

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Tháisa Haber Faleiros

LEGITIMIDADE, REGULAÇÃO E JUSTIÇA:
as implicações do paradoxo da autorreferência para o sistema jurídico na perspectiva de
Niklas Luhmann

Belo Horizonte
2013

Tháisa Haber Faleiros

**LEGITIMIDADE, REGULAÇÃO E JUSTIÇA:
as implicações do paradoxo da autorreferência para o sistema jurídico na perspectiva de
Niklas Luhmann**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Marcelo Campos Galuppo

Belo Horizonte
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F1871 Faleiros, Thaísa Haber
Legitimidade, regulação e justiça: as implicações do paradoxo da autorreferência para o sistema jurídico na perspectiva de Niklas Luhmann / Thaísa Haber Faleiros. Belo Horizonte, 2013.
136f.:il.

Orientador: Marcelo Campos Galuppo
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Teoria dos sistemas. 2. Autopoiese. 2. Justiça. 3. Legitimidade (Direito)
4. Luhmann, Niklas, \$d 1927-1998. I. Galuppo, Marcelo Campos. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

Tháisa Haber Faleiros

**LEGITIMIDADE, REGULAÇÃO E JUSTIÇA:
as implicações do paradoxo da autorreferência para o sistema jurídico na perspectiva de
Niklas Luhmann**

**Tese apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais como
requisito parcial para obtenção do título de
Doutora em Direito**

Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo (orientador) – PUC Minas

Profa. Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Prof. Dr. Raffaele De Giorgi – Università degli Studi di Lecce/UFRJ

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro – PUC Minas

Prof. Dr. Daniel Vieira Sarapu – Faculdade Novos Horizontes

Belo Horizonte, 10. de novembro de 2013

RESUMO

A presente tese propõe-se a investigar o direito e o problema da justiça na obra de Niklas Luhmann. O estudo se justifica pela questão de que o problema da justiça ocupa posição central entre os diversos temas abordados pela teoria do direito, desde a Antiguidade até os dias atuais. A escolha de Luhmann se deve à sua posição peculiar de excluir do conceito de justiça qualquer valor de natureza substancialista, como virtude ou moral, situando-se dentro de um campo de pensamento para o qual o direito moderno é autorreferencial e autopoietico. Desta forma, insere o problema da justiça na perspectiva da teoria dos sistemas, que rompe com as teorias sociológicas precedentes, focadas na "ação individual", ou no individualismo metodológico, para entender a sociedade como sendo fragmentada em diversas esferas de comunicação (subsistemas), incluindo-se, dentre elas, o sistema jurídico, cada qual diferenciada em razão da função que desempenha. A posição de Luhmann sobre o problema da justiça e a sua colocação como "fórmula de contingência" do sistema jurídico encontra-se apta a explicar os fenômenos que envolvem a sociedade global complexa moderna.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas. Autopoiese. Autorreferência. Legitimidade e Regulação do Direito. Problema da Justiça.

RIASSUNTO

Questa tesi si propone di indagare il problema del diritto e della giustizia nel lavoro di Niklas Luhmann. Lo studio è giustificato perchè il problema della giustizia occupa un posto centrale tra i vari argomenti trattati dalla teoria del diritto, dall'antichità ai giorni nostri. La scelta di Luhmann è dovuta alla sua particolare posizione di escludere il concetto di giustizia sostanzialista qualsiasi valore della natura come virtù o morale tra un campo di pensiero a cui diritto moderno è autoreferenziale e autopoietico. Così, inserisce il problema della giustizia nella prospettiva della teoria dei sistemi, che rompe le precedenti teorie sociologiche, incentrata sulla "azione individuale", o l'individualismo metodologico, per capire la società frammentata in molte sfere della comunicazione (sottosistemi), compresi, tra questi, il sistema giuridico, ciascuna individuata in base a tale funzione. Posizione di Luhmann sulla questione della giustizia e il suo posizionamento come "formula di contingenza" del sistema giuridico è in grado di spiegare i fenomeni che coinvolgono complessa società globale moderna .

Parole chiave: Teoria dei sistemi. Autopoiesi. Autoreferenzialità. Legittimità. Regolamentazione. Problema di giustizia.

ABSTRACT

This thesis is proposed to investigate the problem of law and justice in the work of Niklas Luhmann. The study is justified since the question of justice occupies a central position among the various topics covered by the theory of law, from antiquity to the present day. The choice of Luhmann is due to its peculiar position to exclude the concept of justice substantialist any value of nature as virtue or moral standing among a field of thought to which modern law is self-referential and autopoietic. Thus, inserts the problem of justice in the perspective of systems theory, which breaks the previous sociological theories, focused on "individual action", or methodological individualism, to understand society as fragmented into many spheres of communication (subsystems), including, among them, the legal system, each differentiated by reason of that function. Luhmann's position on the issue of justice and its placement as "contingency formula" of the legal system is able to explain the phenomena that involve complex modern global society .

Keywords : Systems Theory . Autopoiesis . Self-reference . Legitimacy and Regulatory Law . Problem of Justice .

