

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA  
CONSTITUIÇÃO E OS FUNDAMENTOS  
DA CONSTITUIÇÃO DE DIREITOS:  
REFORMULAÇÕES PARADIGMÁTICAS  
NA SOCIEDADE COMPLEXA E GLOBAL

Wálber Araujo Carneiro\*

RECEBIDO EM:	10.5.2018
APROVADO EM:	10.6.2018

\* Pós-doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e pela Universidade de Brasília (UnB). Professor de Teoria e Filosofia do Direito da Universidade Federal da Bahia (Ufba) e *Gastwissenschaftler* na Goethe Universität de Frankfurt am Main. E-mail: walber.carneiro@gmail.com

• WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

- **RESUMO:** O presente artigo propõe um modelo teórico voltado para a observação dos direitos fundamentais presentes nas constituições de Estados periféricos. A partir de uma revisão crítica das perspectivas clássicas voltadas para a afirmação dogmática dos direitos fundamentais e da tradição institucional derivada da observação sociológica, considera-se que os direitos fundamentais, na condição de “eclusas” desse fluxo, cumprem uma dupla função: eles são responsáveis tanto pela estruturação de expectativas normativas que buscam proteção da diferenciação funcional quanto pela construção de limites dogmáticos internos ao sistema. No horizonte das contribuições da fenomenologia à teoria dos sistemas sociais, as dimensões social, temporal e objetiva presentes na variação dos sentidos da sociedade conformam a estrutura analítica do modelo, identificam a existência de esferas autônomas de fundamentalidade e orientam a substituição de metodologias ponderativas por um direito de colisão edificado na pragmática do próprio sistema.
- **PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais; constituição; sociedade complexa.
- **ABSTRACT:** This article proposes a theoretical model directed towards the observation of fundamental rights present in the constitutions of peripheral States. Parting from a critical revision of classic perspectives oriented by the dogmatic affirmation of fundamental rights and the institutional tradition derived from sociological observation, what is considered is that fundamental rights, in their condition as “locks” in the flow, perform a dual function. They are as responsible for the structuring of normative expectations which seek the protection of functional differentiation as they are for the construction of internal dogmatic limits to the system. On the horizon of contributions from phenomenology to the theory of social systems, the social, temporal and objective dimensions present in the variation of meanings for society agree with the analytical structure of the model, identify the existence of autonomous spheres of fundamentality and guide the substitution of balancing schemes for a “law of collision” edified in the pragmatics of the system itself.
- **KEYWORDS:** fundamental rights; Constitution; complex society.

## 1. Introdução<sup>1</sup>

A Constituição promulgada em 1988 assimilou uma ampla gama de expectativas normativas represadas no ambiente social<sup>2</sup>. Embora não representasse a solução imediata dos conflitos, mostrou-se, até certo ponto, eficaz como pacto simbólico que arrefecia conflitos sociais, face de um fenômeno que Marcelo Neves (2007) chamou de “constitucionalização simbólica”. Com o esgotamento paulatino da função diabólica desse símbolo constitucional (CARNEIRO, 2015), a revelação da ineficácia abriu espaço para a afirmação política do Judiciário que, respaldado na busca pela “concretização constitucional”, provoca uma onda ativista de intervenção e controle judicial de políticas públicas em nome da eficácia imediata dos direitos fundamentais, o que acabará atingindo, “às avessas”, a configuração protetiva das garantias individuais (CARNEIRO, 2016b).

Além dos problemas colaterais relacionados à legitimidade político-democrática de tais intervenções, a inexistência de inclusão generalizada das intervenções e a consequente quebra de isonomia na distribuição dos recursos revelarão que os efeitos diabólicos do símbolo constitucional resultam, agora, de uma “judicialização simbólica” (CARNEIRO, 2015).

Como esses efeitos “diabólicos” restam encobertos, muitas vezes imperceptíveis para os próprios atores que reproduzem esse modelo, o problema explícito residiria no discurso de legitimação para tal intervenção e controle. O Poder Judiciário, o Ministério Público e os demais atores que postulavam medidas de intervenção não poderiam assumir ou sustentar que essa atuação transitava em um espaço de decisão que ultrapassava os limites da incontornável criatividade judicial, em que somente a democracia representativa ou direta poderia atuar. Para suprir esse déficit de legitimidade, a academia jurídica acreditou que modelos teóricos voltados para o problema da interpretação constitucional e da colisão de direitos fundamentais – “moedas” supostamente “correntes” no horizonte teórico alemão (SILVA, 2005) – seriam o caminho para compensar a falta de legitimidade política. O conjunto da obra nos leva a uma espécie de constitucionalismo

1 Este texto foi apresentado no Encontro Internacional da Rede Law & Social Systems, realizado no campus Higienópolis da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em 14 de março de 2018, e no Encontro dos Grupos de Pesquisa Direito, Sociedade Mundial e Constituição, em 10 de maio de 2017, e produzido durante pós-doutoramento realizado na Universidade de Brasília e na Goethe Frankfurt University, que contou com o financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). *This work was conducted during a scholarship supported by the International Cooperation Program CAPES/COFECUB at the University of Brasília / Goethe Frankfurt University. Financed by CAPES - Brazilian Federal Agency for Support and Evaluation of Graduate Education within the Ministry of Education of Brazil.*

2 Sobre as expectativas normativas represadas no ambiente social que afloraram na Constituição de 1988, ver Schwartz (2014).

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

que trafega entre os mitos da impossibilidade sustentada por matrizes conservadoras e as possibilidades mitológicas de um ativismo irresponsável (CARNEIRO, 2014b).

O presente artigo pretende retomar as raízes desse problema a partir de uma desconstrução produtiva de duas diferentes tradições teóricas que transitam na raiz do problema: os direitos fundamentais e seu modelo ponderativo, um dos sustentáculos metodológicos que possibilitariam sua aplicabilidade. Após uma reflexão mais profunda sobre as faces da crise da concordância prática ponderativa, responsável pela legitimidade epistêmica de propostas ativistas, assume-se, a partir dessas tradições, uma revisão funcional dos direitos fundamentais no horizonte de sentido de uma sociedade complexa e global. Embora o foco esteja voltado para os direitos fundamentais estruturados na periferia de sistemas jurídicos estatais presentes na periferia da sociedade global, a reconstrução proposta não ignora a presença desses sistemas em uma rede global de direitos que não se resume às conexões clássicas do direito internacional público ou privado.

Tomando os direitos fundamentais como “eclusas” do fluxo de sentido entre o sistema jurídico e seu ambiente, este texto examina as variações desse “fluxo” em suas três dimensões (social, temporal e objetiva) e descreve como a comunicação social do direito reflete o seu entorno por meio dos direitos fundamentais, destacando as reservas de racionalidade prática presentes no ambiente, a evolução das expectativas normativas e a reprodução interna da complexidade objetiva mediante a constituição de “esferas de fundamentalidade”. Por fim, a partir da reprodução interna da complexidade ambiental, avalia como o direito deve se colocar diante dos problemas decorrentes da colisão normativa envolvendo diferentes tipos de “esferas de fundamentalidade”.

## 2. A crise da ponderação

A ponderação é, ao lado de modelos hermenêuticos metódicos, um dos principais recursos epistêmicos voltados para compensar a falta de legitimidade política de algumas intervenções judiciais e, estando diretamente associada à colisão de direitos fundamentais, exige uma atenção especial. A denúncia quanto aos déficits de legitimação não é, todavia, uma novidade no horizonte teórico, inclusive no contexto alemão (BÖCKENFÖRDE, 1993)<sup>3</sup>. Aqui, observaremos essa crise em três dimensões: uma objetiva, uma metodológica e uma terceira dimensão aqui denominada de societal.

3 Na prática do *Bundesverfassungsgericht* alemão, observa-se uma decisiva inclinação para a ponderação de interesses, ao mesmo tempo que a identidade dos diferentes modelos ponderativos se encontra, de fato, mais bem tematizada naquele horizonte teórico-acadêmico, que ainda conta com um modelo de ensino baseado em problemas que contribui para a coerência do sistema. Todavia, ainda que esses fatores, aliados com o pudor político decorrente da estabilidade republicana, arrefeçam os efeitos da crise, não foram capazes de impedir que ela aflorasse inclusive na Alemanha (FISCHER-LESCANO, 2016).

Em primeiro lugar, essa crise assume uma dimensão “objetiva”. O que se pondera? Interesses, valores, princípios? (BARROSO, 2009, p. 359; ALEINIKOFF, 1987). A história da ponderação sinaliza que a ideia de ponderar está associada a diferentes objetos, a depender do modelo teórico proposto. Desde uma jurisprudência de interesses, que via o direito como o resultado de uma ponderação legislativa de interesses (HECK, 1932), passando por modelos que identificavam nessa síntese uma ponderação de valores (WESTERMANN, 1955), até modelos deontológicos que sustentam o sopesamento de normas-princípio (ALEXY, 2008), diferentes teorias defendem diferentes objetos e inúmeras e distintas consequências práticas para esse fenômeno. A essa pluralidade objetiva no plano teórico, acrescenta-se que a prática do *Bundesverfassungsgericht* manteve, de modo preponderante e ainda que dissociada dos rigores teóricos, a semântica da “ponderação de bens interesses” e a delimitação desse recurso às hipóteses de colisão de direitos fundamentais (v. g., 1 BVerfG 1248/11). No Brasil, tudo é ponderado, por todos, como se os diferentes objetos ponderáveis fossem uma coisa só. Além de não haver nos planos teórico e prático um cuidado com o objeto – e com as consequências que advêm dessa escolha –, esses dois âmbitos tendem a universalizar a ponderação como um “método” adequado à aplicação de princípios e contraposto à insuficiente subsunção (BARROSO, 2009, p. 358), ultrapassando os limites de um debate referido a problemas que envolvem colisão de direitos fundamentais.

Mesmo que resolvêssemos a crise de caráter “objetivo”, esbarraríamos em uma segunda, que aqui denominaremos de “metodológica”. Uma vez considerado o objeto e os limites objetivos da ponderação, a sua execução deveria obedecer a determinados critérios metodológicos. Diferentes propostas em diferentes modelos, todavia, não foram capazes de garantir a racionalidade da ponderação ou, pelo menos, reconheceram déficits em face das exigências democráticas (BÖCKENFÖRDE, 1993). Os controles metodológicos da ponderação não garantem um resultado que se legitima, exclusivamente, nos limites epistemológicos, não sendo capazes de substituir as decisões decorrentes do fluxo da política democrática. Controles analíticos relacionados à justificação interna do sistema jurídico foram propostos (ALEXY, 2008, p. 593) e, diante de seus limites, acrescentou-se o controle argumentativo-procedimental da justificação que se ampara em elementos externos ao sistema (ALEXY, 2008)<sup>4</sup>. É o próprio Alexy (2008,

4 O novo Código de Processo Civil (CPC) segue essa orientação, embora a resistência do Judiciário às exigências dialógicas na justificação das decisões revele a baixa assimilação do controle procedimental na prática judiciária brasileira. Sobre a evolução desses paradigmas, ver Carneiro (2014a).

p. 36) que reconhece a incapacidade de produzir “respostas corretas” a partir de seu modelo analítico-procedimental, restando uma ampla margem de discricionariedade (ALEXY, 2008, p. 603-604) destacada, inclusive, como uma necessária “dogmática de espaços” abertos para a discricionariedade legislativa (ALEXY, 2008, p. 76). Alexy (2005, p. 301) também reconhece a debilidade do controle que dispensa ao sopesamento, não estando ao alcance do procedimento argumentativo, em razão de limites temporais e dos diferentes arranjos de argumentação, a eliminação das inúmeras possibilidades de respostas válidas (cf. CARNEIRO, 2011, p. 221-233). Isso não seria, todavia, um (grande) problema se o direito envolvesse, caso a caso, apenas o “diálogo entre os sujeitos presentes” (interações) em cada um desses casos, e fosse possível ignorar sua reprodução complexa como um sistema marcado por aquilo que Giddens (1984) denominou de “comunicação entre ausentes”.

