
TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS: UMA ABORDAGEM INTRODUTÓRIA AO PENSAMENTO DE NIKLAS LUHMANN.

Theory Of Social Systems: An Introductory Approach To The Thought Of Niklas Luhmann.

Marjorie Corrêa Marona^{*}

RESUMO: O presente artigo pretende inserir-se no debate sobre a saturação das matrizes epistemológicas tradicionais de análise do fenômeno jurídico, fundamentadas na relação linear entre sujeito e objeto e a consequente necessidade de superação das teorias do direito forjadas sob essas bases, apresentando, como alternativa condizente com a complexidade da sociedade contemporânea, a Teoria dos Sistemas Sociais, elaborada por Niklas Luhmann. Com efeito, a introdução de influxos advindos do construtivismo permite à Teoria dos Sistemas Sociais superar a relação linear sujeito/objeto de conhecimento, introduzindo um componente autológico que leva à conclusão de que o paradoxo é constitutivo da realidade, na qual, por óbvio, se insere o direito. Ademais, a introdução de desenvolvimentos forjados no contexto de outras disciplinas, permite à teoria sistêmica desenvolver um aporte conceitual revolucionário, o que se refletirá, no âmbito jurídico, na propositura de algumas soluções aos limites antes impostos pela Teoria Pura do Direito, exemplar do substrato epistemológico tradicional.

PALAVRAS-CHAVE: sistema, Luhmann, direito, sociedade, ciência.

ABSTRACT: This present article aims to insert itself into the debate on the congestion of traditional epistemological matrix analysis of the legal phenomenon, based on the linear relationship between subject, object and the consequent need to overcome the theories of the law created under these databases, presenting an alternative consistent with the complexity of contemporary society, the theory of social systems, developed by Niklas Luhmann. Indeed, the introduction of cash inflows arising from constructivism to the theory of social systems to overcome the linear relation subject / object of knowledge by introducing a human autologous component that leads to the conclusion that the paradox is constitutive of reality, which, obviously, if insert law. Moreover, the introduction of developments forged in the context of other disciplines, enabling the systems theory to develop a revolutionary conceptual contribution, which will be reflected in the legal sense, in bringing some solutions before the limits imposed by the Pure Theory of Law, an exemplar of the substrate epistemological tradition.

KEY WORDS: system, Luhmann, law, society, science.

INTRODUÇÃO

As considerações epistemológicas estão sempre na base de qualquer concepção teórica do Direito, com consequentes reflexos na sua dinâmica de compreensão, criação e aplicação.

O presente texto pretende inserir-se no debate sobre a saturação das matrizes epistemológicas tradicionais de análise do fenômeno jurídico, fundamentadas na relação linear entre sujeito e objeto e a consequente necessidade de superação das teorias do direito forjadas sob essas bases.

Para tanto, tomam-se por base os conceitos de “ciência” e de “sistema” erigidos no âmbito da Teoria dos Sistemas Sociais para apresentar algumas das consequências justeóricas resultantes de uma tal estruturação.

Partindo do panorama epistemológico moderno da Ciência do Direito, de tradição iluminista, passando pela conversão metodológica savignyana e alcançando a perspectiva da Teoria dos Sistemas, evidenciaremos suas matizes, influxos e reflexões como ponto de confluência da tradição sistêmica sociológica e do positivismo jurídico.

É que a introdução de influxos advindos do construtivismo permite à Teoria dos Sistemas a superação da relação linear sujeito/objeto de conhecimento, introduzindo um componente autológico que leva à conclusão de que o paradoxo é constitutivo da realidade, na qual, por óbvio, se insere o direito.

^{*}Graduada em Direito, Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG, professora de História Geral do Estado e do Direito da ESDHC e pesquisadora do CNPq.

Ademais, a introdução de desenvolvimentos forjados no contexto de outras disciplinas, permite à teoria sistêmica desenvolver um aporte conceitual revolucionário, o que se refletirá, no âmbito jurídico, na propositura de algumas soluções aos limites antes impostos pela Teoria Pura do Direito, exemplar do substrato epistemológico tradicional, e, ainda, na concepção de que o direito é um sistema parcial da sociedade, operativamente fechado, ou seja, que realiza sua *autopoiesis* na rede recursiva de produção do próprio sistema.

1 PANORAMA EPISTEMOLÓGICO

Podemos dizer que, desde o seu nascimento, a ciência jurídica se viu às voltas com o problema de sua cientificidade¹.

A tradição iluminista europeia descreveu a sociedade a partir do pressuposto de que a razão era uma propriedade intrínseca dos homens, os quais – por isso mesmo – constituíam a sociedade.

Pensava-se, portanto, que a razão regulava as ações, que podiam ser orientadas para fins justos e, no âmbito jurídico, acreditava-se que o direito se originava na razão, e que, por isso mesmo, através dele seria possível realizar as condições justas da sociedade.

A concepção iluminista de que somente a razão podia se observar, de que somente a razão era reflexiva – no sentido de que somente a razão (sujeito) era racional – implicava em descrições da sociedade – e das teorias do conhecimento e da ciência, que lhe fundamentavam – que exprimiam um tal convencimento.

Razão (sujeito) e natureza/sociedade (objeto) estavam, portanto, em posições contrapostas, resultando em um pensamento linear que se move do sujeito ao objeto. (NICOLA, 1994)

Sob esta ótica, os sistemas desenvolvidos pelo *jur racionalismo* eram sistemas fechados de pesquisa da verdade com base em um método.

A pesquisa da verdade portava a individualização de normas válidas, as quais se legitimavam em virtude de seu conteúdo e forma, enquanto o método garantia legitimidade científica à verdade individualizada na forma normativa e os axiomas postos como fundamento do sistema, conferiam validade material às normas.

Em maior ou menor medida, pode-se dizer que a ciência jurídica moderna não abandonou o método sistemático próprio da reflexão *jusnaturalista*, mas, após a virada para o paradigma juspositivista², afastou o caráter de pesquisa da verdade, atribuindo-lhe o caráter de método da organização logicamente correta da produção normativa, da disposição hierárquica dos princípios e das normas.

O tema da verdade foi, então, banido do método, que passou a emergir da pesquisa de um fundamento de legitimação externo ao ordenamento jurídico, expresso no princípio da legalidade.

¹ Com efeito, se pudermos colocar a jurisprudência romana nos quadros de uma teoria da ciência, deve-se fazer referência à tradição aristotélica e ao critério da racionalidade que impõe às teorizações jurídicas um estilo muito peculiar de busca de premissas suficientes, mas não necessariamente fortes para elaborar um raciocínio, o que dá ao direito um caráter de algo que o jurista não se limita a aceitar, mas constrói de modo responsável, colocando-se o problema da cientificidade do direito, a problemática da ciência prática, do saber que não apenas contempla e descreve, mas também age e prescreve. (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 04)

² O processo de positivação do direito importa na passagem da validade tradicional ou transcendental para a validade decisionista da ordem jurídica, que tem por consequência a produção de uma legislação consciente de sua validade por força de decisão, a qual se processa no sistema político. (GRIMM, 2006, p. 02)

O ordenamento jurídico revelado pela teoria do direito positivo, portanto, substituiu o originário tema da verdade pelo tema da legalidade, de sorte que a ciência não mais pesquisava a verdade, mas, ao contrário, teria por escopo a construção de um sistema orgânico de proposições não contraditórias, um sistema fechado, que dispunha de instrumentos para superar as antinomias e de princípios suficientes para acolmatar às lacunas³.

Entretanto, depois de Kelsen, teórico deste desenvolvimento, a epistemologia jurídica ingressou em um período de transição – do pós-guerra ao final dos anos sessenta – no qual, reconhecendo a necessidade de uma fundação teórica do direito que superasse a imanência metodológica, empenhou-se em desenvolver uma fundamentação não positiva do direito.

Contudo, nem a positividade – como forma do direito moderno – nem o processo de produção do direito – processo que transformava determinada subjetividade em objetividade válida – poderiam ser rediscutidos, pois a categoria na qual a positividade do direito se estruturava e o pressuposto de que a liberdade da modernidade se concretizava na forma jurídica eram postulados intocáveis⁴, o que levou à conclusão de que o problema não derivava (do fato) da positividade, mas do positivismo (enquanto movimento), sendo, portanto, um problema filosófico.

