

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Alcebiades de Oliveira Junior; Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-638-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho 'Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica' voltou a se reunir no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado entre 13 e 15 de junho de 2018 na cidade de Salvador. Mais uma vez, professores e pesquisadores oriundos das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste tiveram a oportunidade de compartilhar experiências e reflexões, sanar dúvidas e adquirir novas, conhecer outros autores e pontos de vista em uma rica troca possível somente em um ambiente plural e altamente qualificado como o que se encontra no CONPEDI.

Os mais variados temas, todos igualmente centrais ao estudo das Teorias da Justiça e da Decisão, foram apresentados e discutidos, permitindo aos presentes - e agora aos leitores deste volume - ter acesso a um amplo espectro de autores que representam o pluralismo das escolas de pensamento jurídico.

A teoria da norma jurídica, sob a perspectiva de Robert Alexy, foi objeto de análise a fim de subsidiar uma defesa do método da ponderação. Lenio Streck e sua cruzada contra o subjetivismo no processo decisório foram lembrados, assim como sua antítese, representada por uma leitura de Peter Häberle voltada a embasar a ampliação do rol de legitimados processuais no controle de constitucionalidade. A teoria da liberdade de John Stuart Mill foi trazida ao ensejo de se discutir a responsabilidade dos indivíduos perante terceiros. Gunther Teubner e Niklas Luhmann compareceram em um debate sobre auto-poiese vs. desconstrução, em busca de conferir densidade à expressão 'Direitos Humanos'. Já John Rawls, invocado para conferir sustentação ao voto proferido pelo Min. Lewandowski na ADPF 186, teve sua teoria da justiça revisitada.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - PPGD - UFRGS e PPGD - URI DE SANTO
ÂNGELO

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITOS HUMANOS COMO SIGNIFICANTE VAZIO E INSTITUIÇÕES DE LIGAÇÃO: UMA ABORDAGEM À LUZ DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA ESPECIFICAMENTE JURÍDICA DE TEUBNER E DA CORRELATA CIRCULARIDADE PARANOICA ENTRE LUHMANN E DERRIDA

HUMAN RIGHTS AS AN EMPTY SIGNIFIER AND LINKAGE INSTITUTIONS: AN APPROACH IN THE LIGHT OF TEUBNER'S CONCEPTION OF JURIDICAL (LEGAL) JUSTICE AND THE CORRELATED PARANOIAC CIRCULARITY BETWEEN LUHMANN AND DERRIDA

**Daniel Oitaven Pamponet Miguel ¹
Larissa Andrade Teixeira Pereira ²**

Resumo

O objetivo geral do artigo é investigar a relação entre uma concepção sistêmica de justiça e o papel da categoria teórica “direitos humanos”. Seus objetivos específicos são descrever e articular as noções de direitos humanos como significante vazio (Douzinas) e justiça jurídica (Teubner, aproximando Luhmann e Derrida) para responder: “como o direito consegue preservar sua autonomia operacional ao solucionar demandas por justiça que exploram criativamente tal indeterminação semântica?”. A pesquisa é teórica, qualitativa e utiliza o procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico. Concluiu-se que “direitos humanos” é uma instituição de ligação que viabiliza a dinâmica autossubversiva da justiça jurídica.

Palavras-chave: Direitos humanos, Teoria dos sistemas sociais, Justiça jurídica, Compelimentos sistêmicos, Instituições de ligação

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to investigate the relation between a systemic conception of justice and the role played by the theoretical category “human rights”. Its objectives are to describe and articulate the notions of “human rights” as an empty signifier (Douzinas) and juridical (legal) justice (Teubner, bringing Luhmann and Derrida together) for answering: how can law preserve its autonomy while processing demands for justice which creatively explore the

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Theory of social systems, Juridical (legal) justice, Linkage institutions, Systemic constraints

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como **objetivo geral** investigar a relação entre uma concepção sistêmica de justiça e o papel da categoria teórica “direitos humanos” no sistema jurídico funcionalmente diferenciado. A pesquisa **justifica-se** devido à abertura semântica da expressão “direitos humanos”, que pode dar margem à corrupção sistêmica do Direito mediante a importação de critérios de outros subsistemas sociais. Diante de tal constatação, torna-se relevante abordar o seguinte **problema de pesquisa**: como é possível que o sistema jurídico autopoietico preserve sua autonomia operacional ao processar demandas por justiça que exploram criativamente a indeterminação semântica da noção de direitos humanos?

Trata-se de pesquisa que, **metodologicamente**, é teórica, tem caráter qualitativo e utiliza o procedimento da análise de conteúdo bibliográfico para responder ao problema proposto. O cumprimento dessa tarefa demandou a assunção de um **referencial teórico** que apresenta como componentes centrais: a tese de Douzinas (2009) segundo a qual os direitos humanos são um significante vazio de conteúdo que varia conforme as contingências históricas; a concepção de Teubner (2005; 2011) de justiça especificamente jurídica; os conceitos de complementos sistêmicos e fórmula de transcendência do direito, os quais estão no cerne da paranoia mútua entre Luhmann (2003; 2007) e Derrida (2010; 1973) que Teubner (2005; 2011) visualizou; e a noção de instituições de ligação, conforme descrita pelo mesmo Teubner (2005). Cada um desses itens, ao ser apresentado e coordenado ao objetivo geral do escrito, resultará na satisfação de um **objetivo específico** respectivo.

2 COSTAS DOUZINAS E A INDETERMINAÇÃO DE SENTIDO NO DISCURSO JUSHUMANISTA

Costas Douzinas, recorrendo a Bloch (1988; 2005), percebe a necessária relação entre direitos humanos e a luta contra a exploração, a partir do móvel utópico da justiça por-vir derridariana. Neste cenário, ainda que o discurso dominante afirme o caráter natural dos direitos humanos, o seu reconhecimento envolve a referência formal nos diplomas normativos nacionais e internacionais, mediante uma necessária positivação do direito pré-positivo, ainda que se utilize uma linguagem descritiva. Como pano de fundo da tradição humanista, o ato de enunciação aparece, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão até hoje, como fonte dos direitos humanos paradoxalmente postulados como atemporais e universais, quando se observa que, em verdade, a humanidade depende do reconhecimento estatal – deixando à margem, por exemplo, estrangeiros e refugiados (DOUZINAS, 2011, p. 6).

Não obstante o entendimento de que os textos legais apenas reconhecem direitos já existentes, a necessidade de positivação estatal coloca em questão, consoante entendimento de Douzinas (2009, p. 262), a existência de limites ontológicos ao potencial de reconhecimento de direitos humanos, os quais são dotados de plasticidade suficiente para serem estendidos a áreas e sujeitos diversos (inclusive os animais), a partir de limites estabelecidos convencionalmente mediante as lutas políticas históricas.

Para Douzinas (2009, p. 263 e ss.), as reivindicações de direitos humanos são constituídas por um duplo apelo paradoxal: de um lado, à identidade universal e indeterminada da “natureza humana”, em um pleito de igualdade de tratamento em relação aos demais homens; e, de outro lado, à diferença, porquanto há um hiato entre a natureza humana, em abstrato, e os sujeitos concretos que reivindicam direitos legitimados pelas suas identidades específicas. Como Daniel Oitaven (2015, p. 470) explica a tal respeito,

os direitos permitem a formalização de identidades ao permitir um reconhecimento recíproco, processo em que o sujeito jurídico funciona como ponto intermediário entre conceitos abstratos e indeterminados de humanidade e pessoas concretas, reais. Cada reconhecimento de direitos a um reivindicante, ao dotá-lo da dignidade simbólica humana, preenche um direito abstrato [...], de forma a conferir conteúdo ao significante vazio ‘direitos humanos’. O vóo de sentido fica, aí, detido temporariamente, até uma nova e concreta reivindicação

Segundo Douzinas (2011, p. 2; 2009, p. 265), “direitos humanos” é um significante vazio – “não possuem um significado comum”, pois “descrevem fenômenos radicalmente diferentes” – capaz de alçar o que ele chama de “vãos de sentido” mediante o uso retórico no contexto das lutas por reconhecimento. Então, “se é verdade, por um lado, que o homem serve como valor-chave do discurso dos direitos humanos, de modo a estabelecer clivagens a respeito de pretensões normativas vedadas como contrárias à dignidade humana; por outro, ‘dignidade’ e ‘direitos humanos’ são significantes vazios” (OITAVEN, 2016, p. 74).

