

**Texto do Artigo**

**ALOPOIESE DO DIREITO E RESTRIÇÕES A DIREITOS SOCIAIS: REFLEXÕES SISTÊMICAS  
SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DOS DIREITOS DE PRESTAÇÃO POSITIVA**

Gilson Alves de Santana Junior<sup>1</sup>

**Resumo**

O presente artigo pretende analisar o fenômeno da alopoiese do sistema jurídico brasileiro e sua dominação pelo sistema econômico, descaracterizando o seu código-diferença enquanto “gate keepers” ou “eclusas” sistêmicas, comprometendo assim seu bom funcionamento como instância garantidora de direitos fundamentais e pacificadora de conflitos sociais. Para tanto, utiliza como base a teoria luhmaniana do direito como sistema social aliada ao conceito de alopoiese do direito do professor Marcelo Neves e à teoria ecológica do direito do professor Walber Araújo Carneiro para refletir sobre as restrições de direitos fundamentais por interferências extrajurídicas. O artigo não pretende examinar detalhadamente as restrições a direitos sociais, mas sim perceber a sua ocorrência e explicar a sua origem enquanto manifestações da perda de autorreferência do sistema jurídico em prol de projetos econômicos e político-partidários sem considerar os interesses dos trabalhadores e a manutenção ou fortalecimentos dos seus direitos fundamentais. Além disso, apontará um caminho para a superação do problema a partir da teoria reflexiva do Direito. A metodologia empregada é o estudo bibliográfico de produções acadêmicas de referência, que deem suporte ao empreendimento aqui apresentado.

**Palavras-chave:** Direitos sociais; alopoiese; restrições; fundamentos econômicos.

**Abstract**

This article intends to analyze the phenomenon of allopoiesis of the Brazilian legal system and its domination by the economic system, mischaracterizing its code-difference as systemic “gate keepers” or “locks”, thus compromising its proper functioning as a guaranteeing instance of fundamental rights and peacemaker. of social conflicts. To do so, it uses Luhman's theory of law

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Especialista em Direito do Estado. Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Núcleo de Pesquisa e Extensão da Universidade do Estado da Bahia - campus XIX. Advogado. E-mail: gjunior@uneb.br

as a social system as a basis, combined with the concept of allopoiesis of law by Professor Marcelo Neves and the ecological theory of law by Professor Walber Araújo Carneiro to reflect on the restrictions of fundamental rights due to extrajudicial interference. The article does not intend to examine in detail the restrictions on social rights, but to understand their occurrence and explain their origin as manifestations of the loss of self-reference of the legal system in favor of economic and political-partisan projects without considering the interests of workers and the maintenance or strengthening of their fundamental rights. In addition, it will point out a way to overcome the problem from the reflective theory of Law. The methodology employed is the bibliographical study of reference academic productions, which support the enterprise presented here.

**Keywords:** Social rights; allopoiesis; restrictions; economic fundamentals

## **1. INTRODUÇÃO**

Já se encontra assentada na doutrina constitucionalista a classificação dos direitos fundamentais em dimensões, segundo suas características, pressupostos de realização e relação com o poder público. Nesse sentido, os direitos fundamentais de segunda dimensão contemplam os direitos econômicos, sociais e culturais, sendo aqueles que se voltam à realização da igualdade material, demandam altos investimentos de recursos financeiros e políticas públicas, impondo ao Estado obrigações de fazer (prestações positivas) (BULOS, 2014, p. 527-528) (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020, p. 324-325).

Por conta dessas características, em especial a exigência de elevados montantes de recursos financeiros para a execução de políticas públicas, surgiu nos Estados Unidos da América a proposta de Análise Econômica do Direito (AED), a qual adota como pressuposto para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais as repercussões financeiras desses direitos, para indivíduos e para o Estado propriamente dito, a partir de uma interdisciplinaridade entre Direito e Economia (ANDRIGHETTO, 2013, p. 78-79).

Sucedem que a interpretação dos direitos fundamentais de segunda dimensão a partir de uma perspectiva unicamente econômica pode ser insuficiente para a correta interpretação do fenômeno jurídico, além de produzir resultados potencialmente indesejados, por corroerem a eficácia deste grupo de direitos que também são, no final das contas, fundamentais.

