

**SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS, TRANSCONSTITUCIONALISMO E
POLICONTEXTOS: Um olhar teórico**

**AUTOPOIETIC SYSTEMS, TRANSCONSTITUCIONALISMO AND
POLICONTEXTS: A theoretical look**

Fernando Tonet

Advogado Criminalista. Doutorando em Direito Unisinos. Professor Universitário. Coordenador do grupo de pesquisa: Modelos constitucionais sistêmicos autopoieticos. Endereço eletrônico:

fernando.tonet@hotmail.com

Matheus Figueiredo Nunes de Souza

Aluno do 9º nível de graduação do curso de Direito - IMED. Pesquisador no grupo de pesquisa: Modelos constitucionais sistêmicos autopoieticos. Endereço eletrônico: matheus.nunes13@gmail.com

Informações de Submissão

Recebido em: 07/01/2016

Aceito em: 01/07/2016

Publicado em: 01/08/2016

Palavras-chave

Autopoiese. Constitucionalismo.
Policontextos. Teoria Sistêmica.

Keywords

Autopoiesis. Constitutionalism.
Policontexts. Systematic Theory.

Resumo

O presente texto tem com objetivo contribuir para a utilização de novas teorias para a observação da sociedade pós-moderna. É importante frisar que esta não é a única teoria da qual temos disponibilidade, mas é, com clareza, em nosso ponto de vista, aquela que permite uma observação mais abrangente e profunda da complexidade. A partir dessa observação, assume-se a ideia de que a sociedade é altamente complexa, pois tem múltiplas formas de manifestação. Em virtude da supercomplexidade das sociedades atuais e das diversas possibilidades, surge um processo para lidar com a complexidade, os sistemas. Esses sistemas ordenam essa complexidade a partir de certo tipo de perspectiva conforme o tipo de diferenciação funcional. Nessa linha, em virtude da ampla gama de situações que podem ser observadas e imaginadas, e que podem acontecer, buscamos auxílio nas teorias da Policontextualidade de Gunther Teubner e do Transconstitucionalismo, de Marcelo Neves, para podermos abarcar o panorama pós-moderno supercomplexo, levando-nos a uma compreensão um pouco mais clara da sociedade que vivemos.

Abstract

This text aims to contribute to the use of new theories for the observation of post-modern society. It is important to emphasize, this is not the only theory which we have available, but, clearly, in our point of view, the only one that allows a wider and deeper observation of society's complexity. Starting from this observation, it is assumed society is highly complex as it has multiple ways of showing itself. Because of the supercomplexity of nowadays societies and of the large possibilities, it is brought a way to handle complexity, the systems. These systems sort this complexity from a certain kind of perspective on the kind of functional differentiation. This way, because of the wide range of situations that can be observed, imagined, and that can happen, we seek aid in theories of Policontextuality, from Gunther Teubner and

Transconstitucionalism from Marcelo Neves, in order to understand the supercomplex postmodern panorama, taking us to a somehow clearer understanding of the society we live on.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar o panorama pós-moderno utilizando da teoria autopoiética para observar e compreender os diversos fenômenos sociais supercomplexos. Em virtude das múltiplas formas e possibilidades com as quais os fenômenos se apresentam, têm-se presenciado “a quebra de centralidade de produção normativa sistêmica”¹, dessa forma, pode-se dizer que o Direito deixa de ser uma produção exclusiva do Estado, possibilitando que as mais diversas formas sistêmicas, multicêntricas, contribuam para um aumento da comunicação sem limite entre os diversos sistemas. Assim “na medida em que toda diferença se torna ‘centro do mundo’ a policontextualidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade [...]”², o que constitui a primeira parte deste trabalho.