As disciplinas fundamentais da ciência do direito⁵, que deveriam corresponder a uma artificiosa autonomia do direito não estavam aptas a fornecer respostas para a problemática apontada, o que justifica a busca por modalidades de observação do direito que tornem acessíveis a modernidade do direito moderno e as diferenças evolutivas que caracterizam determinados ordenamentos jurídicos.

Isso é, buscava-se uma matriz teórica capaz de descrever o direito como sistema particular de absorção de incertezas e não como estrutura de certezas.

A incapacidade de tais disciplinas reside no fato de que observam o direito a partir de perspectivas que refletem exclusivamente o modo pelo qual o direito observa a si mesmo,

³ Certo é que no âmbito da ciência jurídica, a conversão metodológica mencionada, ainda que inscrita na perspectiva epistemológica tradicional (relação linear entre sujeito e objeto), se deu pela assunção do princípio da positividade do direito como ponto de partida da ciência, uma vez que o direito positivo constitui um sistema empiricamente dado que deve ser organizado, explicado e interpretado de algum modo, de sorte que, nesse contexto, o direito positivo é a referência exclusiva da ciência, é o objeto da ciência, o universo de significado exclusivo da ciência jurídica, o que significa que não há que se falar em ciência ou método cujo critério de validade seja independente do objeto de estudo, pois é o objeto que impõe à ciência determinado procedimento, cujo caráter de cientificidade está vinculado a sua capacidade de explicitar seu ponto de partida. (ROCHA, 1997)

⁴ Com efeito, o processo de positivização do direito permitiu a regulação jurídica de diferentes âmbitos da ação social – que antes eram excluídos – e permitiu adequar a complexidade do direito à crescente complexidade de uma sociedade que se diferencia de um modo distinto daquele estratificatório – característico das sociedades medievais – tendo possibilitado, ademais, a ampliação da autonomia da política em relação à religião, contribuindo para a estabilização da moderna organização da política, qual seja, o Estado, de sorte que era preciso, então, fundamentar o direito em outra coisa que não na positividade, afirmar que o direito não é lei, mas expressão da justiça e que esta é o sentido do direito: o direito se faz na história, mas esta história é diversa daquela que materialmente se exprime no ordenamento jurídico, de sorte que é preciso buscar o sentido do direito e realizá-lo na história, como instância material da justiça. (LUHMANN, 1990, p. 165-174)

⁵ Referimo-nos à divisão das disciplinas tradicionais que compõe a ciência do direito: teoria, filosofia e sociologia do direito. (DE GIORGI, 1981, p. 23-50)

ou seja, elas representam pontos de vista da reflexão⁶, não sendo capazes de observar a sua observação do direito.⁷

Observar é praticar uma distinção, de sorte que, quando a teoria afirma que “o direito é...”, está, na verdade, praticando uma distinção entre direito e sociedade que constitui a distinção diretriz da observação, contudo, tais teorias se ocupam de uma parte da distinção, ignorando a outra parte, o que faz com que definam seu objeto independentemente da distinção da qual é, na verdade, apenas uma parte; e, é justamente em função disto que nenhuma teoria do direito, como pontos de vista de observação interna, é capaz de fornecer respostas à problemática explicitada.

Com efeito, considerando o direito como objeto do conhecimento, construindo-o como ordenamento do comportamento humano – como sistema de normas que possuem características especiais que as distinguem de outros sistemas normativos – determinando sua função como a tutela de determinados interesses e criticando a seletividade desses interesses, ou, em suma, considerando fundamental para o ordenamento jurídico o problema da validade, as teorias do direito buscam descrever o problema da normatividade com referência exclusiva a este mesmo aspecto, revelando-se pontos de vista parciais da auto-observação.

As teorias do direito são, portanto, teorias da reflexão, ou seja, esquemas através dos quais o direito descreve a si mesmo. (LUHMANN, 1985, p. 87-103)

A resposta apresentada pela teoria dos sistemas importa na introdução de um nível superior de observação que permite perceber que as diferenças entre as teorias do direito estão ligadas à parcialidade ou à limitação da forma de observação utilizada, demandando uma observação do direito a partir de um nível de observação superior, em que se considera o sistema como operações de comunicação.

A opção pela teoria dos sistemas, como marco teórico que nos permite (re)pensar o direito como sistema da sociedade se justifica, portanto, pela introdução de um nível de observação que seja capaz de descrever o direito como aquisição evolutiva da sociedade moderna e de revelar os paradoxos constitutivos do direito e a função das teorias e das operações que elas tornam possíveis, utilizando-se de uma lógica particular que permite a colocação da questão da unidade das distinções e possibilita, então, a descrição das formas de diferenciação social.

Ademais, uma tal teoria contém, em seu interior, uma teoria dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, substituindo a distinção direito/sociedade pela diferença sistema/ambiente, a qual admite a observação do direito como direito da sociedade.

Assim, a reflexão dos sistemas parciais precisa ser guiada por uma teoria da sociedade que permita a descrição do direito como sistema parcial da sociedade moderna.

A teoria da sociedade, que então se apresenta, considera exaurida a função exercida pelo projeto de razão iluminista, partindo, ao contrário da tradição, da premissa de

⁶ A reflexão é uma espécie de auto-referência que utiliza a específica distinção entre sistema e ambiente. Os sistemas auto-referentes sempre exercitam determinados modos de observação, que é uma operação que consiste em manipular um determinado esquema de diferenças, ou seja, quando se observa se elege um dos lados que compõe a diferença e se descreve o que se vê de acordo com o lado eleito. Pois bem, a reflexão é a operação que consiste na observação do sistema de si mesmo, com o que estabelece determinados procedimentos de seleção e reduz a complexidade do ambiente que o circunda.

⁷ A auto-reflexão, para a teoria dos sistemas, é o produto da auto-observação dos sistemas, que desenvolvem teorias a respeito de si mesmos, ou seja, trata-se de uma teoria do sistema no sistema. (LUHMANN, 1990, p. 363-397)

que a produção da teoria é produção da sociedade e que, portanto, a teoria é parte do objeto de que se ocupa.

Superam-se, assim, os modelos epistemológicos tradicionais, centrados na relação linear entre sujeito e objeto do conhecimento, ao introduzir-se a ideia da auto-implicação da teoria, revelando a pretensão fundamental de que a própria disciplina sociológica se converta em uma reflexão sistemática, dispensando fundamentos de seu próprio método que sejam emprestados de outras disciplinas, na convicção de que é possível compreender todos os fenômenos sociais a partir de seus próprios fundamentos. (LUHMANN, 1993, p. 27)

Nesse contexto, a sociologia se erige como ciência universal que implica tudo o que concerne a seu campo, e como ciência fundante, que é capaz de captar absolutamente todos os fenômenos sociais a partir da sociedade.

2 LUHMANN E A TRADIÇÃO SISTÊMICA SOCIOLÓGICA

A teoria dos sistemas, em meio a uma sociologia que há muito renunciou ao propósito de pensar a sociedade como um todo, aborda a sociedade na qualidade de sistema, o qual possibilita a diferenciação na sociedade e governa a evolução mesma, de sorte que as teorias parciais dos sistemas de funções (economia, política, direito...) restam enquadrados dentro de uma *teoria geral do sistema da sociedade*. (LUHMANN, 1993, p. 9-10)

A garantia e o sustento do método da sociologia devem situar-se, portanto, no âmbito de incumbência da disciplina mesma, de maneira que ela possa dar conta de seus pressupostos primeiros, estando obrigada, ademais, a captar a si mesma como parte integrante do objeto sobre o qual se ocupa.

A legitimação da disciplina consiste, então, em uma operação de auto-sustento, do que se segue uma postura reflexiva e crítica, coincidente com a auto-fundamentação da disciplina sociológica: se a sociologia aspira a ser ciência fundante deve captar a si mesma e legitimar-se, em seu desenvolvimento, partindo de uma reflexão que esclareça o caráter autológico de seus conhecimentos. (LUHMANN, 1996, p. 13)

A primeira dificuldade que se apresenta diz respeito à relação circular que a teoria impõe com seu objeto, já que o intento de descrever a sociedade pode-se efetuar somente na sociedade, de sorte que a descrição realiza o descrito e no momento em que é colocada deve descrever-se a si mesma, pelo que se pode dizer que a teoria da sociedade apresenta, forçosamente, um componente *autológico*, que, não tendo sido tratado de forma coerente pela tradição sociológica, inviabilizou a confecção de uma teoria plausível da sociedade.

