

UNIDADE E DIFERENÇA

KELSEN E LUHMANN A PARTIR DE HOBBS

(Ensaio de Hermenêutica Filosófico-Jurídica)

Rosângelo Rodrigues de Miranda

Membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Mestre e Doutorando em Direito pela PUC-SP

Professor na Faculdade de Direito do Alto Paranaíba e na

Universidade Federal de Uberlândia

INTRODUÇÃO

“Em Hobbes a razão que unifica subjetividade e objetividade natural, produz, ao introduzir a idéia de que cada determinação também é uma delimitação, uma grande tensão interna”

Raffaele de Giorgi¹

¹ De Giorgi, Raffaele. (1998:103), citação adaptada por nós.

O aluno da maior parte das salas de aula jurídicas, ou, de modo semelhante, o leitor culto não especializado, quando se aproximam de textos áridos como os de Kelsen ou de Luhmann, mesmo que captem a estrutura lógica interna do desenvolvimento argumentativo, desenvolvem, não raro, a impressão de que algo ainda não restou bem entendido. Quase sempre são levados a afirmar que estão diante de doutrinas de acentuada artificialidade e, por consequência, desconectadas da realidade concreta do cotidiano.

Tal disposição de espírito ocorre, ao que parece, devido ao estilo dos autores em questão, marcado por uma prosa extremamente técnica e dedutiva, pouco afeita, portanto, a ceder diante das dificuldades encontradas por aqueles que deles se aproximam.

Vários são os modos pelos quais se pode evitar estes inconvenientes que dificultam a compreensão destes autores. Inconvenientes estes que, em última instância, colaboram para desenvolver em torno de Kelsen e Luhmann uma áurea de hermetismo e de culturalismo pelos “iniciados” que só trabalha contrariamente à propagação das teorias desenvolvidas por eles, tão importantes não só para o bom conhecimento do fenômeno jurídico, mas também, para a compreensão do modo de funcionamento das sociedades contemporâneas.

Diante deste quadro, a hipótese a ser desenvolvida neste ensaio² tem como paradigma metodológico aclarar algumas pré-compreensões contidas no seio das formulações teóricas de Kelsen e Luhmann. Assim, partindo da noção de situação hermenêutica³ proposta pela tradição da filosofia hermenêutica, procuraremos estabelecer como estes autores posicionam-se perante a herança das doutrinas inspiradoras da concepção de Estado Moderno tido como monopolizador da pro-

² O caráter de ensaio deste trabalho respeita a lição exposta por Emil Stein segundo a qual a esnástica, em particular em textos de ciências humanas, “trabalha com os conceitos de tal maneira que eles tomam formas mais maleáveis, formas menos rígidas, às vezes, praticando uma espécie de torção dos conceitos, ... já que são mais ensaios do que propriamente teses...método e não método se misturam criativamente em ciências humanas, faz-se isso justamente para dar conta da complexidade dos fatos sociais e dos acontecimentos históricos. Cf. Stein, Ernildo (1996:98-99). Dessa forma, longe de aprofundarmo-nos em assunto tão intrigante, estaremos satisfeitos caso consigamos tangenciar, de modo pertinente, o tema proposto.

³ “Uma situação hermenêutica é uma espécie de *lugar* que cada investigador atinge através dos instrumentos teóricos que tem à disposição para a partir dele poder fazer a avaliação do campo temático...” Assim, “No método hermenêutico propriamente dito, no sentido restrito de história das idéias...tenta-se apresentar a articulação e o imbricamento de certos conceitos de tal maneira que a partir de uma rede de conceitos conseguimos desenvolver a compreensão melhor do objeto. Portanto uma espécie de história conceitual que nos leva longe porque podemos dispor de mais ou menos instrumentos, dependendo de nossa erudição. Geralmente temos que ter modéstia de reconhecer que a nossa erudição, a nossa informação sobre tudo que é possível no contexto da história das idéias, na história dos conceitos, é extremamente limitado”. Cf. Stein, Ernildo. (1996: 53 e 97). Ver também para uma hermenêutica crítica que introduz uma relação dialética entre compreensão e crítica social. Boaventura Souza Santos. (1989:47).

dução jurídica dentro de um certo espaço e tempo.

Nada obstante, dado a caráter de provisoriedade do presente ensaio, nosso corte epistemológico será bem profundo. Desse modo, partiremos apenas das noções de desejo, imaginação e movimento estabelecidas por Hobbes, procurando demonstrar, na esteira de Bobbio, como a noção de estado de guerra de todos contra todos proposta por Hobbes deriva, dentre outras, da idéia de desejo, e de como a solução jurídica encontrada por Hobbes para resolver esta questão será, *mutatis mutandis*, reapropriada, em outros termos, por Kelsen para justificar a noção de unidade e monopólio normativo estatal como fator de estabilização das relações sociais⁴.

Por outro lado, aludiremos, seguindo hipótese desenvolvida por Habermas, ao modo como Luhmann irá exponenciar a noção de desejo egoístico proposta por Hobbes como fator identificador antropológico do homem moderno⁵, demonstrando como o paradigma da unidade re-elaborado por Luhmann por meio do desenvolvimento da noção de unidade pela diferença redundará no reconhecimento da inexorável fragmentação das sociedades hiper-complexas do mundo contem-

⁴ Segundo Bobbio, Hobbes foi um dos fundadores da teoria do Estado Moderno. Cf. Bobbio (1996: 34) e, pertencente ao movimento jusnaturalista de cunho racional. foi também o " Iniciador do positivismo Jurídico" Cf. Bobbio (1991:102). Assim, nas formulações teóricas de Hobbes já estariam presentes duas características típicas do positivismo jurídico, a saber: o formalismo e o imperativismo: " a) Formalismo porque na definição de direito para Hobbes não haveria, segundo Bobbio, referência a conteúdos das ações que se quer regulamentar, nem a resultados que o direito pretenderia obter. " A definição do direito é dada apenas com base na autoridade que põe as normas, e, portanto com base num elemento puramente formal; b) Imperativismo, porque o direito é um comando que deve ser obedecido pelos súditos de maneira inquestionável, pois irata-se de uma ordem advinda do soberano absoluto que não admite contrariedade.Cf.N. Bobbio: (1996:36-37). Este modelo racional-formalista, portanto, " sacrifica em nome da unidade as várias e diferentes instituições produzidas pela irracionalidade da história; mas é também, ao mesmo tempo, o reflexo do processo de concentração do poder que marca o desenvolvimento do Estado Moderno. Cf. Bobbio (1987:94).

⁵ Segundo Habermas, a teoria dos sistemas desenvolvida por Luhmann teria pontos comunicantes com as formulações de Hobbes no que tange à questão da legitimidade das opções políticas, assim, "na sua forma clássica, o problema hobbesiano tinha se colocado da forma seguinte: de que modo o encontro das perspectivas egocêntricas de indivíduos que agem no interesse próprio pode produzir uma ordem capaz de obrigar os atores individuais a levar em conta os interesses de outros? Esse problema, que ainda não foi resolvido pela teoria da escolha racional, assume uma forma diferente na teoria do sistema. Pois uma ordem que se estabiliza por si mesma tem que ser aplicada a partir da sintonia cognitiva entre perspectivas do sistema. Como se pode ver, a teoria dos sistemas despojou- se da dimensão prática de normas de ação e substituiu o "altruísmo" racionalmente fundamentado por um intercâmbio entre sistemas funcionais. Na versão puramente epistêmica, porém, o problema de Hobbes coloca-se de modo mais agudo, porque o egocentrismo das perspectivas que se entrelaçam não é mais determinado através de orientação valorativa e de preferências próprias, porém através de gramáticas próprias de interpretação do mundo. Sistemas autopoiéticos fechados não compartilham mais um mundo comum, como é o caso dos indivíduos em estado natural. Nesta medida, o problema de uma comunicação eficaz entre unidades autônomas, com perspectivas próprias e operantes de modo auto-referencial, corresponde, de forma bastante precisa, ao problema fenomenológico da construção de um mundo compartilhado intersubjetivamente a partir das realizações monadológicas de sujeitos transcendentais. Cf. Habermas: 1997: VII - 78), grifos nossos.

porâneo, nas quais o paradigma da unidade via centro único propagador de normas, e por consequência, estabilizador de valores objetivos, do tipo kelseniano, não é mais defensável epistemologicamente.