Nessa perspectiva, como vivemos em uma sociedade interligada nos seus diversos níveis, “o incremento da complexidade social levou ao impasse da formação social diferenciada hierarquicamente pós-moderna, fazendo emergir a pretensão crescente de autonomia das esferas de comunicação [...]”³, desse modo, adentramos à segunda parte desta pesquisa, onde buscamos harmonizar as diversas produções normativas multicêntricas através do transconstitucionalismo, que vem a ser “um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens”⁴.

Neste momento, percebemos que a sociedade é “una muy diferenciada y abstracta red comunicativa, que proporciona poco más que unas muy laxas condiciones de compatibilidad social.”⁵, assim sendo, partindo das produções normativas advindas de policontextos e harmonizadas através da comunicação transconstitucional, o sistema acaba sendo provocado pelo seu entorno, buscando através da autopoiese luhmanniana suas constantes transformações.

¹ TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 168

² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 23

³ Idem, ibidem, p. 23

⁴ Idem, ibidem, p.129.

⁵ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 16.

1 AS BASES POLICONTEXTURAIIS

As principais propostas observadas neste trabalho são aquelas fornecidas por Gunther Teubner e Boaventura de Sousa Santos. No primeiro, a palavra “policontexturalidade” é comum, por se tratar de um teórico com fortes bases sistêmicas.

No que tange ao segundo, partindo da mesma premissa que o Estado não é o único produtor de comunicação jurídica, retrata a produção normativa advinda de vários centros sob a nomenclatura de direitos não oficiais, porém, ambos mantendo o foco de que a comunicação jurídica não é fruto do monopólio Estatal.

1.1 A Matriz Teubneriana

A proposta policontextural de Teubner⁶ tem início com uma análise do ponto de vista jurídico da obra *Crônica de uma Morte Anunciada*, de Gabriel Garcia Marques⁷.

A narrativa conta sobre uma grande festa de casamento em um pequeno vilarejo da Colômbia, onde, na noite de núpcias, o marido descobre que sua esposa não era mais virgem, e se inicia uma grande perseguição ao criminoso que desonrou a moça. Acontece que todos os moradores do vilarejo sabiam quem era esse criminoso, mas queriam evitar sua condenação à pena de morte, pois não concordavam com a lei.

Por meio desse romance, “Teubner começa a indagar-se: como as normas atuam dentro das sociedades e por que elas são ou não eficazes?”⁸. Partindo do ponto de vista jurídico, como pode ser explicada uma norma que é fruto da produção centralizada Estatal não ser aceita pela sociedade em determinados lugares? Nesse cenário, Teubner retorna às primeiras ideias sobre policontextos colocadas por Luhmann no viés que “*ninguna autoobservación está em condiciones de entender la plena realidad del sistema [...]*”⁹. Dessa forma, assumindo a premissa que estamos em uma realidade cada vez mais interligada e, por consequência, multicultural, percebemos que “toda diferença se torna ‘centro do mundo’”¹⁰, nos levando a uma multiplicidade de racionalidades parciais conflitantes.

⁶ TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontexturalidade*. Tradução: Jürgen Volker Dittberner... (et. al.). Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 21.

⁷ MARQUES, Gabriel Garcia. *Crônica de uma Morte Anunciada*. 27ª. ed. Tradução: Remy Gorga, Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

⁸ TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 168.

⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de La sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: edición Heder, 2007, p. 62.

¹⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p.23

Quando trabalhamos com uma pluralidade de autodescrições e buscamos superar o antigo paradigma da centralidade normativa, nos deparamos com uma situação muito maior. Uma vez que “policontextualidade é uma pluralidade de perspectivas mutuamente exclusivas as quais são constituídas por operações entre sistema/ambiente e as quais não compartilham um com a outra”¹¹, o Direito deixa de ser simplesmente um texto e assume o caráter de “*comunicación y nada más que comunicación*”¹². Nesse raciocínio, é reforçado que o Direito é um sistema que vivencia uma clausura comunicativa, onde não tem direito fora do direito¹³.