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1 INTRODUÇÃO | .9 |
| 1.1 Aspectos teóricos metodológicos | .12 |
| 2 TEORIA E MÉTODO | .16 |
| 2.1 A perspectiva funcionalista sistêmica em ciências sociais e autopoiese | .16 |
| 2.1.1 O pensamento sistêmico e o funcionalismo clássico nas teorias sociais | .17 |
| 2.1.2 O funcionalismo americano | .19 |
| 2.1.3 A teoria geral dos sistemas e o “novo funcionalismo” | .22 |
| 2.1.4 O “novo paradigma” das ciências: autopoiese | .24 |
| 2.2 A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann | .27 |
| 2.2.1 Opções teórico metodológicas | .27 |
| 2.2.2 Noções preliminares | .31 |
| <u>2.2.2.1 Complexidade, contingência e pressão seletiva. O surgimento do sistema social</u> | <u>.32</u> |
| <u>2.2.2.2 A diferença entre sistema e meio ambiente, sistemas sociais, sistemas psíquicos e sistemas vivos. Como os sistemas constroem seus próprios limites</u> | <u>.34</u> |
| <u>2.2.2.3 Comunicação como unidade elementar da sociedade</u> | <u>.38</u> |
| <u>2.2.2.4 Estruturas (expectativas) dos sistemas sociais</u> | <u>.41</u> |
| 2.2.3 <i>Evolução social e os tipos de diferenciação das sociedades</i> | .43 |
| <u>2.2.3.1 A diferenciação segmentária</u> | <u>.46</u> |
| <u>2.2.3.2 A diferenciação estratificada</u> | <u>.47</u> |
| <u>2.2.3.3 A diferenciação funcional</u> | <u>.49</u> |
| 2.2.4 <i>Os sistemas sociais autopoieticos</i> | .50 |
| <u>2.2.4.1 A noção de autopoiese. Da autopoiese do biológico para a autopoiese do social</u> | <u>.51</u> |
| <u>2.2.4.2 Autopoiese da sociedade (sistema social global) e autopoiese dos subsistemas sociais</u> | <u>.52</u> |
| <u>2.2.4.3 Clausura operativa e abertura cognitiva. O fechamento do sistema</u> | <u>.53</u> |
| <u>2.2.4.4 Acoplamentos estruturais</u> | <u>.54</u> |
| <u>2.2.4.5 Autorreferência</u> | <u>.57</u> |
| 3 O DIREITO NA TEORIA DE LUHMANN | .60 |
| 3.1 Uma análise funcional do direito. A generalização congruente de expectativas | .61 |
| 3.1.1 <i>Ponto de referência da análise. Complexidade. Contingência e pressão seletiva</i> | .61 |
| 3.1.2 <i>Estruturas de expectativas. Expectativas normativas e cognitivas</i> | .63 |
| 3.1.3 <i>A dimensão temporal das expectativas: o conceito de norma</i> | .64 |
| 3.1.4 <i>A dimensão social das expectativas: a institucionalização</i> | .67 |
| a) O consenso | .67 |
| b) A institucionalização do Direito | .68 |
| 3.1.5 <i>A dimensão material/prática: os princípios de identificação</i> | .69 |
| a) Pessoas, papéis, programas e valores | .72 |
| 3.1.6 <i>A função do direito: a generalização congruente de expectativas de conduta</i> | .74 |
| 3.2 <i>O desenvolvimento do direito da sociedade</i> | .76 |
| 3.2.1 <i>O Direito das Sociedades Arcaicas</i> | .78 |
| 3.2.2 <i>O direito das sociedades antigas</i> | .80 |
| 3.2.3 <i>O direito da sociedade moderna: a positivação do direito</i> | .83 |
| 3.4 <i>O Direito como um sistema autorreferencial e autopoietico</i> | .84 |

| | |
|---|-------------|
| 4 AS IMPLICAÇÕES DO PARADOXO DA AUTORREFERÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO DA SOCIEDADE MODERNA | .93 |
| 4.1. A colocação das questões | .93 |
| 4.2 A resposta de Luhmann acerca dos fundamentos de validade do sistema jurídico. A legitimidade vista como um problema de legitimação | .98 |
| 4.3 A resposta de Luhmann acerca do problema de regulação jurídica de subsistemas autorreferenciais e autopoieticos | .103 |
| | |
| 5 O PROBLEMA DA JUSTIÇA EM LUHMANN | .109 |
| 5.1 As semânticas da justiça | .110 |
| 5.2. A colocação da questão em Luhmann | .113 |
| 5.3 Justiça como fórmula de contingência/fórmula de consistência | .115 |
| 5.4 Justiça como modelo normativo de tratamento de casos iguais | .120 |
| 5.4.1 O princípio da igualdade na perspectiva sistêmica | .121 |
| 5.5. A justiça como igualdade. A pretensão de universalidade da justiça | .124 |
| | |
| 6 CONCLUSÃO | .127 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA | .130 |

1 INTRODUÇÃO

No princípio dos anos sessenta, o debate sobre a epistemologia se resumia na polaridade entre epistemologia analítica e dialética. Esta polaridade concluía em si os esforços da epistemologia moderna sobre os fundamentos da ciência social. (DE GIORGI, 1998, p. 229).

No entanto, a realidade social sofreu bruscas transformações, trazendo à tona novas formas de organizações sociais, novos atores sociais. Os avanços na técnica fizeram surgir novas formas de convivência social, comunicação, locomoção.

Assim o instrumental teórico das concepções clássicas passou a ser insuficiente para explicar os acontecimentos sociais contemporâneos, precisando de tal forma ser reformulado, que acabou afastado de seu significado original, evidenciando a crise daquela polaridade epistemológica.

Pero ya al inicio de la siguiente década se delinea en el campo de la epistemología alemana una situación nueva en la cual convergen la crisis de aquella polaridade [...] y el despliegue de un proyecto epistemológico complejo, amenazante, capaz de hacer más profunda la crisis en acto y de monopolizar ese ámbito de la epistemología, enriqueciéndolo de perspectivas nuevas y consistentes, construidas sobre un proyecto epistemológico distinto y valiente. (DE GIORGI, 1998, p. 229).

Trata-se da *Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann*¹.