Por conseguinte, nossa intenção é modesta, apenas pretende posicionar a obra de Hobbes como ponto do qual se pode refletir com e a partir de Kelsen e Luhmann, apreendendo, pontos de pre-ocupações⁶ comuns que abrem verdadeiros vasos comunicantes entre as obras destes autores, proporcionando ao leitor que se aproxima de Kelsen e Luhmann, o modo primeiro, pois inaugural, via Hobbes, de reflexão de questões cruciais para a Ciência do Direito, tais como, a legitimação do ordenamento, sua unidade ou contingência, sua função e modo de criação.

Para tanto, iremos, contrapondo Hobbes a Aristóteles, tratar da noção de natureza humana desenvolvida por Hobbes, principalmente a partir das idéias de movimento, imaginação e desejo, após tentaremos demonstrar como esta noção de natureza humana desejante leva Hobbes a formular a noção de estado de guerra de todos contra todos e de como ele irá propor a idéia de Contrato Social estabilizado na figura de uma autoridade legislativa inquestionável para instituir a paz e acabar com o estado de guerra. Após, vamos ver como kelsen re-elabora a solução hobbesiana via estabelecimento do conceito de Norma Fundamental como fator unificador do ordenamento jurídico; ao fim, aludiremos ao modo que Luhmann, abandonando, num certo grau, as soluções propostas por Hobbes e Kelsen, exponencia, num crescendo, o aspecto da fragmentação social nas sociedades modernas, já sugerido, mas não querido, por Hobbes, descrevendo uma Sociedade hiper-complexa da qual já não se pode afirmar, com certeza, qual é, se é que existe, o seu vértice central propagador dos valores imperantes no seio social.

I: A NATUREZA HUMANA HOBBS.

Qual a concepção de natureza humana estava sendo arquitetada no séc. XVII que possibilitou caracterizar a modernidade como instante em que o homem passou a ser definido pela sua insaciabilidade desejante? Como esta nova concepção auxilia-nos a compreender o nascimento do conceito de sujeito para os modernos? Qual a nova formulação da estrutura das paixões humanas foi engendrada, e quais paixões foram levadas a ocupar o topo da hierarquia? Eis, em síntese, alguns

⁶ Preocupações no sentido de que idéias como unidade, diferença, legalidade, autoridade, dentre outras, são tratadas e re-elaboradas por estes pensadores servindo como feixe de leitura e ou solução para os problemas das teorias políticas por eles desenvolvidas. Para o conceito de pre-ocupação na teoria do círculo hermenêutico, cf. Heidegger: (1988: Parte 1 - 312-320).

questionamentos que formam o núcleo das discussões desenvolvidas por Hobbes e que nos permite uma aproximação ao tema.

Frente a uma estrutura clássico-medieval das paixões humanas, que era calçada na relação amor x ódio, a época moderna iria, sobretudo a partir de Hobbes, mudar, progressivamente, a ordem hierárquica das paixões; alçando o par desejo x aversão ao primeiro lugar na escala. As considerações hobbesianas podem ser aceitas como paradigma legítimo para denotar as transformações conceituais iniciadas no séc. XVII, as quais fundaram uma concepção de mundo baseada no indivíduo e laica quanto ao pensamento e fins éticos⁷.

A filosofia clássico-medieval, mormente Aristóteles e São Tomás, defendia ser a ética dos homens subordinada a valores objetivos. Neste clima, as diferenças individuais eram abolidas, e todos deviam respeito e obediência à noção de bem absoluto, seja ele manifestado na forma grega de contemplação da verdade⁸, seja manifestado na forma cristã de contemplação de Deus⁹.

Hobbes desmonta estes argumentos defendidos pela filosofia clássica, em particular reelaborando os conceitos de movimento, imaginação e desejo expostos no seu livro *A Natureza Humana*, chegando à conclusão de que não existe bem absoluto a ser alcançado pelo homem, ao contrário, o que vigora no reino do humano, segundo Hobbes, é o relativismo dos valores, e, portanto, a precariedade quanto aos consensos instituídos.

I.1: O MOVIMENTO.

“O movimento é uma perda ou aquisição contínua, uma forma fluente que se constitui na mudança de relação de um corpo com os outros corpos que o circundam”. (in Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano, pág. 656.)

“Até mesmo a ação, depois de Hobbes, é concebida como movimento”

Raffaele de Giorgi¹⁰

A noção de movimento para os antigos confundia-se com os ciclos- biológicos naturais da vida. Hermeticamente fechado, o movimento das ações humanas podia ser caracterizado como um ciclo que tinha seu início numa necessidade vital

⁷ Monzani, Luiz Roberto - (1995:209)

⁸ Cf. Aristóteles - *Ética a Nicómaco* (X,07,1177 a 20-25)

⁹ Monzani, Luiz Roberto. (1995:66)

¹⁰ De Giorgi. (1998:87)

que redundava num desejo de obter algo que pudesse desaguar na satisfação da necessidade. Uma vez satisfeita, a necessidade inicial daria origem a um novo desejo que garantiria a perpetuação cíclica do movimento.

Para Aristóteles, o movimento é medido pelo tempo segundo o anterior e o posterior, e ele é contínuo. (Fis. IV, II, 220 a 12). Na síntese de W. D. Ross, o movimento, cujo número é o tempo, pode ser, nas considerações de Aristóteles:

*“A generación o la destrucción, el crecimiento, el cambio cualitativo, o el movimiento local, pero el movimiento es medido con a ayuda de su primera especie , el movimiento local, la única especie de movimiento que se desarrolla de una manera regular. Y la forma primordial del movimiento local es el movimiento circular; de allí la concepción primitiva que identifica el tiempo con el movimiento de la esfera celeste y también la concepción que considera las cosas humanas, así como todo -cambio y- el tiempo mismo, como cíclicos.”*¹¹

Ao considerar as coisas humanas como cíclicas, este conceito de movimento circular submetia todas as ações daqueles que estavam sob seu comando aos acidentes da natureza. Por exemplo: um agricultor sempre dependia da natureza, mediante a sazonalidade do movimento das estações, para realizar, a contento, seu trabalho, e conseguir, assim, satisfazer suas necessidades nutricionais¹². Determinado e regular, tal movimento legitimava uma divisão social em estamentos, na qual a mobilidade das relações humanas praticamente inexistia¹³. Estando, este movimento impossibilitava ao homem ser dono do seu amanhã, pois a escatologia deste movimento apontava para um bem absoluto que deveria ser alcançado e no qual este movimento encontraria repouso.¹⁴

Diante desta concepção de movimento que tende ao repouso, Hobbes iria, lançando mão das teorias sobre a geometrização do espaço, instituir para as coisas humanas relacionadas com as paixões da alma um tempo indeterminado, inercial, no qual uma vez o corpo tendo sido posto em movimento, este tenderia a se eternizar numa acumulação linear de desejos ávidos por serem fruídos e saciados. Só um movimento que se interpusse em sentido contrário, faria o movimento originário parar, nesta ocasião, dar-se-ia um conflito de desejos que colocaria em pauta a luta

¹¹ Ross, W. D. (1957:134).