Assim sendo, o sistema jurídico no seu todo – possibilidades, autonomia e unidade – emerge de uma autorreferência comunicativa originária. Por autorreferência devemos compreender como “*el hecho de que existen sistemas que se refieren a sí mismos mediante cada una de sus operaciones [...]. Se presenta la autorreferencia cuando la operación de observación está incluida en lo que se indica, es decir, cuando la observación indica algo a lo que pertenece.*”¹⁴. Portanto, quando tratamos de uma autorreferência comunicativa, observado o conceito teórico luhmanniano, falamos que a cada observação realizada pelo sistema através de suas operações, ele identifica algo que lhe é comum, algo pertencente ao próprio sistema.

A partir das várias observações proporcionadas pela teoria dos sistemas em consonância com a realidade de que não podem mais existir limites territoriais à sociedade, Luhmann refere “que já se diluiu aquela multiplicidade de sociedades estranhas umas às outras, e que mantinham contatos apenas de vizinhança [...]”¹⁵, é preciso pensar em novos tipos de direitos advindos das periferias – aqui “Centro/periferia é uma forma criada por Luhmann para que se possa ter uma oposição maleável, um código [...] que permita analisar a inclusão e a exclusão na heterogeneidade das possibilidades do mundo”¹⁶ – mas que possuem autonomia (e uma lógica própria) como se fossem frutos da produção normativa de centro.

Os sistemas sociais contemporâneos e complexos são produtores de normatividades jurídicas, assim, tornando a regulação jurídica contextual. O direito tem tido, gradativamente menos, uma única fonte central, “ela é, cada vez mais, o fato de uma multiplicidade de órgãos

¹¹ TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 168

¹² TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Tradução: Jürgen Volker Dittberner... (et. al.). Piracicaba: Editora Unimep, 2005, b, p. 40

¹³ TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoietico*. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, XXII

¹⁴ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann*. Traducción: Miguel Romero Perez, Carlos VÍJJaJohos. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 35

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 156

¹⁶ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 39

de regulação, entre os quais os da tradicional regulação jurídica nem sempre são [...] predominantes”¹⁷ A globalização é policêntrica, posto que está amplamente aberta à diversidade cultural, criando várias possibilidades de novos sentidos para o sistema do Direito, independente de centro ou periferia.

1.2 A policontextualidade em Boaventura de Sousa Santos: Pasárgada revisitada

O pluralismo jurídico tem propiciado diversas formas de observação dos fenômenos e questões sociais. Boaventura tem uma forte ligação epistemológica com Teubner, no que tange às novas formas de produção normativa exteriores aos limites estatais. Este denomina de policontextualidade, aquele de direitos não oficiais¹⁸. A primeira questão a ser abordada é a do “reconhecimento de que, na sociedade, há uma pluralidade de ordens jurídicas [...]”¹⁹. Outrossim, Boaventura expõe que os mecanismos do sistema mundial, que atuam em um plano supra-estatal, acabaram por desenvolver suas próprias leis sistêmicas, que acabaram se sobrepondo às leis nacionais dos Estados particulares²⁰. Paralelo a este direito supra estatal, surgiram também diferentes formas de direito infra-estatal, bem como ordens jurídicas locais que acabam por reger determinadas categorias de relações sociais, e que interagem de múltiplas formas com o direito centralizado²¹.

Ao contemplarmos as sociedades modernas, nos deparamos com a coexistência de várias ordens jurídicas – estatal, supra-estatal, infra-estatal – em circulação na sociedade. O direito estatal foi sempre apenas um dos ordenamentos jurídicos no meio de uma “constelação de diferentes ordens jurídicas”²², mas ao conceder a qualidade de direito ao direito estatal (normas centralizadas no Estado Nacional), acabou por negar às demais ordens jurídicas existentes e vigentes na sociedade. Embora impostas as “barreiras da centralização monoculturalista”²³, as normas policontexturais são produzidas independente dos poderes soberanos, proporcionando a todos espaço em um processo democrático global.

