



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - UFBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Wálber Araujo Carneiro

**Direito, “sentido” e complexidade social:
por uma análise ecológica do direito**

Salvador – Bahia
Dezembro de 2018

Wálber Araujo Carneiro

Direito, “sentido” e complexidade social
por uma análise ecológica do direito

Projeto de pesquisa desenvolvido junto ao Grupo de Pesquisa DIREITO, SENTIDO E COMPLEXIDADE SOCIAL sob a liderança do pesquisador, com vigência programada para o biênio 2019-2020.

Salvador - Bahia
Dezembro de 2018

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	3
2. TEMA-PROBLEMA	4
3. PRESSUPOSTOS DA PESQUISA	11
4. OBJETIVOS	12
4.1 OBJETIVO GERAL	12
4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	12
5. JUSTIFICATIVA	12
6. METODOLOGIA	13
7. CRONOGRAMA	15
8. REFERÊNCIAS	15

1. INTRODUÇÃO

Há muitas portas de entrada para o debate jurídico contemporâneo. Uma delas pode ser encontrada no problema do *sentido* e da sua relação com o que se pode chamar, *lato sensu*, de *legitimidade* e de *coerência* do sistema jurídico. Diferentes matrizes tratam a questão por diferentes ângulos e, muitas vezes, mediante equivalentes teóricos que recebem diferentes nomes. A linha de pesquisa que venho perseguindo – e que me persegue – nas trilhas da circularidade do pensamento filosófico nos trouxe à interface entre o modelo fenomenológico hermenêutico de cariz heideggeriano e o modelo estrutural-funcionalista luhmanniano. Em trabalhos anteriores, especialmente naquele que resultou na tese sobre a “Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva”¹, buscava a reformulação paradigmática da ciência do direito a partir das contribuições advindas da *fenomenologia hermenêutica* de Heidegger e da *hermenêutica filosófica* de Gadamer. Nas trilhas do diálogo travado entre a *hermenêutica* e a *teoria da ação comunicativa* de Habermas², a tese reflete o *deficit* de criticidade da teoria hermenêutica, embora defenda uma noção de *sentido* fundada em um mundo previamente construído pelo estar presente desde-já-e-sempre com o outro (ausência de grau-zero) que, ao mesmo tempo, é limite e possibilidade para as relações intersubjetivas. Mas, ali mesmo já se considerava que nem o diálogo – que passava a responder pela dimensão crítica proposta pelo modelo heterorreflexivo –, tampouco a dimensão existencial, seriam capazes de estabilizar o *sentido* resultante desse enlace e responder à complexidade da sociedade contemporânea. A função de estabilização precisa ser entregue a um sistema jurídico. A co-originariedade hermenêutica entre direito e moral precisaria ser marcada pela sucessiva diferença sistêmica entre ambos. O *sentido de mundo* estabiliza-se no *sentido do sistema*, de modo que, uma vez atravessado pela crítica heterorreflexiva, possa garantir tanto a *legitimidade* (reflexividade moral prática) quanto a *coerência* (decisões não discrepantes) do sistema jurídico.

Todavia, embora a tese da diferença entre direito e moral seja central à *teoria dos sistemas*, o trabalho carrega uma enorme dívida para com a teoria reinventada por Luhmann. Ao

¹¹ Tese desenvolvida no Programa de Pós-Graduação da UNISINOS sob a orientação do Prof. Lenio Streck, defendida em 2009, e que contou com o apoio do CNPQ (bolsa nacional) e da CAPES (bolsa de doutorado sanduíche). Posteriormente, após atualizações e acréscimos, deu origem ao livro *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*, pela Livraria do Advogado (2011).

² Cf. HABERMAS, Jürgen. *La pretensión de universalidad de la hermenéutica*, 2007.

contrário da atenção dada ao debate entre Gadamer e Habermas, o modo como o *sentido de mundo* é “filtrado” e estabilizado pelo sistema jurídico e as eventuais objeções e contribuições que a *teoria dos sistemas* poderia trazer neste campo não foram enfrentadas³. Com o presente projeto de pesquisa esperamos, justamente, pagar essa dívida, o que pretende ser feito mediante uma investigação que caminhará no sentido oposto da orientação assumida na referida tese, partindo agora dos *sistemas* para o *fenômeno*. Na senda de trabalhos pós-luhmannianos, questionamos como a *legitimidade e coerência* do sistema jurídico pode ser teoricamente defendida em um modelo normativo, bem como amplificada mediante a retomada das bases fenomenológicas da teoria comunicacional que subjaz à *teoria dos sistemas*, um campo comumente legado ao ponto cego dessas teorias. Para o biênio 2019-2020, o foco dos debates girarão em torno de uma reflexão alargada sobre o problema da sustentabilidade da sociedade moderna em face a seu ambiente comunicacional, biótico e abiótico.