¹² Le Golf, J. (1987:47).

¹³ *idem*. (1987:46).

¹⁴ Aristóteles - Ética a Nicômaco (I, 07, 1097b, 5-25).

pela sobrevivência, ou pelo poder de sobrepujar o outro¹⁵.

No que tange à ética e às regras e leis políticas, Hobbes determina que as faculdades do corpo quase de nada serviriam, pois estas, seguiriam as regras declinadas pelo tipo de movimento circular que governa o ciclo biológico da vida¹⁶. Por outro lado, as faculdades da mente, ordenadas pela imaginação, seriam responsáveis pelos movimentos livres e voluntários que seriam a matéria prima, por excelência, para se conceber a noção de liberdade como “ausência de impedimentos externos”. Noção que esteia o conceito de direito natural hobbesiano¹⁷.

Em conclusão, “enquanto o movimento aristotélico e escolástico carecia de uma causa (eficiente, material, formal e final), o movimento moderno é a causa e se mantém a si mesmo indefinidamente em linha reta no espaço homogêneo que lhe oferece a geometria. Definido como causa eficiente e efeito dos deslocamentos espaciais, é apenas movimento retilíneo uniforme ou uniformemente acelerado, do qual todos os outros, (em particular o movimento do *conatus*) são variantes ou derivados”^{18,19}.

¹⁵ Para Hobbes, “há dois tipos de movimentos que são peculiares aos animais. Um deles chama-se vital; começa com a geração e continua sem interrupção durante toda vida. Deste tipo são a circulação do sangue, o pulso, a respiração, a digestão, a nutrição, etc. Para estes movimentos não é necessária a ajuda da imaginação. O outro tipo é o dos movimentos voluntários, como andar, falar, mover qualquer membro, da maneira como é primeiro, imaginada pela mente. A sensação é o movimento provocado pelos órgãos dos sentidos e parte inferiores do corpo do homem pela ação das coisas que vemos, ouvimos, etc. e a imaginação é apenas o resíduo desse mesmo movimento que permanece depois da sensação (...) a imaginação é a primeira origem dos movimentos voluntários (...) esses pequenos indícios do movimento, no interior do corpo humano, antes de se manifestarem no andar, na fala, na luta e outras ações visíveis, chama-se esforço. Este esforço, enquanto vai na direção de algo que o causa, chama-se apetite ou desejo, sendo este último um nome mais geral, e o primeiro costuma limitar-se a significar desejo de alimento, particularmente a fome e sede. Quando o esforço vai na direção de evitar alguma coisa, chama-se aversão. As palavras apetite e aversão vêm do latim e ambas designam movimento, um de aproximação e outro de afastamento”. Cf. Hobbes.(1988:32), grifos nossos.

¹⁶ Hobbes. (1984:48).

¹⁷ Chauí. M. (1990:53).

¹⁸ Idem. (1990:46).

¹⁹ Para uma bela explanação sobre influência da noção de tempo, e, por conseguinte, de movimento na estruturação do direito contemporâneo consulte-se o ensaio de Raffaele de Giorgi sobre Estado e Direito no Fim do Século, no qual afirma que nos dias atuais a máquina do tempo tornou-se desconexa. Negar e afirmar já não produzem os efeitos da estabilização esperada pelo movimento iluminista que acreditava na eficácia dos conceitos. Agora, o traço do futuro é cego, pois toda determinação de direitos tem gerado exclusão de direitos, de modo que a capacidade de racionalidade jurídica explode com a fragmentação da noção de tempo, tornando-o, o tempo, desgovernado e reintroduzindo a noção de risco como uma determinante imanente do viver humano na contemporaneidade. Cf de Giorgi: (1998:65 e segs).

I.2: DA IMAGINAÇÃO.

“A imaginação é a inércia do movimento que permanece depois da sensação.” (Hobbes)

Para Aristóteles, a imaginação era uma espécie de subproduto da sensação, que designava o processo mental de aparição de um objeto. Em linhas gerais, ela funcionava, de modo passivo, como a faculdade de interpretação do verdadeiro e do falso sobre objetos sensíveis presentes, e como recordação de imagens de acontecimentos passados²⁰.

Por outro lado, no séc. XVII, a imaginação passa a ordenar os mais variados campos do agir humano: ela ordena a ação e a escolha dos meios para realizá-la, ela ordena o conhecimento do presente, a recordação do passado e a conjectura do futuro.

Desse modo, Hobbes via na imaginação a inércia do espírito. A imaginação semelhantemente a um corpo que, posto em movimento, continua a mover-se eternamente, até que encontre um obstáculo, possui a origem do seu movimento indeterminado na sensação. Dada a sensação, a mente conserva a imagem indefinidamente, apesar de que a imagem, com o tempo, pouco a pouco vai tornando-se confusa e declinante²¹.

Neste movimento inercial, além da capacidade de representar um objeto na mente, na ausência deste, a imaginação passa a configurar-se como uma faculdade criadora, poética, capaz de ativar novas representações num processo indefinido, sem fim, que nunca estanca e sempre avança. Tal movimento gera no espírito uma inquietude que redundará, de um lado, em sentimentos de busca de novos prazeres, e, de outro, na aversão que o medo do novo, que é indeterminado, engendra nas almas dos homens.

A imaginação (sensação, percepção, memória, fantasia e linguagem) é, como sintetiza belamente Marilena Chauí, ao comentar textos de Hobbes: “esse lugar enigmático onde transcorrem a passividade (do corpo e da alma, receptores da ação externa) e a atividade (do corpo e da alma, fabricantes das imagens internas). É na e pela imaginação que o desejo divide *appetitus e cupiditas* – realiza seus movimentos, prendendo a alma ao seu corpo e o corpo à sua alma. Enlaçado nas imagens, o desejo enlaça nosso ser à exterioridade (coisas, corpos, e outros),

²⁰ Ross. W.D. (1957:207).

²¹ Hobbes. (1984:59).

carregando-a para nossa interioridade (sentimentos, emoções) e, simultaneamente, enlaça o interior ao exterior, impregnando este último com afetos, fazendo todos os seres surgirem como desejáveis ou indesejáveis, amáveis ou odiosos, fontes de alegria, tristeza, desprezo, ambição, inveja, esperança ou medo”²².

I.3: DO DESEJO

“o prazer é um estado da alma, e para cada homem é agradável aquilo que ama”. (Aristóteles, *Ética Nicomaquéia*.)

“o desejo é o começo do movimento animal em direção a algo que lhe agrada.” (Hobbes, *A Natureza Humana*)

Para Aristóteles, o prazer não é movimento, mas um estado da alma, pois, para ele, os movimentos são incompletos, e o prazer possui uma forma completa, não divisível. Como não há geração da sensação visual, o prazer manifesta-se na adequação do órgão sensorial a cada objeto, pois, “existindo embora prazer para cada sentido (...) o mais completo é o mais aprazível, e o de um órgão em boas condições com relação aos mais nobres objetos é o mais completo; e o prazer completa a atividade”²³.

A atividade humana, para Aristóteles, só será prazerosa quando houver adequação entre o objeto de prazer e a faculdade que o capta.

Se para Aristóteles o desejo realiza-se pela adequação, para Hobbes, ao contrário. “o desejo se realiza num contexto de forças em conflito,

(...) o movimento não é um processo, mas um estado do corpo. (...) Num ambiente antagonônico a função do desejo é restabelecer o equilíbrio do desejante o que, aliás, significa repor antagonismos. Relação inter-corporal, o *conatus*, enquanto desejo, será definido pelos primeiros se realiza num meio ambiente; o desejo será definido pelos primeiros filósofos como tendências à autoconservação que leva o homem a agir de maneira determinada. É o vínculo entre o desejo e ação que transforma o primeiro no principal objeto da ética e da política”²⁴.