Nesse ponto será possível observar, então, a terceira face da crise, que aqui chamamos de “societal”. A ponderação pressupõe uma sociedade que não existe e que, mesmo para aqueles que ainda têm pretensões crítico-normativas sobre a reprodução social (que inclui a do direito), não seria (mais) desejável, tampouco viável. Em geral, adeptos da ponderação pressupõem a sociedade como um conjunto de indivíduos que agem em um ambiente valorativo “objetivo” capaz de produzir consensos apriorísticos ou pelo menos capazes de transformar, com o auxílio de regras procedimentais, o dissenso presente no ambiente em um consenso democrático de relativa estabilidade. Desde que iniciamos com Scheler (2014) e Hartmann (1962), a exploração filosófica desse universo valorativo, os desdobramentos na ciência jurídica foram revelando as marcas de um incontornável ambiente plural. Mesmo que distantes do problema dos direitos fundamentais, autores da chamada jurisprudência de valores alemã, por exemplo, embora tivessem como marca a admissão de algum recurso a valores supra-positivos (ZIPPELIUS, 1962), viram-se obrigados a questionar a existência de uma hierarquia formal de valores e de conteúdos valorativos uniformes no momento de sua concretização (HUBMANN, 1977), do mesmo modo que precisaram reconhecer o sistema jurídico como “lugar” de eleição e determinação do conteúdo valorativo (BYDLINSKI, 1982) e, ao final, a impossibilidade de supressão da subjetividade do julgador (ZIPPELIUS, 1962). Todas essas dificuldades acabam transformando uma jurisprudência “pautada em valores” em um modelo teórico-normativo que, nas palavras de Larenz (1991), seria, tão somente, “orientado por valores”.

Na linha teórica, que busca mecanismos epistêmicos dirigidos aos problemas constitucionais, observava-se a inclinação para uma interpretação “concretizadora”,

estratégia que procura retardar o impasse do dissenso para o momento em que a presença de um caso concreto fosse capaz de reduzir a complexidade com algum ganho de consistência (HESSE, 2009; MÜLLER, 1984), compensando a elevada abstração semântica das normas constitucionais. Os “valores” em jogo são aqueles selecionados pelo sistema mediante a utilização de normas-princípio constitucionalizadas que assumem um caráter deontológico. A ponderação, que não era uma constante no pensamento valorativo, será reservada à colisão dos direitos fundamentais e concebida como uma “concordância prática” (FISCHER-LESCANO, 2016), o que já implica ausência de hierarquia entre princípios e busca pela maximização de todos os vetores deontológicos constitucionalizados. Ao final, o pluralismo e a complexidade represados no ambiente do sistema jurídico em razão dessas seleções deontológicas serão escoados no interior do sistema como variáveis semânticas da interpretação concretizadora e, na maioria das vezes, ponderativa. E se *standards* hermenêuticos (HESSE, 2009) não forem capazes de controlar a contingência de sentido da semântica constitucional (HÄRBELE, 1997), o controle último ficaria a cargo de procedimentos argumentativos (ALEXY, 2005, p. 224). Percebe-se, portanto, até mesmo nesses modelos teóricos comumente chamados de “pós-positivistas”, o paulatino reconhecimento da complexidade e do pluralismo presentes no ambiente do sistema jurídico, bem como as tentativas de adaptação e controle desse fluxo de sentido.

Todavia, o reconhecimento dessa policontextualidade ambiental implica reformulações na própria ideia de sociedade e exige mudanças paradigmáticas (LADEUR; CAMPOS, 2016, p. 118) que não serão suportadas por modelos teóricos que buscam assimilar a complexidade ambiental por intermédio da “ductibilidade” (ZAGREBELSKY, 1997) semântica de suas estruturas normativas. Principalmente quando o conseqüente problema da colisão das variáveis semânticas é entregue a um controle epistêmico que objetiva a “concordância prática” de uma unidade constitucional. No Brasil, ademais, o ideário de um ambiente social de baixa complexidade e pluralidade sequer permitiu a assimilação das adaptações com alguma integridade teórica (CARNEIRO, 2016b).

O desafio, portanto, consiste em repensar o problema dos “direitos fundamentais da Constituição” no horizonte de uma sociedade global, complexa, plural, altamente especializada e fragmentada, inclusive quanto aos seus sistemas normativos. Mas, se os mitos da concordância prática ponderativa e da confortável “unidade” do sistema nacional se revelam como tais, o que restaria de racionalidade normativa? Não obstante o ceticismo de muitos, parece-nos que as reservas de racionalidade são muito promissoras, embora o êxito dessa empreitada exija que procuremos no lugar certo.

### 3. A constituição de direitos e as teorias dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são normalmente refletidos por concepções teóricas que buscam responder às demandas de justificação racional derivadas de sua própria dogmática e, por isso, com ela acabam se confundindo. Essa missão dogmática depende, todavia, de modelos teóricos que sustentem tanto a caracterização da fundamentalidade quanto as questões metodológicas relacionadas à sua aplicação<sup>5</sup>. Esses modelos teóricos, que aqui chamaremos de “clássicos”, acentuam uma função relacionada à autorreferência do sistema, mesmo quando a justificativa de seu conteúdo material é buscada fora do sistema. Neles, os direitos fundamentais são responsáveis por bloquear – e, em alguma medida, impor – determinadas possibilidades de sentido que poderiam ser consideradas na produção ou interpretação de normas jurídicas<sup>6</sup>. O papel dos direitos fundamentais é, nesse contexto, o de bloqueio de possibilidades de sentido e o de proteção de sujeitos em face das ações ou omissões do Estado, atingindo, em alguma medida, particulares obrigados em razão da horizontalização desses direitos.

Desde o integralismo de Smend (1928), o ambiente valorativo plural e a elevada complexidade do ambiente constitucional foram paulatinamente, reconhecidos, embora o fluxo das demandas advindas desse ambiente acabasse, em razão do *design* estrutural sintático-semântico dessas teorias, “implodido”, como vimos, por modelos hermenêuticos metódicos (HESSE, 1998), metódico-estruturantes (MÜLLER, 1984) ou, ainda, por procedimentos argumentativos (HÄRBELE, 1997; ALEXY, 2008, 2012). De qualquer forma, mesmo após essa adaptação, os direitos fundamentais continuarão sendo estruturas que se comunicam com o ambiente a partir dos limites internos da sua

5 Böckenförd (1993, p. 47-48) identifica cinco matrizes que sustentam as teorias dos direitos fundamentais: liberal, institucional, axiológica, democrático-funcional e própria do Estado Social. Robert Alexy (2008, p. 31) chama a atenção para as diferentes espécies de teorias formuladas sobre os direitos fundamentais, como as históricas (que explicam o surgimento e o desenvolvimento), as filosóficas (que tratam da sua fundamentação) e as sociológicas (pertinentes à função que representam no sistema social), entre outros possíveis tipos e variáveis. Sustenta Alexy (2008), todavia, a necessidade de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais. No Brasil, é possível observar traços desses conjuntos teóricos, mas o dito caráter “analítico” da Constituição de 1988 estimulou que a fundamentação dos direitos fundamentais se ancorasse nos contornos sintáticos do texto constitucional, nos moldes daquilo que Alexy (2008) denominou de “teoria jurídica”, “ponto de chegada” para o que, aqui, consideramos “teorias clássicas”. Sobre as diferentes teorias e suas dificuldades, ver Calmon Dantas (2011).

6 Para Ingo Sarlet (2007, p. 91), direitos fundamentais são “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade no sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)”.

semântica e, de algum modo, destinados a uma missão de integração (LUHMANN, 2010, p. 128)<sup>7</sup> que se revelará, em algum momento, na percepção de unidade do “sistema” constitucional<sup>8</sup>. Nesse sentido, a relação com a sociedade global não se dará mediante conexões estruturais abertas ao aprendizado e a exigências recíprocas, mas, em planos paralelos e independentes, mediante a equivalência funcional entre os direitos fundamentais e os direitos humanos universais que, por vezes, também funcionam como fundamento de sua dimensão material<sup>9</sup>.

Todavia, a complexidade do ambiente “atropela” as pretensões de “fechamento” que os direitos fundamentais assumem nessa perspectiva “clássica”. A vocação dogmática e a primazia sintático-semântica das referidas teorias, ao se voltarem para a função autorreferencial, deixam na “sombra” boa parte das expectativas normativas advindas do ambiente do sistema jurídico, bem como o modo pelo qual essas expectativas conseguem se reproduzir dentro do próprio sistema jurídico. Essas teorias não são capazes de observar essa diferença, pois não estão voltadas para as “possibilidades” dos direitos fundamentais em face de seu meio ambiente, e sim para as possibilidades que seus titulares dispõem diante do próprio sistema jurídico. Elas assimilam o pressuposto dogmático que exige operações de autorreferência pautadas na “atualidade” do sistema. Assim, eventuais disputas sobre o sentido “atual” do sistema são semanticamente implodidas como dificuldades cognitivas, cuja solução se daria, nos órgãos de decisão, pela utilização daqueles modelos “hermenêuticos” ou “argumentativos”.

Essa é uma análise derivada de uma forma de observação que se distancia da vocação dogmática de função decisória presente na perspectiva “clássica” e, em perspectiva aberta, passa a abranger o modo pelo qual os direitos fundamentais “funcionam” em relação ao seu entorno, independentemente do caráter simbólico de suas justificações. Essa aposta sociológica foi empreendida por Luhmann (2010) ainda em meados dos anos 1960 e, desde então, tem se desdobrado em diferentes abordagens teóricas, muitas

7 “Bajo este punto de vista, aun los derechos fundamentales se incorporan como contenidos objetivos integradores a una teoría científico-filosófica cerrada del Estado” (LUHMANN, 2010, p. 128).

8 Luhmann (2010, p. 126-127) descreve a evolução das teorias sobre os direitos fundamentais em três estágios: clássica de cariz jusnaturalista; o segundo que “trata de superar el pragmatismo político y la concepción meramente jurídico-positivista, en donde amenaza caer el derecho natural”, que, segundo o sociólogo, “se designa a sí misma como ‘ciencia filosófica humanista’ y puede decirse que se la tiene por teoría dominante”, que encontrou “una respetable elaboración en la doctrina de la integración de Rudolf Smend, aunque en la actualidad prácticamente sólo vive de la eufonia del concepto de valor y la falta de competencia”; e, por fim, uma teoria do valor com que ele se depara nos anos 1960 que “renuncia a ser una doctrina del Estado completa y se limita a ser un análisis dogmático de la parte de la Constitución referida a los derechos fundamentales”, singularizada pela utilização de “métodos más libres de interpretación, orientados sobre todo históricamente”.

9 Nesse sentido, Canotilho (1998, p. 259) dirá, em seu tratado sobre direito constitucional, que direitos fundamentais “são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”.

delas diretamente reconectadas com a função dogmática. O *approach* sociológico sobre o tema chama a atenção de Luhmann<sup>10</sup> e, no horizonte ainda em construção de sua proposta funcional e pós-ontológica, conclui que os direitos fundamentais servem, como instituições, para manter a “diferenciação social”<sup>11</sup>. Assim, embora as pretensões dogmáticas das teorias clássicas atribuísem aos direitos fundamentais uma função de fechamento do sistema, a pluralidade de possibilidades presentes no ambiente, aproveitando-se da abertura semântica das normas constitucionais, das debilidades epistêmicas presentes nos modelos de justificação racional e da contingência das decisões, revelaria uma função diametralmente oposta: a de abertura do sistema jurídico. O caráter aberto de sua semântica normativa, que nas teorias clássicas demanda a ponderação perante a sobreposição de seus limites internos, mostrou-se funcionalmente adequado para que diferentes expectativas normativas advindas do ambiente se estruturassem como possibilidades do sistema jurídico (NEVES, 2013, p. 57-58). Em razão disso, enquanto todos decidiam sustentando que assim o faziam por “acertar” a “atualidade” que sempre esteve “presente” no sistema, os direitos fundamentais permitiam “apostas” nas “possibilidades” do “futuro”.

