25-55 (28): “This functional nexus of law and the political [...] can be placed at the remote genesis of *public law*, defined as a series of higher-level norms explaining, conferring consistency on, and declaring at times *inviolable*, distinct procedures and legal forms for the collective distribution of power through society”.

²⁶³ Leia-se THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 36.

²⁶⁴ É muito interessante reparar como estas operações de abstracção e generalização do poder perpassavam já em FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*, trad. Pedro Elói Duarte, Lisboa: Edições 70, 2013 (1975), pp. 94-95. Com efeito, na sua análise da evolução do poder de punir e da justiça criminal, FOUCAULT destaca como a reforma criminal procurou “estabelecer uma nova «economia» do poder de castigar, [...] que seja repartido em circuitos homogéneos capazes de funcionar em toda a parte, de forma contínua e até ao grão mais fino do corpo social. A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para a reorganização do poder de punir, segundo modalidades que o tornem mais regular, mais eficaz, mais constante e mais rigoroso nos seus efeitos; em suma, que aumentem os seus efeitos diminuindo o seu custo económico [...] e o seu custo político [...]”; “[...] um poder de julgar sobre o qual não pesasse o exercício imediato da soberania do príncipe; que estivesse livre da pretensão de legislar; que fosse independente das relações de propriedade; e que, não tendo outras funções que não as de julgar, exercesse plenamente o seu poder. Em suma, o poder de julgar devia deixar de depender de múltiplos privilégios, descontínuos, por vezes contraditórios da soberania, mas dos efeitos continuamente distribuídos do poder político”. Em conclusão: “fazer da punição e da repressão dos ilegalismos uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir com uma severidade talvez atenuada, mas para punir com mais universalidade e mais necessidade; inserir o poder de punir mais profundamente no corpo social”.

E a isto não é alheio a *ressocialização* como fim da pena. Com efeito, o curioso, nesse erigir da ressocialização e da reintegração social em fim da pena (punição) criminal, reside no facto de nos depararmos com algo que, em si mesmo, não só não é tipicamente jurídico, como nem pode ser juridificado ou assegurado juridicamente (em termos de sucesso e obtenção). Se a pena (designadamente, o encarceramento) facilmente se caracteriza como *sanção jurídica*, dificilmente se pode dizer o mesmo relativamente ao intuito ressocializador. Nesta medida, o fim da ressocialização do agente consubstancia uma remissão extra-jurídica no âmago do funcionamento operativo do jurídico-penal, o que acaba por ser bem demonstrativo, de uma banda, da alteridade e inteligência do sistema jurídico-penal, e, de outra banda, da

Logo aqui, e genericamente, fica indiciado o papel do Direito como favorável ao poder (em outros termos: o *jurídico como pró-poder*²⁶⁵), contrariamente à visão mais comum ou clássica de o apresentar como um instrumento de limitação ou restrição do poder²⁶⁶. E tal não é contraditado, antes é reforçado, pela prestação do Direito em termos de contribuir para a *des-*

responsividade e adequação social que com tanto o jurídico-penal busca. Na finalidade ressocializadora cristaliza-se, em grande parte, uma forte abertura cognitiva do Direito Penal, uma hetero-referência jurídica àquilo que lhe é externo, àquilo que ele não controla e não pode sequer, com seriedade, prometer – a ressocialização não se garante juridicamente, e fazer dela um fim da pena tem os seus perigos para o próprio jurídico-penal. O que é inegável, no entanto, são as vantagens dessa hetero-referência. Foi exímio nessa análise também FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, p. 29, quando, a propósito do sistema penal emergente nos séculos XVIII e XIX, escreve o seguinte: “Toda a operação penal se viu acompanhada de elementos e personagens extrajurídicos. [...] há uma coisa singular na justiça criminal moderna: se é acompanhada por tantos elementos extrajurídicos, não é para poder qualificá-los juridicamente e integrá-los gradualmente no estrito poder de punir; pelo contrário, é para poder fazê-los funcionar no interior da operação penal como elementos não jurídicos; é para evitar que esta operação seja pura e simplesmente uma punição legal; é para escusar o juiz de ser pura e simplesmente aquele que castiga [...]. Atualmente, a justiça criminal só funciona e só se justifica por esta referência perpétua a outra coisa que não ela própria, por esta reinscrição incessante em sistemas não-jurídicos”. Convergentemente, embora de uma perspectiva teórico-sistémica, BUNG, Jochen, “Ausgrenzende Wiedereingliederung”, in Bertram Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 91-98 (94-97), que, detectando um modo de operação jurídico-penal consistente na *exclusão através da inclusão na cela prisional (Ausschluss durch Einschluss in die Gefängniszelle)*, vê no fim ressocializador da pena um modo de *humanizar* essa mesma exclusão a que o condenado se vê votado (uma “Humanisierung der Gefängnisgesellschaft”), de tal sorte que “Der Ausgeschlossene soll durch den Ausschluss gesellschaftlich gerade wieder eingeschlossen werden”. BUNG detecta também, aí, um grande efeito legitimador, que retira de jurisprudência relevante do *Bundesverfassungsgericht*: “Die Freiheitsstrafe legitimiert sich ausschließlich über den Gedanken der Resozialisierung” (muito embora o próprio reconheça, com pertinência, que “Ob Resozialisierung durch Freiheitsentziehung überhaupt gelingen kann, ist eine umstrittene Frage, die hier nicht erörtert werden kann”).

²⁶⁵ Com maior desenvolvimento, TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 1045 e ss.

²⁶⁶ Cfr. LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, pp. 50-51: “By placing limitations on the exercise of governmental authority, it is possible to generate more political power – constraints can be enabling”.

politização da sociedade²⁶⁷, antes mencionada. É que a forma jurídica tanto evita e impede a discussão *política* da questão jurídica (e da solução juridicamente dada, ainda quando esta seja politicamente conformada)²⁶⁸ – isto é, a forma jurídica *silencia* a contestação política da decisão jurídica, *rectius*, da decisão política juridicamente convertida ou formalizada (abrindo-se tão-somente um campo para a respectiva contestação jurídica no quadro de um procedimento ou processo igualmente jurídico)²⁶⁹ –, como concorre para regular e calibrar a presença do poder político na sociedade (isto é, suportar os processos de inclusão do poder, em termos de definir o que está ou não a ele sujeito)²⁷⁰. Mas isso, sublinhe-se, actua a favor do poder político – não contra²⁷¹.

²⁶⁷ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 38.

²⁶⁸ Que, de resto, seria algo que apenas faria sentido no plano da abertura cognitiva do sistema jurídico, mas nunca no respectivo plano da operatividade fechada. Sobre esses conceitos, TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 93-100 e 108-112.

²⁶⁹ O que explica o porquê de o argumento da legalidade de uma conduta ser muitas vezes utilizado para abafar a discussão em torno da sua legitimidade. Por exemplo, os actores políticos são normalmente exímios em lançarem mão desse recurso, escudando-se na legalidade de um comportamento para recusar e refutar crítica pública que lhes possa estar a ser movida com fundamento em outros pontos de vista ou critérios (filosóficos, morais, científicos, artísticos, desportivos, educativos...). Aqui se intui, também, a abstracção de que é capaz o meio legal.

²⁷⁰ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 59. É o que ocorre, desde logo, e fundamentalmente, com a categoria da subjectividade jurídica, que, enquanto construção jurídica, oferece ao sistema político não somente uma imagem ou construção relativamente uniforme e generalizada dos destinatários do poder (independentemente dos particularismos variados que os distinguem), como reforça a capacidade inclusiva do poder, na medida em que os sujeitos ficam integrados numa esfera de submissão ao poder em que resulta facilitada a aplicação a eles das leis. Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 59-61, e BROEKMAN, Jan M., “Legal Subjectivity as a Precondition for the Intertwinement of Law and the Welfare State”, in Gunther Teubner (Ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: Walter de Gruyter, 1988, pp. 76-108 (94-98).

²⁷¹ Em síntese, THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 39: “[...] the politics of modern society necessarily requires and evolves an internal legal and normative apparatus, and it produces a relation to law for itself in order to abstract and positivise itself, to generalise its power and, crucially, to deflate the potential volatility surrounding its application. In short, the modern political system has an internally formative relation to *legal norms*” (itálico conforme ao original).

O que nos conduz, exactamente, às Constituições e aos direitos fundamentais.

2.3.3. Estado, poder e Constituição

Nesta leitura²⁷², a Constituição não surge como um instrumento *externo* de limitação do poder, nem contém disposições que o constremem em virtude de uma dedução derivada de um qualquer plano superior, trans-político e trans-societal²⁷³. Bem pelo contrário, a Constituição é um vértice, entre outros, de forças e de processos intra-sociais, nomeadamente de processos intra-políticos, que concorre para a generalização, abstracção e inclusividade do poder²⁷⁴. A Constituição desempenha esse papel essencial de construir, condensar e tornar utilizáveis critérios de inclusão no político, acabando por, ao criar as condições para uma facilitada aceitação do poder pelos destinatários²⁷⁵, sustentar a respectiva difusão, reprodução, circulação e multiplicação do

²⁷² Em Chris THORNHILL, “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution”, *JSC* 10 (2010), pp. 315 a 337, o Autor dá conta de como muitas das suas perspectivas, afirmações e conclusões acerca da Constituição encontram forte sustentação na obra do próprio LUHMANN (*vd.*, em especial, as pp. 326 e ss.).

²⁷³ Assim, expressamente, THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 372. Também ASHENDEN, Samantha, “The Problem of Power in Luhmann’s Systems Theory”, in Michael King / Chris Thornhill (Ed.), *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 127-144 (139).

²⁷⁴ Cfr. THORNHILL, “Towards a historical sociology...”, p. 173. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 10 e 11, fornece o seguinte conceito de “constituição”: “It is a legal order impacting on the exercise of political power that (a) contains an effectively established presumption of public rule in accordance with principles or conventions, expressed as law, that cannot easily (i.e. without societally unsettling controversy) be suspended; (b) is designed to constrain or restrict egregiously mandatory use of power in both public and private functions; (c) allocates powers within the state itself, and comprises some form of popular/political representation in respect of questions perceived as possessing importance for all politically relevant sector of society; and (d) expresses a legal distinction between the form of the state and those persons assuming authority to borrow and enforce the power stored within the state”.

²⁷⁵ Cfr. THORNHILL, “Towards a historical sociology...”, p. 174.

poder²⁷⁶ (algo que potenciam quer a criação de uma jurisdição constitucional²⁷⁷, quer a representatividade política consagrada pelos mais sofisticados regimes constitucionais²⁷⁸): “Constitutions have the indispensable inner-societal function that they allow political actors to extract a supportive internal definition of their power, which means that political actors can refer to stable and withdrawn self-constructions in order positively to reproduce, procedurally to apply, and

²⁷⁶ Cfr. LOUGHLIN, Martin, “In Defence of *Staatslehre*”, *Der Staat* 48 (2009), págs. 1 a 27, p. 14 (“These constitutional frameworks do not impose a set of constraints on the exercise of public power: rather, they establish the architectural forms through which such power can be generated”).