O desejo é a nossa propensão para buscar algo que nos agrada com o fim de poder usufruí-lo. Enquanto vivermos estaremos relegados ao indeterminado movimento do desejo em busca da fruição. Não há repouso. Neste clima, a vida é um

²² Chauí.M. (1990:47).

²³ Aristóteles - *Ética a Nicômaco* (X. 04, 1174^a - 1175^a).

²⁴ Chauí.M. (1990:47).

esforço que o desejo implementa para ultrapassar quaisquer obstáculos que o impeçam de ser o primeiro em quaisquer situações que se lhe apresente. A vida é um movimento em desejo, o repouso, a morte²⁵.

Contudo, este eterno movimento em direção ao desejo, ao agradável, não se realiza de maneira pacífica e tranqüila. Ao contrário, segundo Hobbes, a atividade do homem é, a todo momento, impedida pela atividade de um outro. Há uma aquisição e uma perda contínua, que instala o jogo de poder. A realidade fatural do mundo vivido demonstra que a felicidade, em si, não existe; ela é apenas o movimento do prosseguir desejanste, no qual os impedimentos ao prazer são sobrepujados continuamente.

Desse modo, para Hobbes não existe, neste mundo, coisas semelhantes à noção de bem absoluto ou felicidade²⁶. Ele afirma que “devemos ter em mente que a felicidade nesta vida não consiste no repouso de um espírito satisfeito. Pois não existe o “*finis ultimus*” (fim último) nem o *summum bonum* (bem supremo) de que se fala nos livros dos antigos filósofos morais. E ao homem é impossível viver quando seus desejos chegam ao fim, tal quando seus sentidos e a imaginação ficam paralisados. A felicidade é um contínuo processo do desejo, de um objetivo a outro, não sendo a atenção do primeiro senão o caminho para a obtenção do segundo. Sendo a causa disso que o objeto do desejo humano não é gozar apenas uma só vez, mas garantir para sempre os caminhos de seu desejo futuro (...) Assinalo, assim, em primeiro lugar, como tendência geral de todos os homens um perpétuo e irrequieto desejo de poder, que cessa apenas com a morte”²⁷.

Esta natureza humana em movimento, imaginativa e desejanste gera uma inquietude no íntimo de cada qual, passa a existir um autoquestionamento se é possível a convivência coletiva e, sobretudo, individual, perante o perigo de que o outro, tido como força contrária em movimento, pode vir a representar para a integridade física de cada um, dado que quando duas forças, de igual potência, se chocam, a tendência é que se anulem.

Transpondo esta experiência da física para a teoria política, Hobbes criará dois conceitos, o primeiro de Estado de Guerra de todos Contra Todos será aquele em que, na ausência de uma força neutra e potente (O Estado Político), capaz de impedir o choque entre as forças desejanstes (os homens) poderá ocorrer o aniquilamento de todos, vez que o processo de agressão mútua em prol da efetivação dos prazeres egoísticos só poderá encontrar o seu fim quando não mais existir forças

²⁵ *Idem.* 1984: 119).

²⁶ Chauí, M. (1984:47).

²⁷ Hobbes. (1988:60).

que se movimentem em sentido contrário. Tal realidade, segundo Hobbes, levaria os homens, imbuídos do sentido natural da autopreservação, a renunciarem suas forças desejantes subjetivas, e criarem o Estado Político como força objetiva capaz de neutralizar os conflitos individuais, instaurar a paz, e, por via de consequência, garantir a integridade da vida de cada um, donde surge o segundo conceito, a saber: o Contrato Social.

II: O ESTADO DE GUERRA DE TODOS CONTRA TODOS.

Segundo Hobbes, o estado de guerra de todos contra todos ocorre quando inexiste uma autoridade inquestionável capaz de estabelecer regras imperativas a todos, cujos comandos impediriam que os indivíduos continuassem a entrar em choque privado uns com os outros, de modo a que a sobrevivência de cada um, e, *a fortiori*, de todos estivesse em risco.

Todavia, este estado de guerra de todos contra todos hobbesiano é tanto um estado de guerra efetiva, na qual os indivíduos aniquilam-se, mutuamente, quanto um estado de guerra, para usar um termo caro à filosofia da época, imaginária, provocado pelo medo, pelo receio de que o outro, enquanto portador também de uma força desejante, pode vir a atacar-me, atingindo meu núcleo vital, que pode ser minha propriedade, minhas paixões ou mesmo minha vida. Para ilustrar esta guerra imaginária, que antecipa para a mente as possíveis consequências da ação do outro, Hobbes relata a ação de todos nós que ao sairmos de casa trancamos, à chave, nossos cofres, nossas portas, e escondemos nossos bens, até mesmo daqueles que nos são mais próximos²⁸.

A saída deste estado de guerra efetiva e imaginária demandará, segundo Hobbes, a instituição de uma autoridade inquestionável que “**ponha**” regras válidas objetivamente, de modo a conter o “*animus*” dos indivíduos dentro de parâmetros controláveis, possibilitando, assim, que o espaço vital de cada indivíduo seja preservado contra ingerências arbitrarias vindas dos particulares. Para Hobbes, tal autoridade será obtida via instituição de um Contrato.

²⁸ Hobbes. (1988:61).

III: O CONTRATO SOCIAL: SURGIMENTO DA ORDEM JURÍDICA ESTATAL COMO SOLUÇÃO PARA O ESTADO DE GUERRA DE TODOS CONTRA TODOS.

O Contrato Social surge da renúncia que cada indivíduo faz de seus direitos subjetivos de expansão desejante infinita em prol de uma ordem objetiva capaz de proporcionar a garantia, mesmo que mínima, de que o seu próprio espaço vital não será mais invadido pelas vontades particulares, garantindo-lhe, dessarte, uma expectativa de paz e segurança.

Esta ordem objetiva de regras cogentes será posta pelo Soberano escolhido, aleatoriamente, pelo conjunto de indivíduos livres que renunciaram às suas próprias regras particulares, em nome de regras válidas para todos.

Assim, o soberano, na doutrina de Hobbes, chega ao poder por meio de um pacto coletivo instituído pelo conjunto de indivíduos livres, com a única tarefa de instituir regras jurídicas válidas, objetivamente capazes de neutralizar os conflitos particulares, garantindo, assim, a vida de cada um, e por extensão, da própria coletividade.

Se se admite que neste passo argumentativo ainda pode ser apontado um resquício de valor a informar toda teoria de fundamentação do direito em Hobbes, qual seja, a vida, de modo a ensejar até ações de desobediência civil por parte do cidadão que porventura tenha a própria vida ameaçada pelo Estado²⁹. Não resta dúvida que a noção de unidade jurídica garantida pela absoluta centralização da produção normativa na mão da autoridade escolhida pelo soberano irá influenciar as idéias do positivismo jurídico, em particular kelsen, principalmente no que tange à idéia implícita nestes argumentos de que a base do assentimento do povo no respeito à norma não é mais fruto do conteúdo desta, mas sim, de sua origem, isto é, ser advinda da vontade do soberano, o que não deixa de ser, ainda que de modo incipiente, uma doutrina da justificação da legitimidade do direito por via de procedimentos formais que tanto repercutirá no formalismo e no positivismo da virada e início do séc. XX³⁰.

²⁸ Hobbes. (1988:61).

²⁹ Hobbes. (1992: 56).