Segundo Luhmann, é o caráter complexo da sociedade moderna que colocaria obstáculos às análises pretendidas pela sociologia clássica, já que esta, por estar ligada a critérios e premissas obsoletos, não teria mais condições de descrever a sociedade atual. Luhmann, em um primeiro momento, opõe-se aos tradicionais critérios da sociologia clássica, fundados no individualismo metodológico e no relativismo epistemológico. A teoria de Luhmann constrói-se de modo a substituir o indivíduo autônomo (e sua ação individual²) como a unidade elementar dos sistemas sociais, pelo que denomina processo comunicativo. Em outro momento propõe o uso produtivo do paradoxo da auto-referência³ que passaria a ser tomado como característica dos sistemas autopoieticos. Sua proposta epistemológica, portanto, tem a pretensão de romper com os

¹ Quanto aos critérios de denominação da teoria de Luhmann, ver o capítulo seguinte.

² Segundo Teubner a "*individual-as-reality-syndrome*" que teria base na sociologia de Weber e que acometeria grande parte dos teóricos das ciências sociais, seria completamente repensada por Luhmann. (1989, p. 10).

³ Pode-se, provisoriamente, conceituá-lo como um fenômeno ligado à circularidade dos sistemas autopoieticos cujos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema graças a uma sequência de interação circular e fechada. O paradoxo surge justamente em virtude de o sistema ter de se definir enquanto o que é a partir da negação daquilo que não é.

traços da sociologia de então, presa, segundo ele, ao contexto epistemológico de um Iluminismo tardio (DE GIORGI, 1998, p. 233-234).

Portanto, a teoria de Luhmann procura inovar, rompendo com as premissas da sociologia clássica em alguns pontos principais. Luhmann, já na década de 70 defendia que a sociedade tem como elemento sistêmico a comunicação e não indivíduos. Sociedade e indivíduos, nesse sentido, tornar-se-iam entorno um para o outro. Na década seguinte, assume uma perspectiva teórica segundo a qual a sociedade seria um sistema autorreferencial que descreve a si mesmo.

Diante do pouco descrito, já é possível notar que, não obstante a compreensão dessa teoria, em razão de sua complexidade, já exigisse que se fosse além da lógica tradicional⁴, por buscar fundamentos nas mais diversas áreas do conhecimento⁵, o que a caracterizaria como multidisciplinar e, nessa medida, tornando a mais adequada ao estudo da sociedade moderna (caracterizada, segundo Luhmann, justamente em função de sua complexidade), no início da década de 1980, Luhmann incorpora ao seu arcabouço teórico um novo paradigma das ciências - a autopoiese, que terá um reflexo muito grande em sua obra, tanto no que se refere ao método funcionalista, bem como na teoria dos sistemas.

Não se trata aqui de aprofundar a discussão acerca dessas inovações, mas vale já em sede de introdução do tema, mencionar que

a 'diferenciação sistêmica' entre 'sistema' e 'ambiente' é o artifício básico empregado pela teoria, diferenciação essa que é trazida 'para dentro' do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como 'ambiente' dos próprios sistemas parciais, que dele (e entre si) se diferenciam por reunirem certos elementos ligados por relações, formando uma unidade [...]. Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõem o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa ('recursiva') entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser 'fechado', do ponto de vista de sua organização, não havendo 'entradas' (*inputs*) e

⁴ A própria tentativa de se apresentar em termos epistemológicos uma proposta como a de Luhmann e seus reflexos no campo do direito já é mais do que suficiente para se constituir como objeto da tese, pois, uma abordagem precisa somente é possível se completada pelo movimento de enfrentar um campo muito amplo de filiações, diferenciação de métodos, tradições e fundamentos com os quais o referido autor dialoga. Entretanto, uma proposta nesse sentido correria o risco de se perder em assuntos variados. Ao contrário, a tese procura se centrar em um dos pontos dessa teoria para analisar como a proposta de Luhmann se apresenta problemática para o direito e a "justiça".

⁵ Sua teoria incorpora conceitos da "teoria dos sistemas" (expressão que será desenvolvida no capítulo seguinte), biologia, neurofisiologia, neurologia, cibernética, matemáticae lógica.

‘saídas’ (*outputs*) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele [...] e o mantém fechado, autopoietico (GUERRA FILHO, 1997, p. 57).

Portanto, o sistema da sociedade moderna é diferenciado em sistemas especificados segundo a função. Cada um dos subsistemas satisfaz a própria função e não pode ser substituído por outro. A relação entre os subsistemas nunca é de determinação ou regulação direta, mas de perturbações recíprocas. Entendido o direito como subsistema funcional de uma sociedade funcionalmente diferenciada, que convive e se relaciona com outros subsistemas autopoieticos igualmente fechados e autorreferenciais que, por sua vez, são seu entorno, sem hierarquia, não poderá pretender direcionar ou determinar a atividade de outros âmbitos tais como, por exemplo, o econômico ou o político, ou buscar legitimar-se noutra instância que não a partir de si mesmo.

Essa autonomia sistêmica dos subsistemas autopoieticos que se forma dentro do sistema social torna bastante delicado o papel do direito, que não poderá pretender fazer uma regulação direta em relação aos demais subsistemas, legitimar-se na moral ou em outros elementos extrassistêmicos.

Assim, o presente trabalho tem pela frente a tarefa de analisar como na sociedade moderna⁶, fragmentada em inúmeros subsistemas, em virtude da função que cada um desempenha, que são autopoieticos por produzirem todos os seus elementos a partir de sua rede interna de elementos, mediante clausura operacional, o direito legitima-se e regula a sociedade. Para responder a tais questionamentos, a partir da teoria de Luhmann, faz-se necessário demonstrar como o autor logra fazer uso "produtivo" do paradoxo da autorreferência. Como problema subjacente da tese e para enquadrá-la na linha de pesquisa do programa de pós-graduação em que se insere, o estudo procurará abordar o conceito e as possibilidades de "realização" da "justiça" dentro do modelo jurídico proposto por Luhmann.