O conceito de sistema a que aqui nos referimos é um conceito muito peculiar, que parte da ideia de forma, que é a forma de uma distinção, limite que assinala uma diferença e constringe a determinar que parte da forma é indicada.

O sistema se define, precisamente, por sua diferença em relação ao seu ambiente; diferença que se inclui no mesmo conceito de sistema, ou seja, o sistema inclui sempre em sua constituição, a diferença em relação a seu ambiente e só pode ser entendido como tal a partir dessa diferença.⁸

⁸ O sistema, que contém em si mesmo a diferença com seu ambiente é um sistema auto-referente e autopoietico, ou seja, é um sistema que pode criar sua própria estrutura e os elementos de que se compõe.

Indicar e distinguir são operações simultâneas, ou seja, quando se efetua uma distinção, se indica uma parte da forma e, ao mesmo tempo, a outra, de sorte que cada parte da forma é a outra parte da outra, ou seja, nenhuma é algo em si mesma, mas se atualiza pelo fato de que se indica essa parte e não a outra.

A forma é precisamente a distinção mesma, na medida em que obriga a indicar uma ou outra parte, razão pela qual não pode realizar sua própria unidade, que não pode ser observada sem a ajuda da forma.

Cada operação de observação⁹ utiliza uma específica distinção inicial que permite a aquisição de informação sobre o que é observado, a partir da qual é possível proceder-ser a posteriores distinções, de sorte que a diferença inicial delimita o campo possível da observação.

Determinar, indicar, conhecer e atuar, enquanto operações, consistem, portanto, na fixação de uma forma, com a conseqüente instauração de uma diferença.

Cada vez que a forma assinala uma parte de uma distinção – com o pressuposto de que já outra parte que vem simultaneamente determinada – ganha relevo a questão do paroxo da observação, que surge sempre que tentamos aplicar o esquema da observação a si mesmo.

O sistema vê-se, então, forçado a elaborar técnicas de *desparadoxização*, na tentativa de evitar o bloqueio de suas operações. (LUHMANN, 1998, p.123-143)

Esse aporte conceitual permite que se conceba a forma sistema como a unidade da diferença sistema/ambiente e que, a partir desta distinção, se organize a consistência da teoria, ou seja, o contexto de uma multiplicidade de distinções.

Convém esclarecer que sistema e ambiente, como partes de uma forma, podem existir separadamente, mas não podem existir uma sem a outra, já que a unidade da forma permanece pressuposta como diferença.

A diferença mesma, contudo, não é fundamento das operações, de sorte que um sistema não pode dar-se independentemente de seu ambiente, mas se constitui, justamente, ao traçar, mediante suas próprias operações, um limite que o distingue daquilo que, como ambiente, não o pertence. (LUHMANN, 1990, p.17)

As operações, portanto, são possíveis somente como operações de um sistema, ou seja, nenhum sistema pode operar fora de seus limites, mas sem um ambiente do qual se diferencie não é possível identificar-se um sistema - um âmbito autônomo no qual existam condições específicas que não possuam uma coincidência ponto por ponto com os estados do ambiente.

Fixar um limite, portanto, não significa isolar o sistema, pois, mesmo que as operações sejam sempre internas, se constata várias formas de interdependência entre sistema e ambiente.

Cada sistema, portanto, necessita de uma série de pressupostos do ambiente: para um sistema social, por exemplo, é necessária a disponibilidade de sistemas psíquicos capazes de participar na comunicação, bem como um ambiente físico que a permita, dentre outros.

O ambiente, por outro lado, nunca é “em si mesmo” ambiente, mas sempre é ambiente de um sistema do qual constitui o “externo”, ou seja, dado um sistema, tudo o que não entra pertence, globalmente, ao ambiente, que é, portanto, distinto para cada sistema.

O ponto de partida da teoria sistêmica, entretanto, não é o sistema nem o ambiente, mas a distinção entre eles, para a qual ambas partes são igualmente imprescindíveis, ainda que a capacidade de atuar, como prerrogativa do sistema, constitua uma assimetria na relação

⁹ A observação é um tipo específico de operação que utiliza uma distinção para indicar um lado ou outro lado da própria distinção, ou seja, toda vez que um sistema opera mediante distinções, realiza observação.

sistema/ambiente, a qual se reflete no fato de que só no sistema se pode efetuar um *re-entry* da mesma distinção.

É dizer, os sistemas podem aplicar a si mesmos a distinção sistema/ambiente, ou seja, os sistemas podem distinguir-se a si mesmos em relação a seu ambiente através de uma operação que se verifica no próprio sistema, o que significa que os sistemas usam a si mesmos como ambiente para a construção de sistemas parciais, que constituem próprias distinções sistema/ambiente pressupondo a redução de complexidade operada pelo sistema mais compreensivo com respeito ao ambiente indeterminado. (LUHMANN, 1993, p.38)

Nota-se que a teoria dos sistemas não se baseia em princípios *apriorísticos* fundamentais, mas, ao contrário, é construída sob uma *diferença-guia* que se decompõe em posteriores distinções, as quais possibilitam a aquisição de informação.

Nesse contexto, o conceito de *autopoiesis* ajudou a esclarecer as relações existentes entre sistema e ambiente: os sistemas autopoieticos são os que produzem por si mesmos não apenas sua estrutura, mas também seus elementos constitutivos.

Os elementos não têm existência independente, são produzidos pelo sistema, justamente porque são utilizados como distinção, ou seja, os elementos são distinções que produzem diferença no sistema, sem correspondência no ambiente.

No plano temporal os elementos são operações.

A noção de *autopoiesis*, portanto, diz respeito não apenas à organização estrutural do sistema, mas a própria constituição de seus elementos, entendidos como componentes últimos do sistema, indecomponíveis.

O sistema autopoietico é capaz de produzir os elementos dos quais se compõe, definindo, dessa maneira, sua unidade (sua diferença em relação ao ambiente), o que não importa em ignorar a existência de certas dependências com relação ao ambiente.

Para melhor compreensão devemos introduzir o conceito de *clausura operacional* que, longe de significar isolamento causal, falta de contato ou uma espécie de segregação do sistema, quer indicar, tão somente, que cada abertura do sistema se apoia em um fechamento desse mesmo sistema.

Destarte, só os sistemas operativamente fechados podem construir uma alta complexidade própria, a qual pode servir para especificar os aspectos sob os quais o sistema reage às condições do seu ambiente, ou seja, o conceito de sistema remete ao conceito de ambiente e, por isso, o sistema não pode ser isolado nem lógica, nem analiticamente.

O fechamento operacional do sistema significa que a produção de novos elementos depende das operações precedentes do próprio sistema e constitui o pressuposto de operações seguintes e uma tal rede de operações autopoieticas do sistema – destinada a produzir e reproduzir os elementos, processos e estruturas que compõem o sistema – evidencia o fato de que os sistemas sociais operam de modo auto-referencial, quer dizer, designam qualquer coisa com o que se identificam, do que fazem parte, sendo, portanto, sistemas fechados.

A sociedade, enquanto um sistema fechado, produz comunicação através da comunicação, mas não se comunica consigo mesma ou com seu ambiente, produzindo unidade a partir da realização das comunicações através da reiteração recursiva e da antecipação recursiva de outras comunicações. (LUHMANN, 1993, p. 50-51).

Inobstante o aporte conceitual inovador, a teoria dos sistemas se inscreve na tradição *vétero-europeia* no que diz respeito ao conceito de sociedade, pois a teoria da sociedade é a

teoria do sistema social omniabarcador, que inclui em si os demais sistemas sociais, na mesma linha do que defendia Aristóteles, quando definia a comunidade da vida cidadina como a mais importante comunidade que encerrava em si todas as outras.

Naturalmente que todos os componentes da definição são apreendidos de maneira distinta pela teoria dos sistemas, já que o que se tem por objetivo é a construção de uma teoria da sociedade moderna para a sociedade moderna.

Destarte, a sociedade é, agora, compreendida como um sistema – e, como dissemos, a forma do sistema é a distinção entre sistema e ambiente.

Isso não quer significar, contudo, que seja suficiente uma teoria dos sistemas a partir da qual, mediante um procedimento lógico, se possa deduzir o que se há de entender por sociedade, mas, ao contrário, faz-se necessário proceder a determinações posteriores, especificando a peculiaridade dos sistemas sociais e, dentro dos sistemas sociais, a peculiaridade do sistema da sociedade, para que se possa compreender a sociedade como um sistema social omniabarcador.