³⁰ Cf. sobretudo. Bobbio. (1996:35-37).

IV: KELSEN - A UNIDADE DO DIREITO VIA ESTABELECIMENTO DA NORMA FUNDAMENTAL.

Kelsen, quando elaborou sua Teoria Pura do direito, tinha diante de si, a par de algumas tentativas incipientes de sistematizações, uma doutrina justificadora da legitimidade do direito enquanto ordem normativa, bastante fragmentada.

De um lado havia os que justificavam o direito em bases supra-humanas ou metafísicas do tipo: “Lei de Deus (jusnaturalismo de cunho divino), de outro havia os que legitimavam o direito em dados da Natureza, seja ela a força (Maquiavel *cum granu Salis* ou a reta razão (Hobbes, e o jusnaturalismo de cunho racional), outros procuravam justificar o direito pela via do domínio do saber (Platão, e a metáfora do Rei filósofo, e sua recepção pela doutrina política do cristianismo da alta idade média e renascentista, sobretudo Tomásio Campanella e Tomas Morus, e a imagética do sacerdote como fiel depositário do conhecimento adequado para gerir a cidade), outros ainda baseavam a legitimidade do Poder e, em consequência, do direito, no destino (Maquiável, particularmente no conceito de fortuna, ou predestinação legitimadora do poder do Príncipe).

No entanto, nada obstante este alto grau de fragmentação, todas estas teorias justificadoras tinham, na leitura de Kelsen, algo em comum, todas, respeitada talvez a exceção, ainda que parcial, da doutrina do jusnaturalismo racional hobbesiano, algo em comum, a saber: estabeleciam como fonte última do direito e, portanto, como base da validade do ordenamento jurídico, conteúdos valorativos incapazes de propiciar ao direito não só uma base epistemológica única, mas acima de tudo, de estabelecer, de maneira inquestionável, qual seria o objeto gnosiológico do direito e, por via de consequência, o que seria, em si, o próprio direito.

Neste clima, dado que o objetivo principal de Kelsen era estabelecer esta base epistemológica “clara e distinta” do status científico do direito, garantindo-lhe o sentido de unidade, não restou a ele outro caminho senão abandonar os trilhos dantes percorridos pelas doutrinas acima citadas e, num exercício de crítica do passado e elaboração do próprio pensamento, propor uma teoria do direito capaz de, sem lançar mão de valores, autolegitimar-se via instrumentalização dos elementos retirados de si mesma, e, portanto, do próprio direito, assegurando, assim, uma unidade autoregulativa e autogente para o significado de direito.

Desse modo, Kelsen, de um lado lançando mão da Teoria do Conhecimento de Kant, e de outro, ciente das advertências de Hobbes sobre o poder da imaginação sobre a determinação das vontades dos indivíduos, aceita a tese de que a razão possui seus limites, que o querer pressupõe vontade e, em decorrência,

pressupõe incertezas e relatividades de modo que uma ordem social normativa de base valorativa ficaria presa às incertezas da vontade e, incapaz de oferecer os rigores buscados por ele no momento do estabelecimento do objeto do direito³¹.

Será neste passo que a teoria da norma fundamental ganhará relevo na maquiaria conceitual Kelseniana. Fruto e pressuposto da razão, ela será a principal e primeira fonte legitimadora da validade do ordenamento jurídico.

Enquanto pressuposto racional, a norma fundamental não possui conteúdo valorativo, ela não é, portanto, fruto da experiência ou de fundamentos meta-jurídicos. Ela é apenas e tão somente a condição lógico transcendental da validade do sistema jurídico.

Nada obstante, esta norma fundamental não é fruto de uma “descoberta livre”, ela não é uma “nômade” destinada a vagar sempre no reino da abstração. Pelo contrário, Kelsen adverte que a norma fundamental sempre se refere a uma ordem constitucional empiricamente determinada, sendo sua tarefa funcionar como um verdadeiro postulado de fechamento de validade da ordem jurídica. Nas palavras de Kelsen: “sob a condição de pressupormos a norma fundamental devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve..., isto é, em sentido com o ato de vontade constituinte, em harmonia com as prescrições do autor da constituição³²”.

Vê-se, por conseguinte, que a norma fundamental será a norma superior estruturante dos mecanismos pelos quais todos os demais ordenamentos jurídicos serão produzidos. Como ela não possui conteúdo, a ordem jurídica poderá objetivar os valores a serem contidos na preservação normativa, positivados sem receio de que se perca sua unidade sistêmica, inerente ao direito.

De fato, estrutura escalonada, norma superior que produz norma inferior, criação, aplicação e observância do direito, são recursos conceituais pelos quais Kelsen procura demonstrar que a estabilidade buscada por ele para o direito é alcançada ao se estabelecer, tautologicamente, que o direito possui como objeto normas e que é um tipo de norma, a norma fundamental, que dá validade ao próprio

³¹ Segundo Mário Losano, Kelsen teria afirmado que todo juízo de valor é irracional porque baseado na fé e não na razão. Assim, é impossível indicar cientificamente - ou seja - racionalmente - um valor como preferível a outro; portanto, uma teoria científica da justiça deve limitar-se a enumerar os possíveis valores de justiça, sem apresentar um deles como preferível ao outro. Cf. Kelsen (1996:XXVI) . No mesmo sentido, Celso Campilongo comenta que Kelsen “parte da noção, tradicional no pensamento liberal, de que a discordância entre a vontade do indivíduo e as vontades a ele exteriores, notadamente a vontade estatal, é inevitável”.... trata-se do “relativismo filosófico inerente à concepção kelseniana de democracia”. Cf. Campilongo (1997:34-35). Onde se pode ver, por estes trechos o quanto Kelsen pertence à corrente maior dos pensadores que defendem um relativismo quanto ao valor, corrente da qual também Hobbes faz parte.

³² Kelsen. (1987:214 e segs.).

direito e legitima os atos de vontade do legislador constituinte originário que, por sua vez, poderá, ao seu critério, estabelecer o modo pelo qual as outras normas serão produzidas.

Respeitado o postulado da norma fundamental como fonte última legitimadora da validade ordenamento jurídico, postular-se-ia também que as normas possuem diferentes planos numa escala hierárquica de maneira que, seja a constituição advinda por via consuetudinária ou positiva, será ela, materialmente, a estabelecer o modo pelo qual os escalões normativos inferiores serão produzidos, tais como a legislação ordinária, o costume, decretos, decisões judiciais (para kelsen a sentença, além de aplicar, produz direito)³³.

Como será a Constituição que regula os órgãos e o processo legiferante, e os procedimentos pelos quais poder-se-á, um instante posterior, verificar a validade das normas produzidas, a norma fundamental ao atuar como fonte última legitimadora da validade do ordenamento jurídico e, por conseguinte, da constituição, será, em decorrência, o fecho lógico-racional no qual todo o ordenamento e sua estrutura escalonada poderá se dirigir para buscar o fundamento de sua própria validade, produção, aplicação e unidade.

Assim, da análise da função epistemológica da norma fundamental pode-se ver a semelhança de raciocínios entre a teoria de Kelsen e a teoria de Hobbes quanto à necessária neutralidade, no que tange a valores, da fundação da legitimidade, e por via de consequência, da cogência da ordem jurídica positiva.

Com efeito, obedecer ou não tanto a norma imposta pelo Soberano à maneira de Hobbes, quanto obedecer a Norma Fundamental ao modo kelseniano, não é uma questão de fé, mas uma questão de dar um fecho racional ao sistema, imunizando-o contra possíveis contestações, por relativas, de cunho valorativo. Como diz Kelsen comentando a doutrina do direito natural em Hobbes: “Hobbes exclui todo e qualquer conflito entre direito natural e direito positivo. Este - ensina Hobbes - nunca pode entrar em conflito com a razão nem, portanto, com o direito natural, pois o direito natural e o direito positivo estão em correlação um com o outro. O direito natural contém o direito positivo e o direito positivo é parte integrante do direito natural. A obediência ou sujeição ao direito positivo é exigência do direito natural³⁴.