Com isso, essa função relacionada à heterorreferência do sistema (referência a seu ambiente complexo) dificultava a colonização pelo direito das possibilidades presentes no seu meio ambiente. No caminho percorrido entre uma sociedade que se auto-observava como uma unidade ontológica territorializada, marcada pela intolerância com o outro, para uma sociedade que se reconhece como plural, complexa e aberta à diferença, os direitos fundamentais iam pouco a pouco refletindo as demandas originadas em seu ambiente e impedindo, por meio da elevada ductilidade de sua “semântica”, que a baixa resiliência de sua estrutura “sintática” colonizasse sistemas e a consciência de indivíduos. Essa função de estruturação ou institucionalização da comunicação jurídica favorece, na linha inaugurada por Luhmann (2010), a manutenção de uma sociedade descentralizada, fazendo com que os direitos fundamentais

10 “En registro sociológico aparecen los derechos fundamentales como institución. Este concepto designa en la sociología no simplemente un complejo de normas, sino un complejo fáctico de expectativas de comportamiento que, enlazadas a un rol social, se vuelven actuales y, por lo general, pueden contar con consenso social. Las palabras símbolo de los derechos fundamentales (propiedad, libertad de opinión, igualdad, etc.) y los correspondientes artículos de la Constitución simbolizan expectativas de comportamiento institucionalizado y sirven para mediar su actualización en situaciones concretas. La institucionalización de los derechos fundamentales es así primero (y sobre eso no debe engañarnos el que estén inscritos en la Constitución) un acontecimiento fáctico, cuya función queremos investigar dentro del orden social moderno y no sólo su sentido normativo mentado” (LUHMANN, 2010, p. 85-86).

11 “Sólo cuando se pone ante los ojos la dimensión histórica de los derechos fundamentales, puede contestarse la pregunta por la unidad funcional e institucional de los derechos fundamentales: sirven para preservar la diferenciación social” (LUHMANN, 2010, p. 312).

fossem vistos como “respostas do sistema jurídico à diferenciação funcional da sociedade: liberdades econômicas e direito ao trabalho, direitos políticos, liberdade religiosa, liberdade científica, direito à educação, direito à saúde etc.” (NEVES, 2013, p. 143). Em outras palavras, impediria que o direito passasse a decidir o que é moral e imoral a partir de uma simbiose entre sociedade e consciência (ou *ethos* opressores), pois princípios como o da “dignidade humana” permitiriam que as pretensões da comunidade LGTB, por exemplo, fossem estruturadas como “comunicação jurídica” e, a partir daí, viabilizassem decisões que modificariam a “atualidade” de um sistema que, até então, não reconhecia nas relações homoafetivas núcleos familiares. Ou, ainda, que inovações no âmbito econômico fossem, por meio da liberdade de concorrência, liberdade de escolha e proteção do consumidor, estruturadas no direito a fim de que novas interpretações sobre o regime jurídico dos serviços públicos tornassem possível e válida a oferta de serviços como a do “Uber”.

Nessa linha, Ladeur (1992, p. 205 apud DAMMANN, 2010) dirá que a função dos direitos fundamentais consiste na geração de conhecimento para tornar possível decisões sob condições de desconhecimento e para sustentar a pluralidade e a diversidade dos espaços onde seja possível desenvolver a liberdade de ação. A liberdade e a pluralidade de ação dos espaços não normativos receberiam a proteção dos direitos fundamentais à medida que o sistema jurídico fosse capaz de receber de outros sistemas conhecimentos relevantes para a solução de problemas, ainda que a sua decisão sobre a racionalidade “vencedora” não significasse a eliminação do risco inerente à seletividade em ambientes complexos. Para Marcelo Neves (2013), essa estruturação também é uma característica também dos princípios constitucionais. As qualidades semânticas dos princípios os associam, independentemente de estarem relacionados aos direitos fundamentais, “igualmente à diferenciação funcional da sociedade em sistemas operativamente autônomos, assim como à diferenciação entre homem e sociedade” (NEVES, 2013, p. 144).

Teubner (2012, p. 85-90), por sua vez, trará um elemento adicional ao deslocar a pergunta para as possibilidades de uma institucionalização constituinte do direito própria dos âmbitos organizacionais dos sistemas parciais, independentemente do clássico processo de constitucionalização política dos direitos, constatando, portanto, a fragmentação do fenômeno “constitucional”. No horizonte de um constitucionalismo societal que explora as múltiplas instâncias de reflexão “do” político em diferentes instituições sociais, Teubner (1992, p. 140) defende que, em momentos de elevado risco de autodestruição de sistemas sociais, seus âmbitos organizados são capazes de autolimitar as energias expansivas do sistema mediante a produção de direitos fundamentais

vocacionados à proteção de seus respectivos “âmbitos espontâneos”. Mesmo que não acatemos a tese de Teubner (2012) sobre o *status* constitucional dos produtos jurídico-reflexivos desses sistemas parciais, seja porque não estão vinculados à clássica institucionalização “da” política, seja porque não correspondem à noção de consolidada no constitucionalismo moderno (NEVES, 2014), sua descrição revela aspectos fundamentais para o complexo processo de “constituição” dos direitos, e que não poderão ser ignorados nem mesmo por perspectivas institucionais “fortes”.

A assimetria entre os âmbitos profissionais organizados e os âmbitos espontâneos destacada por Teubner (2012) é um *locus* privilegiado para compreender a dinâmica ambiental que produz as expectativas práticas que serão estruturadas nos direitos fundamentais presentes nas constituições derivadas da política institucional clássica. Nessa dinâmica, compreenderemos, ao mesmo tempo, tanto as razões legítimas da expansão desses sistemas parciais quanto os riscos que essa expansão traz para os âmbitos espontâneos e fragilizados desses sistemas parciais. Por exemplo, as possibilidades do negócio e o risco para o consumo ou ecossistema; as possibilidades da maioria política e os riscos para sujeitos ou grupos minoritários; as possibilidades do coletivo e o risco para as consciências individuais; as possibilidades da saúde e as consequências para os pacientes, entre muitas outras.

Dessa forma, teorias clássicas, ao identificarem a fundamentalidade na primazia sintático-semântica da Constituição, falham no tratamento dado à complexidade ambiental e sobrecarregam a função hermenêutica responsável por “fechar” as possibilidades de sentido que refletem parcialmente o ambiente complexo, estimulando as sendas estratégicas do “pamprincipiologismo” (STRECK, 2013) ou “principalismo” (NEVES, 2013) e, conseqüentemente, a banalização dos direitos fundamentais. Já as teorias institucionais falham quando tendem a reduzir as demandas ambientais às pretensões expansivas de outros sistemas parciais da sociedade, ignorando que o ambiente busca no direito proteção para os efeitos destrutivos das energias expansivas do âmbito organizado de outros sistemas sociais. Destruição que também causa a desdiferenciação e provoca tendências centralizadoras.

Sendo assim, mesmo que não assimilamos o *status* constitucional das “regras” do “jogo” entre os âmbitos organizados e espontâneos dessas ordens sociais parciais, é justamente nele que surgem as pretensões que serão abrigadas pela abertura semântica dos direitos fundamentais, provocando variações e possíveis modificações na “atualidade” do sistema, do mesmo modo que ali também surgem as pretensões regulatórias de proteção aos âmbitos organizados ou espontâneos de outros sistemas. Na descrição crítica fundamental desse fluxo constitutivo dos direitos é que se encontra o espaço

privilegiado para a edificação de uma teoria dos direitos fundamentais, permitindo que se leve em conta tanto a função de heterorreferência quanto a de autorreferência desses direitos. Uma teoria dos direitos fundamentais precisa estabelecer os contornos estruturais desse fluxo/contrafluxo de sentido prático entre ambiente e sistema jurídico, de modo que os direitos fundamentais possam comunicar as reservas de racionalidade presentes na comunicação social com a tradição jurídico-dogmática vocacionada para as decisões institucionalizantes do direito, aproximando a abordagem institucional da tradição sociológica da abordagem dogmática da tradição jurídica<sup>12</sup>.

#### 4. Fundamentos do fluxo de sentidos na constituição de direitos

Uma abordagem satisfatória sobre os fundamentos do fluxo de sentidos entre ambiente e sistema jurídico na constituição dos direitos deve enfrentar, pelo menos, quatro campos teóricos: a. o da constituição assimétrica das expectativas e pretensões de racionalidade prática nos sistemas parciais da sociedade; b. o do modo pelo qual o sistema jurídico estrutura essas diferentes pretensões; c. o dos problemas internos decorrentes dessa estruturação e, por fim, no contrafluxo, d. o dos limites de regulação das assimetrias e as possibilidades dos “impulsos horizontais” (TEUBNER, 2012, p. 82) para uma autorregulação protetora dessas zonas assimétricas. Não se trata de observar a relação entre direito “e” sociedade, normalmente tomada por vias de mão única, mas a relação do direito “da” sociedade (LUHMANN, 1995) com o seu meio ambiente global e igualmente “social” em uma perspectiva ecossociológica. Todavia, aqui abordaremos apenas as linhas gerais dos três primeiros âmbitos (enunciados em a, b e c), já que são determinantes para a transição paradigmática que perseguimos.

##### 4.1 Constituição assimétrica da racionalidade prática nos sistemas sociais

Na perspectiva de uma teoria hermenêutica voltada para o modo como sujeitos devem decidir problemas práticos conforme o sistema, já defendíamos (CARNEIRO, 2011) que as pretensões de racionalidade prática deveriam se constituir em um “jogo dialógico contratextual” que, a partir do problema, estrutura o nosso horizonte de sentido sob uma forma consenso/dissenso, sendo essa forma assimilada somente *a posteriori* pelo

12 Luhmann (2010, p. 317-318) já chamava a atenção para o distanciamento entre essas duas perspectivas e conclamava essa aproximação.

sistema jurídico por meio de seus princípios<sup>13</sup>. Embora a heterorreflexividade se apresente em termos fenomenológicos como um “jogo dialógico” entre sujeitos “presentes”, sua condição “privilegiada para a formação de um diálogo interdisciplinar” era ali ressaltada, “fato que só se torna possível porque assumimos o problema como o elemento que tematiza a formação da *rede*” (CARNEIRO, 2011, p. 253, grifo do autor). Na constituição dos direitos, a complexidade assimilada pela comunicação jurídica exige que observemos o “jogo dialógico” no fluxo da comunicação da sociedade, muitas vezes por não ser possível identificar os “indivíduos” que se encontram por trás dos “sujeitos” e dos “sistemas sociais”. É nessa leitura institucional do “jogo dialógico contratextual” que serão reveladas as equivalências funcionais entre a racionalidade transversal defendida por Marcelo Neves (2013, p. XXII), a partir de Welsch, e a heterorreflexividade ali defendida a partir da noção de “jogo”, em Gadamer (CARNEIRO, 2011).