Para tanto, distinguem-se três níveis de análise da sociedade: (1) a teoria geral dos sistemas, e nela a teoria geral dos sistemas autopoieticos; (2) a teoria dos sistemas sociais e (3) a teoria do sistema da sociedade, como caso particular da teoria dos sistemas sociais. (LUHAMNN, 1993, p. 44)

No plano da teoria geral dos sistemas autopoieticos (auto-referenciais, operativamente fechados), se pode alcançar verdadeiras decisões conceituais e resultados de investigações empíricas que podem ser utilizados para outros sistemas deste tipo, como o cérebro, por exemplo.

Contudo, uma tal teoria exige que se indique, com precisão, a operação que realiza a autopoiesis do sistema e que, deste modo, delimita o sistema relativamente ao seu ambiente, o que, no caso dos sistemas sociais (segundo plano de análise) sucede mediante a comunicação.

Com efeito, três são os tipos fundamentais de sistemas auto-referentes: os sistemas vivos, os sistemas psíquicos e os sistemas sociais, sendo que cada um deles se diferencia por sua própria operação autopoietica e pelo modo através do qual constroem seu próprio espaço de operação e redução de complexidade.

Enquanto a vida caracteriza os sistemas vivos e a consciência os sistemas psíquicos, a comunicação é o traço característico dos sistemas sociais, pois possui todas as propriedades necessárias para a realizar a *autopoiesis* do sistema social.

A comunicação é uma operação genuinamente social porque pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, mas, precisamente por isso, como unidade, não pode ser imputada a nenhuma consciência, ou seja, é social porque de nenhum modo pode ser produzida uma consciência comum coletiva, quer dizer, não se pode chegar ao consenso no sentido de um acordo completo e, ainda assim, a comunicação funciona.

Dito de outro modo, a comunicação é autopoietica na medida em que pode ser produzida só em um contexto recursivo com outras comunicações, ou seja, a comunicação é uma operação provida da capacidade de se auto-observar.

Isto é, cada comunicação deve comunicar, ao mesmo tempo, que ela mesma é uma comunicação e deve dar ênfase a quem há comunicado e o que há comunicado para que a comunicação que se coloca possa ser determinada e possa continuar a autopoiesis.

Certo é que uma tal observação pressupõe o uso de uma distinção específica entre o ato de comunicar e a informação, o que significa que os sistemas sociais podem construir-se só como sistemas que observam a si mesmos, o que nos força a renunciar a uma fundamen-

tação da sociologia em uma teoria da ação, emergindo daí o problema relativo ao fato de que o sistema está obrigado a uma contínua auto-observação.

Tendo em vista, ademais, que a observação é uma operação que depende da distinção e que no seu ato de operar se coloca como *terceiro excluído*, toda a auto-observação está condicionada por um ponto cego, ou seja, é possível só porque não pode ver que está vendo. (LUHMANN, 1993, p. 15)

Destarte a comunicação se coloca como a unidade da diferença entre informação, ato de comunicar e compreensão; o que, para a auto-observação é utilizado pela comunicação para poder estabelecer se a comunicação posterior deve reagir frente às dúvidas sobre a informação, frente a supostas intenções do ato de comunicar ou frente à dificuldade de compreensão, tendo por consequência o fato de que nenhuma auto-observação está em condições de compreender a plena realidade do sistema que ela realiza, podendo, apenas, eleger soluções substitutivas, o que sucede mediante a eleição das distinções com as quais o sistema efetua auto-observações.

No plano da teoria dos sistemas sociais (segundo nível de análise), o que interessa é a peculiaridade dos sistemas autopoieticos que podem ser captados como sistemas sociais.

É nesse plano que se deve determinar a operação específica cujo processo autopoietico leva à formação dos sistemas sociais nos ambientes correspondentes, de sorte que, nesse plano, a sociedade aparece como um sistema entre muitos outros e pode ser confrontada com os sistemas de organização ou o sistema de interação entre presente, por exemplo.

Tudo o que se disse até agora vale para todos os sistemas sociais, mas se passarmos para o terceiro nível de análise, em que se deve tratar a especificidade do sistema da sociedade, será possível observar, em toda a sua evidência e importância, os problemas da multiplicidade das possíveis auto-observações, pois é no terceiro nível de análise que se manifesta a especificidade do sistema da sociedade.

É aqui que se deve articular o significado do caráter *omniabarador* que remonta às proposições aristotélicas, na base das quais está claramente o paradoxo que afirma que um sistema social, entre outros muitos, inclui a si e, ao mesmo tempo, a todos os outros.

Com efeito, a sociedade, como sistema social *omniabarador*, não conhece sistemas sociais para além de suas fronteiras, por isso, não pode ser observada de fora, de sorte que a sociedade constitui um caso extremo de auto-observação policontextual, o caso extremo de um sistema que está constringido à auto-observação, sem atuar para isto como objeto, sobre o qual possa existir uma opinião correta.

Na formação da teoria dos sistemas convergem a tradição sistêmica sociológica – conforme pontuado – e o positivismo jurídico, sendo que este último, recebe um tratamento que ultrapassa as considerações tradicionais, o que permite a superação de limites no âmbito do pensamento jurídico.

3 LUHMANN E O POSITIVISMO JURÍDICO

A teoria dos sistemas apresenta o direito como a estrutura de um sistema social parcial que na evolução social se diferencia e se especifica funcionalmente, explicitando o fato de que, no interior do sistema, se procede à construção de outro sistema, de forma reflexiva e recursiva, utilizando a diferença sistema/ambiente.

A história e a evolução do direito, nessa medida, representam o gradual isolamento evolutivo do processo de diferenciação e de especificação funcional, através do qual se fixa

e se autonomiza uma estrutura seletiva de expectativa normativa de comportamento, uma estrutura que se estabiliza através de mecanismos de generalização congruente.

Com efeito, os sistemas parciais da sociedade atingem um grau de autonomia operativa, tornando-se autopoieticos, na medida em que se especificam no cumprimento de uma função, que revela a relação entre o sistema parcial e a sociedade.

Nesse contexto, os subsistemas (sistemas parciais) especializam-se na resolução dos principais problemas do sistema global.

O direito, enquanto sistema parcial da social da sociedade, constitui sua função social justamente pelo alto grau de discrepância existente entre os modos de funcionamento dos mecanismos de generalização das expectativas, os quais podem gerar expectativas contraditórias.

Trata-se de um (sub)sistema que utiliza possibilidades de conflito para a generalização congruente das expectativas comportamentais normativas, ou seja, a função do direito consiste na prestação seletiva efetuada pelo sistema, o qual escolhe expectativas comportamentais suscetíveis de generalização congruente, imunizando-as simbolicamente no confronto com outras possibilidades.

O estado atual deste processo é definido pela positividade do direito.

Com efeito, o processo histórico de positivação do direito corresponde à passagem da validade tradicional ou transcendental do direito para uma validade decisionista e tem por consequência a realização do direito positivo por meio de uma legislação consciente de sua validade em função de uma decisão.

Positivo, portanto, é o direito que é posto e que vale por força de uma decisão, de sorte que como norma, o direito estabiliza expectativas de comportamento e, nesse sentido, o direito é uma estrutura seletiva que se constitui na força de uma escolha operada em meio a possibilidades diversas.

A potencialidade de redução da complexidade de que o direito é capaz deriva do fato de que as expectativas de comportamento isoladas venham fixadas normativamente.

Uma vez fixada normativamente a estrutura, por sua vez, é preciso imunizá-la das desilusões através de processos de generalização e de institucionalização.

Isso possibilita o tratamento concomitante da estrutura como disponível e indisponível para aprender, ou seja, como resistente à desilusão e como capaz de adaptar-se; como variável e invariável.

Essa é uma situação que se realiza, justamente, em função da positivação do direito, em cuja estrutura, expectativas de comportamento institucionalizam-se como invariáveis e como variáveis, isto é, como expectativa normativa de comportamento e como expectativa cognitiva de comportamento.

