

ENSAIO

* Willis Santiago Guerra Filho é Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor e Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos do Programa de Estudos Pós-Graduados da PUC-SP. Pesquisador das Universidades Presbiteriana Mackenzie e Paulista (UNIP).

O processo de globalização nos leva a perceber o mundo todo como uma sociedade, a “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*) a que se referiu Niklas Luhmann em artigo de 1971. Nesta sociedade mundial em que vivemos, com sua hiper-complexidade e multicentralidade, tal como descrito pela teoria de sistemas sociais autopoieticos, encontraremos uma crescente diversidade de culturas convergindo de forma sem paralelo em tempos passados. O que se segue é uma proposta de, primeiro, considerar um tal estado de coisas observando-o através do ponto de vista do atual estágio de diferenciação dos sistemas na sociedade multicultural que está em formação atualmente, e segundo, estimular o desenvolvimento de uma avaliação segundo o que podemos denominar uma abordagem crítica desconstrutivista.

A teoria de sistemas sociais autopoieticos considera a sociedade mundial como um sistema, digamos, global, de comunicação, integrado por outros sistemas parciais, cada um com sua forma específica de comunicação. Temos naquele sistema, o sistema global, assim como nos outros, ditos parciais, um “núcleo” (ou “centro”) e uma “periferia”. “Central” deve ser a parte mais envolvida e, por isso, também mais avançada, “desenvolvida”, da sociedade mundial, que se caracteriza como democrática e capitalista, enquanto as outras permanecem “periféricas”, até que atinjam sua integração na “sociedade econômica mundial” (*wirtschaftliche Weltgesellschaft*). Não se deve pensar aqui em termos de países, ou conjunto deles, desde que o centro e a periferia podem ser fisicamente qualquer lugar, na medida em que suas características são percebidas. Mas se seguirmos as indicações de Luhmann em seu grande trabalho final de 1997, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, “A Sociedade da Sociedade” (2 vols.), quando ele afirma que os protestos sempre advêm da periferia contra o centro, pela pretensão de estarem fora da sociedade. Então, nós chegamos à conclusão que enquanto a “sociedade da sociedade” autopoieticamente se dobra sobre si mesma, a distância entre os desejos e as satisfações tendem a desaparecer, algo que as célebres conferências parisienses de Kojève sobre a “Fenomenologia do espírito” de Hegel poderia apoiar, pois neste último vamos encontrar a idéia (herderiana) de “*geistige Tierreich*”, ou seja, “reino animal do espírito”,

aquele a que chegaríamos quando a sociedade civil, isto é, em termos atuais, o mercado, viesse a nos satisfazer plenamente as necessidades, digamos, corpóreas, tirando-nos o estímulo para continuar perseguindo novas realizações e banalizando-nos a vida.

Relembrando, temos que um dos sistemas sociais, como é bem sabido, é aquele jurídico, o qual, enquanto autopoietico, é a um só tempo separado e articulado frente aos demais, de modo que irritações entre eles são absorvidas pelo que se denomina, por influência de teóricos como Maturana e Varela, “acoplamento estrutural”, o qual se dá entre o centro e a periferia dos sistemas que se acoplam, a fim de que se mantenha, simultaneamente, a estabilidade e crescimento de ambos, autonomamente. Os sistemas do direito e da política são conectados através de um meio particular de operatividade fechada chamado constituição do Estado. As Supremas Cortes Constitucionais emergem do núcleo do sistema do direito e dessa forma pertencem ao centro desse sistema, por decidirem, em última instância, o que é e o que não é jurídico, bem como aceitável que se faça, no exercício do poder, tornando-se co-responsáveis pela operação do código binário de ambos os sistemas, ou seja, o código da licitude ou ilicitude no caso do sistema jurídico, e o de sobreposição - dos detentores de poder (*Machtüberlegen*) - ou submissão (*Machtunterlegen*), a partir da diferença entre governo e oposição, no caso do sistema político. Isto se dá graças à centralidade das definições acerca da constitucionalidade nas normas jurídicas tanto no sistema jurídico quanto no político.