2. TEMA-PROBLEMA

Segundo Luhmann, a teorização do direito é demandada tanto pela docência quanto pela práxis jurídica⁴, e decorre de um processo de auto-observação do sistema jurídico⁵ voltado para a “amplificação” da consistência mediante o uso da forma regra/exceção⁶. Aquilo que Luhmann chama de teoria do direito é uma tentativa de o sistema ultrapassar os limites da auto-observação mediante, conforme analisamos acima, tentativas lógicas, hermenêuticas, institucionais pós-positivistas, sistêmicas, retóricas e teórico-argumentativas⁷. Se diferenciam das teorias dogmáticas, mantém o acoplamento ao sistema mediante um irrenunciável conceito de norma, mas não abandonam a perspectiva interna de sistema⁸. Ademais, Luhmann ressalta que esse tipo de análise científica precisa atribuir à teoria uma função constitutiva de seu objeto e isso implica diferenciá-lo do seu entorno⁹. Com isso,

³ Tampouco não foram enfrentados os debates entre a teoria dos sistemas de Luhmann e a teoria do discurso de Habermas. Embora esse debate não se desenvolva a partir das diferentes perspectivas de sentido que atravessam ambas teorias, cremos que a reorientação do debate a partir de tal categoria pode trazer grandes contribuições ao problema da complexa relação entre direito e moral, e consequentemente para o problema da legitimidade e da coerência do sistema jurídico. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, 2001.

⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 61.

⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 63.

⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 63.

⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 64.

⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 64.

⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 65.

diferentes teorias constroem diferentes objetos, o que acaba impedindo a conversação interdisciplinar entre diferentes teorias científicas¹⁰.

Como se aprecia, se han producido innumerables teorías jurídicas, pero ninguna teoría del derecho. Se ha llegado a la representación casuística por medio de teorías referidas a problemas específicos, pero no se ha arribado a un entendimiento apropiado del derecho como una unidad que se produce a sí misma. El resultado ha sido la existencia de multiplicidad de teorías, pero no una autorrepresentación del derecho como derecho. Los requerimientos de consistencia (requerimientos de redundancia) de la praxis sí han sido tomados en cuenta; en cambio los fundamentos han tenido que ser presupuestos o han sido introducidos "dogmáticamente", es decir: las abstracciones no han sido analizadas.¹¹

A autodescrição do próprio sistema jurídico seria um bom candidato para, enquanto ponto em comum, viabilizar a interconexão entre diferentes teorias sobre o direito, embora divergências quanto à objetividade da análise impediria, mais uma vez, a conversação interdisciplinar¹². Em razão disso, Luhmann defende que a Teoria dos Sistemas seria capaz de promover uma observação de segunda ordem e, mediante uma descrição da autodescrição, ser capaz de construir seu objeto a partir da diferença para com o seu entorno, o que não seria viável por uma perspectiva puramente analítica¹³. Trata-se, portanto, de uma epistemologia construtivista que observa não apenas os sistemas especializados em cognição, incluindo a constelação policontextual de sistemas funcionais com os quais o direito se ocupa¹⁴. Com isso, abre-se a possibilidade de articular uma observação sociológica com uma observação dogmática, desde que se considere o pressuposto de que o sistema observado é um sistema que observa a si mesmo¹⁵.

Por ello, desde un principio, renunciaremos a la idea de una teoría que pudiera orientar la práctica, de aquí que describimos el sistema de derecho como un sistema que se observa y se describe a sí mismo y que, por consiguiente, al desarrollar sus propias teorías se comporta de manera constructivista; es decir: sin ningún intento de representación del mundo exterior al sistema. (...) El sentido de una descripción guiada por la teoría de sistemas se encuentra, sobre todo, en el establecimiento de una relación entre teoría del derecho y teoría de la sociedad, esto es, una reflexión teórico-social del derecho.¹⁶

Luhmann sugere uma divisão de trabalho entre as duas abordagens teóricas. Em síntese, uma

¹⁰ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 66.

¹¹ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 72.

¹² LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 68.

¹³ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 8.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 8.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 8-9.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 14.

divisão de tarefas que envolve uma observação de segunda ordem (uma reflexão teórico-social do direito) que orienta diferentes (auto)observações de primeira ordem. E demonstra a inexistência dessa articulação teórica, justamente, nas demandas decorrentes das novas condições de operação do sistema jurídico, a exemplo das dificuldades que a forma jurídica enfrenta em face, justamente, dos problemas de risco ecológico.

*Pero, ¿cómo se puede formar un juicio sobre estas cuestiones? ¿Qué tipo de teoría podría ayudar cuando, por un lado, se reconoce el valor regulativo del derecho en la sociedad moderna, pero, por otro, ya comienzan a perfilarse las modificaciones?*¹⁷

As mesmas perguntas nos movem. Cientes, todavia, que a descrição luhmanniana aponta para o problema, mas precisa ser ultrapassada se quisermos pensar em “solução”. A sociedade moderna é um sistema comunicacional mundial responsável pela redução de complexidade do seu meio e que depende do *medium do sentido* para operar em todos os seus níveis de diferenciação¹⁸. Neste sentido, concordamos com Luhmann quando ele diferencia a comunicação da sociedade da operação compreensiva dos indivíduos ou das interações entre sujeitos presentes¹⁹. A sociedade opera sua comunicação entre ausentes, mediante sistemas autorreferentes que se valem de organizações dotadas da capacidade de decidir conforme a programação dos sistemas. Isso não significa, todavia, que a comunicação da sociedade ignore um ambiente formado por indivíduos, tampouco que os indivíduos não integrem organizações decisórias de sistemas funcionais. Todavia, a distinção entre sociedade e seu ambiente formado por indivíduos nos traz um alerta que só pode ser corretamente observado se considerarmos, justamente, essa distinção: a sociedade, ao operar a comunicação de sistemas, ignora os impactos ambientais de sua autorreferenciação. Esse *modus operandi*

¹⁷ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 14.