¹⁷ ARNAUD, André-Jean. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução: Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 382.

¹⁸ TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 174

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício de experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 261.

²⁰ Idem, ibidem, p. 171

²¹ Idem, ibidem, p. 171

²² Idem, ibidem, p. 172

²³ TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 175

Nesse contexto, podemos afirmar a existência de um “direito oficial e um direito não oficial em *terras brasílicas*?”²⁴. Decorrente de indagações como essa, na década de 70, Boaventura veio à favela do Jacarezinho, estado do Rio de Janeiro, fazer pesquisas na comunidade sobre suas formas de resolução de conflitos e nas formas alternativas de atuação jurídica. A partir de determinada época a população carente passou a ocupar áreas ilegais e a construir ali suas residências. Em virtude disso, sofriam com vários problemas, não tinham um abastecimento de água, eletricidade era inexistente, menos ainda, pavimentação. A vida nos limites da oficialidade estatal acaba por marginalizar essa realidade; então, as pessoas existentes aos olhos do Estado aceitam a realidade que (ao lado delas!) ocorre com a condição de que o direito estatal lhes garanta que esse fenômeno não se reproduza no seu ambiente.

Em virtude de tais ações, os moradores de Pasárgada terão reações proporcionais. Por viverem além das fronteiras oficiais, não teriam como pedir socorro ao direito estatal, pois o raio de visão do Estado não contempla o lugar onde estão, e, por lógica, a resposta oficial seria a remoção dos habitantes de Pasárgada. Diante disso, passam a se organizar e buscar uma forma de maximizar o desenvolvimento interno daquela sociedade.

Como resultado da observação dessa situação fática, Boaventura faz uma bipartição jurídica: *o direito do asfalto* (que é o direito daqueles que vivem dentro das fronteiras oficiais, e que reproduz um discurso jurídico tendente a proteger um Poder que os moradores de Pasárgada não conseguem enxergar) e *o direito de Pasárgada* (que é o método jurídico desenvolvido por aqueles às margens da oficialidade). Nessa observação, o modelo de Pasárgada pode ser encontrado, hoje, com as devidas adaptações, “em diversos setores excluídos pelos modelos estatais tradicionais, em países periféricos, semi-periféricos e centrais”²⁵. O direito da Pasárgada é um direito não oficial, paralelo à produção normativa central advinda do Estado, pois *o direito do asfalto* não contempla e não tem atuação dentro da comunidade; ele seria apenas “um direito simbólico, inaplicável aos casos concretos provenientes da Pasárgada”²⁶. Esse direito é gerido, entre outros, pela associação de moradores, e aplicável à prevenção e resolução de conflitos no seio da comunidade decorrentes da luta pela habitação.

²⁴ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 101

²⁵ TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 175.

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 175

O multiculturalismo acaba por criar uma complexidade comunicativa na pós-modernidade, dialogando sobre a coexistência, em um mesmo espaço territorial²⁷ de diversos grupos. Para isso, “a linguagem deve evoluir em sua forma integrativa. A lei do asfalto deve se comunicar com a lei da Pasárgada [...]”²⁸. Nisso caímos em um paradoxo, onde o direito estatal é um direito dos “outros” para os que vivem na Pasárgada; mas ao mesmo tempo o próprio direito da Pasárgada é um direito dos “outros” para os que vivem no direito oficial.

Em virtude da alta complexidade das sociedades atuais, criam-se diversos problemas jurídicos fora das fronteiras do Estado-nação; “em um mar de globalidade, existem ilhar constitucionais que não são aptas a responder questões supercomplexas advindas da sociedade, nessa senda, Teubner, afirma que não é mais possível sustentar a centralidade dos direitos fundamentais no Estado [...]”²⁹. Assim, faz-se necessário a troca de influências jurídicas recíprocas, sem coação estatal, mas sim por uma necessidade de se auto-observar e reconhecer, através de suas próprias operações, algo que o pertence, já que as observações advindas dos inúmeros contextos contribuem para que os pontos cegos dos sistemas diminuam imensamente.