Portanto, agora devemos nos confrontar com a questão do risco que tais desenvolvimentos apresentam, como Luhmann no último livro seu publicado quando ainda vivo, já citado, advertiu, referindo-se ao livro de Dieter Grimm sobre o futuro das Constituições. Está em causa a manutenção da autopoiese no sistema global, se nós considerarmos o sistema jurídico como proposto por Luhmann em “O Direito da Sociedade”, ou seja, como um tipo de sistema imunológico da sociedade, com a tarefa de vaciná-la contra as doenças sociais que seriam os conflitos, aí incluídos com destaque aqueles

resultantes das violações e colisões de direitos humanos, através da representação desses conflitos em prescrições a serem seguidas pelas cortes, concebidas de maneira idealizada como imunes contra a política. E o principal risco aqui mostra-se, então, como sendo o da auto-imunidade, no sentido trabalhado por Derrida, no que teria um débito para com Luhmann.

Havemos, então, de assim buscar meios para superar as doenças autoimunes que nos acometem enquanto corpo social mundial, nos termos de Roberto Esposito, das quais a atual “crise alérgica” da União Europeia é um exemplo claro e menos grave do que aquele da Alemanha nazista, analisada por este autor, em que a enfermidade decorre da tentativa de isolamento dos contatos que põem a política a serviço da vida e não a vida a serviço de uma política mortífera, ou seja, a biopolítica transformada em tanatopolítica.

As questões que nos propomos a enfrentar no presente ensaio traz consigo a necessidade de que se pratique de forma tão intensa quanto possível a interdisciplinaridade, o que exige, então, que tenhamos um paradigma unificador, uma perspectiva integradora em epistemologia, capaz de articular explicações de natureza sociológica, econômica, jurídica, biológica, filosófica e, até, teológica. Um paradigma com essa característica “unitotalizante” (*Ein- und Allheit*, para empregar expressão que remonta a Schelling, filósofo idealista alemão do séc. XIX) é o que se vem desenvolvendo por aqueles, como Edgar Morin na esteira de Ilya Prigogine, que defendem a superação do tradicional paradigma simplificador das ciências clássicas, modernas, em favor de um **paradigma da complexidade**, em que se inserem “ciências transclássicas”, pós-modernas, como são a *cibernética* e a *teoria de sistemas*. Tratam-se de teorias holísticas, de aplicação generalizada no âmbito de ciências formais e empíricas, tanto naturais como sociais, e que toma como distinção fundamental não mais aquela entre sujeito-do-conhecimento-como-observador-objetivo e objeto-do-conhecimento-observado-independentemente, mas sim outras, como aquela entre “sistema” e seu “meio ambiente”, para explicar tudo a partir dessa distinção, entre o que pertence a determinado sistema e o que está fora, no ambiente circundante, embora

circule dentro do sistema – que não é fechado “para” e sim “com” o ambiente.

A teoria sistêmica luhmanniana pretende se desenvolver a partir de um conceito de sociedade que não é nem “humanista” nem “regionalista”, adotando assim uma posição que, de partida, evita dois dos maiores – se não forem mesmo os dois maiores – pressupostos incitadores da crise “epistemo-ecológica” antes referida. Isso significa que para a teoria ora em apreço a sociedade não é formada pelo conjunto de seus integrantes, os seres humanos, assim como não há para ela uma sociedade delimitada por critérios geo-políticos - a “sociedade brasileira”, “latino-americana”, “européia” etc. Sociedade para a teoria de sistemas luhmanniana é a “sociedade mundial”, que se forma modernamente. O que a compõe não são os seres humanos que a ela pertencem, mas sim a **comunicação** entre eles, que nela circula de várias formas, nos diversos subsistemas funcionais (direito, economia, política, ética, mídia, religião, arte, ciência, educação etc.).

A diferenciação sistêmica entre “sistema” e “meio ambiente”, então, é o artifício básico empregado pela teoria para se desenvolver em simetria com aquilo que estuda, como seu “equivalente funcional”. Essa diferenciação é dita sistêmica por ser trazida “para dentro” do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como meio ambiente dos próprios sistemas parciais. **Sistema autopoietico** é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa, circular (“recursiva”) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, formada por seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser “fechado”, do ponto de vista de sua organização, não havendo “entradas” (*inputs*) e “saídas” (*outputs*) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele - não se trata, portanto, de uma “autarquia” do sistema, pois ele depende dos elementos fornecidos pelo ambiente.