²⁷⁷ Sobre o importante papel que as jurisdições constitucionais (seja em forma de Tribunal Constitucional autónomo, seja em forma de Supremo Tribunal) desempenham no sentido de assegurar que a Constituição actua, efectivamente, como mecanismo de abstracção e generalização societal do poder, *vd.* THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 200 a 205. Na opinião do Autor, incumbir um determinado órgão jurisdicional (estadual) da “protecção” da Constituição permite: (1) que o Estado internalize a sua Constituição, isolando-a ou insulando-a de processos quotidianos de controvérsia e contestação políticas que sobre ela pudessem incidir; (2) que o Estado estructure as formas de inclusão da vontade popular, pois que – ao introduzir um elemento mediador entre ele, essa vontade e a Constituição (elemento que é a jurisdição constitucional) – consegue ora evitar ter de confrontar directamente a fonte da sua legitimação (a vontade popular), ora abrir espaço para a influência dos juristas e dos juízes na interpretação dos actos e das intenções legislativas e na sua conformidade a uma ideal – necessariamente a constituir jurisdicionalmente – vontade popular, ora ainda estabelecer limites às situações em que a manifestação directa e actual da vontade popular é requerida. Ao legitimar-se por referência a uma Constituição, o Estado logra, portanto, legitimar-se numa dialéctica que joga com a inclusão e exclusão da vontade popular. Parcialmente, portanto, a Constituição, enquanto instrumento sustentador do poder e do político, não deixa de actuar como um mecanismo através do qual se configura e obtém legitimamente a exclusão daquela mesma vontade popular.

²⁷⁸ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 74 a 76 (p. 75: “[...] representative constitutions [...] emerged as institutions that [...] changed society from a loosely decentred aggregate of private persons into a stratified and decisively *included* political community, capable of reacting in a uniform, general and inclusive manner to matters of potentially generalized political resonance” – itálico conforme original). A institucionalização da representação, ademais, permitiu ao sistema político e ao poder, no sentido do seu facilitado exercício, desconectar-se da nação ou do povo e de uma sua necessária autorização directa dos actos de poder, transferindo para determinadas instituições reservas de poder e correspondente legitimação. Neste último sentido, *vd.* THORNHILL, “Political Legitimacy...”, p. 158. Leia-se, ainda, LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, p. 70.

internally to maximize their power in a number of different spatial and temporal settings” (THORNHILL)²⁷⁹.

Deparamo-nos, portanto, com asserções onde a Constituição, nunca sendo normativamente isolada para simples efeitos de análise teórica, também não é concebida nem como uma condição *externamente* gerada de legitimidade (externamente gerada ao político e ao poder, e externamente gerada aos processos comunicativos autopoieticos e de diferenciação societal), nem como um pré-elemento ou *a priori* externo constitutivo do poder, que lhe fosse de fora imposto como constrição e restrição: a Constituição é um produto de processos intra-sociais protagonizados decisivamente pelo sistema político e pelo poder, é um instrumento que oferece ao poder grandes benefícios no que toca à sua circulação, transmissão e aplicação num contexto de grande complexidade societal, e é um instituto que, não obstante a vertente jurídica (mas até por causa dela), sustenta a reflexividade sistémica do político e a diferenciação do poder na sociedade²⁸⁰.

Nesta medida, a Constituição é um elemento essencial para a legitimidade e legitimação do poder: seja porque o poder que não se difunde e transmite através da legalidade tende a ser considerado poder arbitrário e não-legítimo – e a Constituição situa-se precisamente nessa intersecção entre o político e o jurídico, facilitando ao poder uma sua auto-explicação que acentua a base jurídica dos respectivos comandos ou determinações²⁸¹; seja porque a autodescrição juridicamente legitimante e fundamentante a que o político pode recorrer, via Constituição, permite-lhe disfarçar ou “obscurecer” a contingência das suas próprias fundações e do poder que aplica²⁸²; seja por causa da inclusão

²⁷⁹ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 372. *Vd.*, também, LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, p. 113: “A constitution is not essentially an act of authorization; it is a mode of generating and orchestrating the public power of a state”.

²⁸⁰ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 373 e 374. Em sentido próximo, LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, p. 69 (“Constitutionalism is neither a set of fundamental moral principles nor the «unpolitical principles of the bourgeois *Rechtstaat*», but «one of the most effective philosophies of state building ever contrived»”).

²⁸¹ Cfr. THORNHILL, Chris, “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution”, *JSC* 10 (2010), pp. 315-337 (326).

²⁸² Cfr. THORNHILL, “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution...”, p. 326.

que promove (através de direitos subjectivos, a que nos referiremos de seguida)²⁸³; seja porque lhe é co-inerente uma função de manutenção da diferenciação funcional da sociedade, conduzindo ou, pelo menos, impulsionando um respeito pelo político e pelo poder das demais esferas autonomizadas²⁸⁴; seja porque, por último, e a par dos direitos (normalmente nela contidos), permite proceder a uma “des-politização” ou “des-enfatização” do político, imunizando ora a sociedade ora o político de um excesso de “politicidade” (*politicality*) que pudesse afectar ambos disruptivamente²⁸⁵.

Não estranhará que se acentue como uma parte significativa da Constituição é autogerada pelo poder político²⁸⁶, poder esse, aliás, que, assim se considera (o que não está isento de críticas), precede o direito²⁸⁷. Por isso, e continuando na senda de THORNHILL, mesmo quando a Constituição ou a legalidade limita o poder – limitação e restrição que surgirá na sequência das operações de inclusão ou exclusão do poder, na delimitação das esferas sujeitas e não sujeitas a poder, e na estruturação mais ou menos ampla do intercâmbio e das relações do poder com outras esferas diferenciadas – está, ainda, a servir e a promover o poder²⁸⁸ (embora já não um poder arbitrário), não sendo nenhuma

²⁸³ Cfr. THORNHILL, “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution...”, p. 327.

²⁸⁴ Cfr. THORNHILL, “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution...”, p. 327.

²⁸⁵ Cfr. THORNHILL, “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution...”, pp. 328 a 330.

²⁸⁶ Cfr. THORNHILL, “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution...”, pp. 330 e 332 (nesta última, ressalta: “[...] to view the entire objective and conceptual apparatus of constitutionalism (including rights, normative texts, and even constitutional courts) as bundle of institutions produced from within political power itself – as the necessary yet self-generated preconditions of power’s positive and differentiated autonomy”), e THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 374.

²⁸⁷ Cfr. THORNHILL, Chris, “Niklas Luhmann’s Political Theory: Politics after Metaphysics?”, in Michael King / Chris Thornhill (Ed.), *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 75-100 (97) (“Laws, consequently, might operate as the universalized form of power, but they also remain subordinate to power”), e KING, Michael / THORNHILL, Chris, *Niklas Luhmann’s Theory of Politics and Law*, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2003, pp. 180 e 181.

²⁸⁸ Cfr. LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, pp. 86 e 150-151: “[...] constitutional constraints should not be seen simply as limitations on the exercise of public power; they simultaneously act as a method of generating political power”. Ideia que, de resto, e como demonstra o Autor nas pp. 136-138, já havia sido exposta por JEAN BODIN.

limitação ou restrição legal compreensível sem a apreensão da projecção sobre elas do poder²⁸⁹⁻²⁹⁰.

²⁸⁹ A nossa adesão ao essencial da análise THORNHILL não resulta prejudicada por, nalguns pontos específicos, sermos mais cépticos quanto a certas asserções. Mesmo uma teoria como a deste Autor acaba por relevar a prestação constitucional para o aumento ou maximização da liberdade social, algo a que não é alheia a (auto-)exclusão do poder, constitucionalmente formalizada e tentativamente assegurada, de determinadas esferas sociais ou de assuntos que, por seu intermédio, se consideram não-políticos. Encontramo-nos aí, precisamente, naquele campo em que a definição de fronteiras do sistema político, que a formalização jurídica ajuda a melhor delimitar, concorre para a sua auto-restrição, para o respeito de outras autonomias sistémicas diferenciadas e para o mencionado reforço de liberdade social. Isto leva THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 374, a considerar fortemente indiciada a conclusão de que “[...] constitutions, although primarily acting, in functional manner, to maximize the reserves of usable power in society, have the benefit that, in multiplying power, they also (normally) produce and multiply social freedom” e, portanto, “[...] that societies producing high volumes of power tend to produce the highest degree of social liberty” (uma tal liberdade surge, pois, como é textualmente reconhecido, enquanto “resultado incidental” de uma ordem constitucional). Aquilo que nos levanta mais dúvidas é a aparente linearidade ínsita no juízo que liga a multiplicação do poder (mesmo que do poder normativamente formalizado e legitimado) à multiplicação de liberdade social (e individual). O principal problema, quanto a nós, reside numa certa confusão ou ausência de precisão em destrinçar aquilo que poderíamos designar como o aspecto *qualitativo* e o aspecto *quantitativo* do poder. A investigação muito completa e abrangente de THORNHILL é essencial para compreender as alterações estruturais do poder e do sistema político (nomeadamente os seus processos de diferenciação e autonomização) no plano *qualitativo*. Este plano *qualitativo* tenderá a integrar vários dos tópicos referidos na obra: a maior inclusão do poder e do político; a mais fácil difusão ou circulação do poder; a maior diferenciação que o poder e o político atingem; a normativizada legitimação do poder; a habilidade do poder para, através do meio jurídico, penetrar diferentemente de antes e, porventura, com maior eficácia outros âmbitos ou esferas sociais; o reforço das capacidades de auto-tematização e reflexão da auto-referência com a crescente generalização e abstracção do poder. A discussão, todavia, terá de ser outra, e terá de ser bastante mais crítica e até documentada de outra maneira, se se quiser focar o plano *quantitativo* do poder ou tirar ilações acerca dele e da evolução de um tal meio simbolicamente generalizado. Vamos conceder que a mencionada evolução estrutural do poder cria a impressão de, com o maior grau de abstracção, generalização, multiplicação e legitimação que hodiernamente (no contexto da diferenciação sistémica) o acompanha, se gerar um *mais* de poder em face do que existiria anteriormente (muito embora a comparação seja, a diversos níveis, complexa e requeira um conhecimento difícil de se obter: como comparar quantitativamente o poder de hoje com o poder medieval ou pré-medieval atendendo, desde

logo, ao facto de serem qualitativamente diferentes?). O principal problema, contudo, reside em conseguir provar e demonstrar que aquela aparência de *mais* poder não passa disso mesmo, de uma aparência induzida pelo poder e pelo sistema político em articulação com os renovados mecanismos e instrumentos de que se serve para se difundir societalmente (em particular a segunda-codificação em meio jurídico e a legitimação normativa do exercício do poder). Ou seja, em certa medida a questão fulcral não é propriamente a de se há ou não *mais* poder, mas a de se este poder logrou estruturalmente obter uma aumentada aptidão de transmissão societal. O poder hoje pode até não ser *mais*, mas pode ser significativamente *melhor* a ser poder (este melhor não é um melhor de moral ou bom). A partir daí estamos lançados na tematização da articulação de um *melhor* poder (um poder mais capaz de se aplicar) com a pretensamente por ele causada *mais* liberdade social. E é aqui que, como escrevemos, a linearidade da afirmação de THORNHILL peca e nos levanta as maiores dúvidas: será um *mais* poder que é *melhor* poder enquanto poder verdadeiramente causador de *mais* liberdade social? A nossa convicção sugere que THORNHILL poderá ter sido apanhado numa armadilha do poder, que lhe criou uma tal ilusão. É inegável que a sociedade moderna ou contemporânea, como sociedade funcionalmente diferenciada, estabelece relações completamente distintas daquelas que eram estabelecidas em estádios evolutivos precedentes entre o poder e os sujeitos ao poder. É verdade, também, que a segunda-codificação do poder como direito e a legitimação normativa do poder geraram, ainda que com benefícios para o próprio poder, esferas de liberdade societal que interessa ao poder manter precisamente nesse estado. Mas também é verdade que, na sociedade do presente, o poder, através desses meios (com destaque para o jurídico), conseguiu ora expandir a sua operatividade a esferas anteriormente intocadas, ora gerir o grau da sua intervenção em muitas delas (algumas dessas esferas livres são recorrentemente sujeitas a intervenções do poder, desde logo porque os contornos exactos dessa liberdade são, frequentemente, politicamente mediados, considerando-se, por vezes, que uma tal liberdade é até político-juridicamente constituída – uma opinião que não deixa de encontrar em vários juristas algum eco). Descritas assim as coisas, está lançada a apreensão quanto à hipótese de uma produção de altos volumes de poder conduzir a uma correlativa produção de um alto grau de liberdade social. Não deixa de ser útil recorrer a um dos tópicos de TEUBNER – o da lógica de sobre-crescimento dos sistemas ou “hitting the bottom” – e, com ele, questionar se nas sociedades modernas o poder e o político, arrastando consigo o jurídico, não entraram numa espiral auto-reprodutiva desmedida e não se encontram actualmente a produzir externalidades negativas sobre outros sistemas, reduzindo, assim, precisamente o grau de liberdade social existente. A nossa perspectiva vislumbra, portanto, ao contrário de THORNHILL, que o *mais* poder que se soube tornar *melhor* poder enquanto poder é uma semente de redução de liberdade social, ainda quando, pelos meios que utiliza, pela legitimação que atinge e pela aceitabilidade social que obtém, nos convence do contrário.