Assim, está aberto o campo teórico para a unificação da idéia de direito. Tanto direito natural quanto o direito positivo são um e somente um, isto é, direito

³³ idem (1987:363 segs.)

³⁴ Kelsen: (1996:111).

positivo posto e estruturado pela reta razão unificadora do relativismo valorativo.

V- LUHMANN - DIREITO E DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL

Para Luhmann, diferentemente das sociedades tradicionais a sociedade moderna caracteriza-se pela diferenciação funcional. Assim, enquanto no universo tradicional as sociedades organizavam-se em segmentos determinados por diferenciação hierárquica, baseados em critérios de desigualdades sociais ontológicos que impediam a intercambialidade entre os estratos, a sociedade moderna (ela mesma um super-sistema comunicacional) organiza-se por meio de subsistemas diferenciados em base funcionais.

Explica-se melhor, a sociedade moderna, segundo Luhmann., é composta de “comunicações” de “sentido” que geram em relação a si mesmas e aos outros “expectativas” e “expectativas” de “expectativas”. Estas comunicações por serem “contingentes” e, *a priori*, infinitas, instaura uma “complexidade” que potencializa a possibilidade de incongruências contrafáticas entre as expectativas, podendo gerar ações patológicas e inadequadas à manutenção do sistema

Ora, a potencialização das comunicações gera - apesar da “complexidade”³⁵ e da “contingência”³⁶ - por condensação semântica de “sentidos”³⁷ - códigos funcionais que identificam, dentro do sistema maior da sociedade, subsistemas sociais cuja “função” é reduzir a complexidade originária mediante a “seleção”³⁸ de esquemas bipolares como o lícito/ilícito (subsistema jurídico); pagar/não pagar (subsistema econômico); poder/não poder (subsistema político).

Realizada esta redução da complexidade via diferenciação funcional dos códigos binários identificadores de cada subsistema, a sociedade moderna pode operar de maneira mais adequada com cada instância do seu vivenciar, permitindo um centro grau de planejamento e imunização de expectativas perante a contingência inerente ao jogo social.

Neste quadro, segundo Luhmann, o direito positivo é considerado pela teoria dos sistemas como o subsistema mais adequado funcionalmente para ofertar expectativas congruentemente generalizadas dentro da ampla complexidade e con-

³⁵ complexidade significa que sempre há mais possibilidades do que se pode realizar. Luhmann.(1983:45).

³⁶ contingência significa que as possibilidades apontadas para as demais experiências podem vir-a-ser diferentes das esperadas.(*idem: ibidem*).

³⁷ sentido é a estruturação de um campo determinado de possibilidades sob um esquema bipolar (Luhmann.1983:97).

³⁸ seleção é a ligação do sistema a um estado que também seria possível de outra forma. Luhmann.(1983:80).

tingência de possibilidade imanentes às sociedades modernas.

Isto dá-se porque no esquema teórico luhmaniano apenas o direito, por ser vigente, válido e institucionalizado é capaz de generalizar expectativas de expectativas via positivação de normas que estabilizam, contrafaticamente, expectativas de comportamento.

Com efeito, diante da existência de complexidade e contingência, introduz-se dentro da sociedade um elemento de “risco”; inseguranças e medo³⁹ dentro do agir, já que sempre é possível que as expectativas sejam desapontadas.

Para estabilizar as expectativas perante desapontamentos Luhmann aponta duas possibilidades que denomina “mecanismos para o encaminhamento de desapontamentos”, a saber: expectativas cognitivas e expectativas normativas.

A diferenciação entre ambas é dada em termos funcionais. Na expectativa cognitiva os sistemas, caso haja algum desapontamento, abrem-se para a realidade e procuram “aprender”, adaptar-se à nova situação. Assim, por exemplo, se se espera que um amigo vá até nosso encontro em dia e hora marcada, e isto não acontece, podemos adaptarmo-nos, cognitivamente, e tomar atitudes como tomar uma cerveja sozinho e lembrar os tempos passados ou ir até ao cinema.

Contudo, haverá situações patológicas ou situações de riscos estruturais nas quais o sistema não pode adaptar-se por meio apenas de expectativas cognitivas. É o caso, por exemplo, se se quiser tirar satisfações, via agressão física, pelo atraso do amigo, ou mesmo situações em que as pessoas teimam em não pagar impostos ou desrespeitar as leis de trânsito.

É perante tais situações que surge o direito como positivador de expectativas normativas, cujo caráter institucional permite neutralizar os comportamentos contrários aos comandos normativos estabilizadores de expectativas de expectativas não imunizáveis contrafaticamente, via desapontamentos ou arbítrios privados.

Generalizando expectativas, o direito torna possível, dentro da complexidade e contingência social, a orientação intersubjetiva de condutas; o planejamento do futuro e a necessária neutralização de comportamentos contrafáticos.

Neutro ao valor, contrário a posicionamentos ontológicos quanto ao conjunto de “seleções” que serão assimiladas pela complexidade social, o direito possui a flexibilidade, a capacidade de auto-observação, e autonomia suficiente para, na relação sistema/meio ambiente, captar as modificações factuais ocorridas ao seu redor e torná-las normativamente relevantes, possibilitando, assim, um alto grau de abertura cognitiva em relação ao meio ambiente, condução necessária para que o

³⁹ Luhmann (1983:55).

sistema jurídico não só acompanhe o eterno vir-a-ser das sociedades complexas, mas também que ele, o direito, funcione como instância instituidora de novas contingências e complexidades, já que na teoria de Luhmann, ao selecionar normativamente expectativas e reduzir complexidades, numa relação paradoxal, o direito abre novos contingências e expectativas contribuindo, também, para instaurar a complexidade e a diferenciação no seio da sociedade moderna.

Por conseguinte, o direito, por sua capacidade de autoprodução interna via autoreferencialidade de seus próprios elementos, vê-se livre de valores “*a priori*” tidos como absolutos, tornando-se capaz de, por meio da “auto-observação” de si mesmo, selecionar dentro do meio ambiente social, fatos que possam servir de esteio para “programas normativos” aptos a gerar expectativas de expectativas congruentemente generalizadas reduzindo, assim, a insegurança no ato de vivenciar, sem, contudo, retirar da sociedade moderna aquilo que lhe é mais caro, a saber: a complexidade e contingência inerente a sistemas sociais organizados com base em diferenciações funcionais.

Contudo, se num primeiro momento Luhmann parece ser otimista em relação à capacidade do direito de fornecer, via institucionalização de programas normativos, uma estrutura de sentido capaz de, minimamente, permitir escolhas sensatas perante o aparente caos proporcionado pela infindável cadeia de escolhas disponibilizadas pelas “comunicações” produzidas no seio das sociedades hiper-complexas, na sequência de seu pensamento isto já não ocorre de maneira tão segura⁴⁰.

Se num certo sentido Luhmann comunga com Kelsen e Hobbes a crença na capacidade da razão, e, portanto, do direito, em organizar a contingência inerente ao viver em sociedade, há um momento em que ele imbui-se de um gradual ceticismo, afirmando que a força da complexidade instaurada na modernidade contemporânea impede que soluções de tipo centralizadoras e, ou, objetivantes de valores do tipo ordenamento jurídico e único estatal, não são mais capazes de estabilizar os sistemas sociais.