Só a comunicação autoproduz-se, donde se qualificar como autopoieticos os sistemas de

comunicação da sociedade. O sentido da comunicação varia de acordo com o sistema no qual ela está sendo veiculada e as pessoas são meios (*media*) dessas comunicações, assim como computadores, faxes, telefones, etc. Esses componentes, contudo, não pertencem aos sistemas sociais e, sim ao seu meio ambiente. Os seres humanos, enquanto seres biológicos, são sistemas biológicos autopoieticos e enquanto seres pensantes, são também sistemas psíquicos autopoieticos. Sem a consciência decorrente do aparato psíquico, é claro, não haveria comunicação e logo também não haveria sistemas sociais. Sem a rede neuronal não haveria pensamentos. O que não há é uma relação causal entre imagens e pensamentos como os que temos, enquanto seres humanos, como demonstra o fato de que os demais seres portadores de redes neuronais não dispõem de uma elaboração simbólica como nós. É a linguagem, então a primeira condição para que se dê o acoplamento (estrutural) entre sistemas auto(conscientes) e sistemas sociais (autopoieticos) de comunicação. Os sistemas sociais, como todo sistema, se mantém sem dissipar-se no meio-ambiente em que existem enquanto se mantém sua estrutura e enquanto for apto para diferenciar-se nesse meio ambiente, com o qual “faz fronteira”. Sistemas psíquicos (biológicos) e sistemas de comunicação (sociais), por mais que estejam cognitivamente abertos para o meio ambiente, para dele se diferenciarem, fecham-se em um operar, o que significa reagir ao (e no) ambiente por auto-referência, sem contato direto com ele.

Postular que a sociedade contemporânea, organizada em escala mundial, “globalizada”, é o produto da diferenciação funcional de diversos (sub)sistemas, como os da economia, ética, direito, mídia, política, ciência, religião, arte, ensino etc. - sistemas autopoieticos, que operam com autonomia e fechados uns em relação aos outros, cada um com sua própria “lógica” -, postular isso não implica negar que haja influência (ou “perturbações”) desses sistemas uns nos outros. Entre eles dá-se o que a teoria de sistemas autopoieticos denomina “acoplamento estrutural”. Assim, o sistema da política acopla-se estruturalmente ao do direito através das constituições dos Estados, enquanto o direito se acopla à economia através dos contratos e títulos de propriedade, e a

economia, através do direito, com a política, por meio dos impostos e tributos, e todos esses com a ciência, através de publicações, diplomas e certificados, cabendo a uma corte constitucional, em última instância, deliberar sobre a “justeza” desses acoplamentos, em caso de dúvidas ou contestações, que os ameace, ameaçando, assim, a autopoiese do sistema global e, logo, sua permanência, sua “vida”.

Está em causa a manutenção da autopoiese no sistema global, se nós considerarmos o sistema jurídico como proposto por Luhmann em “O Direito da Sociedade”, ou seja, como um tipo de sistema imunológico da sociedade, com a tarefa de vaciná-la contra as doenças sociais que seriam os conflitos, através da representação desses conflitos em prescrições a serem seguidas pelas cortes, concebidas de maneira idealizada como imunes contra a política. E o principal risco aqui mostra-se, então, como sendo o da autoimunidade, no sentido trabalhado por Derrida.

A questão que se coloca, então, é de como sobreviveria um tal sistema, o sistema social global, que é a sociedade mundial, diante de um ataque por componentes dele mesmo, como para alguns ocorreria no setor financeiro do sistema econômico, diante do excesso de especulação, ou de cidadãos que ao invés de participarem politicamente por meio do voto optam por protestos cada vez mais violentos, ou quando pessoas se tornam suspeitas e, mesmo, praticantes do que se vem qualificando como terrorismo, sendo destruídos como portadores de direito, na situação descrita por Giorgio Agamben com uma figura do antigo direito penal romano do *homo sacer*, que é a de uma vida puramente biológica e, enquanto tal, matável sem mais.

Eis como o sistema (jurídico) imunológico da sociedade pode ser confrontado com um problema similar ao de um organismo que sofre de uma disfunção autoimune. A autoimunidade é uma aporia: aquilo que tem por objetivo nos proteger é o que nos destrói. O paradoxo da autopoiese do direito terminando em autoimunidade revela o paradoxo da inevitável circularidade do Direito e suas raízes políticas nas constituições.