A grande conquista evolutiva da positivação do direito, portanto, consiste no fato de que ela estabiliza a estrutura de expectativas normativas ao mesmo tempo em que legitima toda a “transformabilidade”, ou seja, ela fixa como resistente à desilusão alguma estrutura de expectativa, mas, ao mesmo tempo, mantém constantemente presente, como possíveis, as demais possibilidades temporariamente excluídas através da seleção operada.

A positivação do direito, nesse sentido, realiza a co-presença da certeza e da incerteza, isto é, tem a função de efetuar a construção de estruturas de expectativas que são, em medida crescente, arriscadas, sob o plano evolutivo do improvável, em conformidade com o desenvolvimento social. (DE GIORGI, 1981, p. 219)

R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 1, p. 94-114, jan. / jun. 2009

Esse tratamento contraditório das estruturas (a positividade do direito), opera sob o fundamento da diferenciação do sistema, realizando, simultaneamente, um imenso acréscimo da complexidade e da contingência do direito, que ajusta a requisição de direito de uma sociedade com um alto grau de diferenciação.

Destarte, com a complexidade do direito cresce também a contingência, tendo em vista que o direito positivo é uma estrutura seletiva de expectativas normativas de comportamento, mas a seleção permite que subsistam como possibilidades aquelas que foram excluídas.

Orientações para a escolha, portanto, são sempre presentes e possíveis: o diverso, como possibilidade, como incerteza, existe ao mesmo tempo na realidade e na certeza isolada da estrutura, ou seja, a possibilidade do diverso é institucionalizada, e com ela, a disponibilidade de aprender também o é.

É dizer: assim como o direito é posto por força de uma decisão, em virtude da qual adquiriu sua validade, pode também ser transformado por uma decisão, sendo necessário apenas que o tema que deva ser *juridicizado* ou o direito que deva ser transformado passe por um processo de filtração que o produza seletivamente e o isole como direito em relação a outras possibilidades que continuam a se fazer presentes.

Positividade do direito significa, nessa perspectiva, decidibilidade e “transformabilidade” de estruturas que selecionam expectativas normativas de comportamento.

O direito positivo emerge, então, como a legalização da “transformabilidade” do direito, e a positividade, enquanto presença contínua do diverso como possível, é contingência, de sorte que o direito positivo se caracteriza pela consciência da contingência.

4. LUHMANN E O DIREITO COMO DIREITO DA SOCIEDADE

Como vimos, o conceito de positividade, usualmente, designa o caráter estatuído do direito, contudo, no entendimento tradicional a positividade é dogmatizada, ou seja, estatuída por força própria, possibilidade que é, de regra, rechaçada pela tradição sociológica, que não aceita a concepção de “fonte do direito” que não expresse, ao mesmo tempo, a forma de surgimento e as bases da vigência do direito. (LUHMANN, 1990, p. 07)

Com efeito, a decisão legislativa não pode ser tratada como a causa explicativa da vigência do sentido estatuído por uma norma, pois existem sempre outras causas, preliminares, frequentemente mais importantes que a própria decisão.

A função legislativa, nessa perspectiva, não reside na criação do direito, mas na seleção simbólica de normas enquanto direito vinculativo, ou seja, envolve um “filtro processual” pelo qual todas as ideias jurídicas devem passar para tornarem-se socialmente vinculativas enquanto direito.

Esse processo, longe de gerar o direito propriamente dito, apenas fornece sua estrutura em termos de inclusões ou exclusões, de sorte que da proeminência especial do processo decisório legislativo e sua relevância na positivação da vigência do direito não se pode depreender sua criatividade ou causalidade.

O direito, ao contrário, resulta de estruturas sistêmicas que permitem o desenvolvimento de possibilidades e sua redução a uma decisão, que consiste, por sua vez, na atribuição de vigência jurídica a decisões, de sorte que uma tal vigência está referida a um fator variável: uma decisão.

Com efeito, o fato histórico da decisão legislativa não constitui um indício suficiente para a positividade do direito daí resultante, se observarmos, por exemplo, o sistema jurídico romano e o germânico, que não se traduziram plenamente em direito positivo, poderemos concluir que o critério não está na “fonte do direito”, no ato individual da decisão, mas sim na experimentação constante e atual direito.

A positivação, outrossim, logra a legalização de mudanças legislativas, ou seja, traz a “presentificação da possibilidade de modificação de qualquer direito”, o que implica em uma concepção abstrata do tempo, pressupõe um nivelamento do tempo, no sentido de que se torna irrelevante a partir de que momento o direito é estatuído, ou seja, para que seja possível estatuir um princípio de direito deve-se, agora, abandonar a noção de que teria existido um “momento irretornável” em que o direito houvesse sido gerado, ou mesmo a noção de que haverá momentos que não estarão “maduros” para a legislação.

A positivação, ademais, não permite a diferenciação qualitativa entre um direito antigo e um direito novo, de sorte que a questão se reduz, em última análise, à vigência ou não de determinadas normas jurídicas, o que, por outro lado, mantém a consciência de que o direito a cada momento vigente é resultante de uma seleção, de que ele vige por força de seleção, modificável a qualquer tempo.

Em razão disso, pode-se concluir que o caráter estatuído do direito (sua positividade) significa contingência, significa que a vigência se baseia no próprio ato de estatuir-se, e, a consciência desse caráter estatuído só poderá ser mantida se o processo decisório seletivo não se perder em uma pré-história imperscrutável, mas, ao contrário, permanecer visível enquanto possibilidade constantemente presente.

O direito positivo, então, pode ser caracterizado pela consciência de sua contingência, ou seja, ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte de experimentação jurídica para o caso de que seja oportuna uma modificação do direito vigente.

Daí que, através da reestruturação do direito no sentido da positividade, sua contingência e sua complexidade são acrescidas e elevadas a um outro plano, com novas condições estruturais, novas possibilidades de organização, novos riscos e problemas, o que exige que a congruência do direito seja assegurada de uma nova forma.

Porém, assim como a sociedade moderna é produto de evolução¹⁰, a positividade do direito também o é, de sorte que podemos observar o modo como o direito estabilizou conquistas evolutivas altamente improváveis através de mecanismos de variação, seleção e re-estabilização, que se apresentam de forma variada, mas que indicam uma crescente diferenciação e interdependências recíprocas.

No âmbito do direito, a função de variação é atribuída à multiplicidade e à carga conflitual das expectativas normativas; a função de seleção aos procedimentos decisórios; e a função de re-estabilização, à formulação regulativa do direito válido, sendo certo que tais mecanismos se diversificam historicamente e a evolução do direito se sustenta, justamente, sobre sua separação e interdependência.

¹⁰ A evolução não é aqui concebida como um processo causal imanente do sistema, mas, ao contrário, ela realiza, no confronto com o ambiente – que é sempre mais complexo que o sistema – uma potencialidade para a aprendizagem que transforma a estrutura sistêmica, de sorte que a diferença sistema/ambiente é um dos pressupostos da evolução, já que nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo. (LUHMANN, 1990, p.40)

Com efeito, as estruturas dos sistemas sociais são constituídas em forma de expectativas sobre expectativas, considerando-se que a expectativa nada mais é do que a temporalização de um agir possível, a antecipação de uma factualidade que pode ou não se verificar.

Dai que o problema dos desapontamentos é imanente à constituição de expectativas, em face do que foram desenvolvidas estratégias de orientação no caso de ocorrências desse tipo.

O recurso à estabilização de expectativas normativas propicia a institucionalização da indisponibilidade para a aprendizagem, ou seja, a expectativa é mantida em termos contrafáticos, de sorte que a institucionalização da aprendizagem se dá ao nível das expectativas cognitivas, na possibilidade de modificação da expectativa em caso de desapontamento.

A generalização das expectativas, através da constituição das estruturas, por outro lado, as imuniza contra outras possibilidades, propiciando ao sistema uma estável indiferença contra a diversidade.

Na dimensão temporal essa estratégia gera segurança contra desvios e desilusões singulares, através das normas (expectativas estabilizadas em termos contrafáticos); na dimensão social proporciona proteção contra o dissenso, mediante a institucionalização de expectativas; e, na dimensão material, proporciona proteção contra incoerências e contradições que impossibilitariam a comunicação, mediante a sedimentação das expectativas em relação a pessoas, papéis, programas e valores.

É justamente a separação de âmbitos funcionais distintos para o tratamento dos principais problemas da sociedade que possibilita a posituação do direito que é, ao mesmo tempo, pressuposto para a consolidação da diferenciação funcional, na medida em que o direito positivo efetua prestações imprescindíveis para a estabilização dos demais sistemas parciais da sociedade.