Cumprir ter presente que o objetivo essencial deste estudo não é propor qualquer aproximação ou rechaço à teoria luhmaniana pautados em juízos de valor. O que se

⁶ É preciso que se esclareça que objeto de estudo do presente trabalho é o direito da sociedade moderna, caracterizado, segundo Luhmann por sua positivação (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 34 e 225). Embora a maioria dos escritos de Luhmann sobre o direito tenha se desenvolvido antes da incorporação do paradigma da autopoiese, não há incompatibilidades entre aquelas formulações e seu pensamento mais recente. Entretanto, em "O Direito da Sociedade", Luhmann faz, à semelhança do que fez em "Sociologia do Direito", uma reconstrução da evolução do direito, destacando que o direito da sociedade moderna (caracterizada por sua fragmentação funcional), estatuído e validado a partir de decisões (1985, v.2, p.10) que oferece campo para as os conceitos de autopoiese e correlatos.

pretende é uma exposição axiologicamente neutra das principais linhas de força do seu pensamento. A própria caracterização do direito na obra do sociólogo já se constitui em tarefa árdua, pois a compreensão de um sistema de pensamento que, em si mesmo, é tão complexo quanto denso, já poderia se constituir, valendo como uma tentativa humilde de traduzir em termos mais singelos a proposta teórica do autor. Entretanto, opta-se em abordá-lo a partir de problemas pontuais, aprofundando-se especificamente sobre dois daqueles recorrentes nas pesquisas em teoria do direito, quais sejam: a legitimidade e a regulação jurídicas, com reflexos na teoria da justiça.

1.1 Aspectos teóricos metodológicos

Interessante notar que a problemática atinente à legitimação e à regulação jurídicas

refletem-se na comunidade jurídica e são, simultaneamente por ela assumidos, não só porque representam algo de essencial para o futuro colectivo mas, sobretudo, porque a dinâmica social e a velocidade das mudanças [...] impõem novas posturas perante problemas eles novos. [...] É um discurso que tem suas raízes mergulhadas na vivência quotidiana do prático-normativo comunitário (FARIA COSTA, 1992, p. 25).

Junte-se a isso a produtiva dificuldade de haver distintas opiniões para a compreensão do problema “o que leva a que o desenho do próprio quadro que procuramos compreender esteja determinado pelos ângulos ou prismas que assumamos para a sua própria compreensão” (FARIA COSTA, 1992, p. 27), a permitir com que se multipliquem os espaços teóricos onde é possível construir modelos explicativos e compreensivos do tema proposto que precisam ser desenvolvidos com precisão, sem o que, a própria problemática corre o risco de se perder.

Tendo em vista que o objetivo central do trabalho é abordar a problemática correlata à legitimidade e capacidade regulatória do direito, a partir da assunção do paradoxo da autorreferência e sob o enfoque da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos de Niklas Luhmann e que o regular desenvolvimento desse tema implica sua consideração à luz de um contexto analítico mais amplo, não será possível prescindir da análise das perspectivas teóricas de que parte o autor para formar o aparato teórico-metodológico de sua construção doutrinária.

Além disso, no intuito de delinear o contexto do trabalho, será preciso também incursionar pontualmente no pensamento de Luhmann sobre temas periféricos,

fundamentais para uma compreensão mais profícua e correta do fenômeno jurídico. Isso quer dizer que não há como querer avançar no âmbito do direito (que segundo Luhmann é subsistema do sistema social) sem antes passar pelos caminhos percorridos pelo autor a fim de explicar um fenômeno muito mais complexo: a sociedade. Portanto, é a partir da análise do fenômeno social que podemos inferir o tema aqui proposto, visto que sem a compreensão do funcionamento da sociedade, não podemos sequer entender como o direito nela surge e muito menos como nela se legitima e a regula. Para esta análise é necessário que se mobilize uma gama de conceitos elaborados por Luhmann ao longo de muitos anos de produção literária.

Essas incursões se darão, naturalmente, dentro dos parâmetros restritos ao propósito do trabalho que é o de, após a abordagem geral da teoria em si, aprofundar no âmbito do direito, mais precisamente no de sua autorreferencialidade, analisando a obra de Luhmann sobre o tema, contrapondo seu pensamento com o ponto de vista de autores eminentes, que recepcionaram⁷ suas lições ou as relativizaram⁸.

Para os objetivos específicos desta pesquisa, serão suficientes os desenvolvimentos dados por Luhmann em algumas publicações⁹, sendo que, com relação aos temas satélites, há também que se fazer delimitações precisas, uma vez que tais temáticas foram desenvolvidas no desenrolar da vida acadêmica desse autor, a qual se estende por cerca de quarenta anos, remontando, seguramente, a mais de quatrocentos títulos entre livros e artigos, sem incluir alguns ainda inéditos¹⁰.

⁷ Nesse intuito ver TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989; *How the law thinks: toward a constructive epistemology of law*. San Domenico: European University Institute, Badia Fiesolana, 1989; e *As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo*. In: ARNAUD; LOPES JR., *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

⁸ Ver, outrossim, NEVES, Marcelo, cujas principais obras a serem analisadas são: *A constitucionalização simbólica*. Guarulhos: Acadêmica, 1994; *Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente*. In: Dados: *Revista de Ciências Sociais*, v. 37, n. 2, p. 253, 276, Rio de Janeiro: Iuperj, 1994; *Da autopoiese à alopoiese do direito*. *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 5, Recife: Universitária/UFPe.; e HABERMAS, Jürgen, com os seus *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*; e *O discurso filosófico da modernidade*.