Apesar disso, no Brasil, os direitos sociais têm sofrido cada vez mais restrições de ordem legislativa e jurisprudencial, e podemos dizer que de maneira cada vez mais acelerada a partir dos anos 2000, estando tais restrições fundamentadas explicitamente na perspectiva econômica dos direitos fundamentais. São exemplos disso as diversas reformas trabalhistas e previdenciárias que foram implementadas nas últimas décadas, sempre no sentido da restrição dos direitos dos trabalhadores a partir de mudanças legislativas e constitucionais, respaldadas por mudanças jurisprudenciais abruptas.

Entendendo que a explicação e as possíveis soluções para as contradições da AED nessa seara não podem ser encontradas a partir de dentro desse arcabouço teórico, o artigo recorrerá à concepção luhmaniana de direito como sistema social autopoietico para compreender o funcionamento ideal do sistema jurídico, ao conceito de alopoiese do direito para explicar a deterioração dos direitos sociais provocadas pela excessiva interferência de critérios econômicos no âmbito jurídico, e à Análise Ecológica do Direito para propor uma alternativa teórica de interpretação e concretização dos direitos sociais que permita conciliar as demandas e expectativas do sistema econômico com a salvaguarda dos direitos fundamentais de segunda dimensão, segundo os primados essenciais do sistema jurídico. Recorrerá também à teoria reflexiva da decisão jurídica como arcabouço teórico que permite identificar as transformações que o direito sofre a partir das proposições de outros sistemas sociais.

## **2.A NATUREZA E A ESSÊNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS**

Conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2020, p. 254), os direitos sociais são aqueles doutrinariamente classificados como direitos fundamentais de segunda dimensão e que impõem ao Estado deveres de prestações positivas, implementando políticas públicas assistenciais. Esta definição, na verdade, encontra ampla aceitação na doutrina clássica, estando presente desde a celebre palestra proferida por Karel Vasak na França (1979), tendo ganhado repercussão nos países latinos sobretudo a partir da publicação do também clássico “A Era dos Direitos” (BOBBIO, 1992), muito embora o reconhecimento constitucional desses direitos possa ser apontado na Constituição do México de 1917, na Declaração russa de 1918, na Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição brasileira de 1934.

Trata-se, portanto, de um grupo de direitos fundamentais que são vocacionados à implementação de uma igualdade material, a qual não se configura como um acontecimento natural da vida em

sociedade, mas sim como uma organização social que possibilite artificialmente que as pessoas tenham acesso aos recursos indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento pessoal e inserção social.

Não se trata, portanto, de proteger a dignidade humana do exercício arbitrário do poder pelo Estado, mas sim de atribuir-lhe a função de romper as desigualdades sociais (enquanto manifestação de um dever ético) através da implementação de políticas e serviços públicos amplamente acessíveis e, para tanto, custeados em grande medida pelos cofres públicos.

Seja porque os direitos sociais estão relacionados com o desenvolvimento de atividades econômicas (como os direitos trabalhistas) seja porque demandam altos investimentos em políticas públicas que não representam o desenvolvimento de atividade econômica pelo Estado (como a previdência social), existe uma íntima relação desses direitos com a disciplina constitucional da ordem econômica (Título VII da CF), tendo esta sido estruturada pelo legislador constituinte como uma ordem capitalista (que estabelece a propriedade privada como direito fundamental – art. 170, II da CF) mas que adota valores sociais como pressupostos da dignidade humana, impondo, por exemplo, a função social à propriedade (art. 170, III da CF) a qual, se não atendida, pode sofrer restrições ou mesmo desapropriações.

Assim, é fácil entender que o projeto constitucional de 1988 não permite uma interpretação dos direitos sociais apenas pelo viés econômico, especialmente se for um viés de matriz capitalista. Pode-se até discutir que esta seria a melhor opção para a prosperidade econômica da sociedade brasileira, mas claramente não é o que se extrai da Constituição e, sendo assim, a hermenêutica constitucional deveria ser realizada de modo a preservar o sentido fundamental da Constituição e não para implantar a visão econômica dos gestores políticos de ocasião. A esse respeito, pode-se inclusive invocar o efeito de irradiação dos direitos fundamentais, conforme leciona Dirley da Cunha Junior (2012, p. 566).