A sociedade complexa é levada à diferenciação em razão da complexidade dos sentidos que os entes podem assumir, embora essa mesma complexidade também provoque uma cegueira estrategicamente voltada para a autopercepção e com pretensões de centralidade em cada uma das perspectivas que essa contingência provoca. Trata-se da mesma complexidade que levou a fenomenologia às conclusões sobre a contingência do sentido (HUSSLERL, 1973), sobre a impossibilidade de compreensões “absolutas” no acontecer do sentido de um ente (HEIDEGGER, 2004) e sobre a incontornável permanência do não dito no dito (GADAMER, 2000). Do mesmo modo que o “acontecer desse sentido” se dá nos limites de uma clareira aberta na consciência, a comunicação social é levada à exploração parcial desses âmbitos de sentido. Essa parcialidade estimula a exploração da complexidade dos âmbitos parciais da comunicação, mas também provoca a ignorância quanto aos demais âmbitos que, de forma semelhante, exploram outros caminhos nessa diferenciação. A impossibilidade de compreensões absolutas

13 “Neste primeiro tempo, a realidade complexa em meio à qual a conduta se dá deve ser enfrentada direta e *contratextualmente*. O objetivo é promover uma abertura compreensiva do caso concreto que não obstaculize o acontecer da razão moral-prática que emergirá fenomenologicamente. [...] No *jogo* em que nos abrimos ao *problema*, também nos abrimos ao *outro*. O problema da alteridade não é ignorado pela concepção hermenêutica, muito pelo contrário. O *jogo* só pode ser jogado com o *outro*. O momento de abertura *contratextual* é uma etapa privilegiada para a formação de um diálogo interdisciplinar, fato que só se torna possível porque assumimos o problema como o elemento que tematiza a formação da *rede*. O modelo problemático situado reflexivamente em dois tempos é, portanto, condição de possibilidade para pensarmos a interdisciplinaridade e a crítica sem, entretanto, prejudicarmos a autonomia do direito. [...] A abertura permitida pelo *jogo dialógico contratextual* amplia o horizonte de sentido, densifica as referências ontológicas que permitem consensos e, ao mesmo tempo, delimita a zona de conflito para a atuação pragmática do sistema jurídico. O momento de abertura retratado não garantirá, portanto, a realização do consenso, sendo justamente essa a razão pela qual necessitamos de um processo dialógico mediado por um sistema jurídico. [...] Cumprida a etapa *contratextual*, somente agora podemos iniciar o *segundo tempo* do nosso processo reflexivo, quando a dimensão apofântica poderá ser compreendida a partir de um horizonte hermenêutico amplificado e densificado” (CARNEIRO, 2011, p. 252-254).

estimula, em uma perspectiva social, tanto a saturação de sentidos dos âmbitos parciais – conduzida por uma “divisão de trabalho” comunicacional – quanto o estranhamento recíproco de diferentes âmbitos isolados em suas cegueiras estratégicas relativas ao entorno. Embora o direito assuma, como veremos, um papel fundamental nos conflitos gerados por essas cegueiras recíprocas, é o estranhamento em relação ao direito institucionalizado que faz com que esses sistemas parciais da sociedade acabem reproduzindo, em paralelo, sentidos práticos inerentes aos seus âmbitos parciais<sup>14</sup>.

Assim, em diferentes âmbitos parciais da sociedade (economia, energia, saúde, política, família, religião, arte etc.) e sob diferentes formas, observaremos o surgimento de expectativas de racionalidade relacionadas a uma razão prática, marca da universalização de um paradoxo que produz, em toda decisão/diferenciação, a “pergunta pela sua própria legitimação: com que ‘direito’ foi decidida esta diferenciação e não uma outra” (CLAM, 2006, p. 181). Na verdade, nenhum problema prático tem o seu ponto de partida no direito (CARNEIRO, 2011, p. 180-181), embora ele acabe, ao promover soluções próprias à sua função, produzindo problemas típicos à sua operação (no direito processual, por exemplo). Sob a perspectiva funcional, todavia, o direito ocupa-se de problemas práticos já sinalizados em algum âmbito da sociedade e que, posteriormente, são refletidos em sistemas normativos. Problemas próprios do direito serão sempre, e em alguma medida, derivados de demandas práticas ambientais conflituosas<sup>15</sup>. O necessário papel de estabilização das expectativas exercido pelo direito não lhe confere a condição de “superego” da moralidade prática da sociedade, mesmo que reconheçamos sua autonomia e funções específicas relacionadas à administração de conflitos entre diferentes sistemas. Problemas práticos são, portanto, antecipados em cada um dos sistemas sociais parciais a partir do momento que a assimetria entre os

14 “A valoração assimétrica das construções cognitivas e normativas de sentido [...] reforça a tendência para a positivação do direito e para o aprofundamento operativo do sistema jurídico. Isso significa que os componentes normativos do sentido de todo e qualquer projeto de sentido terão de ser retirados ou explicitamente isolados, para que os discursos sociais permaneçam livres de preconceitos (ideológicos) furtivos. O contraponto a esse processo é a composição de discursos éticos especializados e o aprofundamento da diferenciação funcional de um subsistema ético. A moralidade, porém, não pode se condensar em tal sistema por causa de sua relação com a disposição interior, bem como por causa de sua ojeriza a toda e qualquer institucionalização. Isso leva à concentração do todo da substância moral formalizável da comunicação social no sistema jurídico. Este, por seu turno, em virtude do seu caráter autopoietico meramente derivado, não é capaz de totalizar a referida substância no ato que lhe é próprio” (CLAM, 2006, p. 184).

15 “Sin los conflictos, no habria derecho; el derecho no se renovaria y terminaria cayendo en el olvido. Los conflictos pueden ser, tambien, sin embargo, conflictos provocados por el derecho mismo -por ejemplo, conflictos ocasionados por las regulaciones estatales. No obstante, es seguro que el derecho no se deriva de la naturaleza de la cosa, ni de la naturaleza humana - como antes se creia -, sino que se origina y desarrolla en la búsqueda de soluciones para los conflictos, con tal de que estas soluciones (incluyendo la utilización de la violencia) no se planteen unicamente como algo ad hoc, sino que sean validas para más de un caso” (LUHMANN, 2009a, p. 414-415).

seus respectivos âmbitos “organizados” e “espontâneos” revela riscos destrutivos, o que fomenta tanto a autonormatização conduzida pelos “centros de decisão” desses sistemas funcionais (TEUBNER, 2012, p. 150)<sup>16</sup> quanto a formação de expectativas normativas dirigidas ao sistema jurídico.

A comunicação reproduzida no “âmbito organizado” (das empresas do sistema econômico, dos partidos políticos do sistema político, das “igrejas” da religião, dos “museus” da arte, dos “sujeitos” da família etc.) tende a expandir as possibilidades de seus respectivos sistemas e, com isso, pode colocar em risco outros âmbitos de reprodução da sociedade, produzindo diferentes formas de conflitos com diferentes níveis de assimetria. Essas tensões se dão 1. entre o âmbito organizado e o âmbito “espontâneo” da comunicação de seu próprio sistema (entre empresas e consumidores da economia, entre partidos e cidadãos da política, entre instituições e fiéis de uma religião, entre museus e admiradores da arte, entre uma família e seus “sujeitos” etc.), 2. entre âmbitos organizados de diferentes sistemas (entre os produtores de bebidas alcoólicas e ordens religiosas ou entre organizações mantenedoras de uma universidade e a sua estrutura acadêmica) e 3. entre o âmbito organizado de um sistema e os âmbitos espontâneos de outros sistemas, sujeitos ou indivíduos indiretamente afetados por sua reprodução expansiva (entre a Administração Pública e os riscos destrutivos que políticas públicas desenvolvimentistas trazem para o meio ambiente, indivíduos ou animais específicos, por exemplo). Esses diferentes âmbitos não obedecem a critérios de diferenciação territorializados, tampouco à clássica distinção funcional proposta por Luhmann, proporcionando o surgimento e a exploração das redes.

Essa tensão, tradicionalmente observada entre a regulação e a emancipação social<sup>17</sup>, provoca, muito antes de o direito ser capaz de refleti-la ou colonizá-la, uma reação de âmbitos parciais da sociedade e, conseqüentemente, permite observar na comunicação social o surgimento de expectativas normativas e pretensões de racionalidade que reproduzem o sentido prático tanto das pretensões expansivas quanto das restritivas. De um lado, embora as pretensões dos âmbitos parciais espontâneos de sistemas de comunicação parciais da sociedade não sejam capazes de determinar aquilo que os

16 Teubner (2012) usa o exemplo da crise econômica de 2008 e avalia como o risco do colapso do sistema financeiro provocou no âmbito da autorregulação promovida por centros de decisão (bancos centrais, por exemplo) respostas para o problema da produção artificial da moeda. O eventual deslocamento dos centros de decisão para o sistema jurídico estatal não elimina, todavia, a necessidade de acoplamento às lógicas emancipatórias e protetivas dos âmbitos organizados e espontâneos dos sistemas sociais.

17 Na perspectiva institucional, todavia, a emancipação é enfrentada no horizonte comunicacional de uma sociedade complexa, ainda que nela não se ignorem as relações com indivíduos presentes no seu entorno e nela representada pela figura do sujeito, cuja proteção se dá em esferas da proteção individual dos direitos fundamentais e nos “direitos humanos” (SANTOS, 2003).

âmbitos organizados “devem” fazer, serão capazes, ao menos, de “gritar” por aquilo que eles não “podem” fazer. De outro lado, nos contornos imediatos do âmbito organizado, o constrangimento decorrente da pressurização ontológica (dos diferentes horizontes de sentido) dessas demandas e o risco mais imediato da autodestruição chegam a produzir ajustes na comunicação mediante a construção de sistemas “éticos” próprios e a atuação autorreguladora exercida por parte de “centros de decisão” (TEUBNER, 2012, p. 150). Mesmo que esses ajustes comunicacionais não sejam necessariamente convertidos em medidas eficazes e simbioticamente perceptíveis, a tendência dos âmbitos organizados de sistemas parciais de produzir uma comunicação simbolicamente orientada para a assimilação de demandas provenientes dos âmbitos espontâneos promove uma reserva de racionalidade prática valiosíssima para a “compreensão” do sistema jurídico, uma vez que os direitos fundamentais poderão observar essas formas e “ouvir” o seu conteúdo na dinâmica de constituição dos direitos.

Nesse sentido, tais expectativas normativas - mesmo antes de serem estruturadas por um sistema deontológico que estabelece o que “deve ser” (seja pelo direito politicamente produzido ou por qualquer ordem normativa institucionalizada) - poderão ser observadas no entorno dos sistemas normativos mediante a diferença possibilidade/impossibilidade dos sistemas parciais da sociedade global<sup>18</sup>. Com isso, passaremos a analisar a segunda das três questões levantadas neste item: o modo como o sistema jurídico estrutura essas diferentes pretensões observadas no ambiente dos sistemas normativos mediante essa diferença.

#### 4.2 Estruturação constituinte dos direitos fundamentais

Como se dará essa recepção? 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,

18 De qualquer forma, até mesmo para Teubner (2012, p. 161), “a simples autofundação constitutiva (*Konstituierung*) da autonomia mediática não deve ser comparada à sua constitucionalização (*Konstitutionalisierung*). Deve-se apenas falar em constituição em sentido estrito quando a reflexividade sistêmico-específica de um sistema social - seja da política, da economia ou de outros setores - é apoiada pelo direito - ou, mais precisamente, pela reflexividade do direito. Constituições surgem somente quando emergem fenômenos de dupla reflexividade - reflexividade do sistema social que se autoconstitui e reflexividade do direito que apoia tal processo de autofundação constitutiva (*Selbstkonstituierung*)”.

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

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)<sup>19</sup>. Assim como as teorias institucionais, parte de uma observação de segunda ordem que condiciona a teoria a uma dinâmica funcional do “direito da sociedade”, mas, ao considerar os direitos fundamentais um mecanismo de acoplamento, sugere um lado interno das formas de fundamentalidade que servem para a construção de concepções dogmáticas voltadas para o fechamento do sistema jurídico. Tal qual “eclusas” – comportas que permitem ou bloqueiam o fluxo de embarcações entre dois sistemas hidroviários –, os direitos fundamentais garantem, ao mesmo tempo, o controle do tráfego e a autonomia dos dois sistemas. Como uma teoria fundamental que substitui parcialmente a função das antigas teorias gerais do direito em um modelo ecossociológico, seu foco é a descrição estrutural resultante da dinâmica funcional entre sistema e ambiente, embora os ganhos atinjam o nível hermenêutico na medida em que orienta as construções dogmáticas e as decisões envolvendo direitos fundamentais.