²⁹⁰ Numa nota suplementar, destacar-se-ia, ainda, como a postura teórica, intelectual e interpretativa ante o fenómeno constitucional a que temos estado a dar eco possibilita a compatibilização de um tal fenómeno (a sua existência, a sua explicação e a sua compreensão)

2.3.4. Estado, poder e direitos fundamentais

Algo de muito semelhante ao descrito a propósito da Constituição se passa com a atribuição, juridicamente mediada, de *direitos* fundamentais ou constitucionais. Por um lado, os direitos afiguram-se um instrumento muito eficaz de inclusão no político, trazendo os respectivos titulares para o centro do exercício do poder²⁹¹. Por exemplo, o reconhecimento ou atribuição de direitos permitiu ao sistema político (desde logo na sua principal autodescrição como Estado) integrar em si mesmo uma pluralidade de actores – actores *políticos* através dos direitos e devido à titularidade de direitos²⁹². Por outro lado, os direitos permitem, de igual modo, excluir da esfera do político ora determinados sujeitos ora determinados interesses, questões e problemas²⁹³. Seja reconhecendo direitos que conduzem a uma externalização para fora do político de determinados âmbitos sociais, seja pela via de um não-reconhecimento de direitos, o sistema político encontrou neste dispositivo uma forma útil e prática de regular o nível de politização de certos temas e de regular a presença de politicidade na sociedade²⁹⁴.

Ora internalizando determinados titulares de direitos, ora externalizando para fora do político outras questões e problemas, o poder conseguiu, através dos direitos, reforçar a sua abstracção, generalização, capacidade de circulação e aplicação sociais²⁹⁵, simultaneamente ganhando em complexidade para lidar

com a renúncia a fundacionalismos antropológicos e com a acomodação da “contingência normativa absoluta” da sociedade moderna funcionalmente diferenciada. *Vd.*, assim, THORNHILL, “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution...”, p. 332.

²⁹¹ Cfr. THORNHILL, “Towards a historical sociology...”, p. 174.

²⁹² Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 153.

²⁹³ Cfr. Chris THORNHILL, “The Future of the State”, in Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Ed.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective – The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 367 e 368.

²⁹⁴ Cfr. THORNHILL, “Towards a historical sociology...”, p. 175. *Vd.*, também, por curiosidade, e muito embora partindo de premissas distintas, Ulrich K. PREUR, *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des Subjektiven Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979, pp. 115 e ss., em especial.

²⁹⁵ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 167 (“[...] rights made it possible for states to dictate the activities in which private groups could appear relevant for the state, to impose highly

com a também crescente complexidade societal²⁹⁶. Em especial, ao retirar-se de determinados âmbitos, ou ao configurar as situações de uma tal maneira que resultava reduzida a extensão ou amplitude das suas operações (nomeadamente por intermédio dos direitos negativos e liberdades fundamentais), o sistema político conseguiu ademais, através dos direitos, adaptar a sua operatividade ao pluralismo e acentrismo funcional da sociedade, restringir as suas comunicações para preservar a autonomia de outras esferas autopoieticamente diferenciadas (algo que evidencia os direitos como garantes da estruturação fundamental da sociedade moderna²⁹⁷) e desonerar-se de determinadas responsabilidades que poderiam reflectir-se negativamente nele próprio, na sua autonomia e na sua legitimidade (isto é, na percepção societal da legitimidade do exercício de poder político)²⁹⁸.

Infere-se de tudo o exposto que os direitos contribuem para uma directa estruturação das fronteiras do sistema político: contribuem para a recursividade da sua comunicação, para a estabilização da sua diferenciação e para a reflexão da sua auto-referência sistémica²⁹⁹. Afasta-se, assim, uma concepção dos direitos como limitações normativas *externas* ao poder³⁰⁰, antes se sublinhando o seu radical nuclear nos processos sociais e intra-sistémicos do político e do poder³⁰¹: “the entire normative analysis of rights, which accounts for rights as

selective restrictions on the processes in which actors outside the state needed to be politically internalized, and generally to consolidate their boundaries against prominent bearers of private or local status”), e THORNHILL, “The Future of the State...”, p. 363.

²⁹⁶ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 166, e THORNHILL, “Political Legitimacy...”, p. 152.

²⁹⁷ Em linha com as perspectivas fundamentais luhmannianas acerca dos direitos fundamentais, o que não surpreende atenta a declarada influência que THORNHILL recebe de LUHMANN, como explicita em THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, pp. 28-29.

²⁹⁸ Cfr. THORNHILL, “Towards a historical sociology...”, p. 175.

²⁹⁹ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 167, THORNHILL, “Political Legitimacy...”, pp. 151 e 152, e THORNHILL, “Towards a historical sociology...”, p. 175.

³⁰⁰ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 153, e THORNHILL, “Political Legitimacy...”, p. 151.

³⁰¹ Cfr. THORNHILL, “Political Legitimacy...”, p. 152. Em sentido convergente, GUILHOT, Nicolas, “International Human Rights versus Democracy Promotion: On Two Different Meanings of Human Rights in US Foreign Policy”, in Mikael Rask Madsen / Gert Verschraegen (Ed.), *Making Human Rights Intelligible. Towards a Sociology of Human Rights*, Oxford: Hart, 2013, pp. 127-148 (129), em especial quando escreve que: “Far from being given in advance, [...], the meaning and

part of a set of moral or deductive checks imposed externally on power, is sociologically mis-constructed”, dado que “rights originally evolved *inside power* – as the internal / reflexive pre-condition of modern power’s inclusionary dimensions”, pelo que “[r]ights evolved not as institutions that imposed moral obligations on the positive form of power, but as institutions that rapidly increased the volume of positive power in society” (THORNHILL)³⁰². Daí que o autor qualifique os direitos como “elementos externalizados da inteligência contida no sistema político moderno ele mesmo”³⁰³. E mais uma vez se descobre, numa tal funcionalidade política dos direitos, uma vertente legitimatória do poder: o recurso aos direitos, a respectiva invocação e a prestação que oferecem, simplifica precisamente o processo de autolegitimação e facilita a (auto-)autorização do exercício do poder³⁰⁴. De tal sorte, que a conclusão não pode ser outra senão a de que os direitos “desempenharam um papel extremamente importante na expansão positiva do poder político”³⁰⁵. Já DURKHEIM, aliás,

the content of human rights outline a semantic space laboured from within by political struggles, the stake of which is the capacity to impose a legitimate definition of human rights and therefore to derive symbolic benefits from the possibility of plausibly subsuming given policies under this label”.

³⁰² Cfr. THORNHILL, “The Future of the State...”, pp. 365 e 366.

³⁰³ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 28.

³⁰⁴ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, pp. 156 e 157, THORNHILL, “The Future of the State...”, p. 363, THORNHILL, “Political Legitimacy...”, p. 151, e THORNHILL, “Towards a historical sociology...”, p. 196. Convergentemente, NOBLES / SCHIFF, *Observing Law*, p. 201, nota 99, sublinham o acréscimo de poder político que se consegue com a auto-limitação do poder político: “For example, the British state, which acknowledged subjective and constitutional rights to a much higher degree than the French found it far easier to extract revenues and credit from the economy”.

³⁰⁵ Cfr. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions*, p. 161. No mesmo sentido, MADSEN, “Beyond Prescription...”, p. 95 (“[...] human rights, despite seemingly limiting state power, also contributed to this progression of the state and its social justification”). Igualmente destacando “the negative as well as the positive, the limiting as well as the enabling aspect of rights”, leia-se com interesse VERSCHRAEGEN, “Differentiation and Inclusion...”, pp. 66-67 (o que, no limite, “[...] implies that individual freedom and autonomy can no longer be regarded as a pre-constitutional condition (as in natural law theories), but is always the result of social and political processes shaping constitutional rights”, o que se afigura em linha com observações expendidas no início deste ensaio).

sublinhava o efeito expansivo que os direitos incrementavam e sustentavam a favor do Estado, precisamente quando, ao destacar a “simultaneidade da subjectivação do Direito e o aumento do poder estadual”³⁰⁶, declarou que “Quanto mais forte o Estado, maior o respeito pelo indivíduo”³⁰⁷⁻³⁰⁸. E o próprio LUHMANN não deixou de escrever que “die Garantie von Grundrechten das Vertrauen in den Staat stärken und dessen Macht dadurch steigern kann”³⁰⁹.

Em suma, THORNHILL imputa quatro grandes funções aos direitos fundamentais em relação ao sistema político da sociedade moderna: i) “obstruct the amorphous politicisation of society”; ii) “obviate the excessive concentration of power at any one point in the political system and in society as a whole”; iii) “alleviate the political system of unmanageable and potentially delegitimising social responsibilities”; iv) “delineate functionally sustainable contours for the modern politics of modern society”³¹⁰.

³⁰⁶ Nos dizeres de MENKE, *Kritik der Rechte*, p. 244.

³⁰⁷ Cfr. DURKHEIM, *Physik der Sitten und des Rechts*, p. 85 *apud* MENKE, *Kritik der Rechte*, p. 245.

³⁰⁸ E, com raciocínio diferente, mas convergente, também MENKE, *Kritik der Rechte*, pp. 244-246, entende que a atribuição de direitos fundamentais “força a potenciação e proliferação da actuação estadual”, na medida em que os direitos simultaneamente pressupõem (como anterior ao Direito) e juridificam a vontade própria dos sujeitos (*Eigenwille des Subjekts*), o que implica, de uma banda, que se assegure o arbítrio ou a liberdade de escolha de fins através da garantia de uma esfera privada e, de outra banda, que se assegure os interesses individuais ou a liberdade de valoração de possibilidades ou meios através da garantia da capacidade privada de participação social. Acontece, porém, que esse assegurar juridicamente de uma das dimensões impacta negativamente na outra dimensão e vice-versa, assim se iniciando um círculo vicioso e ininterrupto de sempre crescente intervenção ou acção estadual e jurídica. Nesta medida, não pode espantar que o Autor acabe a considerar que “Die Normativität des Rechts ist [...] herrschaftsfunktional” (p. 270).