⁹ Dentre esses escritos, destacam-se: *Sociologia do direito*, v. I e II, São Paulo: Tempo Brasileiro, 1983; *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980; *Social systems* Tradução de John Berdnarz Jr. E Dirk Baeker. Califórnia: Stanford University, 1995; *El Derecho de la sociedad*. Tradução provisória para o espanhol por Javier Torres Nafarrate. Mimeografado, 1993; *Teoría de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos e Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

¹⁰ O artigo “A restituição do décimo segundo camelo”, contida na publicada obra *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica* (2004), interrompe o lapso temporal de cerca de vinte anos sem qualquer nova publicação de Luhmann no Brasil, sobre o direito.

Ainda que haja divergência sobre a possibilidade de se dividir cronologicamente a produção intelectual de Luhmann¹¹, tomar-se-á a divisão proposta por alguns de seus comentadores, segundo a qual poderia ser dividida em duas fases que, entretanto, relacionam-se com um mesmo propósito essencial: formular uma teoria geral da sociedade. Segundo essa interpretação, a obra de Luhmann poderia ser dividida, basicamente, em dois momentos: o primeiro que se estende de meados dos anos 60 até início da década de 80, quando esse autor formula uma teoria sistêmica funcional-estrutural, que tem por base a diferença entre sistema e ambiente/entorno, e quando o sistema se define justamente por essa relação ao ambiente, mediante mecanismos de redução da complexidade; o segundo, que tem forte influência do conceito de autopoiese, desenvolvido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, centrará seu foco de análise na autorreferencialidade dos sistemas autopoéticos.

O recorte teórico aqui realizado não poderá, contudo, centrar-se somente em um desses momentos específicos, visto que do tema objeto do trabalho, Luhmann já se ocupava na “primeira fase”. Sobretudo no que se refere ao seu ponto central (as implicações da autorreferencialidade dos sistemas no âmbito do direito) dever-se-á utilizar obras “clássicas” do autor, como é o caso de *Sociologia do Direito e Legitimação pelo procedimento*. No entanto, como o pensamento de Luhmann acerca desses temas avança, as demais obras utilizadas na pesquisa já se encontram na “fase pós-virada autopoética”, com as obras *Sistemas Sociais; O direito da sociedade; Direito como sistema social*, bem como com uma série de artigos que servirão de complemento à análise do tema.

Assim, o desenvolvimento desta tese obedecerá a uma estruturação que consiste, basicamente, no seguinte:

a) Em primeiro lugar, reconstruir o contexto científico em que se insere o pensamento de Luhmann, apontando sua opção teórico-metodológica para elaborar uma teoria geral sobre a sociedade. Neste capítulo, serão apresentados, de modo não aprofundado, os caminhos percorridos por alguns teóricos da Sociologia, demonstrando-se como a partir de suas construções doutrinárias, (que influenciaram o conhecimento em ciências sociais, desde o funcionalismo clássico, passando pela Teoria Geral dos

¹¹ Conforme Lopes Jr., “o pensamento de Luhmann não deve ser dividido em fases uma vez que não há descompassos em sua obra, o que ocorreu foi incorporações de novos elementos para complementar antigas incursões teóricas.” (LOPES JR.; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 2).

Sistemas, até chegar à teoria da autopoiese), Luhmann elabora sua teoria na explicação do social.

b) Posteriormente, serão analisados os aspectos gerais da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, englobando tanto a sua “primeira fase” até aquela denominada “autopoietica”. Essas considerações apontam para a necessidade de se abordar, ainda que resumidamente, as interfaces com as quais a sua teoria se relaciona, para se poder em seguida, analisar as implicações que decorrem da utilização do conceito da autorreferencia e suas implicações no direito.

Feita essa reconstrução, o caminho estará aberto a uma incursão no pensamento de Luhmann sobre o Direito.

c) Assim, após essas considerações, o terceiro capítulo será todo destinado à análise da problemática que envolve o fenômeno jurídico, principalmente, sob a perspectiva da autopoiese.

d) Em seguida, o quarto capítulo será destinado à colocação da questão central desta tese, qual seja, a de analisar o direito, tomado como subsistema autorreferencial e autopoietico, que não podendo ter qualquer pretensão de supremacia sobre os demais, nem buscar fora de si seu fundamento material, legitima-se internamente. Em um primeiro momento, abordar-se-á o problema de se pensar buscar legitimação do direito não mais no direito natural, característico das sociedades pré-modernas, mas relacionando-o com as diversas esferas de valor características das sociedades modernas, diferenciadas funcionalmente. Serão apresentadas as soluções dadas por Luhmann a esse respeito, através dos contrapontos feitos principalmente por Jürgen Habermas, seu principal interlocutor, e pelos argumentos de Marcelo Neves que, relativizando as conseqüências puras da teoria de Luhmann, inscreve-na em um “contexto cultural que não está relacionado com aquele em que está forjada a teoria luhmanniana” (ARNAUD, In: ARNAUD; LOPES JR, 2004, p. IX).

e) No quinto capítulo será demonstrado como Luhmann, a partir da teoria da autopoiese procura resolver o problema da justiça, na sociedade moderna.

Por fim, será realizada uma breve conclusão em que se pretenderá avaliar as questões até então discutidas em relação à temática escolhida.

2 TEORIA E MÉTODO

Conhece-se a teoria da sociedade de Luhmann sob diversas denominações que procedem tanto do seu marco teórico, quanto de seu enfoque metodológico.

Assim, é possível encontrar expressões que a designam por “teoria sistêmica” ou “teoria dos sistemas de ação”, como denominações que fazem referência à teoria. Conforme se verá no decorrer do capítulo, o desenho geral do aparato conceitual de Luhmann se constitui a partir da adoção da teoria sistêmica parsoniana, embora tenha sido ele, logo cedo, um crítico de Parsons, distanciando-se deste ainda mais quando passa a se identificar com a Teoria Geral dos Sistemas elaborada por Bertalanffy.