Outra importante consequência da dimensão objetiva valorativa dos direitos fundamentais reside na eficácia dirigente que eles produzem em relação aos órgãos do Estado. Com base nela, podemos sustentar que os direitos fundamentais impõem ao Estado o dever permanente de concretizá-los e realizá-los. É nessa perspectiva que se vislumbra com mais exatidão o direito fundamental à efetivação da Constituição, que encarrega todos os órgãos do

Estado do dever-poder de concretizar e realizar, não só os direitos fundamentais, como toda a Constituição. Contudo, é necessário ficarmos atentos à advertência de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem a ordem genérica de efetivar todos os direitos fundamentais não se confunde nem afasta a existência de normas de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, que determinam ao legislador a concretização de certas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos.

Acontece que, advinda dos Estados Unidos da América, a Análise Econômica do Direito propõe algumas reflexões interessantes, muito embora possam resultar em uma interpretação economicista (e capitalista) dos direitos sociais.

Na concepção de Stephen Holmes e Cass Sunstein (2000, p. 35-48), todos os direitos são de prestação positiva, pois todos eles demandam do Estado altos investimentos em um aparato burocrático para sua proteção e realização. Assim, aquela dicotomia doutrinária entre direitos fundamentais de prestação negativa e positiva não faz sentido, haja vista as repercussões econômicas que todos os direitos fundamentais possuem.

Esta compreensão leva os autores a apontarem que os recursos financeiros em qualquer sociedade são limitados, ao passo que as necessidades humanas (especialmente aquelas relacionadas a direitos fundamentais) são infinitas (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 113-134).

Sobre as duas premissas indicadas pelos autores, não há o que discordar. De fato, declarar direitos sem criar estruturas estatais para sua garantia e proteção é uma fórmula vazia. Considerando então a importância dos direitos fundamentais, tais investimentos devem ser tratados como prioritários nas ações do Estado. Esta é inclusive a provocação que Bobbio faz desde “A era dos direitos” (2004, p. 17):

[...] Há três anos, no simpósio promovido pelo *Institut International de Philosophie* sobre o “Fundamento dos Direitos do Homem” tive oportunidade de dizer, num tom um pouco peremptório, no final de minha comunicação, que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Desde então, não tive razões para mudar de idéia. Mais que isso: essa frase que, dirigida a um

público de filósofos, podia ter uma intenção polêmica — pôde servir, quando me ocorreu repeti-la no simpósio predominantemente jurídico promovido pelo Comitê Consultivo Italiano para os Direitos do Homem, como introdução, por assim dizer, quase obrigatória.

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

A escassez de recursos referida pelos autores conduz a uma constatação difícil de admitir, mas que também se apresenta a quem busca compreender adequadamente o problema proposto nesse trabalho: a realização dos direitos fundamentais, e de forma mais acentuada dos direitos sociais, implica na necessidade de adotar “escolhas trágicas”, ou seja, escolher quais direitos fundamentais devem ser sacrificados e em que medida, como decorrência direta da falta de disponibilidade financeira para assegurar todos os direitos fundamentais em sua dimensão ótima. É o que refere, por exemplo, Gustavo Amaral (2001, p. 84) ao tratar do assunto:

“Todavia, mesmo que genuinamente se queira atender a todos, é necessário adotar um critério de escolha, já que atender a um é necessariamente deixar de atender a outro. O atendimento a um pleito demanda o emprego de recursos finitos. A limitação desses recursos pode torná-los escassos e, então, será necessária a adoção de escolhas trágicas, onde se opta por quem atender e disso resulta o consumo de recursos que poderiam atender a outro ou a outros.

Resta então encontrar os parâmetros adequados para a adoção dessas escolhas trágicas, vale dizer, quais os critérios para decidir os direitos a serem sacrificados ante a escassez de recursos e a medida em que serão sacrificados.

Neste particular, temos assistido no Brasil a problemas de diversas ordens: os direitos sacrificados tem sido sempre aqueles dos socialmente mais vulneráveis; a medida do sacrifício tem sido distribuída de forma desbalanceada entre os direitos (sacrificam-se mais direitos

trabalhistas e previdenciários se comparados a outros direitos); a escolha pelo sacrifício tem sido feita por uma concepção economicista-capitalista de sociedade em descompasso com o projeto constitucional; as escolhas pelos sacrifícios são feitas por agentes deslegitimados (juizes, por exemplo) ou em processos não democráticos (acordos parlamentares desvinculados de debates públicos ou maculados por interesses econômicos, *lobbys* ou corrupção).