Admite-se, pois, que os direitos humanos não são dotados de um fundo ontológico de ordem moral, mas são utilizados retoricamente como um capital simbólico nas lutas históricas contra as diversas formas de exploração. Assim, a categoria em questão é marcada pela passividade diante da demanda do Outro” (DOUZINAS, 2009, p. 372), expandindo-se convencionalmente por meio dos seus reclames. Nesse sentido, Douzinas (2009, p. 295) leciona que

o fato de que os direitos são sempre estendidos a novos grupos e ampliados para novas áreas de atividade indica seu caráter agonístico. O reconhecimento outorgado pelos direitos humanos não se estende apenas a objetos externos, tais como a propriedade e as prerrogativas contratuais. Ele chega ao âmago da existência, aborda a fundamental apreciação do Outro e a autoestima do indivíduo além do respeito, e toca as bases da sua identidade. Esse tipo de reconhecimento concreto não pode

estar baseado em características universais da lei, mas em uma luta contínua pelo desejo singular do Outro e seu concreto reconhecimento.

Com base na premissa de Douzinas de que os direitos humanos são um significante vazio utilizado retoricamente, podemos investigar, à luz da matriz teórica da Teoria dos Sistemas Sociais, qual a sua função no sistema jurídico autopoiético, tarefa que pressupõe, preliminarmente, uma abordagem da concepção de justiça jurídica sustentada por Teubner.

3 A CONCEPÇÃO ESPECIFICAMENTE JURÍDICA DE JUSTIÇA NO PENSAMENTO DE TEUBNER

O direito, como qualquer sistema social, de acordo com a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, é um espaço comunicativo que exige a atualização de sentido. Na abordagem feita por Luhmann (2003, p. 33 e ss.) o funcionamento ideal dos sistemas sociais exige um duplo movimento: abertura cognitiva às irritações do ambiente social, em oposição a um isolacionismo sistêmico; e fechamento operacional, em oposição à corrupção sistêmica, a qual desvirtua o código próprio de um sistema que se pretende funcional e autopoiético. Contudo, ao empreender uma análise sob a perspectiva da imanência sistêmica, Luhmann não enfatiza o momento de abertura cognitiva (contato entre o Direito/Sociedade)¹. A ausência de uma responsividade necessária é apontada como o vício de isolacionismo sistêmico, sem que se qualifique, contudo, o modo pelo qual essa abertura se impõe.

A insuficiência teórica acima descrita decorre de um receio de recondução a uma “norma fundante”, a uma ideia ontológica de justiça ou, ainda, às consciências individuais, que funcionariam como filtro do conteúdo social que deve ser integrado ao Direito. A existência de um descompasso entre Direito e Sociedade não é alcançada pela teoria dos sistemas luhmanniana, pois a identificação de uma tal circunstância exige o deslocamento da questão procedimental (“eventual incorporação deve ocorrer conforme o código próprio do Direito”) para uma normatividade que imponha a abertura cognitiva (“tal incorporação deve ocorrer”). Luhmann não se ocupa propriamente, pois, da ausência de adequação entre o Direito e a Sociedade (isolacionismo) como uma questão de injustiça.

Neste ponto, Teubner (2011) percebe uma lacuna a respeito de uma proposta normativa (prescritiva) da Justiça no campo da teoria sociológica do Direito, entendendo ser possível conceber uma justiça jurídica não contudística, sociológica e não-ontológica –

¹ A teoria autopoiética está “(...) bem desenvolvida no que diz respeito à clausura operacional, porém, ainda pouco desenvolvida quando se trata da lógica complementar da abertura informativa de sistemas racionais fechados” (TEUBNER, 2005, p. 83).

adequada, pois, à policontextualidade. A preocupação central do teórico alemão é, portanto, a ausência de formulações, pela sociologia jurídica, sobre a justiça como um projeto normativo propriamente jurídico, isto é, uma justiça regida pelos sentidos comunicativos próprios do Direito, e não simplesmente como um projeto político externo ao Direito. Assim, alinhando-se à teoria dos sistemas sociais desenvolvida por Luhmann, mas ultrapassando-a neste ponto, Teubner formula uma teoria jussociológica sobre uma justiça propriamente jurídica.

A Justiça é o ponto-cego da distinção Direito/Sociedade. Essa é a hipótese de Teubner (2011, p. 17), que entende a justiça jurídica tanto como a “expectativa fundamental dos homens face ao Direito” quanto como o eixo do paradoxo de tal sistema autopoiético. Em outras palavras, o esquema “Direito/Sociedade” pressupõe funcionalidade, a qual se funda na diferenciação, por meio de fechamento operacional (autorreferência), e identificação, por meio de abertura sistêmica (heterorreferência) – na dobra entre abertura e fechamento, encontra-se a justiça. Nisto reside a ideia de assimetria da justiça, a qual só pode ser vista de uma perspectiva externa ou interna, havendo sempre um ponto-cego de observação cuja travessia só é possível por meio de uma experiência transcendente do indivíduo, como se verá adiante (“a travessia do deserto”). Em um cenário no qual não há uma proposta acerca da normatividade da justiça jurídica, a comunicação ideal entre o Direito e a Sociedade estaria bloqueada, pois tem na expectativa de justiça o elo intersistêmico que promove e filtra a abertura do Direito, mantendo a sua autonomia operativa (TEUBNER 2011, p. 36-8).

O projeto de Teubner parte da situação da justiça em uma sociedade fragmentada policontextual, isto é, uma sociedade que não mais se orienta por centros únicos de sentido. Atravessando as noções de contingência luhmanniana e desconstrução derridariana, uma tal abordagem corresponde a uma verdadeira reconstrução da genealogia da justiça, não mais pautada em aspirações filosóficas universalizantes, mas orientada por “práticas sociais concretas e autoimagens constantemente modificadas do Direito” (TEUBNER, 2011, p. 28). É assim que “a colisão dos mundos de sentido idiossincráticos de hoje em dia exclui a possibilidade de uma reconciliação através de uma racionalidade societal e, menos ainda, através de uma justiça socialmente abrangente” (TEUBNER, 2011, p. 21-22).

Teubner (2011, p. 19) aponta que algumas formulações modernas de justiça, como as de Rawls e Habermas, baseiam-se ainda no imperativo kantiano de universalização da reciprocidade (normatização geral e abstrata a partir do princípio moral da reciprocidade entre atores individuais) e na racionalidade como lugar do conhecimento. Em lugar destas premissas, que conduzem a uma distorção e a uma simplificação da realidade, uma justiça

adequada à sociedade moderna policontextural, dotada de “estruturas sociais intermediárias, altamente fragmentadas, e da dissociação de sistemas de interação, de organizações formais e do sistema social”, não pode compreender o social a partir de um só sentido comunicativo universalizável (TEUBNER, 2011, p. 20)². A justiça deve incorporar as noções de “assimetria”, “orientação pelo ambiente” e “Outro não-racional” trazidas por Derrida e Luhmann, de forma a realizar um recorte adequado a uma realidade comunicativa parcial, como o Direito. Assim, uma noção socialmente adequada de justiça deve conectar-se à historicidade (tempo e lugar), de modo a permitir que o justo assuma formas variadas, em consonância com um dado contexto, sem que se fale em um valor estável supremo de justiça.