2 TRANSCONSTITUCIONALISMO: Um ponto de partida dentre as diversas ordens

Nossa sociedade tem enfrentado diversas crises, desde o surgimento da constituição até a pós-modernidade. Com o aumento da complexidade, a multiplicidade de possíveis experiências e ações, tornou-se transparente que as teorias antigas tinham seu potencial limitado em termos de percepção e estavam ficando incapazes de trabalhar a complexidade. Desse modo, o projeto do transconstitucionalismo vem para possibilitar o aprendizado recíproco e intercâmbio criativo.

Quando abordamos a temática transconstitucional, o problema passa a consistir em delinear formas de relação entre ordens jurídicas diversas. Uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma com seus próprios elementos ou operações, estruturas, procedimentos... Disposto a isso, resulta-se em uma diferenciação no interior do sistema jurídico. Dessa forma, dizemos que o sistema jurídico é multicêntrico de tal maneira que “na perspectiva do centro

²⁷ Existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Pode detectar-se a vigência não-oficial e precária de um direito interno e informal. Ver: SANTOS, Boaventura de Souza, *Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*. Disponível em: <http://www.geocities.ws/b3centaurus/livros/s/boavpassar.pdf>. Acesso em 25/08/2014

²⁸ TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 177.

²⁹ Idem, *ibidem*, p. 180

(juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia”³⁰.

Em contraponto à imagem tradicional que temos de um único centro de produção normativa – o Estado-nação – nos deparamos com uma “multiplicidade de centros de decisão jurídica num dado sistema, o que exclui a estrutura piramidal do direito por Kelsen construída [...]”³¹. Nessa ótica, podemos partir de qualquer ordem jurídica com pretensão de autonomia, e não de uma “imposição *top down*”³² entre as relações existentes entre essas ordens; dessa forma, as relações transconstitucionais não são um transplante jurídico, mas sim uma troca recíproca de conhecimento através da comunicação.

Com a perda da centralidade de produção normativa, o modelo sistêmico jurídico buscou novas redes de comunicação, onde a cooperação tornou-se uma necessidade na emergência de novas formas de observação sobre as ordens jurídicas internacionais, nacionais, transnacionais e supranacionais sobre diversos temas, entre eles os direitos fundamentais e humanos. Nesse sentido, o autor:

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando as ordens jurídicas diversas, a “conversação” constitucional é indispensável.

As diversas ordens jurídicas (estatais, internacionais, supra estatais, transnacionais) são incapazes de oferecer, de forma isolada, uma resposta adequada para os problemas normativos da sociedade mundial, em face da sua complexidade, exigindo a inclusão de outros entes soberanos nos Estados. Quando no passado a soberania era unitária e originária, hoje é compartilhada entre membros que buscam o melhor caminho para seus países e instituições. Assim, a realidade se tornou muito ampla e complexa, “depois das consistentes e persistentes internacionalizações e globalização terem reduzido o Estado a um simples herói local”³³.

O envolvimento de duas ou mais ordens jurídicas, seja da mesma espécie ou não, aponta para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos. Essa situação coloca várias

³⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 117

³¹ ARNAUD, André-Jean. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução: Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 382

³² Ao referir-se à expressão de uma imposição *top down*, Marcelo Neves levanta que o problema tem sido quebrar com o paradigma em que as relações entre ordens devem ter uma posição hierárquica. Ver: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 117-118.

³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª. ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina: 2006, p. 185.

respostas simultâneas para um mesmo problema jurídico-constitucional a uma diversidade de ordens jurídicas. Conforme é posto por Neves, quando usamos a expressão “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”³⁴, ressaltamos a pluralidade de ordens em que seus tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de auto compreensão e modos de concretização são distintos e peculiares, uma variedade da qual são frutos entrelaçamentos onde nenhuma das ordens deve se apresentar como *última razão* discursiva. Embora haja certa hierarquia no interior das ordens, nas relações heterárquicas somos postos perante um sistema multiangular de observações e expectativas. A partir disso temos a possibilidade de desenvolver elementos constitucionais em diferentes planos.