É nesse sentido que uma reflexão sistêmica pode contribuir para identificar a raiz dos problemas acima descritos e talvez encontrar alternativas que permitam lidar com as repercussões econômicas nos direitos fundamentais de forma adequada. É o que se pretende investigar nos tópicos a seguir.

### **3.A ALOPOIESE DO DIREITO E A DETERIORAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO**

Pensar o direito enquanto sistema significa adotar certos pressupostos teóricos muito particulares. A partir desses pressupostos, são erigidos mecanismos de interpretação e aplicação do direito os quais, caso não funcionem adequadamente, comprometem a própria noção de sistema jurídico.

Hans Kelsen (2006), por exemplo, adotava essa concepção de sistema jurídico a partir de uma dogmática jurídica, ou seja, o Direito seria uma ciência que não se limita a uma interpretação filosófica da ordem social (zetética) mas sim busca a intervenção na sociedade para realização de um estado ideal de coisas (configurando-se como ciência do dever-ser). Para tanto, adota certos pressupostos como pontos de partida não sujeitos a questionamentos (dogmas) com vistas a paralisar as discussões sobre os fundamentos do direito e enfim projetar na sociedade consequências jurídicas. Assim, o Direito se manifesta a um só tempo enquanto reflexão filosófica (teoria do direito – zetética jurídica) e sistema de controle e intervenção social (decisão judicial – dogmática jurídica).

Na teoria kelseniana, portanto, o sistema jurídico se caracteriza enquanto organização de normas, processos e procedimentos capazes de impor consequências jurídicas a fatos sociais previamente definidos pelo próprio Direito, a partir de dogmas jurídicos (unidade, coerência e completude) tomados como verdadeiros para fins de interpretação desses fatos sociais e das consequências jurídicas a lhe serem atribuídas (BOBBIO, 1995, p. 197-210).

A concepção kelseniana de direito enquanto sistema trouxe excelentes contribuições para a ciência jurídica, mas não foi capaz de perceber e explicar a sua relação com outros sistemas sociais. Na tentativa de resolver tais ausências, Niklas Luhmann construiu sua teoria dos sistemas, que tem servido de base para diversas reflexões sobre o direito e sua relação com outros sistemas sociais.

Para Luhmann, a sociedade é um sistema geral composto por diversos sistemas, cada um funcionando com seus códigos próprios e operando em conjunto para responder às demandas e problemas da sociedade (MATHIS, 1998, p. 2). Cada subsistema social é marcado pela autopoiese, ou seja, pelo autocontrole dos seus códigos de criação (código-diferença) de modo que a interação com o meio ambiente e outros sistemas e o modo como essas serão introjetadas em cada sistema são determinadas por eles mesmos.

Isso não quer dizer que os sistemas sociais são alheios ao seu ambiente (entorno), mas que existe um controle interno sobre como esse entorno será percebido e provocará respostas do sistema. Sobre o Direito, por exemplo, pode-se dizer: "Segundo Luhmann, o Direito é um sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto: 'a autoreferência de base do sistema comporta auto-referência no que se refere às normas, e hetero-referência no que tange aos fatos'". (NICOLA, 1997, p. 236)

Decorre daí que um dos pontos essenciais do sistema jurídico (na visão de Luhmann) é o controle interno do seu código-diferença (autopoiese), posto que do contrário a própria função sistêmica do direito deixa de existir pela perda de sua autonomia. Em outras palavras, se o Direito deixa de funcionar com base em seus códigos-diferenças típicos (lícito/ilícito, justo/injusto, constitucional/inconstitucional etc.) e passa a funcionar com códigos de outros sistemas sociais (lucro/prejuízo, eficiência/ineficiência etc.), perde totalmente sua funcionalidade enquanto sistema social, não sendo mais apto a perceber as demandas sociais que lhe competem e de responder adequadamente a elas. Nesse sentido, Marcelo Neves (1994, p. 133) expõe:

A concepção do Direito como sistema autopoietico pressupõe a assimetria entre complexidade do sistema jurídico e supercomplexidade do meio ambiente na sociedade moderna. Diante da complexidade não-estruturada ou indeterminada/ indeterminável do meio ambiente, o Direito positivo construiria complexidade sistêmica estruturada ou

determinada/determinável. Para isso, exige-se tanto a autoreferência consistente do sistema jurídico com base no código de diferença entre lícito e ilícito quanto a heterorreferência adequada ao correspondente meio ambiente, a tal ponto que o problema da justiça interna e externa é reduzido, respectivamente, à questão desses dois modos de referência sistêmica.