Isto ocorre porque, adverte Luhmann, a razão ordenadora possui, em si, uma função paradoxal, de modo que ao criar direitos, respeitando as diferenças e as contingências, abre, *sponte sua*, novas diferenças e contingências, agora não mais causas de inclusão social, pois positivadoras de direitos, mas causas de exclu-

⁴⁰ Esta transição de pensamento parece ocorrer do Luhmann, por assim dizer, mais formalista, do Legitimação pelo Procedimento (1980:37) e da Sociologia do Direito (1983 V-II:116), indo para um Luhman mais cético encontrado no livro em que critica os limites da Teoria do Estado de bem estar Social (1997:36).

são social, pois positadoras e legitimadoras de encargos não imediatamente pertinentes à quem os suporta. Desse modo, criar diretos é, ao mesmo tempo, tirar direitos, de maneira que a exclusão social, agora, não se manifesta mais pela concretude das situações fáticas, mas pelo foro abstrato regra jurídica⁴¹.

Neste passo, “percebe-se, de um lado, o exaurimento da suposta racionalidade monolítica do direito estatal e dos compromissos fundados na sua lógica”⁴², donde é reintroduzida - matizada sob cores de tonagem bem mais fortes, pois que acompanham a complexidade da situação empírico-social que pretendem retratar - a questão hobbesiana da fragmentação dos valores e dos desejos inerentes aos indivíduos, e o *risco*⁴³ de ruptura do tecido social que este tipo de estado de coisas oferece.

Entretanto, indo além de Hobbes, para a teoria dos sistemas luhmaniana não se trata de afirmar que o risco é “uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna”, pelo contrário, diferentemente da noção antropomórfica do risco e da diferença exposta por Hobbes, trata-se, na sociedade contemporânea, de perceber o risco como “uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidades/improbabilidades⁴⁴.

CONCLUSÃO

“Unter der Maske des Füreinander Spielt ein Gegeneinander”

“Sob a máscara do um-pelo-outro viceja o um- contra- o outro”

Heidegger⁴⁵

Do exposto, ao que parece, Kelsen ainda compartilha - apesar também posicionar favoravelmente a um certo grau de relativismo quanto aos valores - com

⁴¹ “Os sistemas sociais da sociedade moderna operam com base na inclusão universal. Mas, dado que inclusão significa tratamento universal do ponto de vista da seletividade da estrutura dos sistemas parciais, inclusão produz exclusão. No sistema da sociedade, assim, universaliza-se uma distinção: inclusão/exclusão. Dado que os sistemas operam na simultaneidade, o presente é o tempo da exclusão. Mais inclusão, significa mais exclusão. Na exclusão reforçam-se as ilegalidades, as diferenças, produz-se a marginalidade, gera-se não-conformidade do agir com base na conformidade do agir”. Cf. De Giorgi (1998:161).

⁴² Campilongo (1997:85).

⁴³ “A perspectiva do risco constitui uma referência fundamental na descrição da sociedade moderna...” Nesta não há escolha entre comportamento arriscado e comportamento seguro, senão uma eleição entre diversas formas de risco com uma distribuição de vantagens e desvantagens e de destinatários das vantagens e destinatários das desvantagens”. Cf. De Giorgi (1998: 199 e 247).

⁴⁴ Cf, sobretudo, de Giorgi (1988:197).

⁴⁵ Cf. Heidegger. (1993:175) tradução nossa.

Hobbes o medo pela fragmentação acentuada das vontades diante da ausência de um referencial objetivo cuja magnitude e autoridade inquestionável possibilite, pelo monopólio da força e do direito, refrear os impulsos dos indivíduos desejanter, contendo a agressividade e estabilizando o jogo social na figura do Estado Leviatã todo poderoso. Daí a grande preocupação de ambos com a idéia de **unidade**. Unidade de poder, unidade de autoridade, unidade de direito positivo e, por via de consequência, unidade de valores objetivos cuja função básica é garantir estabilidade e previsibilidade no agir de cada qual, de modo a instituir um máximo possível de paz social.

Luhmann, ao contrário, se não perde de todo sua preocupação com a idéia de unidade ao desenvolver a noção do direito como gerador de expectativas congruente e generalizáveis que não aceitam ações contrafáticas, irá, ao descrever os sistemas sociais contemporâneos, exponenciar a presença da diferença - já sugerida, mas não querida, por Hobbes quando desenvolve o conceito de indivíduo como força desejante em movimento inercial - advindos, principalmente, segundo Luhmann, com a total inacessibilidade aos valores contidos e ou defendidos pelos sistemas psíquicos. Tal opacidade resultante da queda da filosofia da consciência, torna a possibilidade de uma filosofia da igualdade baseada numa "situação

⁴⁶ Neste passo de sua teoria Luhmann tem sido criticado porque estaria a defender uma espécie de antihumanismo. Entretanto, ao meu ver, estas críticas não são corretas. Vejamos: é certo que Luhmann, na esteira da crítica contemporânea à filosofia da consciência rechaça quaisquer possibilidades de se fundar a sociedade com base no sujeito, seja mediante uma ética auto-reflexiva do tipo kantiana, seja por meio de um possível consenso intersubjetivo obtido por uma razão comunicativa à maneira de Habermas. Para Luhmann, o sujeito é algo impenetrável, restando para a unificação do social apenas comunicações; mas não comunicações inter-subjetivas, mas comunicações de e com comunicações, propaladas no meio ambiente, e não dentro dos sistemas intra-psíquicos. Com isto, Luhmann procura afastar todo e qualquer essencialismo valorativo derivado de uma pretensa consciência esclarecida (termo caro ao Iluminismo), denunciando, ao modo de Espinosa, o perigo de, via manipulação da liberdade de consciência de cada um, quaisquer absolutização de valores. Ele inaugura, assim, a diferença e a contingência comunicacional como o ser do homem nas sociedades hiper-complexas e, por conseguinte, longe de apresentar-se como um pensador conservador como querem seus críticos mais apressados, Luhmann, ao contrário, denuncia o perigo de teorias do tipo "progressistas" cujo positivismo e romantismo disfarçados em propostas de inclusão social, pretendem apenas mascarar a vontade de absolutizar pretensos consensos frutos de suas próprias consciências e, por via de consequência, anular a liberdade de autodeterminação de cada indivíduo. Em Luhmann, o diálogo é efetivado no espaço público do mundo da vida (*lebenswelt*) enquanto meio ambiente do viver dos sistemas intra-psíquicos, e não no espaço impenetrável das consciências alheias. Cf. Luhmann: (1998: 43-44).

comunicacional perfeita” - em que os comunicantes chegam a captar a verdade do comunicado - algo não mais defensável⁴⁶.

De modo que, diante de uma inexorável fragmentação do mundo, resta um contestar silencioso; surdo; e pontual⁴⁷ mas, cujo vigor e potência empurra o indivíduo para regiões do viver mais isoladas que recriam dentro destas valores pretensamente objetiváveis, seja no campo da ética, seja no campo do direito, que as diferenciam do entorno, fragmentando-ordenando a sociedade dentro de uma imponderabilidade e risco da incompreensão da mensagem do outro, tornando a realidade contemporânea uma sociedade sem centro, sem vértice, sem valores objetivos e, portanto, sempre acossada pelo risco da desagregação.