Dentre esses elementos, a visão transconstitucional traz uma atenção necessária aos direitos fundamentais e direitos humanos. Nesse momento, Marcelo Neves faz um lembrete da evolução histórica dos direitos do homem³⁵, que em um primeiro momento apresenta seu surgimento no âmbito das liberais. Posteriormente, na experiência tardia de constitucionalismo vivido pela Alemanha, surgiu a expressão “direitos fundamentais”, referindo-se aos direitos positivados e garantidos nas constituições estatais, embora seu conteúdo cruzasse nas linhas relativas a direitos civis, políticos, sociais, dentre outras.

Porém, é importante fazermos uma distinção com base teórica nas colocações de Luhmann entre direitos fundamentais e direitos humanos. Enquanto aqueles serviriam para a “manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação” ou, *contrario sensu*, reagiriam ‘ao perigo da desdiferenciação’; estes estariam ligados à problemática da exclusão, assim orientando para a inclusão do homem como pessoa nos sistemas funcionais³⁶, mas nada impede que as características de um não se apresentem no outro, e vice-versa. Assim, uma perspectiva de pluridimensões desses direitos nos corrobora a ideia da ligação com um texto constitucional, mas também apresenta um constitucionalismo que se abre para esferas além dos Estados, devido à sua abertura aos diversos ordenamentos jurídico-normativos.

Deparamo-nos com um mundo de problemas constitucionais, e que são comuns à multiplicidade de ordens jurídicas. Com isso devemos estabelecer um método transconstitucional que rejeite tanto um método hierárquico quanto uma completa fragmentação. A principal ideia desse método a ser desenvolvida é a construção de uma ponte de transição que possibilite um relacionamento de aprendizado mútuo e construtivo em face de problemáticas comuns que demandem soluções que sejam suportadas por todas as ordens

³⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 236-237

³⁵ Idem, *ibidem*, p. 249-253

³⁶ Idem, *ibidem*, p. 251

que se envolvam, e que não haja uma instância decisória, mas sim uma conversação horizontal.

3 A FORMAÇÃO AUTOPOIÉTICA NA TEORIA DOS SISTEMAS

A ideia de autopoiese nasceu com os biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Na pesquisa desenvolvida por eles, explica-se *poiesis* como algo que se produz fora de si mesmo. Então, Maturana acrescentou a palavra *auto*, criando o conceito de *autopoiesis*³⁷. Sobre o sentido autopoietico de Maturana, aponta os seres vivos como “*unidades autónomas lo que permite mostrar cómo su autonomía usualmente vista como algo misterioso y elusivo, se hace explícita al señalar que lo que los define como unidades es su organización autopoietica, y que es en ella que simultáneamente se realizan y especifican a si mismos*”³⁸. Nesse sentido, “a autopoiese conclui um sistema que se produz a si mesmo, sendo autônomo em seus níveis de operação, autorreproduzindo-se através de seus próprios elementos constitutivos”³⁹.

Na teoria luhmanniana os sistemas autopoieticos são sistemas de comunicação, que são compostos de elementos que compõe o próprio sistema, assim caracterizando-o de forma autônoma e diferenciada. Em decorrência disso, têm demarcado suas próprias fronteiras, utilizando-se dos elementos estruturais, códigos próprios, referenciais. A autorreprodução é uma necessidade básica do sistema.