Para que a estrutura permita a conversação e o conseqüente ganho de racionalidade prática para o sistema jurídico, essa variação no fluxo de sentido deverá ser observada – e, posteriormente, dogmaticamente controlada – em todas as “dimensões da variação de sentido” (LUHMANN, 1991, p. 90 et seq.), quais sejam: a social (que varia entre “consenso”/dissenso), a temporal (que marca as variações entre o antes/depois) e, por fim, a objetiva (que registra as diferenças entre o fora/dentro dos sistemas)<sup>20</sup>.

#### 4.2.1 Dimensão social da variação de sentido dos direitos fundamentais

A variação social do sentido é um fenômeno diretamente associado à diferenciação social. Não sendo o “social” uma reunião de indivíduos sob a égide de determinado pacto ou identidade cultural compartilhada, diferentes perspectivas de “mundo” se assumem

19 “Numa fase inicial – dita de ‘direito socialmente difuso’ –, elementos, estruturas, processos e limites do discurso jurídico são idênticos aos da comunicação geral ou, pelo menos, determinados heteronomamente por esta última. Uma segunda fase de um ‘direito parcialmente autônomo’ tem lugar quando o discurso jurídico começa a definir os seus próprios componentes e a usá-los operativamente. O direito apenas entra em uma terceira e última fase, tornando-se autopoiético, quando os componentes do sistema são articulados entre si num hiperciclo” (TEUBNER, 1989, p. 77).

20 “El sistema que comprende se ve a sí mismo como alter ego de su alter ego. Se puede sospechar que toda relación social, aun la más rudimentaria, provoca intentos de comprensión. Gracias a la comprensión, el comportamiento de los otros es más accesible, más observable, más previsible. Por lo tanto, en la provocación de comprensión, en el rendimiento superior de la comprensión, en la comprensión misma está el mecanismo que diferencia la dimensión social de las dimensiones temporal y objetiva, y que finalmente se expresa en una semántica especialmente apropiada para ello. Así, la diferencia consenso/disenso se vuelve más y menos importante – más importante porque articula la dimensión social preñada de información, y menos importante porque sólo articula la dimensión social” (LUHMANN, 1991, p. 101).

como diferentes “horizontes de sentido”<sup>21</sup>, provocando diferentes formas de reprodução do social. Isso permite a formação de diferentes âmbitos organizados e espontâneos, bem como a observação de diferentes grupos a partir de critérios que envolvem classes, gêneros, etnias, idade (MONTEAGUDO, 2006, p. XL) ou, até mesmo, vulnerabilidades específicas. Tais “horizontes de sentido” não são resultado do gênio criativo de determinados indivíduos, mas construções originalmente intersubjetivas que se efetua na comunicação transubjetiva da sociedade e que, no conjunto, revelam o dissenso. Mas o que permitiria a “coesão” de todas essas diferentes formas que operam em diferentes “horizontes de sentido”? A alternativa mais confortante nos remeteria à existência de um “horizonte consensual” que suportaria as variáveis dissensuais da dimensão social do sentido, a exemplo de uma “moral convencional” capaz de bloquear possíveis irritações (ou implodindo-as no nosso inconsciente). Ou, já assumindo a pluralidade social, poderíamos conceber a existência de um consenso “quase transcendental” sobre as condições de validade dos diálogos plurais que buscam a eliminação da nossa discordância. A alternativa que Luhmann nos oferece é menos otimista (cf. LUHMANN, 1981). A sociedade complexa e plural produz um tipo especial de semântica que nos proporciona uma aparente sensação de bases consensuais. Referências generalizadas em que “tudo” cabe e “pouco” se diz, mas que têm uma enorme força institucional que garantem o reconhecimento simbólico. Trata-se dos “meios de comunicação simbolicamente generalizados”<sup>22</sup>.

Os meios de comunicação simbolicamente generalizados (MCSG) garantem um acoplamento “maleável” entre diferentes formas de comunicação social que operam em diferentes “horizontes de sentido”. Assim, as diferentes formas de tensão entre os âmbitos organizados e espontâneos da sociedade complexa (ver comentário anterior) são estabilizadas, em um primeiro momento, mediante tais acoplamentos. Todavia, a

21 “[...] lo social es sentido no porque se vincule a determinados objetos (hombres), sino por ser portador de una reduplicación particular de posibilidades de entendimiento. Por lo tanto, los conceptos ego y alter no designan aquí papeles, personas o sistemas, sino horizontes especiales que agregan y cargan de peso las remisiones plenas de sentido. La dimensión social, por consiguiente, está constituida por un horizonte doble y se vuelve relevante en la medida en que en la vivencia y en la acción se perfila el que las perspectivas de entendimiento que el sistema refiere a sí mismo no pueden ser separadas de otras, es decir, que la horizontalidad del ego y del alter es imposible como resultado de una exploración ulterior” (LUHMANN, 1991, p. 95).

22 “Nosotros, al contrario, partimos de la hipótesis de que a través de la codificación del lenguaje el problema general de una comunicación exitosa solo se estructura pero no se resuelve, y que con la clara contraposición entre aceptación o rechazo el problema tan solo se vuelve mas agudo. El concepto general de médium de comunicación se aplica en este caso. Aun los medios simbólicamente generalizados son medios en cuanto presuponen la diferencia entre acoplamiento flojo y acoplamiento firme, y hacen posible la construcción de formas sobre la base de un sustrato medial acoplado de manera floja. [...] Alcanzan un acoplamiento firme solo mediante la forma específica del respectivo médium: digamos teorías, pruebas de amor, leyes del derecho, precios. No solo deben funcionar simbólicamente, sino que además (como muestran los ejemplos que acabamos de dar) deben ser generalizados, dado que al anticipar la continuación de la autopoiesis las expectativas correspondientes solo pueden configurarse cuando la forma abarca varias situaciones distintas” LUHMANN, 2006, p. 247-248).

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

generalidade dos MCSG exigirá desdobramentos comunicacionais que, uma vez ocorrendo, acabarão revelando as variações de sentido assumidas nos diferentes horizontes do social (dissenso), embora a recursividade ao “pressuposto consensual” se mantenha viva em todas as operações comunicacionais posteriores<sup>23</sup>. Empregadores e empregados, por exemplo, discordam sobre os salários que devem ser pagos, mas precisam estar em acordo sobre determinados “princípios” que possibilitarão a “continuidade” de uma negociação. Dificilmente discordariam sobre a necessidade de acordarem um “salário justo”, ainda que esse consenso “fundamental” venha a cair por terra na primeira planilha que fosse apresentada por qualquer uma das partes. Mas a “ideia” de um “salário justo” permanecerá recorrente em todas as comunicações subsequentes, e, em algum momento, esse “salário justo” será um salário expresso numericamente. E, por mais “injusto” que ele possa parecer, a boa notícia é que ele, sendo o “justo” que “temos por ora”, deverá ser pago e protegido como tal. A recursividade dessa semântica faz com que o caráter generalizante seja substituído por “limites” densos de uma comunicação especializada, marcas da recursividade simbólica presente nos desdobramentos comunicacionais que “específica” o que até então era apenas “generalizado”.

Direitos fundamentais podem ser observados nessa dinâmica. São acoplamentos, inicialmente maleáveis e generalizáveis, cuja força institucional (simbólica), além de reforçada pela sua constitucionalização, vai sendo recursivamente ampliada pela comunicação especializada do direito. Diferentemente de outros MCSG, direitos fundamentais têm, todavia, um traço característico: um compromisso com a sustentabilidade dos sistemas sociais. Como já observamos em uma perspectiva hermenêutica<sup>24</sup>, princípios são capazes de estruturar, juridicamente, diferentes sentidos de razão prática, e, embora isso revele a assimilação do dissenso social, a autorrecursividade do sistema jurídico aos princípios produz (internamente) esferas de fundamentalidade que ultrapassam o nível do consenso sobre a estrutura simbólico-generalizada dos direitos fundamentais (NEVES, 2006) e constitui limites negativos/positivos quanto às impossibilidades/necessidades desse sistema. Os princípios constitucionais são, portanto, “pivôs” do fluxo de sentido dissensual da sociedade para o seu direito, recepcionando o dissenso externo e possibilitando, na comunicação hipercíclica e autorreferenciada do sistema,

23 “La dimensión social concierne a aquello que se supone lo respectivamente igual, como alter ego, y articula la relevancia de esta suposición para cada experiencia del mundo y fijación del sentido. También la dimensión social tiene relevancia universal de mundo, ya que si existe un alter ego, este es, igual que el ego, relevante para todos los objetos y los temas” (LUHMANN, 1991, p. 94).

24 A concepção de princípios como uma forma que estrutura a diferença consenso-dissenso na variação social do sentido já está presente em hermenêutica jurídica heterorreflexiva (CARNEIRO, 2011, p. 256), embora amadurecida em textos mais recentes (CARNEIRO, 2014a, p. 116; 2015).

a construção de um âmbito material que acumula os logros da recursividade que sinaliza aquilo que o sistema assimila como limites de fundamentalidade. Ainda que permaneça no ambiente do sistema jurídico a incerteza (dissenso) quanto à melhor solução prática para um determinado problema e, inclusive, sobre a sustentabilidade de sistemas, organizações, sujeitos, movimentos sociais e indivíduos em face da resposta do direito, a pragmática recursiva do sistema jurídico conecta um determinado conteúdo material “firme” aos acoplamentos “frouxos” dos direitos fundamentais. Assim, será possível compreender a dupla função do “direito fundamental a um salário digno”, já que será, ao mesmo tempo, aquilo que permite estruturar expectativas normativas voltadas à percepção de um salário capaz de garantir a sustentabilidade econômica de um sujeito ou de um núcleo familiar e aquilo que o sistema, em decorrência da comunicação recursiva, considera atualmente como um salário mínimo fundamental.

Na autodescrição da sociedade, esse conteúdo é muitas vezes confundido com um consenso material presente no ambiente do sistema jurídico, porque estaria diretamente relacionado a “valores morais” ou ao conteúdo semântico de princípios jurídicos positivados em um procedimento constituinte democraticamente legitimado. O equívoco das teorias clássicas decorre, justamente, de tais mitos autodescritivos, especialmente da aposta “semântica”. Com isso, seria possível manter o fluxo dissensual restrito aos limites internos (e consensuais) de sua semântica normativo-constitucional, ignorando-se a capacidade generalizante dos MCSG na estruturação jurídica das mais variadas formas de dissenso, que pressionam o sistema e expandem as possibilidades “futuras” do “presente” constitucional. Já as teorias institucionais pós-metafísicas tendem a observar a estruturação jurídica do dissenso ambiental, ignorando as possibilidades recursivas dos direitos fundamentais na construção de um âmbito material com relevante função dogmática no fechamento do sistema.

Esse conteúdo material pragmaticamente construído nos “hiperciclos” (TEUBNER, 1989, p. 77) reflexivos do sistema jurídico é marca da recursividade da força simbólica de um meio de comunicação generalizante nas subseqüentes comunicações do sistema. O retorno hipercíclico no jogo reflexivo do sistema jurídico circular (princípios → regras → dogmática → jurisprudência → decisões → jurisprudência → dogmática → regras → princípios) (CARNEIRO, 2011) enrijece a camada interna e separa o sistema jurídico de seu ambiente, embora não obstaculize o acoplamento e a estruturação do dissenso na parte exterior de seus limites. Desse modo, essa dupla função (de abertura e de fechamento) marca os direitos fundamentais como “eclusas” do fluxo de sentido que, embora permitam o acoplamento entre sistema e ambiente, impedem seleções imediatas de qualquer variação de sentido demandada pelo seu ambiente e

estruturam a “aposta” reflexiva do sistema, de modo que tanto bloqueiam possibilidades do sistema (impossibilidades) quanto exigem a produção de determinados programas (necessidades).