É essa a especificidade de uma noção sociológica e sistêmica da justiça: há “justiças” situadas no tempo e em um lugar, as quais, em uma sociedade complexa, correspondem, ainda, a cada um dos subsistemas sociais. Deixando de lado, no entanto, a variação das ordens jurídicas correspondentes aos distintos contextos sociais (direito brasileiro, francês, chinês etc.), a Teoria dos Sistemas fala apenas em um único “sistema jurídico” e em um único “ambiente social”, pois a diferenciação sistêmico-funcional supõe o mesmo código binário (lícito/ilícito) para qualquer ordem jurídica. Abstraindo-se, assim, a variação da semântica da justiça jurídica em ordens locais distintas, importa constatar a pluralidade de sistemas funcionalmente diferenciados no ambiente social. Em uma sociedade policêntrica, há, pois, a justiça moral, a justiça política, a justiça econômica, a justiça jurídica, etc., cada qual com uma semântica própria (TEUBNER, 2011, p. 23).

A pluralidade de sistemas funcionalmente diferenciados evidencia a fragmentariedade de comunicações desenvolvidas conforme racionalidades parciais historicamente construídas, que correspondem a ideias de justiça distintas. Na síntese de Teubner (2011, p. 23), “os mais diferentes conceitos de justiça são desenvolvidos em práticas sociais específicas, que são sempre motivadas por sua racionalidade e normatividade próprias”. A justiça deve ser observada, pois, a partir de seu lugar próprio (a política, a moral o direito, etc.) pois, a prática de cada racionalidade comunicativa vincula-se a um princípio de justiça distinto. Busca-se, enfim, a semântica de uma justiça *jurídica* (conformidade interna), historicamente situada na sociedade policontextural moderna (conformidade externa).

² Nesse sentido, ao retomar teóricos que problematizam a fragmentação social (Durkheim, Weber, Wittgenstein, Adorno), Teubner defende (2010, p. 20-21) que “a justiça não pode mais ser fundamentada por referência a uma base racional una, à reciprocidade e à universalização. Na pluralidade dos jogos de linguagem de Wittgenstein, as estruturas idiossincráticas das regras de cada jogo não se deixam justificar por princípios racionais ou valores abstratos, mas tão somente derivam da práxis das formas de vida reais. Para Adorno, entre uma justiça universal, no sentido kantiano, e a sociedade moderna, reina uma contradição estrutural: sua incomensurabilidade, com a diferenciação vertical e horizontal da sociedade, transforma o impulso moral da justiça em seu oposto.”

Em decorrência desta multiplicidade de sistemas, a formulação da justiça não pode partir de um contexto unívoco e universalizável de interações, e sim corresponder a uma reflexividade situada em um dado sistema social, o que configura uma relação assimétrica (em vez de recíproca) com a esfera pública. A busca pela justiça traz à tona as limitações de um esquema de sentido racional, exigindo uma autorreflexividade capaz de, simultaneamente, apoiar-se em sua lógica particular interna e superá-la (TEUBNER, 2011, p. 22).

Qual seria o modo de funcionamento de uma justiça situada na margem entre as estruturas comunicativas internas do Direito e a sociedade policontextural? A comparação trazida pelo estudioso com o campo da política é elucidativa, pois é recorrente a confusão deste sistema com o jurídico. De um lado, a justiça política seria centrada na ideia de consenso quanto à tomada de decisões coletivas, partindo do princípio da universalização da reciprocidade, da mesma forma que a igualdade partiria de uma generalização exigida por um tratamento agregador próprio à política. De modo diverso, a justiça jurídica, funcionalizada pela tarefa de resolução de conflitos concretos, relaciona-se diretamente com indivíduos, seguindo um caminho de individualização, em sentido oposto ao da política. A isonomia jurídica exige, portanto, a diferenciação de tratamento – tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais – o que compele o sistema do Direito à sua constante recriação para atender a novas particularidades sociais, promovendo uma “série iterativa de diferenciações”, a qual conduz ao aumento da sua complexidade (TEUBNER, 2011, p. 22).

Assim, como elucidada Luhmann (2003, p. 267), o Direito situa-se entre a dimensão de redundância (tratamento igual de casos iguais) e a de variação (tratamento desigual de casos desiguais). É à dimensão de variação que Teubner dá ênfase, pois esta constitui o *desafio do desconhecido*, ou da justiça mesma, como bem explicitado no seguinte excerto:

Menos interessantes são, aqui, a vinculação a precedentes, a “stare decisis”, e o tratamento igual de casos iguais. Pelo contrário, são os desvios do convencional, aquilo que se diferencia e que prevalece, bem como o tratamento desigual de casos desiguais, que compelem à busca por novas construções do Direito e por uma justiça especificamente jurídica. (TEUBNER, 2011, p. 26)

É na dimensão de variação que se encontra o espaço de observância das exigências sociais externas. Como ensina Teubner (2011, p. 26)³, a dimensão de variação estaria incompleta se ligada apenas à autorreferência sistêmica, pois o Direito, sistema cognitivamente aberto, deve estar em sintonia com o ambiente social, sob pena de incorrer em

³ “Com certeza, concebe-se o problema apenas pela metade, se se coloca a justiça jurídica somente em relação ao processo judicial, ou seja, à aplicação auto-referencial de decisões pretéritas e de regras pretéritas a novas situações fáticas. A outra metade diz respeito às permanentes irritações do Direito, que emanam de processos sociais externos e que direcionam a semântica jurídica da justiça para outros trilhos.” (TEUBNER, 2011, p. 26).

isolacionismo sistêmico e, no limite, perder a funcionalidade que lhe dá existência. Para o alcance da justiça nos casos individuais, as normas jurídicas devem manter-se alinhadas às estruturas sociais, em permanente covariação. Assim, a semântica da justiça jurídica envolve a reflexividade interna (autorreferencial) sobre o padrão igual/desigual e a externa (heterorreferencial), correspondente à consideração das irritações sociais ao sistema jurídico. A semântica da diferenciação encontra-se atrelada, pois, à abertura cognitiva ao ambiente social, conduzindo o sentido de uma justiça jurídica da sociedade moderna policontextual.

Pode-se depreender de Teubner que a abertura legislativa às exigências sociais está mais ligada a uma justiça política, baseada no consenso, do que à semântica da justiça jurídica, que encontra nos conflitos individuais processualizados o espaço próprio para se abrir cognitivamente a irritações externas. Aplicando tal entendimento ao objeto deste trabalho, os direitos humanos, no momento do seu reconhecimento legislativo, obedecem ao critério da justiça política, enquanto, no momento de aplicação pelos tribunais, devem observar a especificidade da justiça jurídica. Com isso, o Direito cristaliza uma hierarquia entrelaçada, na qual o “legislativo, que é governado pelas deliberações da justiça política, mina a justiça jurídica do processo judicial, e vice-versa” (TEUBNER, 2011, p. 26).

A proposição de normatividade de uma justiça jurídica que parte de observações sociológicas possui o mérito de ultrapassar, a um só tempo, as noções jusnaturalista e positivista de justiça, de modo a desfazer o maniqueísmo em que são colocadas estas doutrinas. Nesta perspectiva, Teubner (2011, p. 26) esclarece que a justiça atua

Não como regra, não como princípio, não como valor, e não como critério de decisão do Direito. Mas também não como um critério externo ao Direito, com auxílio do qual se poderiam mensurar as decisões legais, não como virtude moral, não como objetivo político, não como uma ideia reguladora, que poderia ser contraposta ao direito positivo.