Nessa medida, a positividade do direito é pressuposto da sociedade moderna.

A posituação do direito consiste, então, em um tratamento contraditório das estruturas com base na diferenciação dos sistemas: o direito é institucionalizado como sendo modificável.

Com isso se adquire a possibilidade de um direito diferenciado, em termos temporais, o que, como já pontuamos, aumenta a complexidade material do direito, aumenta o número de temas simultaneamente passíveis de tratamento jurídico, já que para um tema integrar materialmente o direito não é mais necessário que se comprove que ele sempre tenha feito parte do direito.

Torna-se possível, então, um alto grau de detalhamento de normas jurídicas frente às circunstâncias rapidamente mutáveis e fortemente diferenciadas da sociedade moderna.

Entretanto, um direito tão amplamente potencializado tem que vigorar, concomitantemente, para um número cada vez maior de pessoas, cada vez mais diferentes entre si, ou seja, tem que se tornar cada vez mais independente do conhecimento e sentimento individual e, mesmo assim, ser aceito.

Isso só se torna possível através da minimização da participação individual, a fim de que sejam institucionalizadas mudanças tão rápidas e visíveis e uma ampla disseminação do direito.

A positividade do direito realiza, portanto, a prestação, aparentemente paradoxal, que consiste na “institucionalização das expectativas de comportamento como indisponíveis a aprender e, ao mesmo tempo, como capazes de adaptação, como invariantes e variáveis ao mesmo tempo”.

Isso significa que são utilizadas estratégias normativas e cognitivas de estabilização do sistema.

Com efeito, no âmbito jurídico, a positividade possibilita o funcionamento de um refinado mecanismo que permite a combinação da normatividade e da cognição, ou seja, do fechamento normativo e da abertura cognitiva do sistema, respectivamente.

O direito positivo é aquele estatuído e vigente por força de decisões, mas isso não implica em uma aproximação com o positivismo jurídico clássico, pois os planos da gênese e da validade do direito não se confundem, já que o critério da positividade não reside em uma suposta “fonte” do direito, mas, ao contrário na sua experimentação como essencialmente contingente.

A ampliação do horizonte de possibilidades jurídicas, fruto da positividade, não pode ser compreendida pela teoria tradicional, que restringe a função do direito apenas à manutenção de padrões de comportamento vigentes e à regulamentação de conflitos, ignorando que a qualidade do direito surge e modifica-se a partir da confrontação com outras possibilidades.

A classificação das famosas fontes do direito, por exemplo, nada mais é do que a construção de um observador (jurista dogmático) que atribui a produção do direito aos processos decisoriais, o que é facilmente perceptíveis para um observador de segunda ordem (na esfera da teoria da sociedade), que pode, então, compreender que os procedimentos decisoriais visam a selecionar normas como direito.

Daí porque, se partirmos da concepção de estrutura e função do direito – originadas no conceito reconstruído de positividade - verificamos uma profunda modificação no que tange à separação tradicional entre os âmbitos do ser e do dever-ser, esvaziando-se totalmente a distinção validade/eficácia, normatividade/faticidade.

É que as teorias jurídicas tradicionais descrevem o modo pelo qual o direito se auto-observa e, por isso, referem a normatividade à coercibilidade, a validade à hierarquia das fontes e a função ao controle social do comportamento, mediante a imposição de sanções positivas e negativas, não logrando, contudo, fornecer respostas convincentes sobre a especificidade da normatividade jurídica, afirmando, tautologicamente, que normativo é o que pertence ao direito e o que pertence ao direito é normativo.

A teoria dos sistemas, por outro lado, possibilita a concepção do direito como sistema auto-referente, operacionalmente fechado, dentro do sistema global da sociedade, o que implica na existência da *autopoiesis* dentro da *autopoiesis*, no sentido de que o sistema jurídico opera como parte da rede de operações da sociedade, fazendo-o, é verdade, de maneira autônoma.

A sociedade tolera/promove a emergência de tão alto grau de autonomia dentro dela, através do mecanismo da diferenciação funcional que, no que tange ao direito positivo, é tornada possível pela codificação binária direito/não direito e pela orientação à função do sistema jurídico.

A diferenciação funcional e a positividade do direito possuem, portanto, uma ligação de interdependência recíproca, pois é a separação de âmbitos funcionais distintos para o tratamento dos principais problemas da sociedade que permite a positividade do direito, com os riscos que ela acarreta, devido a sua imanente contingência.

E uma tal positividade pode ser “suportada enquanto tal” tendo em vista a ampliação das possibilidades de controle da consistência das decisões, alcançada pela institucionalização de mecanismos reflexivos.

Assim, a diferenciação funcional permite a estabilização da reflexividade na medida em que isola núcleos significativos que podem ser aplicados a eles mesmos, o que significa, no âmbito do sistema jurídico, que a própria decisão a respeito da mudança ou manutenção do

direito torna-se objeto de decisão, implicando na existência de normas procedimentais que regulam o procedimento decisório.

A estabilidade não se refere à manutenção de valores ou finalidades de normas superiores, mas à utilização de normas procedimentais de maneira uniforme, no curso do procedimento que elas regulam.

Já destacamos, por outro lado, que a diferenciação funcional de um sistema é possível graças à orientação a uma função e à estruturação interna na forma de uma codificação binária que orienta as suas operações.

Ressalte-se, contudo, que o fato de o sistema jurídico ser um sistema normativo não significa que seja constituído por normas (entendidas como conteúdo de dever-ser), pois a normatividade, no âmbito da teoria dos sistemas, está relacionada com a manutenção das expectativas comportamentais em termos contrafáticos.

A normatividade jurídica, ademais, se diferencia de outros tipos de normas (como as morais ou as religiosas) pela especificidade de seu código binário e pelo modo como combina o fechamento (operacional) e a abertura (cognitiva) do sistema.

A resposta da Teoria Pura do Direito para a questão da especificidade da normatividade jurídica parte da distinção entre direito e ciência do direito, em razão do que KELSEN afirma a possibilidade de um conhecimento científico do objeto do direito, isento de componentes morais.

Por fechamento operacional entende-se o fato de que as operações sempre reproduzem o sistema, sendo sistema normativo na medida em que apenas o próprio sistema confere normatividade aos seus elementos.

A circularidade das operações sistêmicas se estabelece, então, pela referência à arquitetura normativa válida do direito, movida pelos programas de decisão, com conteúdos sempre variáveis: “decisões são legalmente válidas apenas em base de normas porque tais normas são válidas apenas quando implementadas por decisões”. (LUHMANN: 1982,06)

A simples relação entre decisão e norma faz, portanto, com que nos encontremos em presença de um círculo auto-referencial: a decisão não seria decisão, caso não reagisse à expectativa da norma e o cumprimento da norma é uma decisão, porque é escolhido contra a possibilidade de desvio da própria norma e isso só pode ser assim pelo fato de existir uma norma geral. Por outro lado, a norma não seria norma, caso a decisão não fosse produzida.

Pode-se, em verdade, hierarquizar essa relação num sentido de uma graduação de níveis lógicos, mas isso conduziria a uma regressão infinita, de sorte que a causa geradora (do direito, em última instância) seria utilizada para estabelecer uma assimetria dentro da qual o direito é sempre o que possibilita construções e modificações jurídicas, interrompendo-se o círculo auto-referencial.

Kelsen opera sobre o pressuposto de norma fundamental sem contemplar uma problematização dessa decisão, ou seja, para ele é suficiente que o sistema não se deixe ameaçar pela lógica: a apreensão do paradoxo é impedida.

Com efeito, Kelsen parte do pressuposto de uma teoria do direito, enquanto ciência, de sorte que a validade da norma fundamental deve-se a uma instância exterior – que neste caso é a ciência – e que permite que ela permaneça como hipótese, não obstante continuar a possuir uma função normativa diretriz de operações.

Isso significa que, partindo da premissa do fechamento do sistema a solução teria de ser buscada com recurso a uma técnica lógica de diferenciação de planos e a norma fundamental

teria de representar o plano mais elevado do sistema, o que, de fato, não resolve todos os problemas, pois não resta claro o que pressuporia cada diferente nível e como ocorreria a passagem de um nível ao outro, ou em que sentido se qualifica esta passagem como lícita ou ilícita.