¹⁸ “A hipótese da sociedade mundial não se destina a uma compreensão analítica (ou seja, não é deduzida de procedimentos conceituais) e tampouco deve ser interpretada como uma espécie de utopia. Em vez disso, ela afirma empiricamente a ocorrência de circunstâncias na história das sociedades que são singulares e dependentes de formas de interconectividade e interdependência mundial qualitativamente novas. Conectividade e interdependência são, portanto, conceitos-chave em uma teoria da sociedade mundial. A sociedade mundial baseia-se na conectividade global, mas isso não significa que tudo esteja conectado a tudo e que as dependências sejam onipresentes. A formação de estruturas da sociedade mundial é realizada por meio de conectividade seletiva e por meio de interrupções de dependência.” STICHWEH, Rudolf. A sociedade mundial, 2018. “La precisión de que la sociedad es un sistema social omniabarcador trae como consecuencia que para cada comunicación con capacidad de enlace haya sólo un sistema único de sociedad. En el plano meramente fáctico pueden existir diversos sistemas de sociedad, de la misma manera en que antes se hablaba de un gran número de mundos. Pero si existieran estas sociedades, estarían sin relación comunicativa; o bien, en la perspectiva de cada una de ellas, una comunicación con las otras sociedades sería imposible o no tendría consecuencias.” LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad, 2007, p. 108.

¹⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad, 2007, p. 5-21.

pode ser extremamente opressor ou omissivo quanto a determinados indivíduos, grupos ou outros sistemas funcionais. Dessa forma, as possibilidades da observação de segunda ordem já apontadas por Luhmann e, ao mesmo tempo, as dificuldades da observação ambiental, da exploração e da formação de espaços de comunicação intersistêmica já revelados por sua descrição são, em síntese, as razões que orientam a reconstrução teórica aqui proposta.

Essas dificuldades na comunicação intersistêmica correspondem a uma velha crítica dirigida à descrição luhmanniana quanto ao fato de os sistemas funcionais não se comunicarem, mas apenas se irritarem. E de fato, Luhmann é tão radical na descrição da clausura operativa que essa irritação sequer é considerada como um fenômeno externo ao sistema, tratando-se, em verdade, de uma resposta auto-imonológica. Dirá Luhmann que *“el sistema tiene, entonces, la posibilidad de encontrar en sí mismo las causas de la irritación y aprender de ella, o bien imputar la irritación al entorno y así de tratarla como casual, o bien buscarle su origen en el entorno y quitarlo”*²⁰.

Luhmann, todavia, ao tratar da comunicação “ecológica” da sociedade, chama a atenção para as possibilidades de observação ambiental dos sistemas funcionais. De fato, não se trata de uma teoria “do” ambiente, mas de uma teoria da sociedade que observa o seu ambiente.

*Los problemas ecológicos que hoy nos ocupan tienen otro formato. Yacen en la relación del sistema social con su entorno. Tanto más estaría técnicamente indicada aquí la vieja pregunta: ¿qué hay detrás?*²¹

O desenvolvimento de uma comunicação ecológica da sociedade sugere a capacidade de produzir observação de um ambiente que lhe é estranho. Na comunicação ecológica, “a sociedade se torna mais consciente sobre os problemas ambientais que a afetam e assim determinam uma necessária postura de reconhecimento dos riscos”²². “A comunicação ecológica é justamente essa seleção de critérios capazes de comunicar sobre a exposição aos riscos ecológicos, os quais Luhmann adverte serem indeterminados”²³. A comunicação ecológica da sociedade é, portanto, um sinal de que a sociedade mundial complexa e diferenciada é capaz de se adaptar e observar as relações de um sistema (social) com o seu

²⁰ LUHMANN, Niklas. Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. Teoría de la Sociedad. México DF: UG/UIA/ITESO, 1993, p. 57.

²¹ LUHMANN, Niklas. Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Barcelona: Paidós, 1997.

²² ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann, p. 14.

²³ ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann, p. 18.

meio ambiente não comunicacional, tendo o sistema científico e suas organizações cumprido um papel determinante para que isso se tornasse possível.

A ecologia (...) utiliza uma codificação secundária científica. A ecologia mesma se autodescreve mediante a utilização, como meio de comunicação, do programa da ciência. Assim, pelo meio da comunicação científica (codificação secundária científica verdade/falsidade), o sistema ecológico alarma a sociedade sobre os problemas ambientais. A ecologia então tem, em seu meio comunicativo, a generalização simbólica produzida pela própria ciência, que aumenta a probabilidade do sim, isto é, a probabilidade de a sociedade auto-indicar no lado verdade da forma científica verdadeiro/falso as comunicações ecológicas. Por isso, a sociedade confere bastante crédito às denúncias das organizações ambientalistas, com várias repercussões nos critérios de legitimidade e de tutela sincrética no direito processual em matéria ambiental.²⁴