A perda do controle do sistema autopoietico sobre o seu código-diferença é denominada por Marcelo Neves como alopoiese, sendo um fenômeno muito característico dos países periféricos, como o Brasil (1994, p. 113-128). Do ponto de vista do direito brasileiro, a alopoiese tem causado efeitos devastadores sobre a concretização da constituição e a sua função normativa. Para o autor (NEVES, 1994, p. 140):

A insuficiente concretização normativa do texto constitucional, no qual todas as instituições referidas são proclamadas, é um sintoma da incapacidade do sistema jurídico de responder às exigências do seu “meio ambiente”. Os direitos fundamentais constituem-se, então, em privilégio de minorias, sobrevivendo, para a maioria da população, quase apenas na retórica político-social dos “direitos humanos”, tanto dos ideólogos do sistema quanto dos seus críticos. A inclusão através do Estado de bem-estar, proclamado na Constituição, é relevante apenas no discurso da realização das normas programáticas num futuro remoto. O desrespeito ao *due process of law* constitucionalmente festejado é a rotina da prática dos órgãos estatais (especialmente da polícia) com relação às classes populares (à maioria). A politização particularista da administração impede a concretização generalizada dos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade. A corrupção e as fraudes eleitorais impossibilitam a legitimação constitucional (generalizada) do sistema político, que passa, então, a subordinar-se instavelmente aos interesses particularistas de cima e às necessidades concretas de baixo, sendo constrangido a adotar mecanismos substitutivos de “legitimações casuísticas” inconstitucionais (favores, concessões, ajudas e trocas ilícitas)

No caso brasileiro, os efeitos perniciosos da alopoiese são reforçados pela interferência do poder judiciário em decisões político-administrativas, especialmente na atuação do Supremo Tribunal

Federal, naquilo que Oscar Vilhena Vieira denominou de supremocracia. Segundo o autor (VIEIRA, 2008, p 444):

A hipótese fundamental deste texto é de que este perceptível processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou, no Brasil, contornos ainda mais acentuados. A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de n.º. 3/93, e n.º. 45/04, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. Supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro.

Chagamos então ao problema da deterioração do sistema jurídico: de um lado a interferência exacerbada do poder judiciário nas esferas do poder legislativo e executivo deturpa o componente democrático de nosso Estado, haja vista as escolhas trágicas em matéria de direitos fundamentais (especialmente os sociais) não serem realizadas pelos agentes políticos democraticamente eleitos pelo povo e que podem ser substituídos naturalmente a cada quatro anos, caso não cumpram bem o seu papel representativo da vontade popular. De outro lado, os critérios utilizados para seleção das escolhas trágicas têm sido adotados não mais em sintonia com os códigos-diferença do direito, mas sim com códigos-diferença irradiados de outros sistemas sociais (principalmente o econômico), pela manifestação da alopoiese do direito, tão forte no Brasil.

Gustavo Amaral (2001, p. 35-36) registrou uma fala muito ilustrativa do médico infectologista Davi Uip, que ficou nacionalmente conhecido pelo trabalho junto ao Governo do Estado de São Paulo durante a pandemia de COVID-19. Disse o médico em entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo em 1998, acerca da assistência universal aos portadores de HIV sintomáticos:

Acho que isso é um engano de retórica: não há recursos para atender todos com dignidade. Acho que o Estado tem de saber até onde pode chegar, e a sociedade vai ter de se virar para fazer o resto. O modelo já está pronto. (...). Se você tira do SUS os 41 milhões de pessoas que têm plano de saúde, o atendimento para quem fica vai melhorar.

Flávio Galdino (2005, p. 160) coloca a questão das escolhas trágicas em termos de custos de oportunidades, o que evidencia uma abordagem economicista do problema:

Se não há recursos públicos para prestar educação, lazer, infraestrutura básica e saúde em uma dada sociedade em um dado momento, será necessário optar por um ou por alguns deles - efetuando *tradeoffs*, expressão de difícil tradução, mas que pretende designar essa situação de escolha efetuada dentro do conjunto de oportunidades.