A concepção luhmanniana, portanto, de que o fechamento do sistema é reconhecido pela validade nada tem a ver com a *Grundnorm* de Kelsen, como hipóteses de uma norma básica que constitui fonte de validade das demais normas do ordenamento jurídico, pois Luhmann entende que a observação (reconhecimento) do fechamento do sistema mediante a utilização do símbolo da validade não é suficiente para explicar como é produzido esse fechamento.

Os sistemas autopoieticos operam de maneira recursiva, ou seja, são simetricamente estruturados, de sorte que cada elemento adquire qualidade normativa (validade) na rede autopoietica e, em termos de normatividade, existe simetria em relação à lei e à sentença judicial, pelo que não existem hierarquias de normas.

Esse aporte nos permite apontar a insuficiência da TPD no que tange à introdução da norma fundamental como pressuposto de validade e unidade do sistema, como uma semântica de fusão entre normatividade e cognitividade, entre dever-ser e ser.

Porém, como a pura simetria conduz a tautologias, faz-se necessária a introdução de assimetrias para a operacionalidade do sistema, o que se dá através de orientações cognitivas.

Isso significa que a auto-referência do sistema jurídico implica sempre em hetero-referência concomitante, ou seja, auto-referência em relação às normas e hetero-referência em relações aos fatos (informações).

Uma teoria que possa compreender a autonomia como condição para uma simultânea independência e dependência do sistema em relação ao ambiente necessita de um conceito de sistema capaz de combinar auto-referência e hetero-referência como pressuposto das operações sistêmicas.

Essa distinção aparece no sistema jurídico como distinção dos aspectos normativos e cognitivos, em que, no primeiro caso, tem-se uma qualidade jurídica que caracteriza a decisão normativa e, no segundo, considera-se o ambiente social do sistema jurídico dentro de uma perspectiva histórica e objetiva.

O aspecto normativo refere-se à clausura operacional do sistema, entendido como a efetividade de toda operação que transmite uma qualidade normativa e que deve pressupor e empregar essa qualidade, enquanto o aspecto cognitivo refere-se à abertura ao ambiente, o qual se torna possível por meio da própria clausura do sistema.

A qualidade deontológica das normas caracteriza-se, então, como uma modalidade de expectativas, que é enaltecida por ser uma pretensão normativa, já que as expectativas dão um sentido normativo à pretensão, na medida em que possibilitam a manutenção de sua promessa, mesmo em caso de decepções.

Destarte, a validade normativa é uma validade que tem uma intenção contrafactual e é manifesta na forma de uma ausência de disposição para aprender, ou seja, recusa a adaptação das expectativas no caso de decepções: a validade normativa corresponde, então, a clausura do sistema jurídico.

O sistema reproduz a si através de operações recursivas fechadas, de forma que o sentido normativo produzido se realiza a partir da base de sentido normativo, ou seja, o sistema não pode obter sua qualidade normativa do ambiente e tão pouco fornecer tal qualidade ao seu meio envolvente, pois toda comunicação que se refere às normas jurídicas é comunicação interna ao próprio sistema.

Todo contato com o meio externo (ambiente) terá, portanto, que tomar uma outra forma de expectativa e deverá, dessa maneira, ser concebida como cognitiva, de sorte que o processo de aprendizagem - a disposição cognitiva para conhecer - corresponde à orientação do sistema jurídico sobre o seu meio envolvente e assenta em textos (não em decisões), tais como as teorias dogmáticas.

Um sistema jurídico, portanto, no que toca à sua reprodução tem que estar apto a aprender, mas, se a auto-referência só pode ser produzida no interior de um sistema auto-referencial e não pode fornecer nenhuma diretiva externa para sua crítica ou seu melhoramento - pois a *autopoiesis* dos sistemas referenciais opera sob a condição de uma clausura recursiva -, então o próprio sistema terá de prover meios de diferenciar e recombina as orientações cognitivas e normativas.

Isso só será possível mediante a programação condicional e a codificação binária.

Por condicionamento quer-se significar que determinados eventos dentro do sistema (como as decisões, por exemplo) são ativados apenas se outros eventos se verificarem, ou seja, “são condicionados por informações pré-programadas”.

Contudo, tais programas condicionais, considerados como normas, não são invalidados frente a comportamentos desviantes, pois para a sua aplicação requer-se a capacidade de lidar e aprender.

Trata de um mecanismo capaz de combinar orientações normativas e cognitivas, que adquire uma forma básica que pode ser assim enunciada: “se forem preenchidas determinadas condições, então se deve adotar uma determinada decisão”. (LUHMANN, 1983, p. 28)

É através do esquema *se/então* que a contingência dos comportamentos pode ser combinada com a contingência da imposição do direito (sanção).

Aquele que decide precisa somente conhecer e interpretar seu programa para verificar se as informações nele previstas existem ou não, de sorte que os problemas interpretativos da atividade judicial e da dogmática constituem ponto de abertura cognitiva do sistema.¹¹

Por outro lado, o código binário do sistema é justamente a estrutura que organiza sua *autopoiesis*, a rede recursiva de reprodução de expectativas normativas com referência a expectativas normativas, mediante a combinação de auto-referência e hetero-referência, o que, no âmbito jurídico, se expressa pela contínua necessidade de decidir entre direito e não direito.

Nessa medida, o código binário possibilita a delimitação do sistema jurídico, funcionando como regra de atribuição e de cognição, de sorte que a unidade do sistema não exige recurso a formas ou princípios superiores, mas trata-se, ao contrário, de uma questão de fato: a verificação sobre a referência de uma comunicação à legalidade ou ilegalidade de determinado evento, o que depende, contudo, de suas possibilidades conectivas.

A tese luhmanniana consiste em que é a diferenciação ente código binário e programa condicional que organiza a *autopoiesis* do sistema jurídico, pois o sistema deve decidir como alocar os valores do seu código, para o que são necessárias decisões, as quais requerem a construção de regras normativas (programas) para conectá-las à rede autopoietica.

Podemos, agora, compreender melhor o que já havíamos pontuado: que os sistemas parciais da sociedade, no curso da evolução social, atingem um grau de autonomia operativa - ou

¹¹ Pontuamos mais uma distinção fundamental entre as teorias luhmanniana e kelseniana, essa relativa à interpretação, pois enquanto Kelsen tem dificuldades para lidar com o tema, nos limites que sua teoria impôs, Luhmann desenvolve, sem problemas, as questões relativas à interpretação.

seja, tornam-se sistemas autopoieticos - na medida em que se especificam no cumprimento de uma função, sendo para tanto estruturados sob a forma de um código binário.

Definido funcionalmente, o direito não é concebido em termos da constância de uma dada qualidade ontológica do “dever ser”, mas expressa principalmente a expectativa da vigência contrafática da norma, ou seja, o fato de que a vigência da norma é experimentada e institucionalizada independentemente da satisfação efetiva ou não da norma.

Portanto, o sentido do “dever-ser” não é menos fático do que o do ser, pois “toda expectativa é fática...o fático abrange o normativo”.

O “dever-ser” não é outra coisa que não a estrutura de um sistema social cujas seleções ativam mecanismos condicionais, utilizando a faticidade dos eventos e dos comportamentos e, justamente porque há uma alto grau de discrepância entre os modos de funcionamento de tais mecanismos (de generalização de expectativas) - os quais podem, como vimos, generalizar expectativas incompatíveis - é que o direito está apto a constituir sua função social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: LUHMANN X KELSEN

Do nosso trabalho de reconstrução do pensamento de Luhmann emergem os conceitos de “ciência” e de “sistema” subjacentes, apresentados como condicionantes de uma construção teórica complexa, muito embora se possa asseverar seja legatária também - em maior ou menor escala - do positivismo jurídico.

Como vimos, o positivismo, em suas diversas matizes, reflete o chamado processo de positivação do direito, que revolucionou a ciência jurídica do século XIX, com consequentes implicações em todo desenvolvimento posterior.

Com efeito, a institucionalização da mutabilidade do direito, fruto do fenômeno da positivação do direito, eleva o direito à categoria de técnica de decisão, pelo que se busca banir toda a metafísica do mundo da ciência e restringi-la aos fatos e às leis da natureza.

A herança dos métodos jusnaturalistas permeados pelo positivismo formalista do século XIX se expressa na Teoria Pura do Direito, cujo empenho sistemático está presente, com o escopo de fundamentar a ciência do direito em consonância com o conceito lógico-positivo de ciência.