Tal qual no direito natural, busca-se a justiça no mundo externo ao Direito, mas, tal qual no positivismo, essa justiça não deriva de autoridades externas (como a razão ou Deus), mas de critérios de justiça oriundos de discursos de seu ambiente (como o científico, o político ou o econômico), que funcionam como pontos de orientação externos, mas dependem de uma reconstrução (jurídica) no sistema jurídico. Esse conceito de justiça declara, pois, ambas as noções de justiça, a jusnaturalista e a positivista, “simultaneamente verdadeiras e falsas” (TEUBNER, 2011, p. 32). A justiça jurídica, sendo derivada da observação sociológica, sabota a certeza oferecida, no jusnaturalismo, por um conteúdo imutável derivado de uma autoridade externa e, no positivismo, pelo recurso às decisões judiciais pretéritas.

A despeito de guardar com estas doutrinas algumas semelhanças, a justiça jurídica, pois, não corresponderia às noções jusnaturalista e positivista, ambas deficientes em pontos distintos. Se fosse assim, a justiça estaria sujeita à ponderação com outras estruturas jurídicas (regras, princípios, metanormas, programas, etc.) e extrajurídicas. Em verdade, a justiça jurídica não admite concorrência com princípios internos ou externos, pois é a orientação central do Direito, consolidando um aspecto estrutural, destituído de conteúdo valorativo de fundo, mas dotado da semântica de diferenciação permanente, promovida por uma forma específica (sua necessária abertura sistêmica). Portanto, a justiça, com seus contornos propriamente jurídicos, seria a “fórmula de contingência” do Direito, assim como a legitimidade o é na Política e Deus o é na Religião (TEUBNER, 2011, p. 26).

Fazendo uso do conceito sociológico elaborado por Luhmann, Teubner (2011, p. 26) explica que a fórmula de contingência é a “proibição da negação, canonização, irrefutabilidade”. Essa fórmula funciona como um esquema de busca de fundamentos, decorrente da autorreflexividade do Direito. Uma vez problematizada (o “ser-possível-de-outro-modo”), a justiça ativaria uma “dinâmica social de irritação”, que envolve os conflitos sociais externos e a prática jurídica interna, por meio de seus diversos atores (doutrinadores, advogados, juízes). Dentro do Direito, a percepção da justiça/injustiça abre o processo às considerações das irritações externas, falando-se em um “Direito contingente”, variável segundo a fórmula da justiça, que promove abertura, em um primeiro momento, e autossuperação interna codificada, em um segundo momento. Não se trata, portanto, de um princípio interno ou externo, mas da própria base do Direito, transparecida, em auto-observação, por suas práxis diferenciadoras, que mantêm a adequação histórica do Direito.

A justiça atua internamente ao Direito como uma força subversiva, com a qual o Direito protesta contra si mesmo. A justiça protesta contra as tendências naturais do Direito de se vincular a precedentes, rotina, segurança, estabilidade, autoridade e tradição. Contra as tendências de auto-continuidade bem-ordenada embutidas no Direito, a justiça exhibe preferência pela desordem, revolta, divergência, variabilidade e mudança. Ela protesta em nome da sociedade, dos homens e da natureza – entretanto, o faz a partir do arcano interno do Direito. (TEUBNER, 2011, p. 32)

Tal proposição da teoria sistêmica, segundo a qual a justiça jurídica não é uma máxima contedística, e sim mero esquema ou fórmula, é frequentemente encarada com ceticismo pelos teóricos do Direito. Tratar-se-ia de uma justiça formal, uma “mera demanda por consistência conceitual” (TEUBNER, 2011, p. 27). Esse entendimento, contudo, poderia limitar a justiça a uma justificação interna, de modo puro, enquanto a proposta do contingente fala em “ser-possível-de-outro-modo” (semântica de diferenciação) e, nessa esteira, “ser-dependente-de-alguma-outra-coisa” (dinâmica de abertura cognitiva ao ambiente social). Com

isso, mesmo que destituída de conteúdo material fixo, a justiça jurídica, ao exigir a permanente diferenciação do Direito em conformidade com as alterações sociais, traz conteúdos materiais variáveis e não previsíveis, ultrapassando (sem dispensá-la) a ideia de consistência meramente formal, de natureza teórico-dogmática.

A observação da fragmentação da sociedade em sistemas funcionalizados é a grande contribuição da teoria dos sistemas sociais de Luhmann à formulação de uma justiça jurídica. Com Teubner, a exposição da lógica policontextual de distinção sistema-ambiente chega à busca de um mecanismo comunicativo capaz de atravessar esta diferenciação, mantendo a harmonia social (adequação sistema-ambiente). Nesse sentido, a necessidade de observar o ambiente externo – o que só pode ser feito a partir de uma racionalidade parcial, dotada de limitações que originam injustiças – revela a assimetria da justiça⁴, grande paradoxo da Teoria dos Sistemas. Como Teubner (2005, p. 71) diz,

a justiça é a complexidade adequada do sistema jurídico, a melhor consistência interna possível diante das exigências do ambiente extremamente divergentes. Porém, a relação com o ambiente pode ser almejada, mas não compreendida *como tal*, do ponto de vista da teoria dos sistemas, a não ser de forma assimétrica, seja da perspectiva interna do sistema jurídico, seja da perspectiva externa do observador. A própria relação entre direito e sociedade, a tradução de um sistema ao outro, desaparece no ponto cego da diferença sistema/ambiente.

A justiça enquanto autorreflexividade sistêmica depara-se com o impasse gerado pela assimetria, cuja superação (momentânea) se dá na vivência da justiça como fórmula de transcendência. O desafio da justiça jurídica – superar a assimetria gerada pela diferenciação funcional – evidencia a insuficiência da teoria sistêmica. Tal lacuna da abordagem de Luhmann decorre, em especial, da falta de formulações normativas sobre a justiça, em razão da separação – que viabiliza o funcionamento da justiça como elo comunicativo que transcende a distinção sistema/ambiente – entre o mundo de comunicação em que o Direito se insere e o mundo psíquico dos indivíduos. É com a recuperação do diálogo entre os processos comunicativos do Direito e do indivíduo, por meio da transcendência irracional da justiça, que surge a necessidade de abertura do sistema jurídico às irritações de seu ambiente como uma normatividade correspondente à concretização (sempre provisória) da justiça.

4 A FÓRMULA DE TRANSCENDÊNCIA DO DIREITO, OS COMPELIMENTOS SISTÊMICOS E OS DIREITOS HUMANOS COMO INSTITUIÇÕES DE LIGAÇÃO

⁴ “A justiça/injustiça de uma instituição fragmentada é muito mais uma relação assimétrica, uma relação de uma racionalidade histórica – uma racionalidade parcial que emerge e se institucionaliza em uma cadeia recursiva de operações – para com sua esfera pública, que abrange toda a sociedade.” (TEUBNER, 2011, p. 22)

A necessidade de adequação entre Direito e sociedade encontra um desafio no hiato comunicativo que há entre as estruturas jurídicas e as sociais. Esta assimetria comunicativa sistema/ambiente, por sua vez, consolida-se no hiato estrutural (norma/decisão) interno ao Direito, na medida em que “os conflitos específicos variam em função das modificações de estruturas sociais, o que suscita a incongruência entre o geral e abstrato e o individual e concreto” (OITAVEN, 2016, p. 405-6). Nesse sentido, a proposta da teoria dos sistemas sobre a responsividade do Direito, a qual depende da abertura cognitiva, apresenta um paradoxo: o Direito, como sistema autorreferencial e autopoietico, só pode integrar informações extrajurídicas segundo o seu código próprio, em uma relação assimétrica com a sociedade, dividindo-se a observação entre as perspectivas externa (ambiente) e interna (sistema). Tal é o ponto cego da distinção sistema/ambiente. Como Teubner (2010, p. 29) elucida,

A hetero-referencialidade empática do Direito [...] não pode ser alcançada através de um passeio do Direito pelo mundo exterior, e sim dentro do Direito. Nesta contradição está o núcleo da eficácia da justiça nos tempos atuais: como é possível a justiça como uma auto-transcendência das fronteiras do Direito, se ela está [...] presa no fechamento auto-referencial do sistema jurídico? Justiça como a auto-transcendência necessária, porém impossível, do fechamento jurídico [...]. Como a justiça pode transcender o fechamento do Direito, se a transferência de validade com base no código binário jurídico/antijurídico só ocorre nas cadeias recursivas de decisões judiciais, atos legislativos e contratuais?