Ademais, para além das dificuldades frente ao ambiente não social da sociedade, muitos teóricos sistêmicos têm explorado as possibilidades relacionadas à comunicação intersistêmica. Rafael Simioni, por exemplo, reconhece que o “problema da comunicação intersistêmica nos diz que não há uma comunicação linear entre sistemas autopoieticos”, do mesmo modo que “também não há uma percepção direta entre um sujeito e um objeto”²⁵. Sendo assim, sustenta que “a produção de informações em sistemas sociais autopoieticos pressupõe uma mediação comunicativa entre o sistema e o seu ambiente sociológico” e que, dessa forma, torna-se “possível a construção dessas mediações comunicativas entre sistemas autopoieticos através da institucionalização de estruturas de codificação secundária”²⁶. Essas estruturas secundárias criam acoplamentos estruturais e conectam o sistema funcional ao seu ambiente policontextual, aumentando a sensibilidade periférica do sistema²⁷. E nesse espaço, dirá Simioni com a ajuda de Morin, “pode-se (...) tentar vencer a incomensurabilidade mediante a assimilação da possibilidade de observações dialógicas, isto é, observações que utilizam simultaneamente vários esquemas lógicos e as vezes contraditórios”²⁸. Marcelo Neves também irá reconhecer as limitações dos acoplamentos estruturais entre os sistemas funcionalmente diferenciados na perspectiva originária de Luhmann, proporá o atravessamento (*plus*) de uma “racionalidade transversal” (Wolfgang Welsch) capaz de potencializar a abertura cognitiva e a heterorreferência do sistema²⁹. A

²⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito Ambiental e Sustentabilidade, Juruá Editora, 2006, p. 107-108.

²⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito Ambiental e Sustentabilidade, Juruá Editora, 2006, p. 19.

²⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito Ambiental e Sustentabilidade, Juruá Editora, 2006, p. 19.

²⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito Ambiental e Sustentabilidade, Juruá Editora, 2006, p. 19.

²⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito Ambiental e Sustentabilidade, Juruá Editora, 2006, p. 29.

²⁹ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, 2009, pg. 38-50.

presença de razões transversais nos acoplamentos seria, portanto, capaz de amplificar a abertura cognitiva do sistema e provocar ressonâncias nas variações e seleções a serem adotadas em seu interior.

Na relação ecológica entre sociedade e seu ambiente repleto de indivíduos conscientes, Di Giorgi sugere a necessidade de uma “Ecologia dos Direitos Humanos”, capaz de observar o excedente de alteridade ignorado pela comunicação diferenciada da sociedade moderna.

Ou seja, uma observação dos Direitos Humanos que pressupõe a perspectiva da relação do sistema da sociedade com o ambiente deste sistema, uma perspectiva que observe como sua construção as relações que a sociedade constrói com o seu ambiente; em outras palavras: uma perspectiva que observe como no ambiente da sociedade, a sociedade aloca as alteridades que produz, tal perspectiva poderia permitirmos ver, realistamente, e perguntar-nos: qual é a função dos direitos humanos. E quais são as possibilidades de futuro que se podem construir a partir dessas observações³⁰.

Essa inclusão não diz respeito, portanto, exclusivamente à capacidade prestacional da sociedade complexa - isto é, de sua economia gerar empregos, de sua saúde promover tratamentos, de sua política considerar a participação de todos em seus pleitos eletivos, etc - mas aponta, também, para a possibilidade de ela sequer observar o seu excedente de alteridade que se projeta para além de suas diferenças. Observar os direitos humanos sob uma ótica ecológica seria um caminho para observar um ambiente ignorado, inclusive, pela autorreferência do sistema jurídico.

Os sinais da expansão dessa lógica não são observados apenas na comunicação jurídica, mas a própria comunicação ecológica já vem deslocando a sua observação para as distorções sociais provocadas pela administração do risco ambiental³¹. Atento a esse fenômeno e nos reflexos que ele traz para a comunicação normativa, Teubner sustenta que a sustentabilidade pode ser observada não só na relação entre sociedade e seu ambiente não social, mas também, de forma generalizada, nas relações entre os próprios sistemas funcionais.

O princípio da justiça, sobre o qual se encontram tais normas constitucionais descentralizadamente geradas, deveria ser uma espécie de princípio de sustentabilidade, que originalmente foi desenvolvido como uma limitação do crescimento econômico para a proteção do ambiente natural, tendo em vista as

³⁰ DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.324-340, jan./jun. 2017.

³¹ Cf. ROCHA, Julio Cesar de Sá da; SILVA, Roberta Neri da. Novos ecologismos: por uma lógica ambiental contra-hegemônica - tributo a ordep serra, revista Brasileira de Direito Animal, e-issn: 2317-4552, Salvador, volume 13, número 02, p. 61-82, Mai-Ago 2018. Sobre uma noção alargada de sustentabilidade, ver também ALVES, Alaôr Caffé. Sustentabilidade expandida. Crítica social dos limites do direito, da ética e do Estado e Reflexos na Política do Meio Ambiente. In: PHILIPPI JR., Arlindo; FREITAS, Vladimir Passos; SPÍNOLA, Ana Luíza Silva (orgs). Direito Ambiental e Sustentabilidade. São Paulo: Manole, 2016.

condições futuras de vida. O desafio atual é, no entanto, que o princípio da sustentabilidade deva ser generalizado de duas maneiras. Sustentabilidade não pode mais se limitar à relação da economia com a natureza, ou seja, à relação apenas de um sistema social com um de seus ambientes. O princípio da sustentabilidade deve ser repensado para além da economia, levando-se em conta todos os regimes funcionais. Ao mesmo tempo, deve incorporar, para além de apenas o ambiente natural, todos os ambientes relevantes dos regimes. Ambiente deve ser pensado aqui no sentido mais amplo possível, como ambiente natural, social e humano dos regimes transnacionais.³²

A sustentabilidade seria, nesse sentido, a única forma possível de racionalidade intersistêmica, equidistante a concorrentes como a *rational choice*, a razão discursiva³³ e, poderíamos ainda acrescentar, a proporcionalidade³⁴. E, de fato, se considerarmos a função cumprida pelos direitos fundamentais das Constituições nacionais da sociedade mundial, não será difícil observar que a solução de colisões enfrenta dificuldades quando traduzida por esquemas que pressupõem a concordância prática de na unidade orgânica constitucional. Observá-la sob a perspectiva da sustentabilidade não só confere sentido às considerações consequencialistas que orientam a solução das colisões como também permite a observação do outro lado dessas mesmas implicações, impedindo a trivialização dessas relações, normalmente limitadas às consequências econômicas e mascaradas pelo mal-uso da ponderação proporcional de princípios³⁵.