³⁰⁹ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, p. 43.

³¹⁰ Cfr. THORNHILL, “Outline for a Sociology of Constitutions...”, p. 28.

2.4. Direitos fundamentais, acentrismo societal e auto-organização social (LADEUR)

2.4.1. O descentramento do sujeito (dos direitos fundamentais)

KARL-HEINZ LADEUR é autor de um pensamento juspublicístico muito elaborado e completo, para cuja compreensão é essencial a identificação das bases filosóficas que o inspiram.

LADEUR coloca-se transparentemente na esteira do pós-modernismo, o que ressalta nas posições que defende quanto ao *sujeito*. Ao entendimento moderno e algo kantiano do sujeito como unidade, como ponto de partida exclusivo do acesso a uma realidade objectiva e como centro e fonte única do conhecimento³¹¹, LADEUR opõe um conceito de sujeito que, não deixando de evidenciar as influências da *linguistic turn* e de um certo pós-estruturalismo, se centra na sua fragmentação, multiplicação, descentramento e pluralização em jogos de linguagem³¹², jogos estes que sendo eles próprios fragmentários, plurais e múltiplos não podem deixar de se reflectir na apreensão filosófico-analítica do(s) sujeito(s)³¹³.

Na verdade, o descentramento, fragmentação e pluralização da subjectividade tem como consequência, para LADEUR, também uma fragmentação e pluralização da realidade³¹⁴, significando isto, por um lado, a impossibilidade da afirmação de *uma* realidade *objectiva* e unitária que *aí* existe para ser verdadeiramente acedida pelos sujeitos³¹⁵ e, por outro, como consequência, que *a realidade* se dissolve numa multiplicidade de jogos de linguagem, cada um dos quais constitutivo de diferentes possibilidades e participado pelos sujeitos de consciência com as suas construções³¹⁶. Como estes jogos de linguagem “se organizam a si próprios sem centro através de relações anónimas e do

³¹¹ Cfr. LADEUR, Karl-Heinz, *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, 2.^a edição, Berlin: Duncker & Humblot, 1995, pp. 15 e ss.

³¹² Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 36.

³¹³ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 36.

³¹⁴ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 43.

³¹⁵ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 80.

³¹⁶ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 80.

processamento das suas regras de encadeamento”³¹⁷, remete-se, assim, para a existência de uma multiplicidade de discursos que “assumem o carácter de processos transsubjectivos autogerados”, o que, por sua vez, afasta a existência de um sujeito como centro da acção e do conhecimento³¹⁸.

Apresenta-se, então, como base da subjectividade, uma rede de processos linguísticos auto-organizados (transsubjectivos), relativamente à qual o sujeito é um “efeito emergente”, “um efeito da linguagem”³¹⁹ ou “o produto de um jogo que não domina”³²⁰, e relativamente à qual ele não é nunca unidade, mas sim multiplicidade³²¹ e, mais, diferencialidade³²², uma vez que o *proprium* do sujeito há-de consistir na sua oscilação e transformação em razão das variações dos processos comunicativos³²³.

A cognição ocorre, assim, não através da “perspectiva central do sujeito”, mas através de múltiplos “lugares de observação” (*Beobachterstellen*) que geram perspectivas concorrentes entre si³²⁴, pelo que, como é típico de posições construtivistas, não existe rigorosamente a realidade, mas sim uma série de construções sobre a realidade, construções essas nas quais participam os próprios observadores³²⁵, de tal forma que a realidade não pode ser encarada como algo deles absolutamente independente³²⁶. Desta maneira, torna-se possível afirmar que, para LADEUR, é aquela mesma rede de relações e conexões – desde logo, relações e interconexões entre indivíduos e sistemas – que ascende a principal entidade epistémica e constitutiva de conhecimento³²⁷, cabendo, ainda

³¹⁷ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, p. 81.

³¹⁸ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, p. 81.

³¹⁹ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, p. 44.

³²⁰ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, p. 99.

³²¹ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, p. 50.

³²² Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, p. 82.

³²³ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, p. 84.

³²⁴ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, pp. 40 e 41.

³²⁵ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, pp. 100 e 101.

³²⁶ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, p. 140.

³²⁷ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, p. 143, e LADEUR, Karl-Heinz, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation: zur Erzeugung von Sozialkapital durch gesellschaftliche Institutionen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, p. 66.

assim, um importante papel ao sujeito – sujeito empírico – como “fornecedor necessário” de “diversidade, indeterminação e criatividade”³²⁸. O que desaparece é qualquer ideia de um sujeito detentor de uma racionalidade universal ou que surja como a síntese unitária de processos fragmentários, relacionais e heterogêneos³²⁹.

A partir de tais premissas, não é difícil avançar para a elaboração de um tipo de racionalidade adaptada à lógica relacional, plural e descentrada com que se apreende o mundo (de resto, a sociedade e a ordem colectiva são consideradas como um fenómeno ou efeitos emergentes do complexo de relações e conexões entre indivíduos e entre sistemas³³⁰), isto é, uma racionalidade adaptada à variabilidade da rede de múltiplas relações interconectadas que LADEUR parece apresentar como o elemento irreduzível do social.

Em concordância com as premissas de descentramento do sujeito de que parte, LADEUR opõe a uma racionalidade universal radicada na unidade do sujeito uma *racionalidade processual relacional acêntrica radicada num complexo transsubjectivo de relações interindividuais*³³¹. Esta racionalidade, especificamente delineada em função do problema da complexidade das sociedades modernas (e conseqüente indeterminação e incerteza)³³², é, no essencial, uma *racionalidade de conexão*³³³: longe de causalidades lineares, de regras gerais ou de constâncias permanentes³³⁴, é uma racionalidade que, liberalmente inspirada e adequada à complexidade e abertura para o futuro da sociedade moderna, se revela uma racionalidade da experimentação, da geração do novo, da multiplicação de opções e sua permanente recombinação, da heterogeneidade, da revisão (do até

³²⁸ O que faz lembrar o papel de irritação cognitiva cometido ao sistema psíquico na teoria sistémico-funcionalista, que Ladeur não ignora. Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 147.

³²⁹ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 148.

³³⁰ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 83.

³³¹ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 62 e 165. Desenvolvidamente também em LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, pp. 33 e ss.

³³² Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 62 e 79.

³³³ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 144.

³³⁴ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 56.

então adquirido) e, também por isso, do provisório³³⁵. Nesta medida, trata-se de uma racionalidade dinâmica, transicional, inacabada e incompleta, uma racionalidade flexível e des-substancializada, de constante mutação e transformação³³⁶.

2.4.2. A “sociedade-rede”

A partir daqui começa-se a convocar o conceito de rede³³⁷, sendo que a racionalidade descrita é “localiza[da]” numa “rede de possibilidades e imposições de conexão criada não-conscientemente pelos indivíduos”³³⁸.

Para compreender a utilização do conceito de rede por LADEUR, parece-nos elementar destacar a influência liberal e, particularmente, hayekiana³³⁹ exercida sobre o pensamento do Autor.

Na verdade, LADEUR aproxima-se da compreensão da sociedade (em geral)³⁴⁰, descontadas as influências sistémicas (que lhe são igualmente caras),

³³⁵ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 62, 144 e 288, e LADEUR, Karl-Heinz, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft – Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement*, Berlin: Duncker & Humblot, 1995, p. 133. Sobre como este tipo de racionalidade inspirada no modelo em rede não pretende servir a “garantia da verdade num sentido clássico de *adaequatio rei et intellectus*” (itálico conforme original), *vd.* AUGSBERG, Ino, “The Relevance of Network Models with Juridic Discourse. Empirical, Sociological, and Epistemological Perspectives”, *German Law Journal* 10 (2009), pp. 383-394 (394).

³³⁶ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 81. Aliás, já nos demonstrava o poeta português Herberto Helder que apenas uma lei “abrange tanto o mundo das coisas como o da imaginação”: a “lei da metamorfose”. Leia-se o belíssimo conto “Teoria das Cores” em Herberto HÉLDER, *Os Passos em Volta*, 9.ª edição, Lisboa: Assírio & Alvim, 2006, pp. 23 e 24.

³³⁷ Por exemplo, AUGSBERG, “The Relevance of the Network...”, p. 389, destaca como “A necessidade das redes indica a ausência de uma fundação sólida: a *ratio*” (devendo, na nossa opinião, esta afirmação ser interpretada, pelo menos no âmbito do pensamento de Ladeur, algo *cum grano salis*, uma vez que o pensamento por redes de Ladeur apenas significa a ausência da fundação sólida da racionalidade entendida em termos estritamente modernos e iluministas).

³³⁸ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 79.

³³⁹ Influência que transparece em LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 115 a 122, 127, 309 e 278 (entre outras).

remetendo sempre para a difusão, multiplicidade e indeterminação das relações e conexões não externamente dirigíveis entre os indivíduos. Não aderindo nem a holismos nem totalmente a individualismos metodológicos, é em razão desse complexo de relações e conexões que LADEUR introduz o conceito de rede: o colectivo – a sociedade ou ordem colectiva – seria assim um efeito emergente transsubjectivo daquelas relações e conexões, explicando-se por uma comparação que o assemelha a uma “rede plural fragmentada [...], processada através dos indivíduos, mas não redutível à consciência individual”³⁴¹. O todo é assim compreendido como uma rede de múltiplas “interacções locais”³⁴², o que tem importantes consequências.

Desde logo, em detrimento de dirigismos centrais impositivos, coloca-se a tónica na *auto-organização, autocoordenação e heterarquia da rede* ou redes de relações e conexões³⁴³. Esta auto-organização e autocoordenação dos processos em rede ajuda a perceber a natureza relacional e acêntrica da racionalidade a que anteriormente se fez referência³⁴⁴. Acresce resultar evidente a inspiração liberal do Autor: a ordem colectiva não é uma ordem externamente imposta e garantida por um qualquer observador numa posição central hegemónica e heterónoma, antes é uma ordem que, decorrendo dos processos transsubjectivos de relações e conexões e assentando na autocoordenação e auto-organização

³⁴⁰ Reconhecendo no “pensamento por redes” uma vertente sociológica, cfr. Ino AUGSBERG / Lars VIELLECHNER / Peer ZUMBANSEN, “Introduction to the Special Issue: The Law of the Network Society. A Tribute to Karl-Heinz Ladeur”, *German Law Journal* 10 (2009), p. 305.

³⁴¹ Assim, LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 87. *Vd.*, ainda, LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 75. Com esta interpretação do pensamento do Autor também Lars VIELLECHNER, “The Network of Networks: Karl-Heinz Ladeur’s Theory of Law and Globalization”, *German Law Journal* 10 (2009), p. 518.

³⁴² Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 87.

³⁴³ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 75, e VIELLECHNER, “The Network of Networks...”, p. 518. Sublinhando também esses traços distintivos, *vd.* WILLKE, Helmut, *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p. 173, quando afirma que nas redes não há ninguém responsável pelo todo, antes a sua mais valia deriva da “cooperação autodirigida de actores autónomos”. Nas redes, portanto, o foco permanece nas partes diferenciadas e parciais.