O fechamento operacional corresponde à existência de estruturas e operações formais próprias ao sistema jurídico, que ditam, de dentro do Direito, a sua dinâmica de funcionamento, tal como ocorre em qualquer sistema, por força da diferenciação funcional da sociedade complexa. A radicalização deste fechamento, sustentada principalmente pelas teorias positivistas, é fonte de injustiças decorrentes da ausência de adequação social. No campo do Direito, isso conduziu à formulação de teorias antiformalistas, as quais defendiam a integração deste sistema à sociedade sem que se preocupassem com a sua autonomia, em um movimento oposto de radicalização da abertura cognitiva. O Direito Moderno, entretanto, não foi capaz de seguir um tal modelo de “communal justice” (TEUBNER, 2010, p. 29).

Teubner defende, contudo, que a prática da justiça jurídica moderna atende aos reclames de adequação social no momento em que transcende a assimetria provocada pelo fechamento operacional por meio do fechamento de auto-observação (segundo fechamento). Assim, “sempre quando o fechamento de operações jurídicas foi complementado pelo fechamento de auto-observações jurídicas, as práticas da justiça se concentraram invariavelmente na adequação do Direito em face ao seu ambiente” (TEUBNER, 2010, p. 30).

Este segundo fechamento volta os olhos para os limites do Direito (auto-observação), em busca da justiça, e tenta ultrapassá-los. Como a justiça torna possível, no entanto, a

transcendência do fechamento primário do Direito de dentro do próprio Direito? A partir da observação da paranoia mútua entre Derrida e Luhmann, é possível entender que a “desconstrução sistêmica” ocorre de maneira teoricamente ampla (questionam-se os paradoxos fundantes do sistema a partir de uma experiência irracional de transcendência), mas estruturalmente localizada (retorno à imanência das operações sistêmicas específicas), de modo que se garante a manutenção da autonomia funcional do sistema jurídico. A subversiva desconstrução derridariana atua em conjunto com a reconstrução autopoietica luhmanniana, compelindo os sistemas sociais à criatividade positiva, reformuladora de seus paradoxos e criadora de novas diferenças (TEUBNER, 2001, p. 16), evitando, assim, o esgotamento da funcionalidade de um sistema por falta de responsividade.

Essa leitura produtiva da paranoia entre a teoria dos sistemas e a desconstrução é a contribuição central de Teubner para a formulação de uma justiça jurídica, que, atuando como experiência que transcende a aplicação de critérios racionais exigidos pela ciência moderna, promove a comunicação e a adequação entre o Direito e seu ambiente. Essa justiça é vista, aqui, como “inquietude interna”, “autossubversão”, “experiência de contradição”, “oscilação iterativa”, em contraste com o direito positivo “estabilizável”, “codificável”, “calculável”.

Como fórmula de transcendência, à la Derrida (2010), a justiça jurídica atua como uma “força subversiva” do Direito contra si mesmo, negando a autoridade de conteúdos materiais imutáveis externos (tendência jusnaturalista) e da ordem interna correspondente à tradição decisória dos precedentes (tendência positivista). Confrontando a necessária estabilidade do Direito, que se deturpa, por vezes, em rotina autorrecursiva, “a justiça exhibe sua preferência pela desordem, revolta, divergência, variabilidade e mudança” (TEUBNER, 2011, p. 32). Como diz Teubner, a causa desta “insurreição interna” que se orienta para o ambiente é a falência do Direito em sua promessa de justiça embasada puramente em normas e argumentos jurídicos racionais internos, em uma tentativa falha de ignorar os paradoxos gerados pela autorreferência. O discurso jurídico-científico moderno de argumentação racional, aplicado por meio da recursividade interna aos princípios e normas jurídicas, desencadeia, assim, um trilema de Münchhausen⁵ – “regresso infinito, interrupção arbitrária ou circularidade” (TEUBNER, 2011, p. 34) – o que configura tal modelo de fundamentação como insuficiente.

⁵ O trilema, desenvolvido por Hans Albert (1976), faz referência ao Barão de Münchhausen, cujas aventuras foram retratadas em uma série literária infanto-juvenil publicada na Inglaterra, descrevendo um episódio em que ele teria escapado de um pântano puxando o próprio cabelo. Ao problematizar o ponto de partida do conhecimento, a teoria expõe a insuficiência das teorias modernas do conhecimento, sustentando a impossibilidade de se alcançar uma verdade racional.

Outras teorias⁶, interdisciplinares ou comunitaristas, já advogaram a realização da justiça por interferência direta dos conteúdos extrajurídicos no Direito, atrelando a necessária adequação social a um movimento de fora para dentro do Direito. Contudo, como, em uma realidade funcionalmente diferenciada, um projeto abrangente de justiça seria insustentável, a justiça jurídica só pode ser concebida a partir de um ponto de observação próprio do sistema jurídico. Nesse sentido, a interferência de conceitos de justiça de outros sistemas só é possível a partir de um filtro próprio do Direito (a sua própria noção de justiça), sob pena de incorrer-se em corrupção sistêmica. Portanto, conforme a teoria dos sistemas sociais, a realização da justiça no Direito parte de dentro para fora. É preciso entender, pois, a reação do Direito à sua própria insuficiência fundamental, formulando-se a normatividade de uma justiça propriamente jurídica, capaz de promover a adequação Direito-Ambiente: “que a resistência derive do arcano interno do Direito – este é o escândalo” (TEUBNER, 2011, p. 33).

Para Teubner, a justiça jurídica não se identifica com construções jusfilosóficas ou critérios jurídico-rationais de decisão. Trata-se de uma dinâmica social interna ao Direito: um processo obstinado de autorreflexividade que, em busca da adequação social, mina a autorreprodução isolacionista do sistema, compelindo o Direito à sua autotranscendência (superação das limitações do Direito de dentro do próprio Direito) e ao retorno a seu código, o que gera, novamente, injustiças a serem superadas pelo mesmo processo garantidor da destruição e reconstrução do sistema jurídico de modo circular, tudo dentro do espaço imaginário da *re-entry*. A justiça jurídica autossabota o Direito, em uma “dinâmica cíclica [...] na qual decisões jurídicas positivas são minadas por protestos jurídicos pela justiça, e vice-versa” (TEUBNER, 2011, p. 34-35). A prática social da justiça jurídica não corresponde, pois, a um mero somatório de circunstâncias trazidas do ambiente social, a um aperfeiçoamento progressivo da justiça, mas a construções novas, após a destruição do que se tornou injusto.