Não sendo uma transformação que opera apenas no nível das programações, permite, também, constatar uma diferenciação interna no sistema jurídico da sociedade moderna mundial, um movimento semelhante àquele vivido pelo sistema político ao se deparar com a complexidade prestacional do Estado social³⁶. Um sub-sistema de direitos fundamentais opera dentro do sistema jurídico, o que explicaria as diferenças funcionais entre o controle de constitucionalidade e a autorreferência das operações ligadas à clássica generalização de expectativas congruentes, bem como a diferenciação no nível metodológico³⁷. Explicaria,

³² A aposta de Teubner se dirige, todavia, a uma autoconstituição da sustentabilidade em cada um dos sistemas parciais da sociedade complexa, reforçando, através dessa reflexividade duplicada, a irritabilidade sistêmica já apontada por Luhmann. TEUBNER, Günther. Fragmentos constitucionais, p. 292.

³³ TEUBNER, Günther. Fragmentos constitucionais, p. 293.

³⁴ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005.

³⁵ Cf. CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas no horizonte do fluxo de sentidos de uma sociedade complexa e global, in REVISTA DE DIREITO MACKENZIE, v. 12, p. 129-165, 2018.

³⁶ LUHMANN, Niklas. Teoría política en el estado de bienestar. Madrid: Alianza Universidad, 2002.

³⁷ Por exemplo, as diferenças entre a metódica constitucional e a interpretação clássica, com destaque para a inadequação da hermenêutica clássica no âmbito das colisões de direitos fundamentais.

também, as diferenças funcionais existentes entre os Tribunais Constitucionais (decidindo parâmetros quase-abstratos para a solução de conflitos de fundamentalidade) e as Cortes Supremas (decidindo em última instância casos concretos). No primeiro caso, organiza-se a periferia do sistema jurídico³⁸, enquanto que, no segundo, opera-se no centro. Permitiria, também, uma crítica à distorção do desenho organizacional que concebe uma posição dual para uma mesma organização, o que acaba proporcionando muito poder para uma única organização. Tal distorção fica mais evidente quando o nosso STF, por exemplo, ao julgar situações concretas, deixa de priorizar a lógica da consistência para operar, “simultaneamente”, mudanças nos limites de fundamentalidade do sistema³⁹. E o faz, no mais das vezes, sob fundamentos precários, quase sempre mascarados pela proporcionalidade da ponderação. O reconhecimento da diferenciação funcional interna e da sustentabilidade como lógica operativa desse sub-sistema – que se forma com a evolução do controle de constitucionalidade como mecanismo contra-majoritário em democracias reflexivas – abre novas possibilidades (diferenças) de observação e, desde que tomadas em segunda ordem, de comunicação ecológica do direito.

3. PRESSUPOSTOS DA PESQUISA

3.1.1 A sociedade moderna é um sistema comunicacional global responsável pela redução de complexidade do seu meio e que depende do *medium do sentido* para operar em todos os seus níveis de diferenciação.

3.1.2 As operações funcionais da sociedade mundial moderna possui uma tendência “natural” ao isolamento e incapacidade de observação de seu meio ambiente, seja ele o meio comunicacional (outros sistemas da própria sociedade moderna e outras formas societais), biótico ou abiótico.

3.1.3 Uma teoria crítica sobre o direito não pode ignorar os imperativos sistêmicos da sociedade moderna, embora deva lançar sobre ela observações que impeçam a sua auto-destruição e orientem a sua reprodução em moldes sustentáveis.

³⁸ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005.

³⁹ Isso vem ocorrendo, inclusive, em matéria penal, no âmbito de ações tipicamente protetivas, com destaque para as modificações no plexo de garantias quanto à ampla defesa e presunção de inocência ocorridas no julgamento do Habeas Corpus HC 126292. Cf. MOREIRA, Rômulo. Quando sete ministros implodiram o Supremo Tribunal Federa. Conjur, 26 de fevereiro de 2016.

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GERAL

Verificar as possibilidades de uma “análise ecológica do direito”, explorando os sinais da comunicação ecológica e de seu código da sustentabilidade já existentes e, mediante observações de segunda ordem, propor modelos teóricos capazes de otimizar uma crítica ecológica capaz de interferir nas operações internas do sistema jurídico.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

4.2.1 – Identificar o papel de novas organizações da sociedade mundial na comunicação ecológica do direito, a exemplo dos Tribunais de Contas, das Agências Reguladoras, dos Tribunais Constitucionais.

4.2.2 – Identificar as possibilidades de procedimentos adequados ao fluxo de sentido da comunicação ecológica da sociedade, a exemplo das formas de planejamento ambiental, mediação, justiça restaurativa, análises abstratas de constitucionalidade e direito de colisão intersistêmicos.