Nessa perspectiva, o jurista assume o papel de teórico do direito que procura uma ordenação de fenômenos a partir de conceitos gerais, obtidos mediante processo de abstração lógica.

Constitui-se essa teoria em dogmática jurídica, cuja preocupação é com a completude, atribuindo-se aos diferentes conceitos e a sua subdivisão uma forma sistemática.

A ciência (dogmática) do direito encara seu objeto (o direito posto e determinado previamente) como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, tendo em vista uma tarefa prática: a solução de possíveis conflitos social.

A Teoria Pura do Direito sintetiza, portanto, as ideias desenvolvidas pelo neopositivismo e pelo neo-kantismo, com o que logra constituir uma matriz epistemológica própria do direito, desvinculada, por superação, da matriz epistemológica jusnaturalista, possibilitando a autonomia do direito frente à lei natural.

Kelsen será o responsável, portanto, pela construção de uma teoria do direito como sistema autônomo de hipóteses jurídicas, desenvolvido sob o pressuposto da validade como existência específica da norma, o que constituirá o ponto de partida de toda reflexão jurídica posterior.

R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 1, p. 94-114, jan. / jun. 2009

A Teoria Pura do Direito não apenas pretendeu conhecer os horizontes problemáticos e as condições de possibilidade do objeto do conhecimento jurídico, mas forneceu, também, a concepção de ciência a que se deve recorrer para salvaguardar a produção de um saber científico do direito.

Com isso, transforma-se a Teoria Pura do Direito em uma Ciência do Direito, na medida em que a teoria do conhecimento se identifica com o conhecimento científico.

A oposição do direito à ciência do direito - sendo aquele tema de estudo desta - e a consideração do direito como direito posto, como sistema de normas, como ordem social que rege a conduta humana, tem por consequência a redução do papel da ciência do direito à descrição das normas jurídicas.

Partindo da divisão entre ciências da natureza e ciências sociais e incluindo a ciência do direito nesta última categoria, baseada no princípio da imputação, se constrói a lógica do dever-ser, que se expressa na fórmula “se A é, então deve ser B”, com o que se isola o direito como universo de sentido que qualifica objetivamente os fatos e eventos do mundo natural (mundo do ser/princípio da causalidade).

Uma tal objetividade, contudo, só pode ser fornecida por uma outra norma, de sorte que o “dever-ser” será sentido objetivo de um ato de vontade sempre que houver uma outra norma que emprestar a este ato o sentido de norma; só então o dever-ser será uma norma válida, vinculando os destinatários.

O fundamento de validade último de todo o sistema, por sua vez, deriva de uma norma fundamental (cuja validade não pode ser questionada) - que não é posta enquanto dever-ser e que, portanto, é pressuposta, e não contém qualquer conteúdo para além do fato produtor de normas - que determina as condições formais de produção de qualificação.

Nesse ponto apontamos a dificuldade kelseniana de manter seu postulado inicial de separação dos planos do “ser” e do “dever-ser”, o que atribuímos ao fato de que KELSEN eleva a ambiguidade própria da categoria jurídica ao nível da condição lógico-transcendental da interpretação científica do direito positivo, o que resultou no fato de que a ciência só pode desenvolver o momento lógico do direito.

A análise dos limites da teoria kelseniana, na verdade, introduziu o marco teórico da teoria dos sistemas, na medida em que se parte do pressuposto de que o direito se funda em um paradoxo (o paradoxo da unidade da diferença entre direito e não direito) e que, ao longo da história das teorias jurídicas procurou-se ocultá-lo através da introdução de assimetrias que possibilitassem romper a circularidade, do que são exemplo as separações entre ser/dever-ser, validade/eficácia, faticidade/normatividade.

A norma fundamental, nesse contexto, encobre a fundação paradoxal do direito, ou seja, o fato de que o fundamento do direito positivo puro não é, por sua vez, positivado, não é objeto de decisão.

Como confluente de uma tradição sociológica sistêmica e do positivismo jurídico - redesenhado pelos influxos sociológicos - a Teoria dos Sistemas Sociais, de Niklas Luhmann, vai procurar soluções em outras bandas, que não as tradicionais.

Como pressuposto a afirmação de que os modelos epistemológicos lineares - baseados na relação entre sujeito e objeto do conhecimento - exauriram sua função.

Como consequência a introdução da ideia de auto-implicação da teoria.

Para tanto, como vimos, parte-se do conceito de forma, que é a forma de uma distinção, limite que assinala uma diferença e constrange a determinar que parte da forma é indicada.

Não há objetos, senão diferenças!

Com isso Luhmann interpreta a forma sistêmica como a unidade da diferença sistema/ambiente – que será a base de organização da teoria – e introduz o conceito de *autopoiesis* sistêmica para explicar as relações existentes entre sistema e ambiente.

Em Luhmann o sistema também é fechado, mas agora o seu fechamento (operacional) - ou seja, o fato de que as operações se dão internamente no sistema, sem qualquer troca com o ambiente – será condição de abertura (cognitiva) do próprio sistema.

O direito aparece, então, como a estrutura de um sistema parcial que na evolução social se diferencia e se especifica funcionalmente.

A história e a evolução do direito representam, portanto, o gradual isolamento evolutivo do processo de diferenciação e especificação funcional, através do qual se fixa e se autonomiza uma estrutura seletiva de expectativas normativas de comportamento.

O estado atual do processo é definido pela positividade do direito, que para LUHMANN é o direito que vale por força de uma decisão, mas não de forma dogmatizada – como na tradição – pois, aqui, o plano da gênese e da validade do direito não se confundem.

Definido funcionalmente, o direito não é concebido em termos da constância de uma dada qualidade ontológica do “dever-ser”, pois expressa principalmente a expectativa da vigência contrafática da norma, ou seja, o fato de que a vigência da norma é experimentada e institucionalizada independentemente da satisfação efetiva ou não da norma.

Daí que, sendo toda a expectativa fática, o fático abrange o normativo, o que resulta em modificações substanciais no que diz respeito às distinções antes introduzidas por Kelsen (ser/dever-ser, eficácia/validade) e na assunção do paradoxo como constitutivo do direito (que Kelsen procurou ocultar com a norma fundamental) o que será resolvido mediante a introdução do conceito de *autopoiésis*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *GLU: glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Tradução de Javier Torres Nafarrate do original *Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*).
- DE GIORGI, Raffaele. *Materiali per una teoria sociológica del diritto*. Bologna: Giugno, 1981.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. (Tradução de Geraldo de Carvalho, do original alemão *Die Verfassung und die Politik: Einspruche in Störfällen*.)
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. (Tradução de João Baptista Machado, do Original Alemão *Reine Rechtslehre*).
- LUHMAN, Nicklas. *A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade UFRGS, Goethe – Institut/ICBA, 1997. 111 p. (Tradução de Eva Machado Barbosa Samios).
- LUHMANN, Nicklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980. (Tradução de Maria Corte-Real).

- LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. In: *Revista da AJURIS*, 49, jul. 1990, pp. 149-168.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. 2v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Tradução de Gustavo Bayer, do original alemão *Rechtssoziologie*).
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002. (Tradução de Javier Torres Nafarrate do original *Das Recht der Gesellschaft*).
- LUHMANN, Niklas. *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.
- LUHMANN, Niklas. The coding of the legal system. Conference Materials: *Autopoiesis in law and society*. Florença: EUI, 1984.
- LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Bologna: il Mulino, 1990. (Tradução de Raffaele De Giorgi do original *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur rechts-sociologie und rechtstheorie*).
- LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995. (Traduzido por John Bednarz Jr. do original *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*).
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1993. (Traduzido do original *Teoria della società*).
- LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- LUHMANN, Niklas. *The differentiation of society*. Nova York: Columbia University Press, 1982.
- MAGALHÃES, Juliana Neueschwander. *História Semântica do Conceito de Soberania: o paradoxo da soberania popular*. Tese de doutorado, Belo Horizonte: Pós-Graduação UFMG, 2000.
- NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e função do direito na teoria da sociedade*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da UFSC, 1994.
- ROCHA, Leonel Severo (org). *Paradoxos da Auto-Observação*. Curitiba: JM Editora, 1997.

Artigo recebido dia 24 de abril de 2009 e aceito dia 12 de maio de 2009