Diante do exposto, a práxis jurídica da justiça não corresponde a um impulso cego ou a uma aspiração genérica à justiça, mas a uma dinâmica “especificamente estruturada, teoreticamente descritível e empiricamente identificável dentro da prática jurídica” (TEUBNER, 2011, p. 35). Esta alta estruturação (imanência) se combina com alta indeterminação (transcendência), fazendo da justiça jurídica não um meio-termo, mas a radicalização mútua destes momentos, capaz de “introduzir o caos na ordem”⁷, como diz

⁶ “a Psicologia com o elemento afetivo, a Psicanálise com o inconsciente nas decisões judiciais, a Economia com os cálculos de eficiência, a Sociologia com a estrutura de classes ou com as normas sociais, as Ciências Políticas com as considerações políticas, antagonismos sociais ou puro voluntarismo do poder” (TEUBNER, 2011, p. 34)

⁷ “O duplo significado da formulação de Adorno torna clara a radicalidade da fórmula da justiça moderna: tornar caótico o processo jurídico, compelir o caos à ordem desse processo” (TEUBNER, 2011, p. 36).

Adorno (1992). Como Teubner (2011, p. 26) diz, a experiência do plano irracional (momento de transcendência) deve ser reconstruída sob as condições restritivas do Direito (momento de imanência), de modo que os critérios sociais sejam revisados à luz do Direito na solução dos conflitos individuais, que originam, assim, “novos aspectos substanciais da justiça”.

O momento de imanência é o aspecto que diferencia a dinâmica da justiça jurídica de um anseio genérico à justiça. A adequação Direito-Sociedade encontra-se sempre limitada pelas condições de partida e pelas limitações de possibilidades, vinculando a abertura sistêmica às amarras da estrutura jurídica.

O primeiro aspecto da imanência do Direito são as condições de partida. Por um lado, a justiça jurídica é dotada de historicidade. Por outro, ela é observada de dentro da racionalidade parcial do Direito. A dinâmica da justiça jurídica busca a adequação (conceito relacional que, no meio social, pressupõe a diferenciação funcional) Direito/Sociedade. Nesse sentido, o ponto de partida da busca por adequação é o sistema, que se abre às interferências do ambiente, e não o inverso (como pretendem as teorias multidisciplinares, em que o ambiente impõe ao sistema os critérios normativos de adequação), pois só o próprio sistema, em autorreflexividade, é capaz de entender e preencher sua insuficiência, conforme seu código próprio. De outro modo, estaríamos ensejando o fenômeno de corrupção sistêmica, indesejável e insustentável para um sistema que se pretende autônomo em uma sociedade funcionalmente diferenciada. A superação de determinada insuficiência situada dentro de um sistema deve ser feita por meio do seu código comunicativo próprio, sob pena de que não possamos falar em superação, e sim em pulverização de um sistema pelos demais.

As situações de injustiça encontram-se, pois, cristalizadas no interior do Direito e evidenciadas no hiato operação – estrutura – operação (ato jurídico – norma jurídica – ato jurídico), o qual dispara a dinâmica da justiça jurídica, afastando-a de uma aspiração aleatória por justiça. Este salto da norma abstrata para a decisão de casos individuais – uma das preocupações centrais da hermenêutica jurídica – demanda, segundo Teubner, a abertura do Direito ao ambiente social, em uma semântica de diferenciação socialmente adequada das situações específicas. As operações jurídicas estabilizam-se como estruturas, mas estas não são capazes de produzir, por si, operações, mas apenas um universo de possibilidades de operações, analogamente à moldura kelseniana (KELSEN, 2008, p. 245 e ss.).

A existência desta fratura estrutura/operação (norma/decisão) desmitifica uma concepção mecanicista a respeito da autopoiese apresentada pela Teoria dos Sistemas, colocando-a frente aos desafios de indeterminabilidade. Esse hiato, segundo o discurso da

justiça, não aceita o decisionismo como solução, mas também não é superável por meio de fundamentos racionais, intra ou extrajurídicos, os quais conduziram a um regresso infinito, apenas postergando um corte arbitrário (TEUBNER, 2011, p. 37-38). A limitação da possibilidade de fundamentação racional enfrentada em razão da estrutura do Direito é o ponto de partida que conduz à “(...) tentativa de superação das aporias do processo jurídico por meio da elevação da reflexividade até a autotranscendência do Direito” (TEUBNER, 2011, p. 38), sendo a autotranscendência o aspecto de alta indeterminação trazido, com inspiração em Derrida, pela concepção de uma justiça originada no interior do Direito.

A autotranscendência, como meio de superação do hiato estrutural interno ao Direito, busca conteúdos extrajurídicos sem submeter-se às suas racionalidades, cuja interferência direta no sistema jurídico resultaria em corrupção sistêmica e não promoveria o enfrentamento de suas aporias conforme um projeto de justiça jurídica. Mas como a justiça viabiliza a transcendência do fechamento primário do Direito de dentro do próprio Direito? A auto-observação das limitações do discurso jurídico (ponto de partida) cria um espaço simbólico dentro do Direito em que a diferenciação Direito/não-Direito é problematizada, promovendo a *re-entry* do extrajurídico no jurídico. Como Teubner (2011, p. 30) diz,

Enquanto operações jurídicas constroem, com o auxílio de sua sequencialização, uma fronteira Direito/não-Direito, a justiça, enquanto auto-observação jurídica de Direito/não-Direito, com o auxílio das diferenciações internas entre auto e hetero-referência, relaciona o Direito com seu ambiente social (“enacted environment, not real environment”) e reivindica sua adequação ecológica.

Em uma analogia com a obra de Magritte que expõe a separação entre as coisas do mundo e a emulação humana das coisas do mundo, ao representar um cachimbo, por meio da pintura, sem, no entanto, sê-lo (“Ceci n’est pas une pipe” ou “Isto não é o cachimbo”), Teubner esclarece que a prática da justiça jurídica se refere ao conteúdo extrajurídico como aquilo que o Direito representa com o seu arsenal comunicativo próprio. O Direito é e não é o não-Direito (conteúdo extrajurídico), ao consistir em sua representação codificada. Em outras palavras, “a justiça não pode fazer nada além de trabalhar apenas com ficções sobre o mundo exterior. Ela deve, no entanto, tratá-las como se fossem realidades” (TEUBNER, 2011, p. 30).

Valendo-se desta confusão epistêmica entre o não-Direito e o próprio Direito que o representa, a justiça jurídica aproxima, no espaço imaginário da *re-entry*, estes dois mundos, transcendendo momentaneamente a diferenciação funcional e promovendo a adequação do Direito ao seu ambiente “através da construção jurídica interna das demandas externas da sociedade” (TEUBNER, 2011, p. 30). Em passagem elucidativa, Teubner leciona que

Os critérios da justiça não são encontrados [...] fora do Direito mas, sim, o Direito só pode se auto-transcender de forma que diferencie de si mesmo, na reentrada auto-

produzida, os ambientes dos quais o conflito jurídico se origina – sociedade, natureza, homem, para, então, em relação a essas “enacted ecologies”, estabelecer critérios de justiça ambientalmente adequados. [...] recusa-se que o Direito possa importar tais critérios do mundo exterior; ele deve construí-los automaticamente, com seu próprio conhecimento do mundo. (TEUBNER, 2011, p. 38)

Os critérios da justiça não são, então, encontrados em algum lugar fora do Direito mas, sim, o Direito só pode se autotranscender de forma tal que ele diferencie de si mesmo, na reentrada autoproduzida, aqueles ambientes dos quais o conflito jurídico se origina – sociedade, natureza, homem – para então, em relação a essas “enacted ecologies”, estabelecer critérios de justiça ambientalmente adequados. Com isso, recusa-se desde o início que o Direito possa importar tais critérios do mundo exterior, pois ele deve construí-los automaticamente, com seu próprio conhecimento do mundo (TEUBNER, 2011, p. 38). O Direito deve, portanto, na consideração dos conteúdos externos, diferenciar de si mesmo o conteúdo que representa o ambiente, para, assim, estabelecer os critérios materiais que concretizem uma justiça ambientalmente adequada (ou justiça ecológica) – o que nada mais é do que a leitura do Direito, conforme sua racionalidade própria, sobre tais conteúdos externos, ou, em outras palavras, uma autoprojeção do ambiente no Direito.