Enfim, a sociedade hiper-controlada via consubstanciação de uma regra fundamental ontologizadora de valores, posta pelo Soberano escolhido pelo povo ao estilo de Hobbes, ou mesmo pela Norma fundamental lógico-abstrata do tipo kelseniana, deixa de ser um horizonte factível, sendo tal paradigma político substituído por uma série de contingências e complexidades que reintroduzem a noção de risco no interior do jogo social a ensejar um direito mínimo, que diante da fragilidade de propostas centralizadoras e unificantes para o ordenamento jurídico, contenta-se em ser apenas um fragmento de sentido a mais dentro do amplo espectro comunicações e seletividades aberto pela complexidade instaurada no “mundo da

⁴⁶ **Silencioso** no sentido de que os eloquentes e estrondosos gritos das multidões guiadas por valores e idéias político-emancipatórias de tipo iluminista ou marxista que defendiam a redenção do homem na terra são cada vez mais inexistentes; **surdo**, porque quando tais manifestações ocorrem, a insensibilidade instaurada pela massificação das informações quase não disponibiliza ouvidos aptos a distinguir as mensagens e, portanto, ainda que em potência, propensos a escutá-las; **pontuais**, pois, se algum resquício de reivindicações passa pelo filtro das insensibilidades e ainda resiste, estas palavras de ordem quase sempre ressoam apenas em ambientes isolados, fora do coletivo maior, e sem a preocupação com a emancipação do todo, pleiteando, por consequência, apenas interesses particulares ou de grupos específicos. Um bom exemplo deste tipo de contestação silenciosa, surda e pontual pode ser obtido via observação do movimento operário contemporâneo, cuja perda de referencial coletivo de seus pleitos é marcante, passando de um sindicalismo de classe de tipo marxista, cuja meta primeira seria a emancipação do proletariado, para um sindicalismo de resultados, cujas bandeiras são mais “concretas” e “pragmáticas” do tipo tornar o operário em um membro da sociedade de consumo à qual está inserido e da qual, inexoravelmente, não pode escapar.

⁴⁷ Exemplo de disciplina jurídica dogmática que tem sido bastante influência pela teoria dos sistemas luhmaniana no que tange à defesa de um direito mínimo é o Direito Penal, particularmente pelo teoria da imputação objetiva desenvolvida por Günther Jakobs e a defesa de que não cabe ao direito penal reformar moralmente o infrator, pois sua consciência, enquanto sistema intra-psíquico, é, como defende a teoria dos sistemas, impenetrável. Dessa forma caberia ao Direito apenas regulamentar, mínimamente, os atos externos que se entendesse, relevantes funcionalmente para assegurar o viver social, sem pretender impor valores ético-morais a quem quer que seja. Cf. Jakobs (1997:156 e segs).

vida” (*lebenswelt*) contemporâneo⁴⁸.

Complexidade e risco, eis os paradigmas de uma sociedade que compõe sua **unidade** via **diferenciação** e fragmentação dos sistemas do agir e vivenciar humanos, donde ainda ser possível afirmar, respeitadas as imperfeições e os limites de um ensaio sobre idéias comunicantes, que a modernidade instável insinuada por Hobbes teve seu fecho em Kelsen e ainda dormita em Luhmann.

BIBLIOGRAFIA:

ALCOVER, G. Pilar. 1993: *El Derecho en La Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona. Ed. José M. Bosch S.A.

AMADO, A. G. Juan. 1997: *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Colômbia. Universidad Externado de Colombia.

ARANTES, E. Paulo. 1985: *Ideologia e economia em Hobbes*, in -Filosofia Política 2. Pensamento Filosófico Brasileiro IV. P. Alegre: Ed. LPM.

ARISTÓTELES. 1988- *Ética a Nicômaco* - Coleção Os Pensadores- Abril Cultural- SP.

BARALDI, CORSI, ESPOSITO. 1989. *Glossario del Termini de la Teoria Del Sistemi di Niklas Luhmann*. Ed. Montefeltro.

BOBBIO, Norberto. 1965: *El Problema del Positivismo Jurídico*. Buenos Aires. Ed. Universidad de Buenos Aires.

———. 1987: *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. S. Paulo. Ed. Brasiliense.

———. 1991: *Thomas Hobbes*. R. Janeiro. Ed. Campus.

———. 1992: *Estado, Governo, Sociedade*. S. Paulo: Ed. Paz e Terra.

———. 1996: *O Positivismo Jurídico*. S. Paulo: Ed. Ícone.

CAMPILONGO, F. Celso. 1997: *Direito e Democracia*. S. Paulo. Ed. Max Limonad.

CHAUÍ, M. - 1990 - *Os Laços do Desejo*, in *Desejo*, ed. Companhia de Letras- SP.

CONSTANT, Benjamin: 1985: *Da Liberdade dos antigos comparada à dos Modernos* - in *Filosofia Política 2*. Ed. LPM. - P. Alegre:

DERRIDA, Jacques. 1993: *A Voz e o Fenômeno*. Ed. Jorge Zahar. R. Janeiro. —

———. 1995: *A Escritura e a Diferença*. Ed. Perspectiva. S. Paulo.

GIORGI, Raffaele. 1998: *Direito, Democracia e Risco*. P. Alegre. Ed. Sérgio

Antonio Fabris.

HABERMAS, Jürgen. 1997: *Direito e Democracia Entre facticidade e validade*. R. Janeiro. Ed. Tempo Brasileiro.

HEIDEGGER, Martin. 1988: *Ser e Tempo*. Petrópolis. Ed. Vozes.

———. 1993: *Sein und Zeit*. Ed. Max Niemaeyer - Tübingen

HOBBS - 1984 - *A Natureza Humana* - Ed. Casa da Moeda - Lisboa - Portugal

———. 1988: *Leviatã*, S. Paulo. Ed. Nova Cultural. volume I

———. 1988: *Leviatã*, Volume II. Ed. Nova Cultural. S. Paulo.

———. 1992: *Do Cidadão*.. Ed. Martins Fontes. S. Paulo

———. 1994: *Human Nature and De Corpore Politico*. Ed. Oxford. N. York.

JAKOBS, Günther. 1997: *Derecho Penal Parte General - Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Marcial Pons-Madrid.

KELSEN, Hans. 1987: *Teoria Pura do Direito*. Ed. Martins Fontes. S. Paulo

———. 1996: *O Problema da Justiça*.. Ed. Martins Fontes. S. Paulo

———. 1998: *Teoria Geral do Direito e do Estado*. S. Paulo. Ed. Martins Fontes.

Le Goff, J - 1987 - *Tempo da Igreja e Tempo do Mercado*. Ed. Paz e Terra-SP

LOSANO, G. Mario. 1992: *Teoría Pura del Derecho*.. Ed. Temis. Colômbia

LUHMAN, Niklas. 1998: *Complejidad y Modernidad*.. Ed. Trotta. Madrid

LUHMANN, Niklas. 1980: *Legitimação pelo Procedimento*. Ed: Universidade de Brasília. Brasília-DF

———. 1983: *Sociologia do Direito I*: Ed. Tempo Brasileiro. R. Janeiro

———. *Sociologia do Direito II*. R. Janeiro. Ed: Tempo Brasileiro. 1985

———. 1990: *Sociedades y Sistema: La Ambición de la Teoría*. Barcelona. Ed. Paidós Ibérica S.A.

———. 1997: *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Ed. Alianza Universidad. Madrid.

LUHMANN, Niklas. GIORGI, Raffaele. 1995: *Teoria Della Società*. Ed. Franco Angeli. Italy.

MONZANI, R. Luiz. 1995: *Desejo e Prazer na Idade Moderna*. Ed. Unicamp. Campinas.

RICOEUR, Paul. 1991: *Lectures 1*. Ed. Du Seuil.

ROSS. W. D. 1957 - *Aristóteles* - Editorial Sudamericano, Buenos Aires,

SANTOS, S. Boavetura. 1989: *Introdução a uma Ciência Pós Moderna*.. Ed. Graal. R. Janeiro