Derrida acredita que o conceito de autoimunidade, ao perturbar este mau uso

tradicional e prevalente das definições, a começar pelas mais corriqueiras, como a de “mundo”, pode abrir possibilidade para novos tipos de pensamento político. É apenas se abrindo ao outro, com a ameaça da auto-destruição daí decorrente, que o organismo tem a chance de, recebendo o outro, se tornar outrem, de modo a permanecer o mesmo, i.e., vivo. Isto explica a solução que ele propõe sob o nome de hospitalidade, a qualidade de hóspede, que é “gramatologicamente” ao mesmo tempo similar e antitético à de refém e hostilidade, uma circunstância também referida por Lyotard em seus “escritos políticos”, quando ele apresenta uma hospedagem secreta como aquela “para a qual cada singularidade é refém”. Isto se deve à problemática analogia na origem comum de ambas as palavras, “hostilidade” e “hospitalidade”, na mesma palavra latina: *hostis*. A hospitalidade carrega dentro de si o perigo da hostilidade, mas igualmente toda hostilidade retém uma chance de hospitalidade. Se a hospitalidade carrega internamente sua própria contradição, a hostilidade, ela não é capaz de se proteger de si mesma e é atingida por uma propensão autoimune à autodestruição.

Neste contexto, evidencia-se que a magistratura se torna de importância central para a eficiência da ordem legal nas presentes sociedades com organização política democrática, submetidas a tais condições sociais. A legislação não mais se adequa às linhas mestras de um tratamento judicial satisfatório de questões como estas de um elevado grau de novidade, na atual sociedade, hiper-complexa, questões que não contam com previsões que as regulem satisfatoriamente pelo ordenamento jurídico. E isto também indica uma necessária ênfase na importância crescente das leis processuais, tanto por regularem o exercício do poder judiciário, como por fornecerem a dilação temporal de que cada vez mais necessita o direito, donde ocorrer o que teórico do direito frankfurtiano Rudolf Wiethölter qualificou como sua “procedimentalização”, exercendo assim grande influência em outro frankfurtiano, Jürgen Habermas, em suas incursões na filosofia jurídica. Tal conceito é congenial à

célebre tese de Luhmann da “legitimidade pelo procedimento” e para Teubner ambos, Luhmann e Wiethölter, podem ter suas concepções aproximadas da de Derrida, que de fato referiu-se diversas vezes à desconstrução como equivalente à justiça.

Deve-se, então, passar a uma consideração contextualizada, caso a caso, pois como diria Rawls, o melhor que podemos fazer, pelo direito, é assegurar um procedimento isento, de modo a alcançar decisões aptas a equalizar todos os interesses e/ou valores em conflito. Isto ocorre principalmente pela “ponderação” (*Abwägung*) destes interesses e/ou valores de acordo com o “princípio da proporcionalidade” (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), tal como apontado por Karl-Heinz Ladeur, em sua concepção teórica do direito por ele mesmo qualificada de pós-moderna, a qual, nesse ponto, endossamos e procuramos desenvolver.