Como já abordado, no entanto, a mera reestruturação ou recriação do exterior no interior se dá em uma relação assimétrica correspondente à diferenciação funcional (sistema/ambiente), expondo a deficiência da teoria luhmanniana na abordagem da *re-entry*. Com efeito, Luhmann não se detém na análise dos paradoxos da *re-entry* na reprodução do código inclusão/exclusão, o qual corrompe a transcendência da justiça. A teoria dos sistemas concentra-se na autopoiese possibilitada pelo fechamento operacional, pois tal característica dota o sistema de autonomia em uma sociedade funcionalmente diferenciada.

A *re-entry* garante o fechamento operacional do sistema, valendo-se de estruturas próprias do Direito para os reclames extrajurídicos da justiça e conservando, assim, a auto e a heterorreferência do Direito. Há aí, segundo Teubner (2011, p. 40), uma verdadeira “distinção diretiva sistema/ambiente” que “produz o seu próprio ponto cego, o qual não lhe permite analisar mais detidamente o ‘entremeio’ nos eventos de perturbação”. A abertura cognitiva, de outro lado, é o risco contra a autonomia sistêmica, o que impele a Teoria dos Sistemas a um tratamento contido do incidente da perturbação.

De modo diverso, Derrida radicaliza a autotranscendência do Direito, expondo os seus paradoxos e exigindo sua vivência como “travessia do deserto”. Derrida sustenta, assim, a “remissão à violência mística, um encontro com o Outro da filosofia da alteridade de Levinas, um desafio da racionalidade moderna através de ‘pura’ justiça, dom, amizade,

perdão” (TEUBNER, 2011, p. 40). O filósofo entende que a autotranscendência não se limita à religião e merece, pois, reconhecimento também nos sistemas pretensamente racionais, conforme a lógica específica de cada domínio⁸, desafiando o conhecimento racional absoluto apregoado pela ciência moderna e reativando, dentro de cada sistema, “energias utópicas”.

No Direito, a autotranscendência corresponde à justiça, que emerge especificamente do hiato entre a norma e a decisão (ponto de partida). Neste momento, é exposta a injustiça que decorre da insuficiência de uma estrutura que se voltava, idealmente, à concretização da justiça, paradoxo fundante que Teubner (2011, p. 41) sintetiza ao indagar: “É justo aplicar-se a diferenciação jurídico/antijurídico ao mundo?”. Na autotranscendência derridariana, este código binário estruturante do Direito mantém-se, mas não mais pode ser expresso por meio do discurso racional jurídico, senão que por meio de uma linguagem do delírio, do enigma, da utopia. Trata-se, sobretudo, de uma experiência de exterioridade que atravessa a dor da injustiça em sua busca obstinada do Outro inalcançável, o “Outro não-racional da justiça”, que vai além da consideração das perspectivas distintas de alteridade.

A alteridade deve ser conduzida ao limite até uma experiência de transcendência “na face do Outro” (TEUBNER, 2011, p. 42). Como no poema, “Transforma-se o amador na coisa amada/Por virtude do muito imaginar” (CAMÕES 2012, p. 301). A reconstrução autossubversiva do Direito pela justiça exige a vivência da injustiça, da dor e do vazio, o que implica se reaproximar do sujeito colocado em apartado por Luhmann. É um processo violento, destrutivo, apaixonado, comparável a “Saturno devorando a um filho”⁹ de Goya, em que, figurativamente, a justiça jurídica seria o deus que canibaliza o seu filho, o Direito, devolvendo-o depois ao mundo, em um retorno à imanência. Os critérios de justiça não estão dentro ou fora do Direito, mas em sua autoultrapassagem: “na fronteira da imanência para sua transcendência, como a busca pela superação da fratura” (TEUBNER, 2011, p. 42). A justiça jurídica envolve demandas reversas de transcendência radical de seus sentidos e de, “em nome da onipresença, realizar(-se) na imanência do Direito” (TEUBNER, 2011, p. 46).

A devolução do Direito ao mundo da racionalidade denota a contenção jurídico-sistêmica (imanência do Direito) da justiça jurídica, que é infinita, por força dos três compêndios à conexão, trazidos por Teubner (2011, p. 44 e ss.), que afastam da descrença

⁸ “Derrida [...] propõe que cada instituição moderna conhece sua auto-transcendência específica, a qual tem diferentes efeitos paradoxais em cada caso: [...] o efeito do ‘dom puro’ em contraposição à economia guiada pelo lucro, da ‘amizade’ em contraposição à política profissionalizada, do ‘perdão’ em contraposição à moral secularizada e da ‘justiça’ em contraposição ao Direito altamente tecnicizado.” (TEUBNER, 2011, p. 41).

⁹ Saturno, na mitologia romana, corresponde ao deus do tempo, Chronos, da mitologia grega, que devorava os seus filhos por medo de ser destronado e, por vingança de Zeus, ingeriu uma poção mágica que o fez vomitá-los.

e pulverização individualista defendida pela ala radical do direito livre a prática da justiça jurídica. O compêlimento à decisão corresponde à proibição de *non liquet*, isto é, à obrigação de decidir no processo jurídico, “mesmo que ele (o juiz) saiba que, decidindo de qualquer forma, será injusto com uma das partes” (TEUBNER, 2011, p. 44). O compêlimento à fundamentação é a necessidade de reconstrução consistente da experiência irracional de transcendência em fundamentos técnico-jurídicos, estruturados racionalmente no interior do Direito, momento em que se coloca a dificuldade de atender, simultaneamente, às altas exigências externas da sociedade (responsividade) e às internas do Direito (consistência). Por fim, o compêlimento à normatização é a limitação das possibilidades de resolução do conflito sofrida em decorrência da imposição do uso do arsenal próprio do Direito (normas e atos jurídicos), simplificando demasiadamente as inúmeras experiências de alteridade (as sentidas pelo indivíduo e as correspondentes a racionalidades diversas)¹⁰.

Contudo, a *re-entry* não faz jus à justiça, pois esta reclama transcendência das estruturas do Direito, na direção de um sentido justo sempre por-vir, à la Derrida, o que só pode funcionar na configuração policontextual da sociedade em sistemas autônomos como uma “responsabilidade infinita em razão da indecidibilidade, a vivência de um fracasso fundamental do direito, a experiência das escolhas que invariavelmente terminam, independentemente da decisão tomada, em injustiça e culpa” (TEUBNER, 2005, p. 73). Por força dos recortes limitadores da imanência, a recriação estruturada no Direito não se sustenta senão que de modo provisório, pois, diante da cristalização de novas injustiças, a justiça, autossubversiva, impõe novamente a sua destruição. Em uma dinâmica circular inventiva,

o preço pela redução da experiência infinita da justiça a uma decisão binariamente codificada, à sua fundamentação responsivo-consistente e à sua normatização condicional é alto – nova injustiça. Em função da miserabilidade do compêlimento à forma jurídica e da falta de sensibilidade da universalização filosófica, a busca jurídica pela justiça provoca [...] nova injustiça, que conduz a uma renovada auto-transcendência e a um renovado disciplinamento (TEUBNER, 2011, p. 48).