³⁴⁴ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 165.

desses mesmos processos, se descreve como uma *ordem espontânea*³⁴⁵. Todavia, não se conclua pela equivalência de uma ordem espontânea a uma “ordem natural”, entendida como equilibrada de *per se*³⁴⁶. Antes, para LADEUR, actuam como instrumentos de “estabilidade na mudança” e contraponto às “condições de informação imperfeita e decisões imperfeitas” uma série de “convenções”, “regras de coordenação”, “costumes”, “standards” e “procedimentos” gerados, evolucionariamente, pela rede interindividual de relações e acções práticas³⁴⁷. Nesta dimensão, já se descortina o atributo processual – des-substancializado – da racionalidade defendida por LADEUR, uma vez que a tónica é colocada em processos transsubjectivos e em resultados não exactamente intencionados, antecipados ou definidos como objectivos a atingir, mas antes prática e evolucionariamente gerados³⁴⁸.

LADEUR utiliza, ainda, este quadro conceptual para esclarecer a forma como se gera o “capital social” da sociedade e como se produz conhecimento na sociedade. Não só o conhecimento se encontra necessariamente distribuído pelos vários indivíduos³⁴⁹, como a sua geração ocorre através da rede de relações e conexões entre eles, algo que evidencia, nomeadamente, a importante ligação entre acção prática e conhecimento, no sentido de um conhecimento que vai sendo gerado praticamente de um modo relacional, interactivo e conectivo³⁵⁰. Tais redes, com a sua dinâmica, são simultaneamente resultado e factores potenciadores da atitude experimental da sociedade e da procura pelo novo, num permanente processo de multiplicação de opções³⁵¹. A contribuir, contudo, decisivamente para a “autonomização do conhecimento como um sistema relacional transsubjectivo”³⁵² encontra-se a evolução, identificada por LADEUR, de

³⁴⁵ Neste sentido, LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 75. Novamente, parece-nos que transparece a influência hayekiana.

³⁴⁶ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 75.

³⁴⁷ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 76.

³⁴⁸ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 71.

³⁴⁹ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 57.

³⁵⁰ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre*, p. 93, e LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 164.

³⁵¹ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 127.

³⁵² Citámos de LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 168.

uma “sociedade dos indivíduos”³⁵³ para uma “sociedade das organizações”³⁵⁴. São os grupos e as organizações que, assumindo uma verdadeira função cognitiva³⁵⁵, protagonizam hoje os principais processos de geração de conhecimento ou capital social, atendendo, desde logo, à sua maior capacidade (comparativamente com os indivíduos) de “relacionamento sistemático” de elementos e variáveis³⁵⁶, para além de também elas se imbricarem, interna e externamente, em redes de relações intra- e inter-organizacionais, o que é requisito da sua produção cognitiva³⁵⁷⁻³⁵⁸.

2.4.3. O sistema jurídico na pós-modernidade

Importa reparar nalgumas implicações do pensamento por redes ao nível da Teoria do Direito³⁵⁹, designadamente a respeito das funções do sistema jurídico e das suas estruturas regulatórias. Já se disse que, na sociedade de tipo liberal que LADEUR defende, o conhecimento encontra-se distribuído por várias entidades, sejam indivíduos, organizações ou mesmo sistemas, o que inviabiliza

³⁵³ Cfr. Karl-Heinz LADEUR, “Die Netzwerke des Rechts”, in Michael Bommers / Veronika Tacke (Hrsg.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*, Wiesbaden: VS Verlag, 2011, pp. 143 a 146.

³⁵⁴ Cfr. LADEUR, “Die Netzwerke des Rechts...”, pp. 147 e ss., e LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 101.

³⁵⁵ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 121 e 263.

³⁵⁶ Cfr., assim, LADEUR, *Das Umweltrecht*, p. 96, afirmando que as “Organisationen sind lernfähiger”.

³⁵⁷ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 168.

³⁵⁸ Um dos principais impactos da sociedade das organizações é, ainda, aquele que consiste no facto de a “sociedade organizada” permitir repensar os modelos de causalidade e imputação até então utilizados – os utilizados na sociedade dos indivíduos e baseados na exclusiva imputação de responsabilidade a esses mesmos indivíduos –, introduzindo um novo plano – o plano colectivo – no qual os pensar, passando determinados riscos a serem percebidos como riscos colectivos e de responsabilidade colectiva, valorizando-se o conhecimento estatístico e difundindo-se a causalidade probabilístico-estocástica. Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 205 e 262 a 265, e LADEUR, *Das Umweltrecht*, pp. 56 e 115-116.

³⁵⁹ Apresentar-se-á aqui uma síntese do pensamento jurídico do Autor, uma vez que aspectos mais pormenorizados serão por nós utilizados na construção da nossa proposta da intersistematicidade.

qualquer apreensão e dominação do conhecimento ou do capital social por instâncias centrais dirigentes. Neste sentido, a posição de LADEUR concorre para a justificação do acentrismo societal³⁶⁰. Só que quando se procura traduzir juridicamente um pensamento por redes apresenta-se todo um novo programa para o Direito, particularmente no que tange à sua função e prestações societais. O Direito passa a ter de se modelar em razão de uma ordem heterárquica³⁶¹, em razão da rede transubjectiva de relações e conexões.

Por isso, não constitui surpresa que, em síntese, LADEUR proponha uma concepção de sistema jurídico que o funcionaliza à promoção da produtividade, dinamização e manutenção das redes relacionais e conectivas de produção de conhecimento, o mesmo é dizer, um Direito que longe de ser marcado ou mesmo instrumentalizado por intervencionismo legalista estatal, por generalização de expectativas ou por um objectivo de “gestão e controlo da comunidade” (AUGSBERG)³⁶², antes deixa espaço à formação espontânea das convenções sociais produzidas no âmbito das mesmas redes (convenções que não é suposto a lei querer substituir) e não prejudica nem perturba a importante auto-organização social³⁶³. Assim, haverá um “interesse comum” na “preservação da coordenação e cooperação dos sujeitos na rede de relações de interacções sociais” que se sobrepõe a qualquer interesse público ou bem comum estatalmente (heteronomamente, impositivamente, hegemonicamente) definido³⁶⁴, tudo de forma a potenciar, especialmente, a *capacidade de aprendizagem* da sociedade, que se traduzirá na “manutenção de uma multiplicidade de possibilidades e na liberdade para experimentar”³⁶⁵, o que ocorrerá não de uma “forma continuada e

³⁶⁰ Patente em LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 238 e 309.

³⁶¹ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 102.

³⁶² Cfr. AUGSBERG, “The Relevance of the Network...”, p. 393.

³⁶³ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, pp. 76 a 79, e VIELLECHNER, “The Network of Networks...”, p. 519.

³⁶⁴ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 78.

³⁶⁵ Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 89, afirmando adicionalmente “daß alternative Perspektiven, das Mitlaufenlassen von unterlegenen Vorschlägen, die Nachbesserung aufgrund neuer Informationen, zeitabhängige, auf Revision angelegte Entscheidungsverfahren etc. garantiert werden”. No mesmo sentido, antes, em Karl-Heinz LADEUR, “Perspectives on a Post-Modern Theory of Law: A Critique of Niklas Luhmann, ‘The Unity of the Legal System’”, in

incremental” mas como algo intimamente ligado à acção prática e como resultado de uma “autoprogramação aberta e incompleta”³⁶⁶. Num tal cenário, o sistema jurídico é independente de questões de moralidade e justiça³⁶⁷, uma vez que lhe estão subjacentes processos e práticas de cariz evolucionário, de que, em última análise, dependem os seus juízos e transformações³⁶⁸.

2.4.4. Os direitos fundamentais na pós-modernidade: a dimensão transsubjectiva

É com este pano de fundo que a teoria dos direitos fundamentais de KARL-HEINZ LADEUR deve ser abordada, particularmente a respeito do que o próprio designa como a “dimensão transsubjectiva dos direitos fundamentais”³⁶⁹. É que, segundo o Autor, “os direitos fundamentais são também «direitos impessoais» que protegem a auto-organização de regras sociais na sociedade”³⁷⁰.

A este propósito, especial destaque é dado aos direitos negativos enquanto direitos de defesa, aqui vistos não como formas de protecção do arbítrio ou de puras liberdades económicas de maximização de interesses individuais, mas sim como formas de protecção da “auto-organização de ordens emergentes”³⁷¹ (isto é, a ordem como resultado ou emergência de “auto-coordenação de acções no seio de uma rede distribuída”³⁷²). É que à liberdade em sentido negativo é imputado um potencial “criativo”, associado à “auto-criação de uma ordem colectiva não-hierárquica a partir do comportamento dos indivíduos”³⁷³.

Gunther Teubner (Ed.), *Autopoietic Law – A New Approach to Law and Society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1988, p. 270.

³⁶⁶ Cfr. LADEUR, *Das Umweltrecht*, p. 113.

³⁶⁷ Cfr. VIELLECHNER, “The Network of Networks...”, p. 520

³⁶⁸ Cfr. VIELLECHNER, “The Network of Networks...”, p. 520.

³⁶⁹ Cfr., muito recentemente, LADEUR, Karl-Heinz, “Die transsubjektive Dimension der Grundrechte”, in Thomas Vesting / Stefan Koriath / Ino Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 17-38.

³⁷⁰ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 21.

³⁷¹ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 30.

³⁷² Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 75.

³⁷³ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 56.

Com efeito, ao assegurar-se jusfundamentalmente a posição jurídica do indivíduo, nessa vertente negativa ou defensiva, o que se consegue é contribuir para a “manutenção da experimentação sob condições de incerteza”³⁷⁴, em linha com a lógica experimental da sociedade pós-moderna³⁷⁵. Ou seja, para todos os efeitos, os direitos fundamentais negativos promovem o “primado da acção prática” em contexto de crescente desconhecimento e mutação de conhecimento³⁷⁶.

Assim se estabelece, como se percebe, uma ponte entre os direitos fundamentais (negativos), o acentrismo societal da sociedade pós-moderna³⁷⁷ e a já referida rede relacional de produção de conhecimento: é que os direitos fundamentais negativos “sind dann gerade dadurch charakterisiert, dass sie notwendigerweise stets *von einer Vielzahl von Individuen auf unterschiedliche Weise ausgeübt werden müssen, damit ein transsubjektiver kollektiver Effekt, ein wirtschaftlicher Experimentalismus, eine lebendige politische Öffentlichkeit, künstlerische Kreativität etc. entstehen können*”³⁷⁸ (itálico nosso). Eis, pois, uma sua crucial prestação *cognitiva*, visto que os direitos de defesa “possibilitam a geração e distribuição de conhecimento, suportam a auto-organização da sociedade através de convenções variáveis e construtivas de orientação, e permitem a decisão sob condições de conhecimento incompleto”³⁷⁹.

Inversamente, criticam-se os direitos positivos. Acusam-se esses, em especial, de não evidenciarem suficiente capacidade de adaptação à permanente transformação da sociedade, designadamente devido a uma inata insensibilidade às consequências que deles derivam³⁸⁰. Induz-se, assim, e algo imanentemente, uma dinâmica incrementadora da (sempre maior) intervenção estadual, que só encontra limite na ausência de recursos³⁸¹. Por esse motivo, os direitos positivos dificultam as operações de “auto-observação”, “auto-revisão” e aprendizagem,

³⁷⁴ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 30.

³⁷⁵ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 30.

³⁷⁶ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 31.

³⁷⁷ Leia-se, sobre o assunto, TERRINHA, *O Direito Administrativo na Sociedade*, pp. 314 e ss.

³⁷⁸ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 31.

³⁷⁹ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 89.

³⁸⁰ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 97.

³⁸¹ Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 97.

essenciais a uma sociedade liberal que procura gerir a indeterminação com que se defronta³⁸².