A ideia de autopoiese só é possível graças à clausura operativa, que acaba por impedir uma confusão com o meio, e assim fadada à auto-organização, onde suas próprias estruturas podem construir e transformar-se unicamente mediante suas próprias operações. Nesse contexto, Luhmann levanta que as operações sistêmicas tem uma função dupla⁴⁰. Na primeira, é determinado o “histórico” para que seja analisada qual a próxima operação – determinando o sistema como dado de uma maneira e não de outra; enquanto na segunda, são formadas estruturas como esquemas de seleção que permite o reconhecimento e repetição, que tornam possível condensar as identidades para confirma-las em cada nova situação.

³⁷ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 119

³⁸ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco. *El Árbol del Conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano*. 1. ed. Buenos Aires: Lumen, 2003, p. 29

³⁹ TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 104

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de La sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: edición Heder, 2007, p. 67-68

Com estruturas que permitem que se reconheça e se repitam operações, bem como a possibilidade de condensar identidades para que sejam confirmadas a cada nova situação, abrimos a possibilidade para o sistema evoluir sem que perca seu “histórico” e consiga se identificar como sistema após os estágios evolutivos. “*La evolución lleva casi imperiosamente a la clausura de los sistemas, la cual, a su vez, contribuye a la institución de un orden general frente al cual se confirma la eficacia de la clausura operativa y de la autoorganización.*”⁴¹.

A evolução se realiza aproveitando condições: nisso podemos dizer acerca da capacidade de conservar-se e/ou reproduzir-se, que podem manter a si mesmos e que podem esperar; para tanto, o tempo é condição especial para evolução – aqui podemos dizer que a teoria da evolução é uma teoria das condições propícias. Nas palavras de Luhmann,

*La teoría de la evolución remite el problema al tiempo e intenta explicar cómo es posible que algunas estructuras cargadas cada vez más de presupuestos —es decir, cada vez más improbables— surjan y luego funcionen como normales. El axioma básico es: la evolución transforma la baja probabilidad del surgimiento en una alta probabilidad de la preservación.*⁴²

O arquétipo sistêmico proposto por Luhmann se baseia na teoria da evolução Darwinista para descrever a evolução autônoma (pois não é o meio que proporciona o desenvolvimento, mas o próprio sistema). De acordo com o paradigma proposto por Darwin e absorvido na teoria pragmático-sistêmica, existem três fatores que estão relacionados diretamente com a evolução: a variação, a seleção e a reestabilização.

Na dissertação de Luhmann sobre as três formas de evolução darwiniana exemplificam.

1) **La variación** de un elemento autopoiético respecto de los patrones de reproducción que habían sido, hasta el momento, vigente. 2) **La selección de la estructura** que hace posible que dicha variación se constituya en condición de las siguientes reproducciones. 3) **La estabilización del sistema**, en el sentido de mantener-lo dinámicamente estable para sea posible la reproducción autopoiética de la forma (determinada estructuralmente) que há experimentado mutación. (grifos do autor)⁴³

É através da *variação* que se modificam os elementos do sistema. É dizer, em outras palavras, que ocorre uma comunicação inesperada. Em um segundo momento, com a *seleção*,

⁴¹ Idem, ibidem, p. 67-68

⁴² Idem, ibidem, p. 326.

⁴³ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de La Sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 304.

refere-se às estruturas do sistema. É com a comunicação desviante provocada na variação que a seleção escolhe referências de sentido que têm valor para formar estruturas, adequado para uso repetido, capazes de construir e condensar expectativas. *Reestabilização* refere-se ao estado do sistema que está sendo evolucionando após uma seleção, seja ela positiva ou negativa.

Diante da exposição do procedimento evolutivo de um sistema, Luhmann tenta sintetizar, observando seus limites e respeitando a complexidade, como ocorre a interação nos três estádios da evolução:

Independientemente del modo empírico de operar, la variación produce una diferencia, produce una desviación de lo, hasta ese momento, usual. Esta diferencia obliga a hacer una selección a favor o en contra de la innovación. La selección, a su vez, si se decide por lo nuevo impone cascadas de adaptaciones o de movimientos de delimitación en el sistema, y si deja las cosas como estaban necesita confirmaciones de esa operación, porque lo que antes era obvio se ha vuelto contingente⁴⁴.