Diante do duplo imperativo “introduzir o caos na ordem”, cria-se uma verdadeira “pressão inovativa” ou “energia criativa” que não deixa subsistir nenhuma estrutura, introduzindo-se no Direito uma dimensão comparativa que compele o sistema a buscar estruturas novas mais justas que as anteriores (TEUBNER, 2011, p. 47). A despeito da dimensão comparativa, a ciclicidade da justiça de Teubner (2011, p. 47) implica a destruição e a recriação absolutas e contínuas, sempre atravessando o deserto, em uma postura distinta de

¹⁰“Compêlimento à decisão: a justiça não pode deixar o conflito no limbo, uma parte deve ter razão; compêlimento à fundamentação: a decisão deve se apoiar em fundamentos que osem empreender a inútil tentativa de conectar plausivelmente consistência e responsividade; compêlimento à normatização: a decisão deve reduzir a complexa problemática do caso a uma norma casuística muito mais simples” (TEUBNER, 2011, p. 45)

um mero “aperfeiçoamento racional” orientado por uma visão hierárquica da justiça. Afinal, como Thomassen (2008, p. 230 – tradução nossa) explica sobre a justiça em Derrida,

A postura desconstrutiva não intenta destruir o direito, mas, sim, alcançar um direito "melhor" (em vez de um direito "bom" ou "perfeito") em nome de uma justiça por vir. Não se opõe à lei porque nela já se encontra, na forma de uma promessa de tratar todos igualmente. Contudo, esta continua a ser uma promessa por vir por causa do intervalo intrínseco que existe entre a igualdade da lei e a singularidade do outro.

Exemplo da “pressão inovativa” mencionada por Teubner são as irritações geradas pelos vãos de sentido que Douzinas identifica na operação retórica de semelhança e diferença – uma espécie de “energia criativa” – típica do discurso dos direitos humanos. Tais vãos dependem, para que sejam processados pelo sistema jurídico, de uma *re-entry* que pressupõe uma interdiscursividade sistema-ambiente, a qual é duradoura e intensamente viabilizada justamente pela instituição de ligação “direitos humanos”.

Teubner (2005, p. 97), radicalizando a compreensão da abertura cognitiva, vê as instituições de ligação como ideias presentes no Direito cujo grau de indeterminação confere a ambiguidade necessária para que representem, ao mesmo tempo, em faces distintas, normas sociais e jurídicas. Essas instituições são desprovidas de referência ou conteúdos fixos, o que implica uma variação de significado de acordo com o contexto do discurso tomado como local de observação, de modo assemelhado à noção de direitos humanos de Douzinas. Tais categorias, vistas pela ótica do sistema jurídico, são próprias do direito (autorreferência) e servem como um filtro estável e duradouro de conteúdos externos (heterorreferência) que não se resumem a irritações pontuais (TEUBNER, 2005, p. 85).

Como exemplos de instituições de ligação, Teubner (2005, p. 85) cita os bons costumes e a boa-fé, ao que podemos adicionar o significante direitos humanos. Ora, a categoria teórica em questão não é exclusiva do sistema jurídico, pois pertence à sociedade e ao direito (basta perceber o uso da expressão “direitos humanos” não apenas pelo direito, mas também pela política e pelo senso comum, em geral), ensejando uma reflexão sincrônica sobre os mesmos eventos comunicativos e reduzindo a um limite mínimo a diferença constitutiva do subsistema, que é a sua própria racionalidade.

O acoplamento entre o Direito e a Sociedade deve ser visto, assim, como um “caminho comum de desenvolvimento” (TEUBNER, 2005, p. 84) que aumenta a complexidade do sistema jurídico, de modo a diminuir a distância da sua diferença com o ambiente, embora o encontro seja impossível. Instituições de ligação, pois, são acoplamentos, mas não podem ser reduzidas à ideia de um espaço de intersecção entre dois (sub)sistemas. Elas devem, isso sim, ser compreendidas como elementos catalisadores de uma melhoria

constante dos discursos envolvidos mediante um jogo de interdiscursividade em que os sentidos produzidos são mutuamente distorcidos, em uma “construção lúdica de realidades fictícias” (TEUBNER, 2005, p. 86), papel cumprido pelo significante direitos humanos, o qual, nos moldes da ideia de justiça jurídica, viabiliza, simultaneamente, a transcendência – na forma de “travessia do deserto” – e a *re-entry* demandada pelos compelimentos sistêmicos.

5 CONCLUSÃO

A dinâmica da justiça jurídica, consoante desenvolvida por Teubner, como visto, envolve, em um primeiro momento, a autotranscendência do Direito em relação às injustiças decorrentes da cristalização de sentido em estruturas – aspecto que o professor alemão busca em Derrida – e, em um segundo momento, a imanência necessária à preservação da autonomia sistêmica – dimensão privilegiada por Luhmann. Em suma, o Direito deve atender à exigência de manutenção complementar da diferenciação funcional internamente congruente e da adequação social. Nas palavras de Teubner (2011, p. 28), “Consistência interna mais responsividade diante de demandas ecológicas – esta é a dupla fórmula da justiça jurídica”.

Considerando, assim, com Douzinas, a ausência de fundo ontológico da noção de direitos humanos, tal conceito não pode funcionar, no contexto da Teoria dos Sistemas Sociais, senão como um mecanismo que viabiliza a realização da justiça jurídica – a orientação autorreflexiva do Direito no sentido de adequar-se ao ambiente social em que se situa, conjugando a auto e a heterorreferência – uma vez que é dotado da dupla face, própria das instituições de ligação, que permite uma reflexão sincrônica entre sistema e ambiente.

Diante do exposto, soluciona-se o problema de pesquisa (“como é possível que o sistema jurídico autopoietico preserve sua autonomia operacional ao processar demandas por justiça que exploram criativamente a indeterminação semântica da noção de direitos humanos?”) ao concluir-se que a categoria teórica “direitos humanos”, a qual não é exclusiva do sistema jurídico, lida sob uma perspectiva funcional e não conteudística (significante vazio), é uma instituição de ligação que: 1) cria um espaço interdiscursivo de abertura permanente entre Direito e sociedade; e 2) deflagra a dinâmica da justiça jurídica ao viabilizar, por um lado, a autotranscendência do direito por meio da adoção da lente da sociedade/ambiente sobre a expressão “direitos humanos” (resguardando a heterorreferência e a correlata responsividade às novas demandas sociais) e, por outro, o funcionamento dos compelimentos sistêmicos no contexto da cristalização histórica das normas de direitos humanos (preservando a autonomia funcional do sistema jurídico).

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. **Minima moralia**. São Paulo: Ática, 1992.

ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

BLOCH, Ernst. **Natural law and human dignity**. Cambridge: MIT Press, 1988.

_____. **O princípio esperança**. Vol. I. Rio de Janeiro. EDUERJ, 2005.

CAMÕES, LUIS de. **Obra completa de Luis de Camões**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2008.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Gramatologia**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

_____. **O paradoxo dos direitos humanos**. In: Pensar os direitos humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas. Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos/UFG, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Cidade do México: Herder/Universidad IberoAmericana, 2003.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Cidade do México: Herder/Universidad IberoAmericana, 2007.

OITAVEN, Daniel. **A hermenêutica da esgrima e os direitos humanos**: as aporias vinculação/discrecionalidade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo à luz da paranoia mútua entre autopoiese e desconstrução. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.

_____. **A luta estratégica dos movimentos sociais por reconhecimento e a contradição performativa**: entre conflitos honnethianos e consensos habermasianos. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

TEUBNER, Günther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Edições UNIMEP, 2005.

_____. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Serro**, n. 4, 2011.

THOMASSEN, Lasse. **Deconstructing Habermas**. New York: Routledge, 2008.