Todavia, as fronteiras entre as impossibilidades/necessidades do sistema e o âmbito de liberdade política não serão estáticas, pois o atual estágio da diferença entre o fundamental/não fundamental recebe constante pressão pela assimilação de novas possibilidades de sentido quanto à sustentabilidade de sistemas, organizações, sujeitos, interações e indivíduos, exigindo que as “eclusas” de sentido atuem, também, na dimensão temporal desse fluxo.

#### 4.2.2 Dimensão temporal do sentido dos direitos fundamentais

“A dimensão temporal impede a ‘reifificação coisificada’ (*die dinghafte Verfestigung*) da dimensão social” (LUHMANN, 2006, p. 35). Assim, diante da incontornabilidade evolutivo-temporal do sentido dos direitos fundamentais, o controle positivo dessa variação poderá exigir modelos normativos que, diferentemente dos princípios, reflitam programas condicionais. Aqui a aposta se desloca em direção a regras que bloqueiam as possibilidades de variação, ainda que não seja possível – nem desejável para as funções de proteção institucional de desdiferenciação – que essa variação seja eliminada. A utilização de cláusulas pétreas é um mecanismo clássico desse tipo de controle e, embora normalmente relacionada à organização do Estado (proteção em face do âmbito político), também se volta para a proteção de “direitos e garantias individuais”. Com isso, se considerarmos leituras clássicas do constitucionalismo brasileiro pós-1988, o que fugiria a um núcleo “essencial” do projeto constitucional, às cláusulas pétreas ou, por conseguinte, aos direitos e às garantias individuais, poderia ser alterado, desde que superados os obstáculos procedimentais próprios da Emenda Constitucional, outro mecanismo diretamente relacionado à dimensão temporal da variação de sentido. Dificulta, controla, mas não impede a mudança.

O modo pelo qual as concepções clássicas e institucionais enfrentam a variação temporal do sentido dos direitos fundamentais também merece críticas. As primeiras pretendem, por um lado, bloquear parte das mudanças e, por outro, permitir somente aquelas que estejam teleologicamente orientadas para a manutenção do projeto dirigente (CARNEIRO, 2014b), o que, em alguma medida, é inviável. Mais uma vez, as teorias clássicas pecam por negligenciar a complexidade do entorno e por ultrapassar, dentro do seu recorte constitucional-positivo, as possibilidades epistemológicas das quais elas próprias se declaram dependentes. Erram ao acreditarem que o direito seja

capaz de ser o futuro do seu ambiente, quando os sentidos possíveis de seu ambiente são incontroláveis e pressionarão o projeto constitucional não apenas “por dentro”, mas também “por fora” da semântica constitucional. Já as teorias institucionais pós-metafísicas, embora fujam dos “pecados” epistêmicos, acentuam a função evolutiva dos direitos fundamentais, transferindo as decisões sobre a passagem do velho para o novo a uma dinâmica democrática necessária à “justiça” do sistema jurídico. Tendem a ignorar que nem todo “futuro” presente no ambiente pode ser assimilado pelo direito, já que podem representar pretensões destrutivas de determinados âmbitos sociais, deixando explorar as possibilidades recursivas da comunicação.

Nesse horizonte, é preciso admitir que é possível a um sistema político estabelecer, por meio de seu direito constitucional, comportas mais rigorosas ao processo evolutivo temporal, ainda que, em alguns momentos, pague-se um preço alto por isso. Eventuais sobrecargas ambientais não implicarão, necessariamente, ausência de sustentabilidade, especialmente quando essas “eclusas” não estiverem relacionadas com direitos fundamentais. A não sustentabilidade de seu meio ambiente provocará, entretanto, momentos de crise quase revolucionários que impulsionarão momentos constituintes no sentido sociológico (TEUBNER, 2012) e poderão colocar em risco as constituições rígidas. Há, portanto, um espaço para opções de política constituinte e, dentro desse espaço, abertura para programas condicionais que retardem a assimilação da evolução temporal do sistema. Essa função, todavia, não será atingida mediante a utilização de princípios, pois estes provocarão, necessariamente, uma pressão externa por modificações, e dependerá de programas condicionais reflexivos que reflitam o consenso pressuposto. A utilização de meios de comunicação simbolicamente generalizados não proporcionará a antecipação da reflexividade e o conseqüente bloqueio de possibilidades do sistema, sendo necessário prever, como faz o inciso XI do art. 5º da Constituição do Brasil, por exemplo, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Aqui, a proteção da fundamentalidade lança mão do aparato tecnológico das regras ainda no âmbito constitucional e, mesmo que isso não represente a quebra do hiperciclo reflexivo (ou a ideia de que há princípios por trás das regras), traz desdobramentos hermenêuticos relevantes (CARNEIRO, 2016b).

Todavia, o fenômeno da mutação constitucional será sempre, em alguma medida, incontornável. De qualquer sorte, será mais relevante controlar as alterações com o auxílio de um modelo teórico viável do que viver a ilusão de que foi “isto” ou “aquilo” o que a Constituição sempre quis dizer, criando o manto simbólico (com efeitos diabó-

licos) perfeito para uma corrupção silenciosa da autonomia do direito. Os exemplos de mutação constitucional institucionalizados pela atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) padecem desse sofrível equívoco, pois, no geral, interpreta-se a Constituição como se não houvesse um ciclo evolutivo ou como se a evolução estivesse sempre dentro do curso teleológico previsto no texto constitucional, algo mais difícil de ser sustentado no controle de constitucionalidade em face de constituições seculares, nas quais os marcos “quase revolucionários” voltados à mutação se mostram evidentes e normalmente refletidos em Emendas Constitucionais.

Direitos fundamentais precisam, portanto, controlar a dimensão temporal do fluxo de sentido com “cuidado” (*Sorge*), a fim de que o futuro do ambiente não signifique a destruição dos sistemas e o colapso da sociedade. Esse “cuidado” exige que os direitos fundamentais reproduzam a complexidade ambiental em uma terceira dimensão da variação de sentido: a objetiva. Normalmente vistas no seu aspecto temporal histórico-evolutivo, as famosas “gerações” de direitos fundamentais não são, todavia, utilizadas para registrar a substituição do velho pelo novo, pois assimilam o “futuro” como se o “passado” não tivesse ficado para trás e ainda constituísse uma “unidade” do “presente”. As diferenças que marcam as “gerações” de direitos fundamentais serão mais bem observadas se deslocarmos o nosso olhar para a variação de sentido do sistema em uma dimensão objetiva, o que revelará a fragmentação interna da Constituição<sup>25</sup> e a existência de diferentes “esferas de fundamentalidade”, assumindo, cada uma delas, peculiaridades reflexivas.

#### 4.2.3 Dimensão objetiva do sentido dos direitos fundamentais

A diferenciação da sociedade, que busca “compreender” melhor determinado aspecto do “mundo” e, a partir da comunicação desse sentido, acaba por produzir diferentes formas de comunicação, permite que sejam observadas variações de sentido em uma perspectiva “objetiva”, distinguindo “aquilo” que está “dentro” e “fora” de um determinado sistema. Com isso, será possível dizer, por exemplo, que algo é economicamente justificável (dentro), ainda que seja pecado ou prejudicial à saúde (fora). Os direitos fundamentais, na sua função de “eclusas” do fluxo de sentido entre o direito e seu ambiente, refletem “dentro” do direito a diferenciação que há “fora”, em seu ambiente. Uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob os fundamentos da constituição dos

25 O problema da fragmentação interna da Constituição nacional é observado por Thomas Vesting (2011) mediante a diluição de sua “unidade” em um conjunto de “constituições parciais”, cada qual operando segundo seus próprios critérios.

direitos, mesmo que mantenha uma unidade simbólica, precisa espelhar internamente as formas assumidas por essa diferenciação, explorar em cada uma dessas “esferas de fundamentalidade” o potencial prático que elas assimilam na reentrada das possibilidades/impossibilidades dos sistemas presentes em seu ambiente como impossibilidades/necessidades do sistema jurídico e, a partir de então, contribuir para que os problemas de colisão entre essas esferas sejam decididos, não obstante o risco, com o devido “cuidado” (*Sorge*).

As teorias clássicas observam essa diferenciação objetiva como um reflexo evolutivo-linear (geracional) dos direitos fundamentais e, em vez de marcarem e explorarem os potenciais dessa diferenciação, procuram superá-la mediante a ideia de que elas representariam diferentes dimensões de uma “unidade” constitucional do “presente”, cujos conflitos metavalorativos deveriam ser resolvidos mediante uma “concordância prática” ponderativa. O problema da ponderação não está no fato de que caberá ao direito solucionar colisões, mas, como já vimos, nas dificuldades “objetivas”, “epistemológicas” e “societais” que carrega. Não chegaremos a nenhum lugar diferente da discricionariedade e da corrupção do direito se continuarmos achando que os princípios (como metavalores deontologizados) são objetos capazes de encapsular a complexidade do fluxo de sentido e que as hermenêuticas metódicas ou os procedimentos argumentativos são suficientes para o controle semântico desse “pacote” metodológico, pois tudo isso só é possível quando ignoramos a complexidade da sociedade e suas dinâmicas constitutivas. As teorias institucionais pós-metafísicas, por sua vez, embora acentuem as diferenças objetivas existentes entre o direito e o seu ambiente, não problematizam o modo pelo qual o direito reflete essas diferenças internamente. A perspectiva lúcida sobre a diferenciação presente no ambiente do sistema jurídico é, como já afirmamos com Ladeur (1992, p. 205), fundamental para que o direito receba as informações necessárias, mas, para a redução dos riscos de suas decisões, é preciso amplificar a heterorreflexividade de seus acoplamentos e conceber seu fechamento sem ignorar o modo pelo qual a complexidade se reproduz internamente em “esferas de fundamentalidade” com suas respectivas “lógicas” operativas.

Do mesmo modo que um direito será fundamental em razão do papel que ele exerce no controle do fluxo de sentido, impedindo a desdiferenciação e a autodestruição da sociedade, a formação das esferas dependerá da diferenciação ambiental. A redução de complexidade não pode eliminar diferenças fundamentais de seu ambiente, bem como as zonas de conflitos que elas produzem. Esferas de fundamentalidade formam-se no direito para refletir, portanto, tanto as demandas expansivas quanto as demandas restritivas e, a partir das impossibilidades e das necessidades do sistema, formam esferas

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

responsáveis que devem ser consideradas na colisão de seus respectivos princípios. Nessa linha, os direitos de primeira geração não foram capazes, por exemplo, de observar as diferenças entre esferas de fundamentalidade relacionadas à liberdade econômica, voltadas para a proteção da expansão do sistema econômico, das esferas de proteção da liberdade individual não econômica, responsáveis pela proteção de sujeitos em face da expansão de sistemas sociais, principalmente do próprio sistema político e jurídico (CARNEIRO, 2016b). Os direitos de segunda geração marcam a tentativa de o Estado social assumir a direção, coordenação ou participação direta em diferentes regimes sociais funcionais (educação, ciência, saúde, mídia, economia) (TEUBNER, 2012, p. 46), mas o reflexo desse dirigismo nas teorias dos direitos fundamentais não procurou marcar as diferenças que elas próprias denunciavam ao rotularem tais direitos como “econômicos”, “culturais” ou “sociais”. Já a terceira geração dos direitos fundamentais representa, no geral, esferas que reproduzem conflitos que não estão diretamente relacionados aos âmbitos organizados e espontâneos de um sistema específico, mas conflitos “difusos” que ultrapassam fronteiras que podem se auto-observar por intermédio de códigos e programas comuns. Por um lado, devem ser orientados por uma perspectiva de sustentabilidade ambiental que não está restrita aos ecossistemas naturais (TEUBNER, 2012); por outro, a esfera jurídico-procedimental que reflete os parâmetros democráticos da participação e da comunicação político-democráticas (HABERMAS, 2001) não será capaz de abarcar todos os problemas relacionados às questões de fundamentalidade. Todavia, como os direitos fundamentais eram lidos pela “lente” dos direitos subjetivos, a observação das múltiplas esferas acabou sendo encoberta pelo critério que mensura o âmbito de abrangência de seus destinatários: individuais, coletivos e, por último, os difusos, para os quais já não era possível delimitar os “sujeitos”<sup>26</sup>.

A não observação da diferenciação interna entre esferas de fundamentalidade bloqueia a assimilação de diferentes racionalidades, impedindo que o aprendizado prático dos sistemas presentes no ambiente seja refletido pelo sistema jurídico. Com isso, assistiremos a uma tendência de universalização da “lógica” de racionalidade de uma

26 Essa evolução revela a dificuldade da percepção clássica de que direitos fundamentais seriam “direitos fundamentais” como “direitos de defesa” de indivíduos contra a ação do Estado, seja porque as “defesas” passaram a exigir intervenções no âmbito coletivo, seja porque se desconectam do indivíduo ou dos “sujeitos” que os representam. Para Vesting (2016, p. 236), essa tradição precisa ser suplantada na “cultura das redes” por um “entendimento dos direitos fundamentais que pense a subjetividade desses direitos pela forma do entrelaçamento de redes de relações de vizinhança; como formas jurídicas de vinculação em um mundo de relações dispersas no qual a multiplicidade das coisas não se deixa mais ser compactada num todo ordenado e, mais do que isso, no qual ‘os âmbitos institucionalizados de ação têm, cada qual e em considerável medida, sua própria ordem experimental intrínseca que não deve ser unificada nem por lei estatal, nem por ponderação judicial’”.

determinada esfera, que colonizará outras, de modo que o sistema jurídico passa a contribuir para a centralidade de um determinado sistema e, conseqüentemente, para a desdiferenciação e autodestruição de seu ambiente. Os direitos fundamentais, que deveriam atuar para sustentabilidade de seu ambiente, transformam-se em acoplamentos para uma comunicação viral, autodestrutiva e desfuncionalizante. O sistema, ao decidir, cria conflitos e cava sua própria “sepultura”.

A reprodução da diferenciação externa em esferas internas de fundamentalidade também proporciona acoplamento para que diferentes traduções da filosofia prática possam “funcionar” no direito e refletir em conseqüências dogmáticas. Se a liberdade de Rawls (1997) está associada ao modo pelo qual o sistema observa o seu ambiente, e a igualdade de Dworkin (2005, 2011), ao modo pelo qual o sistema observa a si mesmo, outras “lógicas” também fluem adequadamente para o centro da reprodução do sistema, desde que observada a sua respectiva esfera. A lógica categórica da ética kantiana faz sentido em esferas de proteção da pessoa da liberdade não econômica, embora imprópria quando transportada para esferas relacionadas ao *ethos* comunitário, mais bem refletidas pela lógica do “reconhecimento”. A complexidade das esferas de justiça já foi tratada por Michael Walzer (1983), embora seu modelo reduza demasiado a complexidade do ambiente. Essa complexidade interna não será bem observada se o ponto de partida for aquele que considera a estrutura lógica da comunicação normativa (regras ou princípios, por exemplo), embora algumas delas já sugiram, indiretamente, a formação de esferas como reflexos da complexidade ambiental. Por exemplo, Dworkin (2002) ao distinguir *principles de policies*.

Por fim, a demarcação das esferas de fundamentalidade facilitará desdobramentos hermenêuticos voltados para a conexão de um sistema jurídico à rede de direitos da sociedade global, auxiliando no fluxo de aprendizado recíproco e nas necessárias “traduções” que os sistemas precisam realizar nessa conexão transconstitucional (NEVES, 2009). A observação em diferentes sistemas de esferas de fundamentalidade que refletem, ao mesmo tempo, as demandas expansivas da personalidade e a proteção dos sujeitos em face dos riscos opressivos da sociedade tende à formação de uma rede de proteção de direitos fundamentais que representa um caminho para a legitimação das pretensões positivas e universais dos “direitos humanos”<sup>27</sup>.

A demarcação das esferas de fundamentalidade permite, portanto, explorar ao máximo os potenciais de racionalidade prática produzidos no seu ambiente, seja pela

27 Não é incomum que direitos fundamentais sejam reconhecidos antes de se tornarem direitos humanos, tendo sido esse o movimento que ensejou a Declaração Universal de Direitos Humanos como marca da internacionalização dos direitos fundamentais (MARTÍNEZ, 1999, p. 174-179).

experiência prática dos sistemas não normativos, seja pela tradução filosófica que as teorias sobre a ação moral ou sobre a justiça social proporcionam. Todavia, ela não solucionará o último problema cuja abordagem assumimos como compromisso: os problemas decorrentes da colisão de esferas. Por maiores que sejam os ganhos decorrentes da exploração das esferas de fundamentalidade para o acoplamento reflexivo do direito e sua sociedade, as colisões serão inevitáveis.

## 5. Da ponderação ao direito de colisão

As reflexões que giram em torno de um direito de colisão estão diretamente associadas à fragmentação da sociedade e de sua rede de direitos em uma escala global (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004). A força dessas mudanças, especialmente nos países centrais, desviou o centro das atenções para o modo pelo qual um direito global, estruturado em rede, fragmenta-se em ordens normativas que não se diferenciam por critérios de institucionalização estatal. Todavia, a policontextualização normativa da sociedade global não elimina dessa rede sistemas normativos diretamente vinculados à institucionalização estatal, tampouco suprime o debate em torno dos direitos fundamentais constituídos em âmbitos de uma política institucional clássica. Ainda que não representem a “vedete” desse movimento, tampouco sejam responsáveis pelas transformações da sociedade global, esses sistemas, como já vimos, sofrem os efeitos da diferenciação social e, ainda que contem com possibilidades estruturais inexistentes nos sistemas normativos fragmentados em esferas não normativas, estão, de alguma forma, conectados à rede de direitos da sociedade global. Nesse sentido, o direito decorrente das colisões observadas nos conflitos entre ordens normativas fragmentadas pode ser um bom candidato para orientar as soluções adequadas para a colisão das esferas de fundamentalidade da Constituição nacional.

Segundo Fischer-Lescano e Teubner (2004, p. 1017), a colisão de ordens normativas fragmentadas na sociedade global

[...] poderia ser alcançada por meio de um processo seletivo de ligações que fortalece normativamente redes factuais já existentes entre regimes jurídicos: externamente, os laços dos regimes jurídicos com os setores autônomos da sociedade; internamente, os laços dos regimes jurídicos uns com os outros.

Sob a perspectiva externa, tratamos do jogo dialógico contratextual em uma perspectiva transubjetiva e ali ressaltamos o papel dos direitos fundamentais no fluxo de

sentido entre as reservas de racionalidade prática presentes nas ordens parciais da sociedade e as esferas de fundamentalidade. Agora é preciso refletir como uma proposta concebida em face de ordens normativas fragmentadas autônomas dispostas na rede global pode iluminar a solução de colisões normativas envolvendo esferas de fundamentalidade pertencentes à Constituição política de um Estado-nação periférico. Por um lado, trata-se de uma proposta menos desafiadora, pois a unidade institucional dos sistemas jurídicos nacionais permite, ao menos, uma unidade pressuposta ou simbólica, como sugere Thomas Vesting (2011). Por outro lado, a mesma força institucional que estrutura o sistema jurídico estatal é a que também pode colocar em risco a autonomia do direito, institucionalizando a imposição da “lógica” reprodutiva de sistemas externos e chancelando a corrupção sistêmica. Colisões transnacionais deixam mais claro, em razão da baixa institucionalização das esferas mediadoras, o nível de interferência e aprendizado de cada um dos sistemas envolvidos.

Para Fischer-Lescano e Teubner (2004, p. 1018), a interação descentralizada na rede global obedece a três princípios: 1. compatibilidade normativa simples em vez de unidade hierárquica, 2. criação de direito por meio de irritação mútua, observação e reflexividade de ordens jurídicas autônomas, e 3. formas metodológicas descentralizadas de enfrentamento dos conflitos jurídicos<sup>28</sup>. Esses três cânones podem, embora adaptados à colisão de esferas internas de sistemas estatais, orientar as reflexões sobre a observação de um direito de (ou decorrente da) colisão.

A relação entre princípios pertencentes às esferas de fundamentalidade não se dá mediante um padrão hierárquico, mas igualmente heterárquico. Em verdade, essa horizontalização já é sugerida por Konrad Hesse (2009) ao abandonar a ideia de hierarquia defendida por Smend. Os cânones da “unidade constitucional” e da “concordância prática” já quebram a hierarquização interna dos “valores” constitucionais, embora muitos ainda defendam a centralidade do princípio protetivo da “dignidade humana” (SARLET, 2007) ou, em outras perspectivas, uma escala de diferentes pesos *prima facie* no rol de princípios (ALEXY, 2008, p. 153). Por sua vez, a proposta de Dworkin já sugeria uma heteronomia entre esferas, uma vez que a dimensão de “peso” ou “importância” de princípios não hierarquiza princípios constitucionais *prima facie*, mas sinaliza para a necessária adequação do “critério de integridade”.

Todavia, as propostas ponderativas, além de reduzirem as colisões a um conflito de “metavalorativo” (deontologizado), buscam “concordar” fragmentos em uma

28 No original: “1. Simple normative compatibility instead of hierarchical unity of law, 2. Law-making through mutual irritation, observation and reflexivity of autonomous legal orders, 3. Decentralized modes of coping with conflicts of laws as a legal method”.

“unidade” normativa, ignorando que o problema das colisões passa antes pela exploração dos âmbitos fragmentados e pela observação das tensões existentes entre as expectativas normativas produzidas pelos diferentes âmbitos. O modelo dworkiniano, por sua vez, implode as colisões a partir de um fundamento categórico dos critérios de integridade. Em ambos, parte do labor reflexivo se perde, tanto no que diz respeito ao aprendizado quanto à pragmática reflexiva do sistema. Por um lado, jamais observaremos a “unidade” pretendida pelos adeptos da “concordância prática”, pois não é mais possível apostar em uma protounidade (Deus, cultura, valores sociais) que ancore a unidade constitucional; por outro, a colisão normativa entre diferentes esferas não pode ser resolvida pela eleição categórica do princípio de integridade que se mostre mais adequado. Exigir-se-á do direito a edificação reflexiva de microunidades (não da concordância unitária) que garantam a sustentabilidade das esferas (não a eleição categórica). Já os resquícios “hierárquicos” que se mantêm na relação entre a ordem constitucional e todos os demais níveis reflexivos observados no hiperciclo do sistema jurídico não podem ser entregues à relação semântica, conforme já observamos. O reconhecimento dos mitos de uma “hierarquia semântica” revelará a camuflagem de um “pragmatismo estratégico” – em nada unitário – e abrirá possibilidades para a afirmação de uma epistemologia social “pragmático-reflexiva”, muito mais adequada à afirmação autônoma do sistema jurídico, funcionalmente fragmentada e integrada por microunidades problematicamente refletidas em seus “hiperciclos” (TEUBNER, 1989, p. 77).

É nesse sentido que podemos assimilar o segundo guião proposto por Fischer-Lescano e Teubner (2004) no horizonte das colisões normativas que envolvem esferas de fundamentalidade, pois poderemos interpretar os hiperciclos reflexivos do sistema (ver comentário anterior) como um direito *de colisão* infraconstitucional (por vezes, envolvendo regras presentes na própria Constituição), resultado da irritação recíproca das esferas envolvidas no conflito e marcado pela recursividade dos direitos fundamentais. As (im)possibilidades práticas reveladas pelas esferas de fundamentalidade na estruturação do dissenso são canalizadas para uma sequência de comunicações recursivas que, ao dar uma resposta à colisão, retorna aos princípios no curso hipercíclico do sistema e confere nitidez tanto aos âmbitos pertencentes a cada uma das esferas quanto aos âmbitos de colisão, demarcando a atuação de critérios de integridade e de coerência que devem ser enfrentados em modelos hermenêuticos metodologicamente adequados a esse “diálogo” problemático em face do sistema (CARNEIRO, 2011, p. 254-260).

Sob a perspectiva metodológica, o alerta de Fischer-Lescano e Teubner (2004) nos leva à multiplicidade de “lógicas” a serem assimiladas em cada uma das esferas de fundamentalidade, bem como para uma característica própria ao âmbito de colisão: a sustentabilidade (TEUBNER, 2012, p. 292). A busca de um *direito de colisão* nos hiperciclos reflexivos do sistema jurídico deve ser orientada pela sustentabilidade das esferas e, conseqüentemente, das ordens sociais que elas refletem. A ideia de sustentabilidade, como nos alerta Teubner (2012, p. 292), não está restrita aos âmbitos de colisão entre as pretensões de expansão do sistema econômico e a manutenção de ecossistemas. A sustentabilidade deve ser vista como uma orientação presente em todos os âmbitos que envolvem a administração do risco de autodestruição social, ou seja, tanto nas colisões internas às próprias esferas, reflexo dos conflitos entre âmbitos de um mesmo sistema parcial, quanto nos âmbitos de colisão que envolvem diferentes esferas de fundamentalidade. Essa perspectiva revela a superação de um paradigma antropológico e a assimilação de um paradigma “ecológico”, aqui entendido na perspectiva ampliada de uma “ecossociologia”. Essa orientação só será viável se a reprodução interna desse direito de colisão for orientada por um critério de redução de complexidade que coloca o “problema” como um plexo de informações ambientais. Com isso, amplifica-se o potencial de racionalidade prática que flui do ambiente e, uma vez assimilado nas esferas de fundamentalidade, poderá se reproduzir internamente como um *direito de colisão*. Esse “diálogo” problemático em face do sistema exige dimensões transubjetivas e contornos metodológicos capazes de acelerar a comunicação presente nos acoplamentos estruturais da comunicação social (NEVES, 2009), a exemplo da heterorreflexividade (CARNEIRO, 2011), da transversalidade (NEVES, 2013, p. XXII) ou da diatopicidade (PANIKKAR, 1975; SANTOS, 2004).

## 6. Conclusão

De fato, se ainda resta ao direito algum papel emancipatório, ela passa pela ideia de direitos fundamentais. Todavia, a curta e já conturbada história do constitucionalismo brasileiro pós-1988 mostrou que tais possibilidades não serão garantidas por um ideário constitucional que ignore a complexidade social disposta no ambiente do sistema jurídico, as impossibilidades epistêmicas e sociais do dirigismo semântico e a incontornável conexão do direito estatal com outros sistemas não necessariamente territorializados. A insistência no dirigismo semântico desloca o sentido do direito para uma batalha hermenêutica na qual a última palavra caberá ao “soberano” do “momento”. O sonho de uma revolução jurídica guiada pela semântica de princípios que

refletem valores supremos não passará, em razão de suas impossibilidades epistêmicas e sociais, de simulacro para os usos diabólicos do símbolo constitucional. E a ponderação, a proporcionalidade que a cerca e os métodos que sustentam a “unidade” na “concordância prática” são, sem dúvida, perfeitamente adequados para essa “encenação” constitucionalista.

A abertura cognitiva com as reservas de racionalidade prática resultantes dos diálogos transubjetivos da política dispersa no ambiente do sistema jurídico representa o enfraquecimento dos mitos, mas não significa a impotência do direito. A impotência se dá, justamente, quando mecanismos diabólicos encobrem a corrupção que o subjuga, permitindo, com a chancela das decisões institucionais, a centralidade anônima de outros sistemas, com destaque para o sistema econômico e suas conexões silenciosas com a mídia e a política. A regulação da sociedade – contrafluxo sobre o qual não foi possível abordar neste texto – não pode ignorar a lógica de reprodução presente no seu ambiente, até porque ali não estão, apenas, as pretensões expansivas motivadas pela cegueira estratégica dos âmbitos organizados dos sistemas sociais. Estão, também, o grito das consciências e o pedido de socorro dos âmbitos sociais espontâneos. Se o direito quiser ignorá-los, não conseguirá. Se tiver a impressão que “consegue”, não terá sido, simplesmente, pela sua força cogente.

O modelo teórico proposto, ao deslocar a fundamentalidade das reservas semânticas do texto constitucional para o fluxo de sentido entre o direito e o seu ambiente, pretende situar os direitos fundamentais no seu lugar de excelência e, com isso, reforçar as suas funções, inclusive de “defesa”. O mito dá lugar a uma esperança realista. As “eclusas” desaceleram o fluxo de sentido de modo que ele possa ser registrado na complexa pragmática do sistema jurídico, deixando claras quaisquer variações de sentido, seja na dimensão social, temporal ou objetiva. Com isso, impede que mutações sejam camufladas como um erro histórico da cognição constitucional, ao mesmo tempo que impede que o direito seja o reflexo imediato e “irrefletido” do seu ambiente. O “rei”, além de “morto”, precisa estar “nu”.

## FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE CONSTITUTION AND FOUNDATIONS OF THE CONSTITUTION OF RIGHTS: PARADIGM SHIFTS IN A COMPLEX GLOBAL SOCIETY

### REFERÊNCIAS

- ALEINIKOFF, T. A. Constitutional Law in the age of balance. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, p. 943-1005, Apr. 1987.
- ALEXY, R. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988.
- ALEXY, R. Zur Struktur von Rechtsprinzipien. In: SCHILCHER, B. Et al. (Org.). *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. Wien: Verlag, 2000.
- ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.
- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- BONAVIDES, P. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BYDLINSKY, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Viena: Springer, 1982.
- CALMON DANTAS, M. *Direito fundamental ao máximo existencial*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público)-Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.
- CAMPILONGO, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMPUZANO, A. de J. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora 2001.

CARNEIRO, W. A. A dimensão positiva dos direitos fundamentais: a ética e a técnica entre o ceticismo descompromissado e compromisso irresponsável. In: CALMON DANTAS, M.; CUNHA JÚNIOR, D. (Org.). *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2009.

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

CARNEIRO, W. A. A autonomia do direito e o ponto cego de seus macros modelos teóricos. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 12, p. 169-182, 2014a.

CARNEIRO, W. A. O dirigismo constitucional no senso comum teórico dos juristas. *Revista Jus Homini*, v. 1, p. 65-98, 2014b.

CARNEIRO, W. A. Crise e escassez no Estado Social: da constitucionalização à judicialização simbólicas. In: MORAIS, J. L. B. de; COPETTI NETO, A. (Org.). *Estado e Constituição: Estado Social e poder econômico face a crise global*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CARNEIRO, W. A. Boa-fé intersubjetiva: das impossibilidades do espírito objetivo à ressignificação heterorreflexiva. In: PAMPLONA FILHO, R. et al. (Coord.). *Ética e boa-fé no direito. Estudos em homenagem ao Prof. Adroaldo Leão e sua obra "O litigante de má-fé"*. Salvador: Podivm, 2016a.

CARNEIRO, W. A. 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, A. de (Org.). *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*. Madrid: Dykinson, 2016b.

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

DAMMANN, K. Los escritos de Luhmann sobre los derechos fundamentales: su actualidad después de más de 40 años. In: LUHMANN, N. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

DWORKIN, R. *The model of rules*. Yale Law School, Faculty Scholarship Series Paper 3609, 1967.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, R. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER-LESCANO, A. Crítica da concordância prática. In: CAMPOS, R. (Org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva: 2016.

FISCHER-LESCANO, A.; TEUBNER, G. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 999-1046, 2004.

GADAMER, H.-G. Retrospectiva dialógica à obra reunida e sua história de efetuação. Entrevista de Jean Grondin com H.-G. Gadamer. In: ALMEIDA, C. L. S. et al. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

GIDDENS, A. *The constitution of society: outline of the theory of structuration*. Cambridge: Polity Press, 1984.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madri: Trotta, 2001. (Estructuras y procesos).

HÄRBELE, P. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HARTMANN, N. *Ethik*. Berlin: Gruyter, 1962.

HECK, P. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen: Mohr, 1932.

HEIDEGGER, M. *Lógica: la pregunta por la verdad*. Traducción J. Alberto Ciria. Madrid: Alianza, 2004.

HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

HESSE, K. Significado dos direitos fundamentais. In: HESSE, K. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUBMANN, H. *Wertung und Abwägung im Recht*. Colônia: Heymann, 1977.

HUSSERL, E. *Experience and Judgement: investigations in a genealogy of logic*. Evanston: Northwestern University Press, 1973.

LADÉUR, K.-H. *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz, Selbstorganisation, Prozeduralisierung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.

LADÉUR, K.-H. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais - apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais. In: CAMPOS, R. (Org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LADÉUR, K.-H.; CAMPOS, R. Entre teorias e espantalhos - deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: CAMPOS, R. (Org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Berlin: Springer, 1991.

LUHMANN, N. Wie ist soziale Ordnung möglich? In: LUHMANN, N. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981. v. 2, p. 195-285.

LUHMANN, N. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. México: Universidad Iberoamericana y Alianza Editorial, 1991.

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

- LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.
- LUHMANN, N. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2006.
- LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2009a.
- LUHMANN, N. *¿Cómo es posible el orden social?* Ciudad de México: Herder, 2009b.
- LUHMANN, N. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- MARTÍNEZ, G. P.-B. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.
- MONTEAGUDO, J. G. La teoría sistémica de la sociedad de Niklas Luhmann: alcances y límites. In: LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, 2006.
- MORAIS, J. L. B. de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MÜLLER, F. *Strukturierende Rechtslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984.
- NEVES, M. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NEVES, M. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NEVES, M. (Não)Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, v. 93, p. 201-232, 2014.
- PANIKKAR, R. Cross-cultural studies: the need for a new Science of Interpretation. *Monchanin Journal*, v. 8, n. 3-5, p. 12-15, 1975.
- POSCHER, R. Teoria de um fantasma. In: CAMPOS, R. (Org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SANTOS, B. de S. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, v. 65, p. 3-76, maio 2003.
- SANTOS, B. de S. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, C. A. (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 239-277.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCHELER, M. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik: neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*. Hamburg: Meiner, 2014.
- SCHWARTZ, G. *Direito e rock: o BRock e as expectativas da Constituição 1988 e do junho de 2013*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

- SCHWARTZ, G.; ROCHA, L. S.; PRIBAN, J. *Sociologia sistêmico autopoiética das constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, V. A. da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 607-630, 2003.
- SILVA, V. A. da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, V. A. da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SMEND, R. *Verfassung und Verfassungsrecht*. München: Duncker & Humblot, 1928.
- STRECK, L. L. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, L. L. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, L. L. Como (não) se ensinava processo penal antes da “lava jato”. Eis o busilis! Empório do Direito, 9 jul. 2015. Disponível em: <[www.emporiiododireito.com.br](http://www.emporiiododireito.com.br)>. Acesso em: 20 jun. 2016.
- TEUBNER, G. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- TEUBNER, G. *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Berlin: Suhrkamp, 2012.
- VESTING, T. Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne. In: VESTING, T.; KORIOOTH, S. (Org.). *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung? Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 71-94.
- VESTING, T. Vizinhança - direitos Fundamentais e sua teoria na cultura das redes. In: CAMPOS, R. (Org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- WALZER, M. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. New York: Basic Books, 1983.
- WESTERMANN, H. *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*. Münster: Aschendorff, 1955.
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.
- ZIPPELIUS, R. *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*. Munique: Beck, 1962.