4.2.3 – Verificar o papel dos direitos fundamentais na estruturação da comunicação ecológica do direito e o modo como o código da sustentabilidade se comporta mediante uma percepção alargada que passa a englobar não apenas as relações entre o ecossistema biótico e abiótico, mas também o ambiente comunicacional.

4.2.4 – Adequar e desenvolver teorias ecológicas do direito, capazes de ampliar a capacidade de comunicação intersistêmica entre direito e seu ambiente (sentido alargado) e de se acoplar à comunicação autorreferenciada do sistema jurídico, mantendo, ao mesmo tempo, a sustentabilidade e a coerência funcional do sistema.

OBS - Os objetivos acima e sua matriz teórica devem ser considerados pelos candidatos no processo seletivo do PPGD e membros do corpo discente que ainda necessitam reformular seus projetos, sob pena de os projetos dos orientados não serem considerados continentes em relação ao presente projeto.

5. JUSTIFICATIVA

Todas as questões levantadas acima, que são de suma importância para a sociedade global, podem receber fortes contribuições advindas da reformulação da noção de *sentido* e

comunicação no âmbito da teoria dos sistemas. A partir desta foi possível delimitar aquilo sobre o qual se teorizava, de modo que a diferença cognição/comunicação, superadas as infundadas acusações anti-humanistas, tornou-se capaz de explicar o funcionamento e a evolução da sociedade moderna e suas deficiências ecológicas. Modelos pós-luhmannianos, todavia, passaram a contribuir com soluções normativas para esse funcionamento. A presente pesquisa segue as trilhas das reflexões sobre as possibilidades normativas dessas teorias no campo do direito da sociedade a partir de uma releitura de suas bases fenomenológicas. Com isso, poderá contribuir para questões ligadas à democracia; autonomia do direito em face da política e da economia; inclusão generalizada e cidadania global; interação/integração de subsistemas nacionais e de seus direitos fundamentais; justificação transconstitucional de direitos humanos, sustentabilidade de seu ecossistema e de seu ambiente comunicacional, dentre muitos outros. Se democracia, cidadania, dignidade e paz são questões importantes para o mundo, as reflexões teóricas aqui projetadas se justificam, no mínimo, em suas ulteriores aplicações.

6. METODOLOGIA

O método a ser adotado na presente pesquisa precisa ser capaz de articular a equivalência funcional das noções de *sentido* trazidas pela fenomenologia hermenêutica e pela teoria dos sistemas de matriz luhmanniana. Para Heidegger “a expressão ‘fenomenologia’ diz, antes de tudo, um conceito de método”⁴⁰ e o *sentido*, por sua vez, representa um dado central a este método. A teoria dos sistemas, por sua vez, exige um tipo de “observação” que faz dela, de igual modo, uma espécie de “método”, de “fenomenologia da comunicação”. Estamos diante de duas formas de circularidade cuja entrada pressupõe admitir os paradoxos e as diferenças do *ser* e da observação social. Todavia, a articulação das equivalências funcionais entre essas duas formas de acessar o *sentido* exige aquilo que, na perspectiva sistêmica, foi denominado de “método comparativo”. Segundo Luhmann,

“Lo conceptual de una teoría de la sociedad se enfrenta a la tarea de llevar su propio potencial de complejidad: interpretar hechos mas heterogéneos con los mismos conceptos y, por consiguiente, garantizar la posibilidad de comparación de contextos relacionales muy diversos. Esta intención de tratar lo extremadamente

⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, 2005, p. 57. Idem. *Los problemas fundamentales de la fenomenología*, 2000, p. 27.

diverso como algo todavía comparable se acoge al método de la comparación funcional.”⁴¹

Devemos considerar, portanto, que o método assumido por esta pesquisa é da *comparação funcional*. Nele, as investigações que consideram a comunicação da sociedade dependam de decisões conceituais abstratas, isto porque os dados observáveis dependem, circularmente, da forma de observação. Trata-se, necessariamente, da sociedade falando da sociedade. Tanto a fenomenologia hermenêutica quanto a teoria dos sistemas são construções da sociedade que se desenvolveram em um meio ambiente de *sentido*. Perguntar pelo *sentido* no âmbito dessas duas teorias exige, todavia, que façamos uma regressão nas formas por elas utilizadas, de modo que os respectivos critérios de diferenciação sejam, em ambas, respeitados. A comparação funcional exige, para este caso, um retorno à diferença fenomenológica (ente/ser) e, em seguida, uma avaliação da equivalência funcional dos modelos, bem como os ajustes paradigmáticos necessários à reconstrução da noção de *sentido do sistema*.

A hipótese sobre a possibilidade de equivalência funcional nos termos do método comparativo só é plausível em razão do fato de que, diferentemente de modelos ontológico-metafísicos, esse movimento circular também está presente na fenomenologia. No retorno ao problema do sentido na fenomenologia, será necessário observá-lo a partir de suas próprias autodescrições. Neste sentido, será necessário observar que a fenomenologia envolve uma *redução*, uma *construção* e uma *destruição*⁴². A *redução* é um aspecto negativo do “método” que visa a impedir que nos voltemos para o *ente*. Devemos nos voltar para o *ser mesmo*, o que pressupõe trabalhar, em termos comunicacionais com a diferença ser/ente. O *ser*, dirá Heidegger, não está tão facilmente acessível como o *ente*, exigindo uma projeção antecipada, isto é, uma *construção*⁴³ que, estando previamente condicionada pela nossa *historicidade* e *facticidade*, marca a circularidade do modelo e a diferença entre pré-compreensão/compreensão. Desse modo, sempre restará a pergunta se a nossa experiência “ingênua e vulgar” nos proporciona a elaboração de um projeto que garanta o desvelamento do *ser* ou se terá nos colocado em meio às aparências e manifestações. Por isso, pertence necessariamente à compreensão do *ser* uma “desconstrução produtiva”, uma *Destruktion*, isto é, uma crítica dos conceitos tradicionais⁴⁴, comumente pautados na metafísica da

⁴¹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, 2007, pg. 26.