As concepções de Luhmann também podem ser descritas como adeptas do “funcionalismo estrutural” ou “funcionalismo das equivalências”, se se adota a denominação do método.

Luhmann (FEBRAJO, 1975. p. 29) atribui às suas análises a denominação “funcionalismo estrutural” para sublinhar a contraposição ao “estruturalismo funcional” de Parsons. Embora o termo seja assaz equívoco e controverso na linguagem dos sociólogos (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993. p. 37), já que “[...] *la bibliografía existente sobre el funcionalismo en las ciencias sociales és amplíssima*”, é a partir desse método, por sinal imperante até a época de seus primeiros artigos, que Luhmann parte para a elaboração de suas concepções metodológicas.

Quando se unem ambos (teoria e método), podem se formar combinações como a de “teoria funcionalista estrutural sistêmica” (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 37).

A despeito de se considerar uma ou outra dentre essas expressões ultrapassada para descrever as concepções de Luhmann, especialmente depois das modificações introduzidas pelo autor a partir dos anos setenta e, relegando ao momento adequado as análises da incorporação em sua doutrina do conceito de autopoiese, faz-se oportuno admitir que um método não pode operar no vazio: o “funcionalismo” necessita de uma teoria que proporcione os pontos de referência de sua análise, sendo que, para o autor, a que melhor se adapta à análise funcional é a teoria “sistêmica” (GIMÉNEZ ALCÓVER, p. 35-36).

2.1 A perspectiva funcionalista sistêmica em ciências sociais e autopoiese

Se o objetivo geral da presente investigação (sem se olvidar dos objetivos específicos, quais sejam os de tratar das implicações que o paradoxo da auto-referência trazem para o direito) é fornecer um panorama estruturado e completo do pensamento de Luhmann sobre o direito, há que se reconstruir o contexto científico em que se inserem as construções doutrinárias deste sociólogo, apontando sua opção teórico-metodológica para elaborar uma teoria geral sobre a sociedade moderna.

Em virtude da teoria de Luhmann não ser tributária das formulações de um autor específico, é possível (e necessário) recuperar o aparato conceitual de suas aproximações com alguns deles, passando por suas fases evolutivas e pelos desdobramentos das suas influências nas formulações teóricas desse autor.

Identificam-se quatro momentos importantes em Ciências Sociais que serviram de fundamento para a construção da opção teórico-metodológica de Luhmann.

2.1.1 O pensamento sistêmico e o funcionalismo clássico nas teorias sociais

Segundo Giménez Alcóver,

No es posible en esta sede ni siquiera esbozar la historia del concepto de función. Sin duda se trata de uno de los conceptos clave en las ciencias sociales de nuestro siglo, de ahí la multiplicidad de significados que adquiere en cada una de las teorías en las que aparece y las críticas y revisiones a que ha sido sometido desde muy diversos ámbitos. El concepto de función ocupa también un lugar central en las ciencias formales; tiene una importante historia en la filosofía; y ha sido incorporado a las ciencias sociales a partir del concepto utilizado en otros ámbitos científicos, especialmente en Biología, lo que sin duda explica la pluralidad de significados del término y los problemas que su recepción en el ámbito de las ciencias sociales plantea (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p.38).

Pode-se dizer que se deve a Herbert Spencer o mérito pela introdução definitiva do conceito de função no campo das Ciências Sociais. Em um sentido muito amplo, o autor a define como sendo uma atividade relativamente constante de uma estrutura e como fim último desta.

En la obra de Spencer, la relación entre estructura y función es unívoca de forma que del análisis de esta estructura puede desprenderse su función”. O que “[...] plantea el problema de aquellos casos de la realidad en los que una misma estructura desempeña diversas funciones incluso contradictorias”. (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 39).

Spencer também foi o primeiro autor na Sociologia a tratar do conceito de sociedade como um sistema e um organismo (SPENCER apud BUCKLEY, 1971, p. 28). Para Spencer, a sociedade se parece com um organismo, pois quanto mais se desenvolve, mais sua estrutura vai se tornando complexa e suas partes vão se tornando diferenciadas. "É, portanto, o princípio geral da 'mútua dependência das partes' que assemelha a sociedade a um organismo [...]" (SPENCER apud BUCKLEY, 1971, p. 29).

Segundo o próprio Spencer,

A analogia de uma sociedade com um organismo torna-se ainda mais surpreendente quando se vê que todo o organismo de apreciável volume é uma sociedade, [...]. Ainda que o organismo e a sociedade difiram em que o primeiro existe no estado concreto e o segundo no estado discreto, e ainda que haja uma diferença nos fins servidos pela organização, isto não determina uma diferença em suas leis. (SPENCER; In: BIRBAUM, CHAZEL, 1977, p. 147-149).

Vale, portanto, frisar que o referido autor identifica as leis que regem uma sociedade com aquelas que regem o organismo vivo, antecipando as principais características do funcionalismo e da teoria sistêmica (SPENCER apud BUCKLEY, 1971, p. 30-31).

Essas características também se apresentam na obra de René Worms, para quem:

o organismo é um todo composto de partes também vivas. Seguramente, esta fórmula convém, do mesmo modo, à sociedade, porque esta se compõe de partes vivas, os indivíduos, e ela mesma é um todo que tem sua vida própria. (WORMS; In: BIRBAUM; CHAZEL, 1977, p. 149-150)

Para ele, se as sociedades são como os seres vivos, são, portanto, sistemas abertos que interagem com seu meio ambiente se alimentando e reproduzindo-se a partir de seus elementos.