Ademais, na sociedade das organizações e das redes, fragmentada por diversas comunidades epistémicas, cunhada pela multiplicação do desconhecimento e caracterizada pela crescente instabilidade das normatividades jurídica e social baseadas em experiência pretérita³⁸³, nessa sociedade apelidada de pós-moderna e em rápida auto-transformação fruto de uma intensiva aceleração social³⁸⁴, requer-se uma sempre itinerante e activa “atenção” baseada em “experimentação” e “desenho de espaços de opção”³⁸⁵. Assim, defende LADEUR, perde significado e relevância a “explícita produção jurídica enquanto instituição formal e enquanto forma de estabelecimento de limites aos direitos fundamentais”³⁸⁶. Num contexto de geração casuística e mutável do sentido das normas (prático-aplicativamente gerado), em que “Es

³⁸² Cfr. LADEUR, *Negative Freiheitsrechte*, p. 98. A propósito, vd. HASE, Friedhelm, “Grundrechtliche Freiheit und soziale Freiheit”, in Thomas Vesting / Stefan Koriath / Ino Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 183-198 (196-198, em especial).

³⁸³ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 33-34.

³⁸⁴ Especificamente sobre o tema, com muito interesse, ROSA, Hartmut, *Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005. O Autor associa as estruturas temporais da modernidade a um subjacente processo generalizado de *aceleração social* (p. 24), drasticamente reforçado, nas últimas décadas, com uma série de inovações tecnológicas (pp. 333 e ss.). Essa aceleração social apresenta essencialmente três dimensões (síntese na p. 462): 1) *aceleração técnica (technische Beschleunigung)*, evidente na aceleração dos transportes, comunicação e produção; 2) *aceleração da transformação social (Beschleunigung des sozialen Wandels)*, relacionada com o aumento das “taxas de alteração social”, seja quanto às “estruturas de associação”, “complexos de conhecimento” ou formas e critérios de acção da sociedade, e evidente no aumento da rapidez de mudança da moda, estilos de vida, relações laborais, estruturas familiares, ligações políticas; 3) *aceleração do tempo de vida (Beschleunigung des Lebenstempos)*, em termos de diminuição dos recursos temporais disponíveis, evidente nas queixas de “falta de tempo” e *stress*, simultaneamente aumentando o número de “episódios de acção e experiência por unidade de tempo” (muito por força dos próprios avanços tecnológicos).

³⁸⁵ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 36.

³⁸⁶ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 36.

gilt, was «geht»³⁸⁷, e em que os direitos fundamentais se acham “acoplados à facticidade do político e do social”, expandindo dessa forma o seu alcance ou âmbito de aplicação, nesse contexto, sustenta-se, os “direitos fundamentais encontram os seus limites apenas em outros direitos fundamentais, contra os quais devem ser «ponderados»³⁸⁸. Razão, pois, para LADEUR afirmar que a “disseminação do princípio da proporcionalidade e da ponderação de bens são formas dissimuladas de reconhecimento de uma transformação profunda do Direito (Constitucional)”³⁸⁹.

É a partir daqui que, muito curiosamente, LADEUR se aproxima de posições assumidas na linha de raciocínio prosseguida por TEUBNER. Com efeito, LADEUR entende que a racionalidade “relacional” da sociedade das redes requer um Direito concebido como uma “ordem experimental”, um Direito reflexivo que toma em atenção as “regras societais” em formação e permanente transformação³⁹⁰. Aqui, não pode mais pretender-se obter uma ponderação ou concordância prática entre direitos fundamentais³⁹¹, mas tão-somente uma protecção jusfundamental por intermédio das normas sociais e de um *direito de colisões* que busque a “compatibilização de diferentes racionalidades sistémicas parciais” (*Abstimmung verschiedener Teilrationalitäten*)³⁹². Nesta medida, propõe LADEUR uma *processualização* – e não *materialização* – da dogmática jusfundamental, de modo a permitir que os direitos fundamentais sirvam a “manutenção da produtividade das instituições para a «sociedade das redes»³⁹³, o que, no fundo, se reconduz a tornar essas mesmas redes mais porosas e sensíveis a efeitos externos que possam causar, a impedir ou deslindar “auto-bloqueios” das redes, a induzir variedade nas operações das redes, a preservar

³⁸⁷ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 34,

³⁸⁸ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 36.

³⁸⁹ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 33.

³⁹⁰ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 37-38.

³⁹¹ Cfr., sem prejuízo do que nos parecem ser evoluções posteriores do seu pensamento, LADEUR, Karl-Heinz, “«Abwägung» – ein neues Rechtsparadigma?”, *ARSP* LXIX (1983), pp. 463-483 (472-475, em especial).

³⁹² Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 38.

³⁹³ Cfr. LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 38.

instituições produtoras de conhecimento e a remeter a resolução de problemas para a sociedade³⁹⁴.

2.4.5. Os direitos fundamentais na pós-modernidade: a dimensão transsubjectiva (II) – exemplos

A título de concretização-aplicação, LADEUR recorre a casos envolvendo Carolina do Mónaco, em que esta reage contra a divulgação pública na imprensa de várias fotos suas retratando momentos privados (a fazer equitação, a passear com um homem em França, a ir às compras, a desfrutar de férias na neve ou simplesmente a andar de bicicleta)³⁹⁵. À luz deste conflito entre a liberdade de imprensa e o direito de privacidade, que envolveu jurisprudência alemã e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), LADEUR procura demonstrar, de uma banda, a importância de permitir e respeitar (juridicamente) a formação de normatividades sociais próprias auto-reguladoras e, de outra banda, a contingência do sentido normativo e, com tanto, a relevância das múltiplas redes de decisões jurisdicionais concretizadoras dos conteúdos jusfundamentalmente protegidos³⁹⁶.

Com efeito, na primeira prolação do TEDH a este respeito, que remonta a 2004³⁹⁷, adoptou-se um sentido decisório que contrariava as decisões jurisdicionais alemãs sobre o assunto: enquanto os tribunais alemães (tanto os da jurisdição comum como a jurisdição constitucional federal) entenderam que o facto de Carolina do Mónaco ser uma figura da história contemporânea (uma “Person der Zeitgeschichte”) implicava a existência de um interesse legítimo em observar os seus comportamentos em público (inclusivamente, atendendo ao papel modelo a desempenhar), já o TEDH considerou que o referido tipo de fotos

³⁹⁴ Assim, LADEUR, “Die transsubjektive Dimension...”, p. 38.

³⁹⁵ A propósito, veja-se um relato-comentário com detalhe em <https://www.publico.pt/2012/04/06/jornal/a-privacidade-da-princesa-carolina-do-monaco-24321122>.

³⁹⁶ Cfr. LADEUR, Karl-Heinz, “Öffentliche Privatheit”, in Bertram Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 47-60.

³⁹⁷ Leia-se a decisão completa do TEDH em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61853>

não contribuía em nada para um “debate de interesse geral”, antes se destinando tão-somente a, por entretenimento, satisfazer a curiosidade alheia³⁹⁸.

Em 2012, numa situação com outros protagonistas, o jornal alemão *Bild* publicou fotos de um conhecido artista a ser detido em público por posse de droga. Os tribunais alemães consideraram essa divulgação ilegal, designadamente por não haver aí qualquer conexão a um debate de interesse geral. Desta vez, porém, o TEDH foi da opinião que se verificava um interesse geral na disseminação da informação, fosse porque a detenção tinha ocorrido no espaço público, fosse porque se tratava de uma pessoa conhecida que, por isso mesmo, não podia legitimamente esperar que um problema da sua vida privada não fosse noticiado³⁹⁹.

Finalmente, também em 2012, e novamente a propósito de acções movidas por Carolina do Mónaco, o TEDH, em linha de convergência com novas decisões dos tribunais alemães, considerou que a publicação de uma foto em que aquela aparecia com o marido numa estância de esqui não violava o seu direito de privacidade, atento haver uma relação temporal e funcional da mesma com relatos jornalísticos acerca da doença por que passava o Chefe de Estado do Mónaco, Príncipe Rainier III (pai de Carolina). Em razão disso, verificava-se, como sustentavam agora os tribunais alemães em aplicação da jurisprudência anterior do TEDH, um contributo da foto para um debate de interesse geral⁴⁰⁰.

Em face deste cenário, LADEUR crê que o TEDH acabou por criar um “caos”: seja porque, num primeiro momento, é crítico das decisões dos tribunais alemães permissivas da publicação de certas fotos, admitindo a violação do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH); seja porque, num segundo momento, em que os tribunais alemães procuraram ser mais cautelosos, recusando a publicação de determinadas fotos numa tentativa de aplicar os critérios anteriormente fornecidos pelo próprio TEDH, vem afinal declarar que aqueles violaram com isso o direito de liberdade de imprensa; seja porque, num

³⁹⁸ Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, pp. 49-50.

³⁹⁹ Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, pp. 50-51. Leia-se a decisão completa do TEDH em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109034>.

⁴⁰⁰ Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, p. 51. Leia-se a decisão completa do TEDH em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109029>.

terceiro momento, defere relativamente às decisões dos tribunais alemães, aceitando a razoabilidade da ponderação efectuada por estes entre liberdade de imprensa e reserva da vida privada⁴⁰¹.

Em jeito de comentário crítico, LADEUR começa por colocar a tónica numa resolução de conflitos que dê a devida importância à “auto-organização societal de regras”, designadamente, aqui, a auto-organização e auto-regulação da imprensa (sem prejuízo da respectiva relação produtiva com hetero-regulação estatal)⁴⁰². É uma ideia que pretende conduzir ao reconhecimento e aceitação da pertinência de normas sociais nos processos de decisão jurisdicional, devendo os tribunais engajarem-se numa “cooperação informal” com os “actores sociais” geradora de uma “espécie de «ordem negociada»”⁴⁰³. E isso, desde logo, porque não existe “nenhum método estável de compatibilização do público e privado”⁴⁰⁴. Nestes termos, impõe-se a “transição de um constitucionalismo vertical para um «constitucionalismo horizontal»”⁴⁰⁵, o que, concretamente e a propósito do papel do TEDH, conduz LADEUR a criticar fórmula típica da “margem de apreciação” por aquele utilizada⁴⁰⁶: é que tal margem é concedida aos Estados, quando, num quadro de pluralismo normativo, defende o Autor, deveria ser concedida às “sociedades”⁴⁰⁷. O objectivo é, sobretudo, o de permitir assegurar o reconhecimento de diferenças legítimas, nas várias ordens normativas, quanto aos sistemas de comunicação social e respectiva conformação jurídica

⁴⁰¹ Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, p. 51.

⁴⁰² Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, p. 53.

⁴⁰³ Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, p. 55.

⁴⁰⁴ Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, p. 55.

⁴⁰⁵ Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, p. 56. No mesmo sentido, BOTELHO, Catarina Santos, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – Ou Revisitar as Normas Programáticas*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 494 (sublinhando, precisamente, que se deve evitar a lógica piramidal-hierárquica, preferindo-se a ideia de pluralidade e horizontalidade de ordens jurídicas).

⁴⁰⁶ Entre nós, *vd.* BOTELHO, Catarina Santos, “*Quo vadis «doutrina da margem nacional de apreciação?»* O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional”, in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Direito e Justiça, vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pp. 341-376.

⁴⁰⁷ Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, p. 56.

(legislativa ou jurisprudencial)⁴⁰⁸. A conclusão a tirar, relativamente à protecção multinível de direitos fundamentais, torna-se evidente: se, no campo da imprensa, as normas sociais e as decisões jurídicas se formam nacionalmente – sendo, pois, nacionalmente que se procura encontrar um equilíbrio socialmente pactuado entre o público e o privado⁴⁰⁹ –, então o TEDH encontra aí precisamente fortes limitações ao seu papel, que, não podendo ser o de um harmonizador, terá de ser o de mero “catalisador” da auto-organização e auto-regulação das redes a operar no âmbito da liberdade de imprensa⁴¹⁰.