⁴² HEIDEGGER, Martin. *Los problemas fundamentales de la fenomenología*, 2000.

⁴³ Idem. *Ibidem*, p. 47.

⁴⁴ Idem. *Ibidem*, p. 48.

indiferença entre ente/ser. Esses três componentes fundamentais do método fenomenológico se pertencem mutuamente. A construção desse modo de filosofar é, necessariamente, uma *desconstrução* do que nos é transmitido, levada a cabo mediante um regresso à “tradição” na apropriação positiva de suas possibilidades⁴⁵, tendo em vista que o acontecer fenomenológico do *ser* deve ser observado a partir da diferença entre desvelado/velado, e não a partir da diferença entre verdade/falsidade, corolário de uma lógica da identidade/diferença e da exclusão de uma terceira hipótese.

Desse modo, não faria sentido a utilização de uma classificação tradicional dos tipos de pesquisa e de seus métodos, a exemplo das pesquisas exploratórias desenvolvidas a partir de um método bibliográfico. Tal opção implicaria contradições tanto na perspectiva fenomenológica quanto na análise comparativa luhmanniana. A necessidade de revisão bibliográfica sobre o tema, ainda que fundamental à pesquisa aqui projetada, não corresponde ao seu “método”. Sob o ponto de vista sistêmico, o uso reflexivo das obras a serem consultadas representará a autorreferência do sistema científico, necessárias à aceleração da transversalidade ou, em termos fenomenológicos, ao desvelamento do encoberto mediante um diálogo heterorreflexivo⁴⁶.

7. CRONOGRAMA

O desenvolvimento das pesquisas estava programado para o triênio 2019-2020.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. Sustentabilidade expandida. Crítica social dos limites do direito, da ética e do Estado e Reflexos na Política do Meio Ambiente. In: PHILIPPI JR., Arlindo; FREITAS, Vladimir Passos; SPÍNOLA, Ana Luíza Silva (orgs). Direito Ambiental e Sustentabilidade. São Paulo: Manole, 2016.

BEDNARZ JR, John. Functional method and phenomenology: The view of Niklas Luhmann. 1984, Volume 7, Issue 1-4, pp 343-362. Human Studies: A Journal for Philosophy and the Social Sciences (1984). Também disponível em <http://link.springer.com/article/10.1007/BF02633662>

BERMES, Cristian. **Anschluss verpasst? Husserls Phänomenologie und die Systemtheorie Luhmanns.** In: D. Lohmar/ D. Fonfara (org), Interdisziplinäre Perspektive der Phänomenologie. Springer: Dordrecht, 2006, pg. 18-37.

⁴⁵ Idem. Ibidem, p. 49.

⁴⁶ CARNEIRO, Wálber Araujo. Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva, 2011.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. CARNEIRO, Wálber Araujo. **Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos**: reformulações paradigmáticas no horizonte do fluxo de sentidos de uma sociedade complexa e global, in REVISTA DE DIREITO MACKENZIE, v. 12, p. 129-165, 2018.

_____. **El eclipse de la esfera de protección de la libertad individual no económica en el Constitucionalismo Brasileño**: La supresión de los ámbitos de protección categórica en los modelos estructurales de la comunicación normativa. In, JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Itinerarios constitucionales para un mundo convulso. Madrid: Dykinson, 2016

_____. **O eclipse da esfera de proteção da liberdade individual não-econômica no constitucionalismo brasileiro**: a supressão dos âmbitos de proteção categórica nos modelos estruturais da comunicação normativa. REVISTA DO INSTITUTO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA, v. 22, p. 97-115, 2017. (disponível on line)

_____. **O ESTADO DO DIREITO NO ESTADO DE DIREITO**: por uma ecologia de suas possibilidades. In: José Luis Bolzan de Moraes. (Org.). Estado & Constituição: o fim do Estado de Direito. 1ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, v. , p. 39-74. (disponível em ebook gratuito)

_____. **Fundamental Rights of Peripheral Constitutions**: a New Theoretical Approach and the Zika Virus in Brazil. BRICS Law Journal. 2018;5(4):61-89. (disponível on line)

_____. **BOA FÉ (INTER)TRANSUBJETIVA**: das impossibilidades do espírito objetivo à ressignificação heterorreflexiva. REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, RJLB, Ano 4 (2018), nº 6. (disponível on line)

_____. **Theory of positive law**. In.: WOLFRUM, Rüdiger; LACHENMANN, Frauke; GROTE, Rainer (editores). Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law. New York: Oxford University Press, 2017. (disponível on line mediante assinatura do Enciclopédia)

_____. Crise e escassez no Estado Social: da constitucionalização à judicialização simbólicas. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; COPETTI NETO, Alfredo. (Org.). Estado e Constituição: Estado Social e poder econômico face a crise global. 1ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, v. 1, p. 200-220

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

_____. **Droit et société chez Niklas Luhmann**: la contingence des normes (Avant-propos de Niklas Luhman). PUF: Paris, 1997.