Em seguida, é de se observar a obra de Emile Durkheim. O caráter sistêmico-funcionalista na obra do autor se evidencia quando distingue os fenômenos sociais entre "normais" e "patológicos". Em sua obra *As Regras do Método Sociológico* faz várias distinções entre o normal e o patológico, valendo-se de comparações com sistemas orgânicos, ou mesmo com relação a órgãos de um organismo.

Embora Durkheim relute, durante toda a exposição de seu método, em caracterizar como estado "normal" aquilo que é útil ou funcional, ele acaba caindo em um círculo vicioso característico do funcionalismo: todo o que existe tem uma função e

existe porque tem uma função. A moralização do conceito de função implica que se considere disfuncional toda estrutura desviada. A função de qualquer fenômeno social consiste, em definitivo, na sua colaboração à manutenção do estado normal (estado são) de uma sociedade. Para ele, então, deve ser considerado normal tudo aquilo que está adaptado ao meio e deve se considerar como patológico aquilo que perturba a adaptação ao meio e prejudica a estabilidade do sistema (DURKHEIM; In: BIRBAUM; CHAZEL 1977, p. 162-167).

Após as contribuições de Durkheim, o funcionalismo passou a ser a abordagem dominante nas teorias sociais. Nessa esteira, Bronislaw Malinowski e Radcliffe-Brown, trabalharam e desenvolveram os pressupostos funcionalistas. Embora se tenha incluído Spencer e Durkheim como precursores do método funcionalista, ambos (Malinowski e Radcliffe-Brown) são considerados os “pais do funcionalismo” por Luhmann (LUHMANN, 1996, p. 28). A mais importante contribuição funcionalista de Malinowski foi definir a “função” a partir da satisfação de uma necessidade, fundamentalmente de uma necessidade biológica:

A função significa sempre a satisfação de uma necessidade, desde a simples ação de comer até a execução sacramental, em que o fato de receber a comunhão se inscreve em todo um sistema de crenças, determinadas pela necessidade cultural [...]. (MALINOWSKI; In: BIRBAUM; CHAZEL, 1977, p. 154-157).

Para Malinowski, as necessidades culturais seriam necessidades derivadas. As funções básicas (que seriam as biológicas) e as derivadas (que seriam as culturais) determinam as pautas de conduta sociais.

Radcliffe-Brown, por sua vez, em seu livro intitulado *Uma Ciência Natural da Sociedade*, adiciona o conceito de unidade funcional, supondo que todas as partes do sistema social trabalhem juntas com um certo grau de harmonia, sem colocar conflitos permanentes que não podem ser resolvidos nem regulados, trazendo à tona um conceito essencialmente sistêmico: de que as funções operam em consonância (RADCLIFFE-BROWN; In: BIRBAUM; CHAZEL, 1977, p. 157-161).

2.1.2 O funcionalismo americano

Com Parsons, o funcionalismo sistêmico ganha contribuições mais significativas e passa a se constituir como uma teoria de alcance amplo. Se a maioria dos autores de

que se tratou até aqui em relação ao funcionalismo sociológico apresentaram aportes teóricos de alcance médio, Talcott Parsons oferece uma teoria verdadeiramente geral (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 43).

Parsons inicia suas construções teóricas a partir da crítica ao funcionalismo clássico, procurando dar-lhe o perfil de uma teoria geral, capaz de oferecer hipóteses lógicas sobre a realidade e orientar o trabalho do sociólogo, indicando-lhe o que buscar em suas pesquisas. Desta forma, foi muito além dos teóricos empiristas, discípulos de Durkheim.

Segundo Luhmann,

La peculiaridad teórica de Parsons ofrece una de las arquitecturas conceptuales más grandiosas en la sociología contemporánea. La ventaja de esa construcción es la creación de un modelo desde el que se puede observar los efectos y las repercusiones del diseño, además, de que ofrece la posibilidad de contrastarlo frente a arquitecturas de relieves distintos como, por ejemplo, la dialéctica. A Parsons hay que agradecerle la dotación de visibilidad a la arquitectura teórica, ya que gracias a ella se puede juzgar lo que es posible emprender con la teoría y aun criticarla (LUHMANN, 1998, p. 43).

O marco geral em cuja base está a formação da teoria sociológica de Parsons é a noção de “ação social”, entendida como sendo “toda a conduta humana motivada e guiada pela significação que o ator descobre no mundo exterior, significações que leva em consideração e às quais responde” (PARSONS apud ROCHER, 1992, p. 250). Parsons, dessa forma, desenvolve toda a sua análise teórica, partindo da ação social, por meio de uma abordagem sistêmica (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 43), por considerar ser apta a tornar mais científica as ciências humanas.

Segundo Luhmann,

Toda obra de Parsons puede ser catalogada como variaciones sin fin a la fórmula compacta: acción is system. No es necesario llegar a determinar si tal formulación aparece escrita en su obra. En todo caso fue una expresión que Parsons empleó, alguna vez, en la comunicación oral. Esta fórmula sintética podría ser tomada como la quintaesencia de su mensaje (LUHMANN, 1998, p. 31).

Para Giménez Alcóver,

Parsons considera los sistemas sociales como constituyentes, junto a los sistemas culturales, los sistemas de personalidad y los organismos conductuales, del sistema más general de acción. Los tres subsistemas de acción, diversos al sistema social, forman el ambiente de éste (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 43).

O sistema cultural compreenderia os valores, crenças e gostos comuns dos atores, os quais interagem através de sistemas de símbolos; o sistema social, constituído pela inter-relação de uma pluralidade de pessoas e formado pelas relações que têm lugar entre os atores individuais; e o sistema de personalidade, que corresponde ao conjunto de construtos individuais que formam a personalidade e que estão relacionados, em sua constituição, ao sistema cultural e às expectativas formadas em relação aos papéis sociais dos indivíduos no processo de socialização (PARSONS apud ROCHER, 1992, p. 225).