No entanto, a função sistêmica dos direitos fundamentais não é apenas elencar deveres ao Poder Público, que se deixem traduzir em custos de oportunidades. Eles expressam valores fundamentais que precisam ser resguardados por desempenharem uma função de comunicação sistêmica, viabilizando o diálogo entre diferentes sistemas sociais, conforme abordado no capítulo seguinte.

Se considerarmos os direitos previdenciários dos trabalhadores brasileiros, desde 1988 tivemos 7 reformas da previdência (EC 3/1993, EC 20/1998, EC 41/2003, EC 47/2005, EC 70/2012, EC 88/2015 e EC 103/2019) e em todas elas foram retirados direitos dos trabalhadores, aposentados e pensionistas, sempre com fundamentação econômica. Apenas para exemplificar, o ministro da economia Paulo Guedes assim defendia a reforma de seu governo:

A ideia é que chegue a R\$ 1 trilhão [de economia] em dez anos. Há simulações em que é R\$ 1 trilhão em 15 anos. Isso é o que está sendo calibrado. O importante é que tenha potência fiscal [de economia de recursos] para resolver o problema, que se inaugure um período novo para a Previdência (MARTELLO, 2019)

Outro exemplo bem significativo é a reforma trabalhista de 2017, que promoveu a “flexibilização” de diversos direitos trabalhistas, adotando a prevalência do negociado sobre o legislado, inclusive com a chancela do STF ao julgar o Agravo de Recurso Extraordinário (ARE 1121633), atribuindo-lhe repercussão geral e concedendo efeitos vinculantes à reforma. Muitos foram os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais contrários à constitucionalidade da reforma trabalhista, mas a despeito disso, e invocando critérios econômicos, o STF sepultou a questão, embora tenha utilizado uma retórica pretensamente garantidora dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

#### **4. EM BUSCA DA AUTOPOIESE DO DIREITO A PARTIR DA FUNÇÃO SISTÊMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Pelo que vimos nos tópicos anteriores, a alopoiese do direito é um problema sistêmico que provoca a deterioração dos direitos fundamentais a partir da sobreposição de outros sistemas sociais sobre o sistema jurídico. Isso significa dizer que o direito deixa de se mover por critérios de justiça definidos internamente e passa a se mover por critérios oriundos de outros sistemas sociais, o que corrói sua própria natureza científica.

Esse caráter corrosivo da alopoiese do direito é ainda mais acentuado pelo contexto da supremocracia, fazendo com que a deterioração ocorra desde o ponto hierarquicamente mais elevado do sistema jurídico, que possui a prerrogativa da edição de decisões judiciais com efeitos vinculantes (como ocorreu na reforma trabalhista), o que impede soluções mais adequadas advindas de outras instâncias judiciais.

Vale ressaltar que é natural que cada sistema social perceba e responda a fenômenos sociais de forma diferente, já que cada sistema vai se relacionar com o meio ambiente a partir de seus códigos-referências e exercerão um papel social bem definido. O problema abordado nesse trabalho é quando um sistema interfere em outro, anulando seus códigos e procedimentos, estabelecendo assim uma relação hierarquizada.

A essa altura, podemos tomar o exemplo do problema social que foi a pandemia de COVID-19. Um fator biológico provocou um problema social sobre o qual diferentes sistemas sociais se manifestaram, cada um a partir de sua lógica interna de funcionamento e chegando a soluções

também distintas. A economia, por exemplo, se ocupava da manutenção dos empregos e geração de renda; a saúde, do enfrentamento da doença a partir de protocolos sanitários e gestão de recursos médico-hospitalares; a política, da eleição de prioridades para adoção de políticas públicas, gerenciamento do orçamento público, endividamento público etc.; e o direito? Como deveria se portar?

É fácil perceber que o ordenamento jurídico brasileiro tem um leque de normas jurídicas que tratam dos mais variados temas, inclusive antecipando situações emergenciais que demandam a modificação temporária das regras de funcionamento da República e restrição a direitos fundamentais (como o estado de sítio, de defesa e intervenção). Todavia, também é claro que o constituinte de 1988 não planejou um sistema constitucional para enfrentamento de uma crise da magnitude e com as características da COVID-19, especialmente com o contexto de polarização política que ainda vivemos.