Repare-se, por fim, e globalmente, que uma doutrina como a de LADEUR, que estabelece a ponte entre os direitos fundamentais e uma certa epistemologia social, ao reforçar os aspectos relacionados com a auto-regulação e auto-organização da sociedade, está em condições de dar importantes contributos

⁴⁰⁸ Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, p. 57, com a seguinte questão: “Welchen Sinn sollte es z. B. haben, in der europäischen Rechtsprechung einheitliche Regeln für die Kommunikation durchzusetzen, wenn tatsächlich die Mediensysteme ebenso wie das Netzwerk der Medienrechtsentscheidungen sich um separierte «nationale» Öffentlichkeiten und ihre jeweiligen Varianten eines «negotiated order» entwickeln?”.

⁴⁰⁹ Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, p. 58, com referência às diferenças entre os sistemas francês e americano de protecção da personalidade e da vida privada.

⁴¹⁰ Cfr. LADEUR, “Öffentliche Privatheit...”, p. 59. De notar, a propósito, que já perspectiva semelhante havia sido veiculada por SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na arena global*, 2.^a edição, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, pp. 124-125, quando, relativamente ao mesmo caso de Carolina do Mónaco, escreve que: “O caso ilustra bem as dificuldades que existem no reconhecimento a um tribunal supranacional de poderes para efectuar uma ponderação de direitos no contexto das relações jurídicas horizontais, sobretudo quando essa ponderação assenta, como é o caso do TEDH, em um juízo posterior à ponderação que é efectuada pelos tribunais nacionais, que decidem em função do seu modelo cultural. // O conflito entre liberdade de imprensa e reserva da vida privada constitui, neste âmbito, um *case study* privilegiado, pois a diversidade de modelos culturais de referência – o francês que promove a protecção da vida privada, o inglês que privilegia a liberdade de imprensa e o alemão que é pretensamente eclético – põe em evidência as deficiências que um controlo superior e sem referente cultural próprio enfrenta, e o perigo daí resultante de que as suas decisões, não obstante a referência formal à margem de livre apreciação dos Estados, redundem em um fundamentalismo autopoiético e arbitrário”.

argumentativos para a defesa de uma *reserva da sociedade*, contra o omnipresente intervencionismo estatal⁴¹¹.

2.4.6. Direitos fundamentais e *vizinhança* (VESTING)

É interessante destacar, também, que THOMAS VESTING não anda muito longe de algumas ideias de LADEUR, em especial quando propõe um “modelo de vizinhança” (*Modell der Nachbarschaft*) para “suplementar” o entendimento dominante estatocêntrico dos direitos fundamentais⁴¹². As *relações de vizinhança* traduzem, essencialmente, uma situação em que “os sujeitos se observam reciprocamente” e “procuram estabilizar as suas relações em interligações de vizinhança”⁴¹³.

Tem-se, pois, em vista uma ulterior compreensão dos direitos fundamentais de índole liberal, baseada no “primado da auto-coordenação e auto-organização horizontal dos indivíduos”⁴¹⁴. Com efeito, para VESTING, os direitos fundamentais acham-se inseridos (*Eingebettet-Sein*) numa “rede de relações práticas”, sendo “inseparáveis de campos de sentido sociais complexos e de mundos-vida culturais”⁴¹⁵. Retoma-se a ideia crucial de que os direitos fundamentais “institucionalizam um «princípio de ordem acêntrica»”⁴¹⁶, isto é, institucionalizam uma “rede de direitos humanos e do cidadão descentralizada e

⁴¹¹ Cfr. OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2013, p. 192, e OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à legalidade*, Coimbra: Almedina, 2007 (reimpressão da edição de 2003), pp. 863 e ss.

⁴¹² Cfr. VESTING, Thomas, “Nachbarschaft. Grundrechte und Grundrechtstheorie in der Kultur der Netzwerke”, in Thomas Vesting / Stefan Koriöth / Ino Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 57-84 (p. 60). Leia-se, também, VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, pp. 106 e ss., em especial.

⁴¹³ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 60.

⁴¹⁴ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 60.

⁴¹⁵ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 70.

⁴¹⁶ Cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, p. 105.

espontaneamente exercidos”⁴¹⁷ associada a um subjectividade que se liberta do peso da tradição em favor de maior “abertura” e “experimentação”⁴¹⁸.

O grande corolário de tal entendimento, como está bom de ver, é considerar que a normatividade jusfundamental “apenas é constituída através de redes de relação e comunicação práticas”⁴¹⁹. Eis como, de resto, se chega novamente a uma dimensão primariamente impessoal dos direitos fundamentais, de tal sorte que os respectivos titulares individuais, ao exercerem-nos, afirmam-se como participantes de uma rede de relação e comunicação que os transcende⁴²⁰. Afasta-se, portanto, a imagem de um sujeito isolado ou fechado sobre si, para abrir caminho a um exercício jusfundamental que está já enquadrado e conformado – quando não pré-determinado – por prévios sistemas de sentido e práticas significantes⁴²¹. Não existe nesta medida um *sujeito soberano*, mas tão-só um sujeito culturalmente inserido, pelo que o sujeito dos direitos fundamentais não pode ser apreendido independentemente desse “horizonte de experiências humanas”⁴²². Ora, os direitos fundamentais, num quadro de vizinhança, são “formas de interconexão e intermediação entre indivíduos”, possibilitadores da construção da subjectividade e individualidade – subjectividade e individualidade que ninguém por si mesmo e absolutamente sozinho poderia construir⁴²³.

A partir do momento em que, como explicado, se vêem os direitos fundamentais “ancorados numa estrutura colectiva de vizinhança”⁴²⁴, é muito fácil dar o passo para uma sua radical despersonalização ou desindividualização.

⁴¹⁷ Cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, p. 105.

⁴¹⁸ Cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, p. 106.

⁴¹⁹ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 71.

⁴²⁰ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 71.

⁴²¹ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 71. O Autor procura concretizar isso com o exemplo da liberdade religiosa, uma vez que a a religião se afigura, precisamente, um “campo de sentido supra-individual”, de modo que o crente individual encontra-se perante um “conjunto de regras, padrões de comportamento e convicções comuns” que lhe são pré-existentes e do qual depende, para todos os efeitos, a sua crença.

⁴²² Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, pp. 73-74.

⁴²³ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 75.

⁴²⁴ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 72.

Com efeito, o “sujeito” dos direitos fundamentais deixa de ser a pessoa ou indivíduo: “[...] das Subjekt der Freiheitsrechte des Grundgesetzes sind die fundamentalen Formen der Verknüpfung zwischen den Individuen selbst, die stets dynamischen nachbarschaftlichen Beziehungen der Rechtspersonen, das freie und produktive Spiel ihrer Interaktionen” – o sujeito dos direitos fundamentais é, na verdade, *o outro* do indivíduo, é a rede de relações e comunicações cultural e societalmente inserida que pré-existe e enquadra o indivíduo⁴²⁵. A liberdade individual não é senão um efeito emergente dessas redes relacionais comunicativas, desse conjunto de interações plurais interconectadas⁴²⁶. Nesta medida, a função dos direitos fundamentais cumpre-se na “garantia da abertura da auto-organização de uma multiplicidade de campos de acção, bem como da associada geração de instituições para lá de uma posição central do Estado”⁴²⁷. Daí, por influência igualmente de TEUBNER, o acolhimento dado por VESTING à ideia da formação de uma multiplicidade de constituições parciais de determinados âmbitos sociais (em linha com as coordenadas do constitucionalismo societal)⁴²⁸, entendendo mesmo que estas *Bereichsverfassungen* se tornam o “parâmetro do exercício de direitos fundamentais” (*Maßstab der Grundrechtsausübung*)⁴²⁹, uma vez que cristalizam a operatividade especificamente diferenciadora de um dado âmbito, com as correlacionadas expectativas, regras ou instituições⁴³⁰. Ora, o que em cada campo social cumprirá assegurar é a conformidade das respectivas normatividades às correspondentes constituições parciais sociais, e não necessariamente, por defeito, a uma qualquer todo-poderosa constituição política (basta pensar no efeito horizontal de direitos fundamentais entre

⁴²⁵ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 76, e VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, p. 107.

⁴²⁶ Cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, p. 107.

⁴²⁷ Cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, p. 107.

⁴²⁸ Tópico essencialmente desenvolvido em VESTING, Thomas, “Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne”, in Thomas Vesting / Stefan Koriath (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 71-94.

⁴²⁹ Cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, p. 108.

⁴³⁰ Cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, p. 109.

privados e na aplicação, necessariamente diferenciada, do princípio da igualdade nas relações jurídico-privatísticas – cujas exigências variarão em razão, também, do âmbito social em causa)⁴³¹.

Logo, os campos jusfundamentais também nunca são algo de pré-determinado e fechado, antes são o produto – instável porque potencialmente em constante transformação e evolução – de um “interminável processo comunicativo entre os sujeitos jurídicos”⁴³². Dogmaticamente, propõe-se o abandono da imagem dos “âmbitos de protecção espaciais” em favor de uma concepção dos direitos fundamentais como “espaços de relação abertos e dinâmicos”, nos quais determinadas comunidades epistémicas (consoante o campo em causa) processam o direito fundamental e a normatividade a ele associada⁴³³.

O objecto da protecção jusfundamental é, portanto, e em síntese, a “rede de comunicação” ela própria, da qual depende, em última análise, e sem prejuízo da sua mutabilidade, a constituição dos sujeitos da comunicação⁴³⁴. Por exemplo, o sujeito da liberdade religiosa é a “possibilidade do exercício comunitário de religiões, incluindo a protecção das necessárias estruturas e costumes, das igrejas, dos cultos, dos ritos, das liturgias, etc.”⁴³⁵, enquanto o sujeito da liberdade científica é o “complexo comunicativo e de acção daquelas comunidades epistémicas” nas quais operam e se acham inseridos os cientistas,

⁴³¹ Cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, pp. 108-109. Por exemplo, os critérios anti-discriminação no acesso à universidade ou à escola serão diferentes dos critérios anti-discriminação valentes para as relações que o indivíduo estabelece com comunidades religiosas ou com empresas do sector económico.

⁴³² Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 77. O mesmo valendo, em geral, para a Constituição, como defende, no quadro de uma teoria pós-moderna do fenómeno constitucional, VESTING, “Ende der Verfassung?...”, pp. 78 e ss.: “[...] ist für ein postmodernes Verfassungsverständnis das netzwerkartige Moment der Ordnungsbildung in Anschlag zu bringen, die Indeterminiertheit der Verfassung, ihr durch die Anfangsbedingungen nicht abschließend festgelegter Informationsreichtum”.

⁴³³ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 78.

⁴³⁴ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 78.

⁴³⁵ Cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, p. 108.

de tal sorte que a protecção jusfundamental visa assegurar a autonomia do processo científico, com a sua constante discussão e criação⁴³⁶.