Nós podemos considerar este um bom exemplo do “loop hierárquico” de Hofstadter, na medida em que tal princípio, de estatura constitucional, portanto localizado no mais alto nível da hierarquia normativa, pode vir a ser aplicado para decidir conflitos concretos e problemas legais específicos, trazendo harmonia para as múltiplas possibilidades de solucioná-los, inclusive de modo que não esteja previamente regulado. Isto significa que este princípio é válido, não somente devido ao seu status constitucional, mas também porque valida a solução que é oferecida à regência do caso específico, da situação concreta, por meio de um concerto entre as diversas possibilidades, muitas vezes dissonantes, por conflitantes os princípios que nela incidem. Mas o princípio da proporcionalidade, ao mesmo tempo, também é responsável pela introdução de uma exceção no sistema, no que o puxa perigosamente “para baixo”, levando-o próximo à negação do direito, pela violência e arbitrariedade. Daí a extrema importância de bem entendê-lo e aplicá-lo, ao aplicá-lo. Concluo, então, indicando dois autores que, de último, abordaram a questão com excelentes desenvolvimentos próprios, nos termos em que a vimos enfrentando: Dimas Macedo e Joaquim Eduardo Pereira, nos trabalhos abaixo referidos.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BUNGE, M. "System Boundary", in: *International Journal of General Systems*, n. 20, London, 1990.
- DERRIDA, Jacques. *Of Grammatology*, G. C. SPIVAK (trad.), Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1976.
- DERRIDA, Jacques. *Politiques de l'amitié*, Paris: Galilée, 1994.
- DERRIDA, Jacques, "Force of Law: the Mystical Foundations of Authority" in: GIL ANIDJAR (ed.), *Acts of Religion*, New York: Routledge, 2002.
- DERRIDA, Jacques. *Rogues: Two Essays on Reason*, PASCALE-ANNE BRAULT/MICHAEL NAAS (trad.), Stanford: Stanford University Press, 2005.
- ESPOSITO, Roberto. "Filosofia e Biopolítica", in: *ethic@*, vol 9, n. 2, Florianópolis, 2010.
- FORSTER, Michael N. "Das geistige Tierreich", in: <http://philosophy.uchicago.edu/faculty/files/GeistTier.pdf>, 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Potência crítica da ideia de direito como um sistema social autopoietico na sociedade mundial contemporânea", in: GERMANO SCHWARTZ (org.) *Jurisdicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- HEGEL, G. W. F. *Phänomenologie des Geistes*, E. MOLDENHAUER/ K. M. MICHEL (eds.), Frankfurt a.M./Suhrkamp, 1970.
- HOFSTADTER, D. *I am a strange loop*, New York: Basic Books, 2007.
- KOJÈVE, Alexandre. *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris: Gallimard, 1976.
- LADEUR, Karl-Heinz. "'Abwägung' - ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 69, Stuttgart, 1983.
- LADEUR, Karl-Heinz. "Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie: Zur Auseinandersetzung mit Niklas Luhmanns Konzept der 'Einheit des Rechtssystems'", in: *RECHTSTHEORIE*, n. 16, Berlin, 1985.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1969.
- LUHMANN, Niklas. "Die Weltgesellschaft", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, n. 57, 1971.
- LUHMANN, Niklas. "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", in: *Id.*, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1981.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema Juridico y Dogmatica Juridica*, trad. IGNACIO DE OTTO PRADO, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 3a. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.
- LUHMANN, Niklas. "Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem", in: *RECHTSTHEORIE*, n. 21, Berlin, 1990.
- LUHMANN, Niklas. "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", in: *Rechtshistorisches Journal*, n. 9, Frankfurt am Main, 1990.
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
- LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 2 vols., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- LUHMANN, Niklas. "Why Does Society Describes Itself as Postmodern?" in: *Observing Complexity*, W. RASCH/C. WOLFE (eds.), 2000.
- LYOTARD, Jean-François. *Political Writings*, B. READING/ K. GEIMAN (trad.), Minneapolis, MN: The University of Minnesota Press, 1993.
- MACEDO, Dimas. "Willis Filho: Filósofo do Direito", in: *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará*, n. 18, Fortaleza, 2009/2010.

- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De maquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1973.
- MUNCH, E. "The Dynamics of Societal Communication", in: *The Dynamics of Social Systems*, P. COLOMY (ed.), Sage: Londres, 1992.
- NASS, Michael. "'One Nation...Indivisible': Jacques Derrida on the Autoimmunity of Democracy and the Sovereignty of God", in: *Research in Phenomenology*, n. 36, 2006.
- PEREIRA, Joaquim E. "Um modo de olhar e situar o princípio da proporcionalidade", in: MARCELO L. R. ZOVICO (org.), *Filosofia do Direito: Estudos em Homenagem a Willis Santiago Guerra Filho*, São Paulo: Clássica, 2012.
- PLUTH, E. "Alain Badiou, Kojève, and the Return of the Human Exception", in: *Filozofski vestnik* vol. XXX, n. 2, 2009.
- PROTEVI, John. *Political Physics: Deleuze, Derrida, and the Body Politic*, London: Athlone Press, 2001.
- RAWLS, John (1972) *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. "Derrida, Luhmann e a questão da justiça", in: GERMANO SCHWARTZ (org.) *Jurisdicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SPENCER-BROWN, G. "Selfreference, Distinctions and Time", in: *Teoria Sociologica*, vols. 2-3, n. 1, Londres, 1993-1994.
- TEUBNER, G. "Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 68, Stuttgart, 1982.
- TEUBNER, G. "Substantive and reflexive elements in modern Law", in: *Law & Society Review*, vol. 17, n. 2, Denver, 1983.
- TEUBNER, G. "Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann", in: *Theory, Culture & Society*, vol. 18, n. 1, Londres, 2001.
- TEUBNER, G. "Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter". Trad. Iain L. Fraser, in: OREN PEREZ/GUNTHER TEUBNER (eds.), *Paradoxes and inconsistencies in the law*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006.