É justamente aí que os direitos fundamentais assumem uma função sistêmica comunicacional, ou seja, eles perpassam todos os sistemas sociais permitindo a comunicação entre eles acerca de suas expectativas e pretensões de intervenção na sociedade. Em outros termos, os direitos fundamentais permitem que sistemas que operam com linguagens e lógicas distintas troquem informações a partir de pontos em comum. E é por isso que a alopoiese do direito é tão prejudicial. Segundo Walber Carneiro, no contexto de sua teoria ecológica do direito (2018, p. 145-146):

A tese central é a de que os direitos fundamentais atuam como “eclusas” que controlam o fluxo de sentido entre o direito e seu ambiente, refletindo, internamente, a diferença entre as expectativas de possibilidades/impossibilidades práticas dos sistemas sociais. A contribuição de uma teoria dos direitos fundamentais formulada no horizonte do fluxo de sentidos da constituição de direitos pode ser verificada na medida em que o modelo viabiliza a observação da complexidade constitutiva das expectativas no entorno e na camada periférica do sistema jurídico, comunicando a capacidade cognitiva do sistema jurídico (função de heterorreferência) com os pontos de partida para o fechamento do sistema (função de autorreferência) em hiperciclos reflexivos (TEUBNER, 1989, p. 77).

A teoria ecológica do direito busca enxergá-lo como parte integrante de um ecossistema social, cujas partes são interdependentes e se comunicam reciprocamente, sem que haja uma relação hierárquica. Cada sistema é o único responsável por responder às demandas sociais típicas de seu âmbito de atuação.

Apesar disso, há problemas que demandam respostas de mais de um sistema e há situações em que um sistema depende da atuação de outro sistema para que ocorra a resposta adequada. Assim é que surge a necessidade de um veículo de comunicação intersistêmico, o qual, conforme referido acima, são os direitos fundamentais. Resta saber em que sistema e em que condições se dão as definições dos direitos fundamentais.

A nosso sentir, o conceito, o sentido, o alcance e os limites dos direitos fundamentais precisam ser definidos pelo sistema jurídico, segundo seus próprios códigos-diferenças (justo/injusto, lícito/ilícito etc.) independentemente das concepções emanadas por outros sistemas. A partir daí, os direitos fundamentais assumem essa função de controle de fluxo de sentido entre o direito e seu ambiente, deixando claro à sociedade quando ela estará sacrificando um direito fundamental e qual a medida do sacrifício realizado. Depois de tudo isso, a sociedade deve adotar as suas escolhas trágicas no campo da política, mas sempre a partir dos conceitos fundamentais emanados do sistema jurídico.

A escassez de recursos não pode conduzir à uma modificação no conceito do direito fundamental, ou a modificação sobre seu entendimento para acomodar as concepções de sistemas não jurídicos sobre o que é fundamental na sociedade. Admitir tal ingerência não jurídica sobre os direitos fundamentais é negar a força normativa da Constituição (HESSE, 1991) e sujeitar o direito a um papel menor de legitimar os interesses econômicos de grupos políticos ou empresariais.

De outro lado, não é adequado hierarquizar os direitos fundamentais, relegando a segundo plano os direitos sociais pelo seu suposto aspecto econômico. Nem há hierarquia entre direitos fundamentais nem há direitos que não dependam de disponibilidade econômica para sua realização, de onde se percebe que todos os direitos fundamentais assumem o mesmo papel (em conjunto) dentro do sistema jurídico.

Outro ponto a destacar advém da teoria reflexiva da decisão jurídica, que refere o papel do direito como “sistema de comunicação da sociedade responsável pelo sentido de lícito/ilícito” (SILVA,

2016, p. 2). A abordagem da teoria reflexiva permite uma observação de segunda ordem sobre as decisões judiciais, não avaliando suas manifestações individuais, mas contemplando a maneira como os discursos econômicos, políticos, religiosos etc. são internalizados pelo direito enquanto ciência.

Assim, torna-se viável a busca pela reconquista da autopoiese do direito, a partir de uma teoria reflexiva da decisão jurídica que permita identificar as interferências indevidas de outros sistemas no sistema jurídico, ao mesmo tempo em que se mantém o foco na função comunicacional dos direitos fundamentais, buscando fixar seus significados a partir dos códigos-diferença do próprio sistema jurídico.