_____. **Sciences du sens**: perspectives théoriques. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2006.

_____. **Was heißt: Sich an Differenz statt an Identität orientieren?** Zur Deontologisierung in Philosophie und Sozialwissenschaft. Konstanz: UVK, 2002.

_____. **The Specific Autopoiesis of Law**. In: PRIBÁN, Jirí; NELKEN, David. (org). Law`s New Boundaries. Cornwall: Ahsgate, 2001.

FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. **Luta pelos direitos sociais globais: o delicado seria o mais grosseiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GIORGI, Raffaele de. Por uma ecologia dos direitos humanos, R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.324-340, jan./jun. 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso**. Tradução Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madri: Trotta, 2001 (Coleção Estructuras y Procesos).

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Trad. Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **A questão da técnica**. In. _____. Ensaio e conferências. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2007. (Coleção Pensamento Humano)

_____. **Da essência da verdade**. In. _____. Ser e verdade. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2007. (Coleção Pensamento Humano)

_____. **A coisa**. In. _____. Ensaio e conferências. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2007. (Coleção Pensamento Humano)

_____. **Ser e tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. Parte I. (Coleção Pensamento Humano)

_____. **Que é metafísica?** Trad. Ernildo Stein. In. Conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Nova Cultural, 2005 (coleção Os pensadores).

_____. **Sobre a essência da verdade**. Trad. Ernildo Stein. In. Conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Nova Cultural, 2005 (coleção Os pensadores).

_____. **Lógica: la pregunta por la verdad**. Trad. J. Alberto Ciria. Madrid: Alianza, 2004.

_____. **Ser e tempo**. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. Parte II. (Coleção Pensamento Humano)

_____. **Los problemas fundamentales de la fenomenología**. Trad. Juan José García Norro. Madrid: Trotta, 2000.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura**. São Paulo: Ideias e Letras, 2006.

_____. **Meditações Cartesianas: introdução à fenomenologia**. Trad. Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

_____. **Crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental**. México: Folio, 1984.

JAKOB, Arnoldi. **Sense making as communication**. Soziale Systeme 16, Heft 1, pg. 28-48. Stuttgart: Lucius&Lucius, 2010. Disponível também em <http://www.soziale-systeme.ch/pdf/SoSy_01_10_Arnoldi_www.pdf>

LUHMANN, Niklas. **La sociedade de la sociedade**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007.

_____. **El derecho de la sociedade**. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2005.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2. Ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. Die Neuzeitlichen Wissenschaften und die Phänomenologie. Vienna: Picus, 1997.

_____. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995.

_____. **Observaciones de la modernidad**: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Barcelona: Paidós, 1997

_____. Teoría política en el estado de bienestar. Madrid: Alianza Universidad, 2002.

LUHMANN, Niklas. Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**. México DF: UG/UIA/ITESO, 1993, p. 57.

LUHMANN, Niklas; HABERMAS, Jürgen. **Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie** - Was leistet die Systemforschung? Frankfurt: Suhrkamp, 1971.

MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRATE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. Cidade do México: Herder, 2008.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MERZ-BENZ, Peter-Ulrich; WAGNER, Gerhard (org.): **Die Logik der Systeme**. UVK: Konstanz, 2000.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da; SILVA, Roberta Neri da. Novos ecologismos: por uma lógica ambiental contra-hegemônica - tributo a ordep serra, revista Brasileira de Direito Animal, e-issn: 2317-4552, Salvador, volume 13, número 02, p. 61-82, Mai-Ago 2018

ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Comunicação ecológica por Niklas Luhmann**.

SCHUTZ, Alfred. **Sobre fenomenologia e relações sociais**. Trad. Helmut T. R. Wagner. Petrópolis: Vozes, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto, Direito Ambiental e Sustentabilidade, Juruá Editora, 2006.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Ijuí: UNIJUÍ, 2002. (Coleção Filosofia).

_____. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: UNIJUI, 2001.

STICHWEH, Rudolf. A sociedade mundial, 2018.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. São Paulo : Unimep, 2005.

_____. **Droit et Réflexivité**: l'auto-référence en droit et dans l'organisation. Bruilant : Belgique ; L.G.D.J. : Paris, 1996.

_____. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. **Sociedad global, justicia fragmentada**: sobre la violación de los derechos humanos por actores transnacionales 'privados'. In: Manuel Escamilla und Modesto Saavedra (Org). Law and Justice in a Global Society, International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy. Granada: 2005.

_____. **The King's Many Bodies**: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy. In: Law and Society Review 31, 1997.

_____. **Economics of Gift – Positivity of Justice**: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann. Theory, Culture & Society 18, 29-47, 2001.

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

VESTING, Thomas. **Autopoiese da comunicação do Direito?** O desafio da Teoria dos Meios de Comunicação. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). [on-line]. Vol. 6, n. 1. São Leopoldo: Unisinos, 2014, jan-jun. Último acesso em 19/08/2014. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/478>>

_____. **Communication media and autopoietic law**. In, PEREZ, Oren; ZUMBANSEN, Peer (org). Law after Luhmann: Critical Reflections on Niklas Luhmann's Contribution to Legal Doctrine and Theory. London: 2008.