A fase de reestabilização do sistema é o marco final do processo evolutivo, onde o sistema optou por integrar ou não a provocação surgida no estado de variação. Depois disso o sistema retorna com a dupla função de suas operações onde vai verificar o seu “histórico” e condensar a identidade para que haja um ponto de referência (autorreferência) e então possa passar por um novo processo evolutivo quando houver nova provocação. Diante disso, os limites de observação são relativos ao quão evoluídos os sistemas são, pois quanto mais fechados (operativamente) eles são, mais abertos (cognitivamente) eles podem ser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas teorias referentes ao Estado e à Constituição necessitam de adequação aos modernos fatores civilizacionais, impostos por novos atores em tempos de globalização. Os modelos absolutos devem ser repensados por atos reflexivos, pois a sociedade deixou, a muito tempo, de ser nacional e se tornou plural, multicultural, carecendo de novas estruturas teóricas para se desenvolver no processo integrativo.

Nesse sentido, optamos no presente por um referencial teórico apto aos anseios sociais, e esse referencial corresponde à Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann e suas novas formas de aplicabilidade, criada por um grupo heterodoxo, que parte

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de La sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: edición Heder, 2007, p. 356.

do modelo luhmaniano, mas se sentem à vontade para questioná-lo e fazer novas incursões teóricas com plena independência, tais como o fizeram Gunther Teubner e Marcelo Neves.

Esses modelos são mais complexos, já que criam altos fatores de risco para sociedade, mas ao mesmo tempo são os mais multiculturais e plurais de todos, pois pela primeira vez, vozes sociais constituídas na Pasárgada, nos bairros da Lata, ou qualquer sistema social até então excluído, toma corpo e legitimidade no sistema jurídico. A produção de sentido normativo deixa de ser centralizada e passa a ter policontextos, policentros, garantindo voz a todos aqueles que foram excluídos por séculos.

A Teoria Sistêmica Autopoiética de Niklas Luhmann mostra-se como uma verdadeira célula estaminal da sociedade pós-moderna, uma vez que se mostra como um organismo especializado para desempenhar suas funções dentro do ambiente multissistêmico, que tem se caracterizado pelas relações hipercomplexas entre os sistemas.

Como uma célula teórica estaminal, cria a possibilidade de operação dentro de todos os sistemas, até mesmo dos que ainda não são observáveis e nem plenamente autopoiéticos, o que, de forma alguma, quer dizer que não existem, mas apenas não são observados.

Por fim, temos a *certeza* que a *incerteza* do futuro dos sistemas sociais, jurídicos e políticos, passam pelo mesmo caminho, *os riscos* que são criados pela imprevisibilidade sistêmica. Para essa imprevisibilidade, necessitamos de uma teoria apta aos novos padrões que surgem cotidianamente na sociedade multicultural pós-moderna, essa teoria é a Sistêmica Autopoiética.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução: Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2º. ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina: 2006.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann**. Traducción: Miguel Romero Perez, Carlos VÍJJaJohos. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____. **El Derecho de La Sociedad.** Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **La sociedad de La sociedad.** Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: edición Heder, 2007.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

MARQUES, Gabriel Garcia. **Crônica de uma Morte Anunciada.** 27°. ed. Tradução: Remy Gorga, Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco. **El Árbol del Conocimiento:** las bases biológicas del entendimiento humano. 1. ed. Buenos Aires: Lumen, 2003.

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

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício de experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada.** Disponível em: <<http://www.geocities.ws/b3centaurus/livros/s/boavpassar.pdf>>. Acesso em: 25 ago 2014.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade.** Tradução: Jürgen Volker Dittberner. (et. al.). Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

_____. **Derecho Como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global.** Traducción: Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2005, b.

_____. **O Direito como Sistema Autopoiético.** Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, XXII.

TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo:** evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013.