Está claro que a teoria reflexiva da decisão jurídica não se presta à tomada de decisões políticas, mas sim, como dito, a uma observação de segunda ordem. É, pois, no campo da pesquisa científica e da produção doutrinária que essa teoria produz seus melhores frutos. A partir daí, deveria se seguir a formação de jurisprudência e finalmente a projeção da concepção dos direitos fundamentais para outros sistemas. Isso talvez dê uma cadência mais lenta às mudanças de entendimento sobre direitos fundamentais e isso provavelmente desagrade quem busca implementar restrições a direitos sociais como ferramentas para implementação de um projeto político-econômico. Entretanto, se os direitos fundamentais possuem a importância que sua nomenclatura dá a entender, não faz sentido que eles se modifiquem na mesma velocidade que os interesses mercadológicos ou políticos de ocasião.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os direitos fundamentais compõem o fundamento da dignidade humana e do ordenamento jurídico como um todo. Assim, não se pode admitir uma interpretação que lhes retire seu lugar de fundamentalidade no sistema jurídico, em nome de projetos políticos ou econômicos de ocasião. Apesar disso, tem se tornado cada vez mais frequente uma interpretação economicista dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais, sob o argumento de que a ausência de recursos financeiros impõe a necessidade de restrição desses direitos.

Para piorar, tais restrições têm sido tomadas cada vez mais frequentemente pelo poder judiciário, a partir de sua instância maior – o STF – ao invés de ser resultado de um debate democrático nas esferas de representação política.

Para devolver os Direitos fundamentais ao seu devido lugar na ordem jurídica brasileira, é necessário compreender seu papel de comunicação intersistêmica de sentido e expectativas, entender que seu significado deve estar vinculado aos códigos-diferença do próprio direito, numa perspectiva autopoietica deste sistema social, e buscar uma análise constante das decisões jurídicas para compreender as forças que têm influenciado a movimentação do direito, a fim de depurá-lo de interferências alopoiéticas.

Tal empreendimento não é tarefa fácil, mas é necessária para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, resguardando-os de uma deterioração indevida, especialmente se considerarmos os direitos sociais, que são os mais sujeitos a argumentações de ordem econômica.

## **6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRIGHETTO, A. Análise econômica do direito e algumas contribuições. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 76-91, 2013. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.socioambiental.04.001. AO04. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/6131>. Acesso em: 14 dez. 2022.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9<sup>a</sup> ed. rev. atual, amp., São Paulo: Malheiros, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional I**. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Os direitos fundamentais da constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**. 2018 | v. 12 | n. 1 | p. 129-165 | ISSN 2317-2622. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v12n1p129-165> 1. Disponível em:

<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em 21.dez. 2022.

CARVALHO, Sandro Sacchet de. **Uma visão geral sobre a reforma trabalhista**. Disponível em [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8130/1/bmt\\_63\\_vis%C3%A3o.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8130/1/bmt_63_vis%C3%A3o.pdf). Acesso em 14 dez. 2022.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Barueri: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530991845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991845/>. Acesso em: 14 dez. 2022.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The costs of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTELLO, Alexandre. **Guedes diz que intenção é economizar R\$ 1 trilhão em dez anos com reforma da Previdência**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/02/05/guedes-diz-que-intencao-e-economizar-r-1-trilhao-em-dez-anos-com-reforma-da-previdencia.ghtml>. Acesso em 20 dez. 2022.

MATHIS, Armin. **O conceito de sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 22º Encontro Anual da ANPOCS [Anais]. Disponível em: <http://anpocs.com/index.php/encontros/papers/22-encontro-anual-da-anpocs/gt-20/gt19-16/5173-amathis-o->

conceito/file#:~:text=Contra%20esse%20entendimento%20de%20sociedade,limites%20estes%20C%20que%20variam%20historicamente. Acesso em 15 de dez. 2022.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade. **Paradoxos da Auto-Observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Leonel Severo Rocha (Org.). Curitiba: JM, 1997.

SARLET, Ingo W.; MITIDIERO; DANIEL; MARINONI, Luiz G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9788553619344. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619344/>. Acesso em: 14 dez. 2022.

SILVA, Artur Stamford da. Teoria reflexiva da decisão jurídica: direito, mudança social e movimentos sociais. **Direito**. UnB, janeiro – abril de 2016, v. 02, n.01. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/download/24522/21711/47075>. Acesso em 22 dez. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 03 de dezembro de 2019.

Artigo recebido: 30.11.2022

Artigo publicado em: 26.12.2022