2.4.7. Direitos fundamentais e *vizinhaça*: concretização

Mais detidamente, VESTING foca o direito de liberdade de expressão (*Meinungsfreiheit*). Uma das suas principais perspectivas consiste em sublinhar a necessidade e importância de atender ao *meio* de comunicação usado (isto é, se através da imprensa escrita, da rádio, de filme ou de um blog na internet)⁴³⁷. Ante um espaço público de meios de comunicação de massa (*massenmediale Öffentlichkeit*), sublinha desde logo o Autor que a liberdade de expressão não pode ser redutoramente apreendida como liberdade de “exteriorização ilimitada e irrestrita de uma opinião própria” da parte de um sujeito singular e individual⁴³⁸. Do ponto de vista de VESTING, esse sujeito absolutamente solipsista acha-se correntemente “substituído pela ideia de uma rede, na qual a garantia estatal da reprodução de um espaço público funcional assume o papel de um terceiro, vinculante dos sujeitos de direitos fundamentais e das suas relações de vizinhaça”⁴³⁹. Assim se explica, por exemplo, que no referido espaço público dos meios de comunicação de massa se imponha a adequada difusão de “interesses, valores e convicções dos mais significativos grupos políticos e sociais de toda a sociedade”⁴⁴⁰. Há portanto, aqui, uma “componente institucional” da liberdade de expressão que exige “abertura, pluralismo e profissionalismo” nos meios de comunicação de massa, até porque isso são “condições de possibilidade da liberdade de expressão”⁴⁴¹.

Nesta linha de pensamento, então, a liberdade de expressão “não pode continuar a ser concebida como um direito de defesa do indivíduo contra o

⁴³⁶ Cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, p. 108.

⁴³⁷ Cfr. VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, p. 201.

⁴³⁸ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, pp. 79-80.

⁴³⁹ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 79.

⁴⁴⁰ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 79.

⁴⁴¹ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 80: “[...] dass es nur schwer vorstellbar erscheint, wie ein Individuum in der Lage sein sollte, sich ohne eine bereits existierende Pluralität zugänglicher Informationsquellen eine eigene (politische) Meinung zu bilden und diese zu artikulieren”.

Estado”⁴⁴². Ao invés, o que este direito fundamental protege é o recurso a um “fluxo de comunicação” pelos indivíduos que nele queiram participar, com tanto contribuindo para a transformação daquele⁴⁴³ (eis, de resto, porque acentua ROSSEN-STADTFELD a “interpenetração funcional” entre a “liberdade individual-pessoal” e a “autodeterminação colectivo-democrática”⁴⁴⁴). Daí, também, a importância de atender ao *meio* de exteriorização da opinião, na medida em que, entende-se, a protecção jusfundamental terá de ser diferenciada consoante o *meio* que estiver em causa⁴⁴⁵.

Para concretizar isso mesmo, VESTING recorre a um caso decidido pelo *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) em 17 de Setembro de 2012. Aí, o conflito era entre um advogado (doravante: A1) que publicava regularmente artigos de opinião política tanto nos jornais como na página web do seu escritório e um outro advogado (doravante: A2) que, inicialmente num blog e depois no respectivo fórum, sempre sob pseudónimo, decidiu comentar especificamente os artigos escritos pelo primeiro (A1). Nesses comentários do blog e fórum, A2 acaba por qualificar as perspectivas de A1 como de extrema direita. E, numa carta que lhe dirige pessoalmente e que acaba por ficar acessível online de forma geral, apelida-o mesmo de “radical de direita”. Muito embora os tribunais da jurisdição comum tenham dado razão a A1, ordenando a A2 que se abstivesse de adjectivar as posições daquele como de extrema direita, a verdade é que o

⁴⁴² Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 81.

⁴⁴³ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 81. Semelhantemente, ROSSEN-STADTFELD, Helge, “Medien”, in Thomas Vesting / Stefan Koriath (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 95-119 (100-102).

⁴⁴⁴ Cfr. ROSSEN-STADTFELD, Helge, “Medienfreiheit: Mittel des Politischen”, in Thomas Vesting / Stefan Koriath / Ino Augsberg (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, pp. 199-230 (211).

⁴⁴⁵ Cfr. VESTING, “Nachbarschaft...”, p. 81. O Autor sublinha, por exemplo, que: “In Beleidungs- und Diffamierungsfällen hätte also [...] das Medium, in dem eine Diffamierung stattfindet, eine ausschlaggebende Rolle zu spielen”.

Tribunal Constitucional entendeu que isso constituía uma violação do direito de liberdade de expressão de A2⁴⁴⁶.

Como facilmente se antecipa, VESTING critica esta mesma decisão, designadamente pela sua cegueira e indiferença aos meios de comunicação utilizados para a exteriorização dos comentários de A2 (blog)⁴⁴⁷. É que, ao proceder como procedeu (isto é, desconsiderando as “condições comunicativas específicas da internet”⁴⁴⁸), entende o Autor que o *BVerfG* “negligenciou” e “subestimou” as consequências negativas que poderiam advir dos comentários de A2 para A1⁴⁴⁹. Como é sabido, rapidamente um *post* deste género num blog pode ser difundido por outros blogs, atingindo, no limite, uma atenção pública generalizada⁴⁵⁰. Esta facilidade de migração de conteúdos deve, pois, ser vista como uma especificidade da comunicação na web, que merece análise própria⁴⁵¹. Acresce que, em face deste meio, nem sequer será tão útil lançar mão do típico de direito de resposta da imprensa escrita, que se pode achar vazio de efeito e de impacto quando o preciso conteúdo que se contra-ataca já está multiplicado por dezenas, centenas ou mesmo milhares de sítios web, sem que o direito de resposta goze de circulação em igual escala⁴⁵².

À posição do *BVerfG* contrapõe VESTING que não se pode obnubilar que a protecção da liberdade de expressão visa a “protecção da integridade do espaço público como instituição prévia ao indivíduo”⁴⁵³. Logo, aquela deverá, em concreto, preponderar ou prevalecer sempre que seja em favor deste propósito, sendo que, no caso em análise, os comentários de A2 a propósito dos textos opinativos de A1 não consistiam numa discussão aturada e argumentativa das orientações por este último assumidas. Por isso, pouco ou nada se retiraria dos comentários de A2 em termos de “contributo para uma comunicação pública de

⁴⁴⁶ Este sumário segue a exposição sintética fornecida por VESTING, “Digitale Entgrenzung...”, pp. 81-82.

⁴⁴⁷ Cfr. VESTING, “Digitale Entgrenzung...”, p. 84.

⁴⁴⁸ Cfr. VESTING, “Digitale Entgrenzung...”, p. 84.

⁴⁴⁹ Cfr. VESTING, “Digitale Entgrenzung...”, p. 84.

⁴⁵⁰ Cfr. VESTING, “Digitale Entgrenzung...”, p. 84.

⁴⁵¹ Cfr. VESTING, “Digitale Entgrenzung...”, p. 85.

⁴⁵² Assim, VESTING, “Digitale Entgrenzung...”, p. 85.

⁴⁵³ Cfr. VESTING, “Digitale Entgrenzung...”, p. 86.

interesse geral”⁴⁵⁴. Nesta medida, VESTING entende que o *BVerfG* não só deveria ter decidido de modo contrário, como perdeu uma boa oportunidade de promover uma “civilização da comunicação na internet”⁴⁵⁵, fosse incentivando processos de normação autónomos por parte dos blogs e demais fóruns na internet, fosse delineando esquemas de resolução deste tipo de conflitos (mesmo que meramente processuais ou procedimentais)⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Cfr. VESTING, “Digitale Entgrenzung...”, p. 88.

⁴⁵⁵ Cfr. VESTING, “Digitale Entgrenzung...”, p. 87.

⁴⁵⁶ Cfr. VESTING, “Digitale Entgrenzung...”, p. 88. Em VESTING, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, pp. 204-205, concretiza-se sublinhando, de uma banda, que a conformação dos direitos fundamentais através de legislação estatal tem de se abrir para a auto-organização social de regras, convenções e valores, e, de outra banda, que sempre poderão o Estado ou os tribunais trabalhar na formulação de soluções adaptadas à sociedade em rede, por exemplo obrigando as empresas privadas a instituírem “cyber courts” no espaço digital. *Vd.*, também, ROSSEN-STADTFELD, “Medien...”, pp. 117-118.

3. Observação conclusiva

Em jeito de comentário final, fecharíamos este estudo ressaltando que o que se visou foi, tão-somente, apresentar e abordar certas perspectivas acerca dos direitos fundamentais que, do nosso ponto de vista, podem complementar bem a leitura tipicamente mais dogmática da jusfundamentalidade. Ao direito fundamental como direito subjectivo junta-se, então, o direito fundamental como garantia da diferenciação funcional da sociedade moderna, como regra de conflitos entre racionalidades sociais distintas, como sustentáculo do exercício do poder político, e, por fim, como instrumento de protecção e promoção da auto-organização social. Em qualquer uma destas vertentes, sem prejuízo dos seus pontos de convergência e divergência, fica, porém, claro que o(s) discurso(s) apresentado(s) acentuam a inevitabilidade de nos consciencializarmos da contingência dos direitos fundamentais, ao invés de os tentarmos radicar em valores transcendentais universais, passíveis de se constituírem como base valorativa social transversal⁴⁵⁷.

Acresce que, a tal dimensão transsubjectiva dos direitos fundamentais em articulação com uma ciência jurídica auto-compreendida como *jurisprudência sociológica*, pode, em certos aspectos, equipar o jurista para, de uma banda, entender melhor os problemas sociais subjacentes e, de outra banda, resolver de forma mais criativa, ponderada e esclarecida os conflitos jusfundamentais. É certo, porém, que neste estudo apenas se lançam as bases de uma tal reflexão: muito haverá ainda a desbravar para poder mais cabalmente traduzir as perspectivas expostas em concretas propostas metodológicas, úteis e pertinentes à prática jurisdicional de dizer o que o direito é. Eis o que fica em aberto.

⁴⁵⁷ Assim, HENSEL / TEUBNER, “Horizontal fundamental rights...”, p. 161, FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, p. 109, e AUGSBERG, “Autonomie als soziale Konstruktion...”, p. 41. O que se escreveu é ainda particularmente evidente quando se foca o *problema transconstitucional* a que alude NEVES, Marcelo, “(Dis)solving constitutional problems: transconstitutionalism beyond collisions”, in Andreas Fischer-Lescano / Hannah Franzki / Nora Markard / Stefan Oeter (Ed.), *Contested Regime Collisions. Norm Fragmentation in World Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 169-197 (182-190), contrapondo a diferente “ideia de vida humana” nas comunidades indígenas àquela que é usual nas sociedades ocidentais.

O presente texto visa apresentar ao público português, de forma coerente e sistematizada, o essencial das teorias dos direitos fundamentais de quatro autores: Niklas Luhmann, Gunther Teubner, Chris Thornhill e Karl-Heinz Ladeur.

Assim, perspectivam-se os direitos fundamentais enquanto: (i) garantias da diferenciação funcional da sociedade moderna; (ii) regras de conflitos de racionalidades sistémico-sociais; (iii) instrumentos de afirmação e difusão do poder político; (iv) mecanismos promotores de processos de auto-organização e auto-regulação social.

Uma ideia perpassa toda a exposição: a jusfundamentalidade não se esgota no direito subjectivo fundamental, antes exhibe uma acentuada dimensão transsubjectiva. Isso mesmo se procura demonstrar com recurso a casos da vida prática, problematizados de acordo com o modelo de uma jurisprudência sociológica. Eis pois como se dá, igualmente, um contributo para uma ciência jurídica socialmente radicada e consciente.



CATÓLICA

CEID · CENTRO DE ESTUDOS
E INVESTIGAÇÃO EM DIREITO

CATÓLICA
RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

LISBOA · PORTO



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO