

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL  
CONSTITUCIONALISMO E  
DEMOCRACIA: O NOVO  
CONSTITUCIONALISMO LATINO-  
AMERICANO**

**ESTADO E INSTITUIÇÃO**

Organizadores:  
José Ribas Vieira  
Cecília Caballero Lois  
Ranieri Lima Resende

**Estado e instituições: VI  
congresso internacional  
constitucionalismo e  
democracia: o novo  
constitucionalismo latino-  
americano**

1ª edição

---

Santa Catarina

2017



# **VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO**

## **ESTADO E INSTITUIÇÃO**

---

### **Apresentação**

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, na abordagem da relação entre o Estado e suas instituições jurídicas e sociais.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Estado. Instituições. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Ranieri Lima Resende – UFRJ

# NOVOS DIREITOS E O AMORFISMO ESTATAL: A BASE EPISTEMOLÓGICA PARA O NOVO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA LATINO-AMERICANO

## NEW RIGHTS AND AMORPHOUS STATE: THE EPISTEMOLOGICAL BASIS FOR THE NEW CONSTITUTIONALISM PLURALISTIC LATIN AMERICAN

João Augusto Silva Salles <sup>1</sup>

Sérgio Ricardo Fernandes De Aquino <sup>2</sup>

### Resumo

Este estudo tem por objetivo demonstrar a falência do modelo de Estado e de Constituição clássico, pois estranho à realidade trazida pela Sociedade Global Pós-Moderna, utilizando-se, para tanto, da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann como aporte teórico epistemológico. O texto pretende apontar que os Novos Direitos, focado no Direito Ambiental e na Sustentabilidade, como emergências das novas comunicações sociais contemporâneas, necessitam de uma igualmente nova abordagem em nível de teoria para sua salutar recepção no Estado. Passando por uma breve definição de Estado e a necessidade do deslocamento paradigmático concernente a isto, colocou-se a necessidade da adoção de uma teoria jus-sociológica que seja tão dinâmica quanto é a pluralidade das variações da sociedade. Tendo o solo epistemológico firme, caminhou-se a afirmar a ideia do Novo Constitucionalismo Latino-Americano como ponte de transição entre o Sistema Jurídico e o Sistema Político enquanto observadores das novidades trazidas pela sociedade. Tudo isso se fez a partir do método dedutivo e da técnica da pesquisa documental e bibliográfica. O trabalho teve como objetivo mostrar que a alta carga de complexidade oriunda da Pós-Modernidade põe a autossuficiência de uma teoria clássica de Estado cujo norte é a atômica monoprodutividade normativa atrelada ao próprio Estado em xeque, alertando sua falência e necessária reestruturação.

**Palavras-chave:** Pós-modernidade, Reconfiguração do estado, Teoria dos sistemas autopoiéticos, Novos direitos

### Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to demonstrate the failure of the State and Constitution classic model, as foreign to reality brought by Global Postmodern Society, using, therefore, the Theory of Autopoietic Systems designed by Niklas Luhmann as an epistemological theoretical contribution. The text intends to indicate that the New Rights, focused on Environmental Law and Sustainability, as emergencies of the new contemporary social communications, require an equally new approach, in theory level, for a healthy reception in the State. Through a brief definition of the State and the need for paradigm shift concerning to this, the text puts the need of adopting a just-sociological theory that is as dynamic as is the plurality

<sup>1</sup> Graduando

<sup>2</sup> Doutor

of variations of society. Having firm epistemological ground, this study walked to affirm the idea of the New Latin American Constitutionalism as a transition bridge between the Legal System and the Political System as observers of the novelties brought by the Society. All this was made from the deductive method and the documentary and bibliographic research technique. The study aimed to show that the high burden of complexity from Post-Modernity puts the self-sufficiency of a classical theory of state whose north is the atomic mono productivity rules linked to the State itself into question, prompting its collapse and needed restructuring.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Post-modernity, Reconfiguration of the state, Theory of autopoietic systems, New rights

## 1. Introdução<sup>1</sup>

O trabalho pretende opor a realidade social atual com a realidade constitucional hoje enfrentada, contraponto pontos presentes em Teorias Clássicas de Estado e de Constituição com os multifacetados pontos observacionais emergentes da Pós-Modernidade. A partir da matriz sistêmica luhmanniana e de novas observações constitucionais contemporâneas, pretende-se observar a diversidade emergente de diferentes povos da sociedade pós-moderna (e conseqüentemente, seu efeito jurídico) e a supercomplexidade de sua interação com diferentes contextos e civilizações. O melhor caminho que se acredita para chegar neste ponto de observação é a análise de novos paradigmas jurídicos, os quais se mostram melhor adequados à rápida e complexa capacidade de mutação observacional da sociedade atual. Assim, passar-se-á a investigar desde as Teorias Clássicas de Estado e de Direito até chegar ao que mais de novo se encontra em Direito, a fim de prover maior cientificidade ao discurso e melhor capacidade crítica do texto.

Para tanto, pretende-se verificar se há como (co)responder a todos os estímulos provocados pela sociedade global pós-moderna, mesmo preservando (epistemologicamente) uma Teoria de Estado e de Constituição que aponte a uma fonte atômica de sentido normativo. Deste modo, levanta-se como hipóteses cientificamente possíveis para o questionamento dois pontos: (i) sim, apesar de restringir territorialmente o alcance da aplicação do Direito, teorias fechadas de Constituição e de Estado são capazes de refletir na prática a complexidade social atual e suas necessidades; e (ii) não, mormente em tempos pós-modernos, a centralização de produção de sentido de norma não se mostra suficientemente capaz de lidar com os Novos Direitos – emergentes de uma sociedade globalizada e hipercomplexa –, razão por que a atonicidade de produção normativa, na forma de um Texto Político, enfraquece-se quando posta de frente à realidade pluralista vivida hoje.

Assim, levantar-se-á a discussão do Tempo e do Direito, analisando a curva histórico-temporal em detrimento da própria sociedade e de diferentes Teorias de Estado e de Constituição e suas premissas epistemológicas, em relação ao contexto social atual. Portanto, analisar-se-á os Novos Direitos a partir de uma teoria cuja matriz epistemológica permita interpretar a aplicação da norma de forma policêntrica, estimulando a democracia participativa para questões locais e autorizando o diálogo transnormativo em questões de maior magnitude. Neste ponto, começa-se a observar a questão da sustentabilidade, com a

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir dos debates e atividades realizadas pelo Grupo de pesquisa “Ética, Cidadania e Sustentabilidade” do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade Meridional – IMED.

ajuda da ideia do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano, como meio a fortificar a aplicação do Direito a partir de uma discussão comunitária, de forma a permitir melhor correspondência entre o texto legal e a vida dos fatos.

Por fim, objetiva-se demonstrar que uma maturidade principiológica leva à ampliação do feixe observacional e que, com isso, possibilita traduzir diferentes formas de aplicação do Direito, concretizando-o de forma mais eficaz, de acordo com o contexto sociocultural observado.

O método adotado para esta pesquisa foi Dedutivo<sup>2</sup> e a técnica de pesquisa, a Pesquisa Bibliográfica<sup>3</sup>.

## **2. Do Estado Moderno ao Estado Pós-Moderno, a carga histórico temporal e seu reflexo na Sociedade e no Direito**

A figura do Estado Moderno como forma de organização política surgiu, ocidentalmente, pela necessidade de um processo de racionalização da organização da sociedade. A fé numa concepção supramundana, traduzida na glorificação e obediência a um ser superior - ainda na confusão de Estado e igreja – perde lugar para a razão. Na dicção de Jacques Chevallier, “o princípio da transcendência, que erigia uma instância exterior e superior ao corpo social como depositário de todo saber e de todo poder dá lugar a um princípio de “imanência”, que torna os homens donos de seus próprios destinos [...]” (2009, p.14). Desta forma, o que antes era pressuposto para o controle social, neste momento histórico, cai por terra.

Com a racionalidade sendo paradoxalmente o vetor e o lugar a incessantemente se chegar, ressaltou-se, como consequência, o indivíduo racional, tendo ele, agora, força centrípeta no enredo político organizacional, ou seja, o sujeito racional sendo o centro de organização política e social. Isso acentuou a ideia de a fonte de todo o poder político residir no próprio indivíduo racional. Neste ponto, tanto individualmente como coletivamente, o indivíduo detém o poder.

Assim, no Estado Moderno, duas premissas acentuaram-se: a racionalidade e a individualidade. O Estado é um adjetivo a uma consciência da razão na esfera pública, com vistas a organizar coletivamente a figura do indivíduo pelo indivíduo; o Estado é o Leviatã.

---

<sup>2</sup> Consiste em “[...] estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral: este é o denominado Método Dedutivo”. (PASOLD, 2011, p.104).

<sup>3</sup> “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudências e coletâneas legais”. (PASOLD, 2011, p. 207).

Sob este aspecto, algumas premissas institucionalmente basilares revelam-se importantes: i) a ideia de uma ordem unívoca de princípios, de forma a unificar valores para a manutenção da identidade e da ordem pública; ii) o monopólio da força e do poder que, impessoalmente, institucionalizaria no Estado, no limite de sua territorialidade, a abrangência de sua soberania e dominação política; e iii) a concepção de participação do indivíduo, pautado na razão, na formação e manutenção do Estado, a partir da cidadania, submetendo o sujeito cidadão a uma única ordem, incompatível com outra coexistente e obrigando-o, de outro lado, a obedecer deveres concernentes à figura do cidadão (CHEVALLIER, 2009. p. 15). Em quatro expressões, resume-se em: o povo, o poder político, a soberania e o território (GUIMARÃES, 2010. p. 54).

Em síntese, com a queda do modelo feudal, que tratava da organização e concentração da política no divino, abre-se espaço para o ideal do contrato social, alocando o ser racional no centro da teoria política. Neste período, portanto, desloca-se a verdade divina para a verdade racional, apontando o Estado como o meio de campo estrutural na organização político-social, cuja criação deriva do pacto entre homens livres e iguais, delegando a Ele (Estado) a função de assegurar a todos seus direitos e suas liberdades (LEAL, 2007. p. 08). O Estado, aqui, não é mais uma ordem divina, mas sim um conjunto de ideias tratadas no contrato social, uma comunidade, uma *res publica*.

Este modelo de Estado, enquanto limitado a estruturar sua existência, regionalmente, serviu muito bem. Inclusive foi de grande importância no sentido de realocar a fonte de produção de sentido do divido para a razão, unificada no próprio Estado como instituição política. Entretanto, as transformações e evoluções sociais mostraram uma realidade não observada antes, cuja consequência é um tratamento em nível de Teoria do Estado também diferente e não antes observado. Contemporaneamente, transformações e globalizações econômicas, políticas e científicas, transbordam a barreira territorial do Estado, tanto política quanto jurídica. Nesse sentido, a ideia de soberania estatal é posta em causa, pois claramente é visto entidades paraestatais com influência em diversas nações, inclusive influenciando em movimentos migratórios na ideia de cidadão cosmopolita.

Estamos, portanto, diante de um Estado que não pode mais gozar do adjetivo “moderno”, entramos<sup>4</sup> observando o Estado Pós-Moderno.

---

<sup>4</sup> E aqui se esclarece que sem um marco temporal específico, mas sim toma-se como ponto de partida o próprio movimento globalizacional e transnacional. “A pós-modernidade, na acepção que se entende cabível, é o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada na condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o

A percepção acerca da alta capacidade mutacional da sociedade atual, a partir da ideia pós-moderna, cuja carga de complexidade é cada vez maior e mais densa, é o que impulsiona a pesquisa deste trabalho. As grandes transformações que os Estados passaram durante o último século colocaram em xeque a própria estrutura institucional e organizacional do Estado e do Direito.

Portanto, para conseguir analisar essas mudanças e estar apto a dirimir suas consequências, há de se observá-las sob novas bases, dada a insuficiência das concepções tradicionais destes institutos.

É o magistério de Chevallier:

Parece que as sociedades ocidentais entraram numa nova era, na qual a arquitetura social em seu todo está em vias de ser redefinida ao custo de fortes abalos, vinculados à perda de referências, à desagregação dos moldes herdados do passado, ao enfraquecimento das certezas: a sociedade “moderna” tende a dar lugar a uma nova sociedade que, ainda que se enraíze na modernidade, apresenta características dela diversa; as mudanças que afetam o Estado são apenas um dos aspectos dessa mutação e, enquanto tais, indissociáveis dos movimentos radicais que agitam o social. (2009, p. 13.).

Para Hespanha (2007 p. 09), segundo as teorias clássicas de Estado, o Direito era uma criação do próprio Estado, como reflexo de sua soberania e expressão de sua vontade, pois, para elas, a única fonte de sentido político-normativo era o próprio Estado, centralizadamente. Esta ideia atômica de produção sensível, entretanto, sob uma perspectiva pós-moderna e com os efeitos da globalização, não se sustenta.

Explica Tonet que o enfraquecimento e a fragmentação da centralidade produtiva do Estado é uma consequência da nova rede comunicacional contemporânea, uma condição para existência do Estado como sujeito internacional e globalizado. Assim disserta:

O Estado contemporâneo está cada vez mais inserido nos processos globais, nas redes de comunicação extraestatais. Sobre esse aspecto, torna-se necessária a manutenção de um sistema de abertura, capaz de assimilar os movimentos globalizantes sem reduzir a soberania e autonomia interna. Nesse ínterim, existe uma crescente emergência de ordens jurídicas supranacionais, relativas a direitos humanos, ambientais, que criam normas que são imediatamente validadas pelos Estados através de tratados, bem como dos direitos imperativos, como o *jus cogens*. (2016, p. 27)

---

revisão crítica importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, ela inaugura sua mescla com os restos da modernidade. Do modo como se pode compreendê-la, deixa de ser vista somente como um conjunto de condições ambientais, para ser vista como certa percepção que parte das consciências acerca da ausência de limites e de segurança, num contexto de transformações, capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional, etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho, etc.)”. (BITTAR, 2014, p. 94).

Noutras palavras, a realidade trazida pela globalização e pela Pós-Modernidade indicam a uma crise no conceito de soberania, conforme diz Neves (2006, p. 159). Para ele, o Estado, hoje, necessita de novas formas de observação.

Por mais heroico que tenha sido o modelo implementado pelas teorias clássicas de Estado Moderno, a fim de resguardar a soberania e garantir a ordem interna e externa, hoje o Estado não passa de um herói local, sendo mais um ator em âmbito internacional dentre diversos outros que atuam neste cenário (CANOTILHO, 2008, p. 35).

Portanto, clara é a ideia que, hoje, modelos de Teorias de Estado fechadas não dão conta da carga de complexidade trazida pela globalização, cuja emergência de novos atores internacionais e paraestatais demonstra que o fechamento estrutural e que a base monista de produção de sentidos dentro do próprio Estado é ineficaz. Neste ponto, a criação de redes micro sistêmicas de comunicação, que se não são aptas a alterar um paradigma político internacional, o são em ordem comunitária, também carece de cotejo no Estado Moderno, pois fundado na centralidade produtiva de sentido político. Por outro lado, constelações de abrangência paraestatal, incutidas no mercado econômico-internacional, também merecem espaço do Estado, que, mais uma vez, somente vai conseguir abraçá-las se reconfiguradas suas bases teóricas.

Ainda segundo Marcelo Neves (2009, p. 270), hoje existe questões que envolvem e atingem vários Estados – questões transconstitucionais – cuja base de discussão não pode estar atrelada a um ordenamento jurídico com base interna de um determinado Estado, o ponto de referência deve ser de uma ordem jurídica aberta, que aceite a ideia caleidoscópica de observação.

A fragmentação da fonte de sentido é um braço da globalização e da pós-modernidade. Hoje, a pluriculturalidade emergente das diferentes observações mundanas, extra e intra-estatais, faz a ideia monista de produção normativa e de sentido padecer. Esse ponto é crucial no estudo; ter em mente o Estado como mentor único da sociedade não se compatibiliza com a carga de complexidade atrelada a este momento histórico temporal. As expectativas sobre qualquer coisa, sejam normativas, sejam políticas e econômicas, derivam da própria sociedade, não do Estado, pois, sob a atual perspectiva social, Ele é um fruto da sociedade, não o contrário.

### **3. Teoria do Estado e da Constituição, uma íntima relação**

A dinamicidade estatal recorrente nos últimos decênios, caracterizada pela alta capacidade camaleônica da sociedade mundial e local, demonstra que caminhar sob solo baseado em fontes clássicas que ignoram a transcomunicacionalidade mundial é perigoso, pois movediço. Quer-se dizer: a hipercomplexidade social vivida hoje traz diferentes realidades, cuja alteridade por parte do Estado exige um melhor manejo normativo. O sistema jurídico, da mesma forma, deve ser capaz de absorver essa constante mutação social, de modo que, igualmente, tem de ser estruturalmente dinâmico, apto a absorver os anseios derivados da sociedade globalizada e pós-moderna.

As constituições, a partir de uma leitura clássica tradicional, cuja centralidade levava a um fechamento observacional, estavam também fechadas para o mundo e, neste sentido, internacionalmente mortas. Somente com alta capacidade reflexiva uma teoria constitucional estaria apta a enfrentar uma realidade global.

Estando clara a necessidade de uma reconfiguração da Teoria da Constituição e do Estado, vem-se observando diversos movimentos que apoiam esta ideia. Como bom exemplo, temos J. J. Gomes Canotilho, que reestruturou seu pensamento, percebendo, através de uma autorreflexão admirável, que o modelo constitucional programático estruturado em um de seus maiores livros “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”<sup>5</sup>, por ser globalizadamente autista, pois toda mutação social pressuporia uma análise constitucional, cuja observação limitar-se-ia às fronteiras territoriais e nacionais de uma constituição, era insuficiente enquanto imerso numa sociedade global pós-moderna.

Para tanto, demonstrou em sua obra “‘Brançosos’ e Interconstitucionalidade Itinerário dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional” que:

As constituições dos Estados “suprenacionalizaram-se” ou “internacionalizaram-se”. Quer isto dizer que os Estados se integraram em comunidades políticas supranacionais, ou em sistemas políticos internacionais globalmente considerados. Os problemas do Estado e da Constituição só lograrão reconhecimento jurídico e político se integrados no *direito constitucional internacional*. (2008, p. 284).

Desta maneira, o trabalho tentará expor a partir de uma teoria capaz de romper com o antigo paradigma constitucional, os meios pelos quais se pode evoluir destas visões clássicas de Estado. Para tanto, utilizar-se-á, como base epistemológica, a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.

A fim de proporcionar melhor compreensão da teoria<sup>6</sup>, há de se esclarecer alguns

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1982.

<sup>6</sup> E aqui já se destaca, em respeito à coerente delimitação espacial deste projeto, a discussão será branda,

processos estruturais da ideia, sem os quais a leitura seria demasiado rasa, quais sejam: i) a evolução sistêmica, ii) a observação, iii) a diferenciação funcional, iv) a capacidade de autorreprodução e v) o acoplamento estrutural, conforme didaticamente bem alocou Tonet (2-16, p. 112).

Centralmente, a teoria luhmanniana utilizou-se da ideia darwiniana de evolução, pois ele evolui autonomamente, independentemente do ambiente em que se encontra. Para isso, operativamente, deve evoluir clausurado, a fim de poder diferenciar-se de seu entorno, do não-sistema, do ambiente.

A evolução sistêmica divide-se em três etapas. A variação, a seleção e a estabilização. A variação pressupõe uma mudança, uma contradição; nas palavras de Luhmann, “toda variación se presenta, por tanto como contradicción, no en el sentido lógico sino en el sentido más originário dialógico” (2007, p. 364). A consequência disso é a seleção; nela – que pode ser tanto negativa quanto positiva – se verifica a continuidade deste elemento mudado no sistema, o alemão ainda diz que a seleção serve como volta ao estado de normalidade na sociedade. Por último, a estabilização, que é o que acolhe ao sistema a variação selecionada, mantendo dinamicidade estável no sistema mutado (LUHMANN, 2007, p. 304).

A observação é um dos alicerces da teoria. Na perspectiva do Sistema Social, toda forma de produção de sentido derivaria dele e estaria contida numa observação. No concernente à sociedade, toda a discussão do item anterior seria uma nova forma de observação social, ou seja, a globalização, as novas tecnologias, e todos os Novos Direitos decorrentes disso são um novo tipo de observação antes não feito – veja-se: o fato de num dado momento histórico não se observar algo não significa que aquilo não existia, apenas que não era observado. Como dito anteriormente, os sistemas são operativamente fechados, entretanto, cognitivamente, são abertos, e utilizam-se da observação para lhes dar possibilidade de evolução, pois a observação tem como estopim processar informações do ambiente. Para processar informações do entorno, há de se saber o que é sistema e o que é não sistema, sabendo dos limites entre sistema e ambiente, e é por isso que o sistema deve ser operativamente enclausurado, pois assim consegue ter uma autorreferência e saber que o que está sendo observado é externo.

Uma coisa que se deve ter em mente é que o sistema não é internamente acabado, ele é paradoxalmente completo em relação a si, mas sempre terá a capacidade de observar e, a

partir da observação evoluir, pois é dinâmico. Assim, a teoria traduz a capacidade do Sistema Social, na forma de seu Subsistema Jurídico, de estar em constante observação de seu entorno, dada sua dinamicidade, o que corresponde com a necessidade circular de mudanças que a sociedade vive, dada as diferenças observações decorrentes da globalização e da pós-modernidade.

A diferenciação funcional é justamente a capacidade de diferenciar o sistema do meio, o que é pressuposto para a constituição do próprio sistema, pois a conservação da diferença com o entorno é o que regula os limites existenciais do próprio sistema (LUHMANN, 1998, p. 40). Neste raciocínio, o sistema existe porque é capaz de se diferenciar de seu entorno, pois tem seu próprio modo de operação, através de seus próprios códigos binários, reflexivamente.

Para Tonet, “um sistema demonstra-se aberto ao seu meio envolvente quanto mais suscetível à manutenção de seu fechamento ele for. Quanto mais fechado for o sistema, mais autorreferencialidade ele terá [...] o próprio conceito de sistema adquire um duplo caráter, identificador e diferenciador ao mesmo tempo” (2016, p. 122), o que se encaixa bem ao pensamento de Raffaele De Giorgi, segundo qual “los sistemas funcionales son iguale en su desigualdade” (apud TONET, 2016. p. 97).

A autopoiese, por sua vez, pode ser entendida didaticamente como um resultado dos três primeiros esquemas dos sistemas luhmannianos antes explicados (evolução sistêmica, observação e diferenciação funcional), mas deve ficar claro que isso serve de mera explicação didática, pois todos os pontos elucidados coexistem numa só movimentação sistêmica; pois são interdependentes. Noutras palavras, a partir da observação do entorno, que pressupõe uma clausura operativa e abertura cognitiva do sistema, como fim de estabelecer o limite entre sistema e ambiente pela diferenciação funcional, sempre reflexiva, o sistema é capaz de internamente sofrer variação que, se selecionada positivamente na forma de seus códigos binários sistema/não-sistema, irá comunicar com o próprio sistema, reproduzindo-se a partir de suas próprias estruturas, galgado na observação do entorno, mas sem ter com ele diretamente comunicado, apenas observado. Assim, estando o sistema apto a autorreproduzir-se com base em suas próprias estruturas, autonomamente, ele é autopoietico.

Esta reflexão contínua reproduzida no interior do sistema é o que lhe torna vivo e, a partir da seleção do objeto observado, conforme seu código binário (que no sistema jurídico pode ser visto como direito/não-direito), desde que enclausurado operativamente, outorga-lhe alta capacidade dinâmica e estável – dinâmica porque capaz de evoluir sistemicamente e estável, pois estruturalmente enrijece suas bases, pois se reproduz a partir de si mesmo.

Assim, não é autista em relação ao entorno, pois é um sistema cognitivamente aberto a diferentes observações – que na sociedade atual são cada vez mais emergentes – e, neste sentido, a teoria, sendo dinâmica e estando em constante observação e, desde que variado e selecionado positivamente o objeto observado, está também em constante evolução em relação ao entorno, e é capaz de responder às diferentes e hipercomplexas mutações de outros subsistemas sociais<sup>7</sup> (questões como globalização, economia, política e sustentabilidade, todas emergentes da pós-modernidade).

O acoplamento estrutural é o objeto a abastecer de forma permanente o sistema. Um sistema operativamente fechado, mas cognitivamente aberto é capaz de observar e, selecionada a variação, reproduzir-se, estabilizando-se novamente, mas a observação é a visão de um sistema a uma irritação externa. Essa irritação do entorno que pode ser entendida como acoplamento de estruturas sistêmicas; serve como ponte de transição entre um sistema e outro, o que possibilita a um sistema observar o outro.

No caso do direito e da política, a ponte de transição entre esses sistemas (acoplamento estrutural) é a Constituição. Ou seja, um depende do outro para evoluir, nalgumas situações, mas é a partir da Constituição que conseguem observar um ao outro, mantendo sua unidade autônoma e autorreflexiva. Assim, um sistema somente observa um objeto graças a uma irritação do entorno, que pode ser entendida como o acoplamento estrutural.

Sendo compreendida a base epistemológica que auxilia o trabalho, sua aplicação no Direito e na delimitação temática do estudo é o próximo desafio. Para tanto, buscou-se observar o Transconstitucionalismo, ideia elaborada por Marcelo Neves<sup>8</sup> a fim de conseguir estabelecer uma coerente conversa entre diferentes ordens jurídicas na sociedade.

A diversidade e autorreferência de cada subsistema social permitem uma ideia de pluralidade infinita de sistemas. Dada à emergência de Novos Direitos como sistemas observantes e irritadamente observáveis, principalmente pelo sistema jurídico, o centralismo de produção normativa e de sentidos que outrora vigorou hoje não funciona mais, devido à diversidade multicêntrica de observadores e irritações observáveis. Perdendo a monoprodutividade normativa centralizada no Estado e na Constituição estatal, emergem novas teias comunicativas que, devido a sua alta carga de complexidade, funcionam em rede.

Desta maneira, a cooperatividade toma vulto na sociedade de hoje. Assim, sabendo da existência de ordens intraestatais de comunicação, além das internacionais, transnacionais

<sup>7</sup>

Que também podem ser considerados como entorno/ambiente em relação ao sistema observador.

<sup>8</sup>

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

e nacionais, um manejo para o Estado e o Direito se adequarem a isto é necessário. É isso que o transconstitucionalismo pretende fazer.

Novos problemas e Novos Direitos implicam num novo tipo de diálogo constitucional, cuja alternativa é justamente o diálogo transconstitucional. Segundo o autor, não se trata de uma unicidade global constitucional, mas de “estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna” (NEVES, 2009, p. 122), ou seja, não há como, sistemicamente, o objeto observado integrar ao sistema, mas sim a observação gerar variação que, selecionada, autorreproduzirá o objeto observado, respeitando o fechamento estrutural, pois na fase de seleção se utilizará, para a aceitação do objeto observado, de códigos binários intrínsecos aos sistema, pois há de sempre se ter em mente a diferenciação funcional, sob pena de corromper o sistema.

Os ordenamentos jurídicos locais ou internacionais não conseguem, sob seus limites e alheios aos outros, atender às demandas sociais emergentes da globalização (que aqui são entorno e irritações) sem a elas observar e sem ser capaz de, cognitivamente, ser dinâmico. Por isso a justificativa da utilização da Teoria dos Sistemas Autopoieticos de Niklas Luhmann se sustenta.

#### **4. Crise Ambiental e Novos Direitos e a maturidade do Estado para enfrentá-los**

O debate sobre o meio ambiente é recorrente nos últimos anos, assim como os diversos novos direitos provenientes da globalização e da inovação tecnológica e evolução científica e industrial. O trabalho, neste momento, porém, irá inclinar-se a tentar discutir apenas um destes problemas: a crise ambiental<sup>9</sup>, que não deixa de ser um produto das demais emergências citadas.

A agenda política mundial, já sob uma perspectiva de rede de decisões, a partir da Organização das Nações Unidas (ONU), que é um órgão paraestatal, começou a dar valor ao discurso ambiental a partir de sua Conferência Sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo, ainda em 1972. Naquele encontro deixou-se claro a facticidade da crise ambiental que poderia existir em tempos vindouros, graças ao modo como a sociedade enfrentava questões como a evolução científica desenfreada e a busca pelo crescimento industrial a

---

<sup>9</sup> É de se ressaltar que a redução da temática abordada não vai no sentido de ignorar o restante das problemáticas existentes na sociedade pós-moderna, mas sim serve como redutor da complexidade da observação da sociedade a um determinado ponto de observação e momento histórico temporal.

qualquer custo, por exemplo.

Durante este mesmo contexto temporal, havia uma classificação econômico-político mundial, a qual adjetivava de diversas formas os países no mundo. De um lado, os países desenvolvidos (que eram a minoria), constituídos por aqueles cujo desenvolvimento econômico, científico e industrial sobrepujam os demais. De outro, os subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, com características antagônicas àquelas. A ideia de primeiro, segundo e terceiro mundo também seguia esta mesma lógica, estando os países de segundo mundo num limbo desenvolvimentista, cuja característica principal, além de não poder ser comparado com os desenvolvidos por insuficiência de recursos em geral, nem aos subdesenvolvidos, por motivo contrário, era de comporem o regime comunista liderado pela União Soviética. A divisão “países do Norte” e “países do Sul” também seguia a mesma lógica, assim como países de centro e periferia, sendo os de centro e norte comparados aos desenvolvidos e o restante aos subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Essas classificações, herdadas do período da guerra fria, de pronto, não parecem de muita valia, mas servem como referência a compreender a relação assimétrica de poder no mundo. Isso, neste estudo, auxilia o entendimento de que, de um lado, um grupo de países – os desenvolvidos – lidaram com aspectos da globalização visando, acima de tudo, a manutenção de seu império econômico e domínio científico e tecnológico. Por outro prisma, os países em desenvolvimento que, ainda que tardiamente quando comparado com aqueles que detinham (e ainda detém) o poder econômico, científico e industrial, talvez por sequer almejarem chegar ao topo internacional nestes pontos, relacionaram-se de forma diferente com a realidade pós-moderna. A discussão da questão ambiental no mundo também teve dicotomias em relação aos dois polos. Enquanto o primeiro grupo tentou condicionar a questão ambiental à manutenção de seu poderio econômico, o segundo contra-argumentou sob uma perspectiva mais humana e social.

Conforme Saavareda (2014, p. 137), “os latino-americanos começaram a construir todo um pensamento ambiental próprio que se constituiu em um enorme aporte ao debate ambiental global”, o que evidencia a multifacetagem derivada da globalização na sociedade atual e corrobora o pensamento de que uma teoria cuja matriz sensitiva é centralizada no Estado, no limite de suas fronteiras, é incoerente neste panorama.

A inovação do pensamento latino-americano para estes novos empasses é, em linhas gerais, a fortificação da democracia participativa, e não só representativa, incentivando a discussão comunitária para uma melhor e mais eficaz conscientização da sociedade sobre o problema ambiental, principalmente com vistas a respeitar as relações nada lineares da

sociedade atual e sua heterogeneidade cultural.

Estas inovações foram constitucionalmente positivadas a partir da reconstrução das constituições colombiana, venezuelana, boliviana e equatoriana. A previsão normativa e aplicação prático-constitucional dos direitos indígenas e o respeito à sua visão, como reforço de um Estado Plurinacional é um exemplo disso; o respeito à cosmovisão indígena. É possível dizer que:

Essas Cartas são frutos e concretizações dos avanços da “epistemologia do Sul”, que pode ser entendida, metaforicamente como um campo epistêmico que procura reparar danos causados pelo capitalismo e pela sua forma colonial de saber. [...] Neste sentido, indígenas e camponeses tiveram um papel fundamental nas conquistas constitucionais desses países e foram os principais atores das lutas sociais contra as formas de desenvolvimento que não respeitavam a Pachamama e a cosmovisão indígena. (BRANDÃO, 2015, p. 141).

Esse novo tipo de observação intraestatal e nova fonte de direito, enraizada na própria sociedade, é mais uma prova de que o deslocamento orbital da fonte de sentido normativo, do Estado/Constituição fechada, para a própria sociedade, é o caminho a ser trilhado como melhor meio a se chegar à capacidade de atender a dinamicidade da sociedade. Isso, destarte, pressupõe a mitigação da soberania do Estado, como já frisado.

A recepção da plurinacionalidade pelo Estado é a condição para melhor atender às complexidades sociais e, do mesmo modo, possibilidade de se ter novas visões sobre determinados assuntos, capazes de resolvê-los de forma antes nunca imaginada. É o magistério de Acosta (2013, p. 114):

La plurinacionalidad, entonces, en tanto nueva concepción de organización de la sociedad, rescata la pluralidad de visiones étnicas y culturales para repensar el Estado. Cuentan, para mencionar apenas un par de puntos de referencia, los derechos colectivos y no solo los derechos individuales. Igualmente interesa una nueva forma de relacionarse con la naturaleza, que abriría la puerta a una ciudadanía ambiental o ecológica [...].

Desta forma, se justifica a reformulação de uma teoria de direito que seja apta a receber os impulsos vindos da sociedade e respondê-los de forma igualmente dinâmica, o que valida o discurso trazido neste estudo.

## **5. Conclusão**

A dinamicidade social e a alta carga de complexidade que se percebe da observação da sociedade, graças a fenômenos como a globalização, inovação tecnológica, evolução científica, etc., decorrentes da pós-modernidade, acaba por fazer emergir Novos Direitos, os

quais não eram observados em outros contextos histórico-temporais.

A ideia de que o Direito curva-se ao Tempo que o envolve e a constante mutação decorrente da inevitável passagem do tempo, instiga a pesquisar como se recepciona, no plano jurídico, a esses novos fenômenos.

Instiga pesquisar, assim, cada vez mais, qual seria a possível solução para a alta capacidade mutacional e alta dinamicidade da sociedade e como essa incessável inovação de observações seria recepcionada pelo Direito.

Com base nisso, pensou-se em deixar clara a situação do Estado e do Direito na pós-modernidade e as perspectivas para uma reconfiguração das Teorias de Estado e de Direito dentro deste novo paradigma espaço-temporal. Portanto, a primeira parte do trabalho destinou-se a demonstrar que uma Teoria de Estado clássica, cuja matriz epistemológica indica a uma fórmula atômica e estática de produção de sentido normativo, na forma de uma Carta Política limitada espaço-temporalmente à data de sua promulgação, torna-se insuficiente na atual conjectura social.

Desta forma, apontou-se como possível teoria a ser capaz de recepcionar os diferentes tipos de observações da sociedade a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann. Neste mesmo sentido, reforçou-se a ideia do transconstitucionalismo, cuja matriz epistemológica é também sistêmica, mas sob a observação de Marcelo Neves. Essa ideia de uma rede internacionalmente integrada, sem elevar o topo da pirâmide kelseniana para um nível global, mas sim oportunizar um diálogo policontextual e multicêntrico sem uma necessária hierarquia, pois a horizontalidade da comunicação jurídica é o forte da teoria, possibilita analisar a ideia do novo constitucionalismo latino-americano de forma teoricamente mais familiar.

Depois de mostrar a alta capacidade mutacional e dinâmica da sociedade e da necessidade de uma reformulação das teorias de Estado e de Constituição, inclinou-se a demonstrar a reação latino-americana aos Novos Direitos emergentes da sociedade global pós-moderna, observando a fortificação da democracia participativa em detrimento da democracia representativa e a acentuação da cosmovisão indígena em relação à natureza como meio de debater com a questão ambiental. É neste ponto que se afunila a temática estudada. O diálogo da sustentabilidade e sua efetiva concretização no e com o mundo. A natureza como sujeito de direitos e como tratar isso.

Portanto, das hipóteses levantadas inicialmente, a escolha mais acertada é a afirmação da segunda, excluindo, na mesma conclusão, a primeira hipótese. Veja-se: o deslocamento do eixo paradoxal que, neste contexto, retira a atonicidade de sentido

normativo da centralidade estatal para a dinamicidade da sociedade já faz crer que teorias fechadas de Estado e de Constituição padecem quando confrontadas com a realidade social global pós-moderna, na forma dos Novos Direitos, dentre os quais, limitando-se à temática deste estudo, o Direito Ambiental e a Sustentabilidade, pois limitam a interpretação do Direito a um texto político de um único e autista Estado. A fragmentação policontextural e policêntrica dos sentidos como uma consequência da pós-modernidade de uma sociedade hoje sem forma própria (e talvez, assim, líquida), reforça a ideia da necessidade de uma recepção igualmente dinâmica e multifacetada, o que não existe se fundada numa teoria estado-constitucional clássica.

Ora, se há novos Direitos, há de se ter novas formas de operacionalizá-los e observá-los na sociedade. Assim, redes microssistêmicas de comunicação se legitimam, e é aqui que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano ganha espaço, reforçando a democratização da Constituição e da Política, a partir de diálogos comunitários recepcionados epistemologicamente pela reformulação do constitucionalismo proposto neste estudo.

### **Referências bibliográficas**

- ACOSTA, Alberto. *El Buen Vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*. Barcelona: Icaria&Antrazyre, 2013.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Direito na Pós-Modernidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- BRANDÃO, Pedro. *O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. – 2. ed. – Coimbra: Editora Almedina, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1982.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno = L'État post-moderne*. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DE GIORGI, Raffale. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Tradução Herman Nébias Barreto... (et. al.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 97. Apud TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evoluções e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. – 2. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Novos paradigmas político-sociais e a crise de conceitos: há futuro para uma Teoria do Estado?* In: PASOLD, Cesar Luiz (coord.). *Primeiros ensaios da Teoria do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta, reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional a ordem democrática: uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: edición Heder, 2007.

\_\_\_\_\_. *Sistemas Sociales: lineamentos para una teoria geral*. Barcelona: Universidad Iberoamericana, 1998.

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

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

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12 ed. Florianópolis: Conceito Editorial/ Millenium, 2011.

SAAVAREDA, Fernando Estenssoro. *História do debate ambiental na política mundial 1945-1992: a perspectiva latino-americana*. Tradução: Daniel Rubens Cenci, - Ijuí: Editora Unijuí, 2014.

TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evoluções e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. – 2. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.