Para Parsons os sistemas sociais também são sistemas abertos e se relacionam com o entorno, consequência que afasta este autor das concepções de Luhmann que, como se verá mais adiante, concebe (mesmo antes da incorporação do paradigma autopoietico) os sistemas como sendo fechados.

Mas há de se reconhecer que na obra de Parsons já aparecem conceitos que, posteriormente seriam utilizados por Luhmann, tais como "complexidade", "especialização", "símbolos do sistema", bem como "interpenetrações" (conceito importantíssimo para o encaminhamento do tema central desta tese). Entretanto, Luhmann faz uma releitura de tais conceitos, à luz da cibernética, para poder enquadrá-los no aparato teórico que se propôs a construir.

Pode-se verificar, portanto, como já se referira antes, que Parsons adota o paradigma funcionalista - sistêmico, ampliando essa abordagem ao nível de uma teoria sociológica bem ampla.

Já Robert Merton, um dos mais importantes funcionalistas depois de Parsons, busca analisar os diversos significados do termo função, que inclui conceitos de diversas procedências. Para ele, o conceito de função é sociológico: uma função seria a prestação de uma estrutura, à medida em que contribui para a manutenção de um organismo ou um sistema. O problema principal desta formulação encontra-se na definição do que o termo "manutenção" representa. o próprio Merton propõe como solução a utilização de um conceito de função "*consecuencias objetivas obseables y no a disposiciones subjetivas (propósitos, motivos, finalidades)*" (MERTON apud GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 44).

A originalidade de sua proposta reside no refinamento de conceitos como o de "disfunção", "efeitos não funcionais", ou funções "manifestas" e "latentes", mas reside também o fato de ter eleito um ponto de partida diverso do escolhido por Parsons ou por Radcliffe-Brown. (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 44-45).

2.1.3 A teoria geral dos sistemas e o “novo funcionalismo”

A Teoria Geral dos Sistemas (TGS) foi impulsionada pelo biólogo alemão Ludwig Von Bertalanffy e desenvolvida em estreita união com a teoria cibernética, procurando liberar a biologia e demais "ciências da vida" da subordinação aos modelos da física clássica e da contraposição dos "sistemas abertos" da biologia com os "sistemas fechados" da física mecânica. (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 73).

A TGS, como o próprio nome indica, se coloca como um conjunto de princípios que são aplicáveis a todos os sistemas, levando em conta a existências de semelhanças entre eles. Para que possa ter uma influência crescente em diferentes campos da ciência, o próprio conceito de sistema se define de forma muito ampla como um conjunto de elementos relacionados entre si e com o meio ambiente. Esse conceito engloba sistemas reais, isto é, entidades perceptíveis direta e indiretamente e que existem independentemente do observador; sistemas conceituais, isto é construções simbólicas formais ou não; e sistemas abstratos, uma subespécie de sistemas, aos quais pertence a ciência, que embora sendo conceituais correspondem à realidade (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 74-75).

As premissas desta abordagem sistêmica tem os seguintes fundamentos: a) todas as coisas e seus fenômenos estão interligados; b) a realidade é sistêmica e sua compreensão só pode ser dada de forma não disciplinar, pois os limites disciplinares produzem reducionismos inconsistentes com o mundo real, ao focar separadamente as suas diferentes dimensões; e c) a abordagem sistêmica indica que “o todo é maior do que a soma das partes”.

Para Von Bertalanffy (VON BERTALANFFY; In: BIRBAUM; CHAZEL, 1977, p. 275-286), um sistema é simplesmente um conjunto de elementos em interação. Os sistemas existiriam dentro de outros sistemas e se constituiriam como um conjunto de elementos relacionados e organizados sinergicamente, com vistas a realizar um propósito. O sistema interage com o ambiente circundante, reage às alterações desse meio e busca sempre a adaptação e o equilíbrio dinâmico (*homeostase*) que permita, por mais tempo, a realização dos seus propósitos. Esse é um conceito importante da TGS, o fato de que os sistemas têm mecanismos de retroalimentação e de informação que se lhes permitem adaptar dinamicamente, reagindo sempre ao desequilíbrio que o meio lhe impõe, na busca de uma nova síntese de equilíbrio (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 75).

A estabilidade no tempo das formas biológicas depende de sua capacidade para se adaptar mediante respostas pertinentes aos estímulos que procedem do exterior. Consideram-se pertinentes as respostas que satisfazem a complexidade do ambiente, aumentada ou em fase de aumento, com processos internos de crescente diferenciação funcional e de especialização (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 75). O problema de referência da análise luhmanniana, a redução da complexidade e a correspondência de complexidades entre o sistema e o ambiente é uma versão simplificada desse teorema (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 75-76).

Outro teórico da TGS, James Miller, procurou fazer uma classificação (MILLER; In: BIRBAUM; CHAZEL, 1977, p. 286-294) entre os diferentes tipos de sistemas, sistemas abertos e fechados, vivos e não vivos, abstratos e concretos, sistemas conceituais, etc, o que evidencia duas coisas: que se deve delimitar de que tipo de sistema está se tratando; e que a TGS tem a pretensão de oferecer elementos de análise para qualquer tipo de sistema.

Assim, a Teoria Geral de Sistemas seria uma proposta conceitual onde se poderia encaixar qualquer dimensão da realidade. Nas palavras de Von Bertalanffy, a TGS representava “uma tendência geral para a integração das diversas ciências, naturais e sociais” (VON BERTALANFFY; In: BIRBAUM; CHAZEL, 1977, p. 276). Para ele, “o mundo, ou seja, o conjunto de acontecimentos observáveis, apresenta uniformidades estruturais que se manifestam nos diversos níveis, ou nas diversas disciplinas, por traços de ordem isomorfo” (VON BERTALANFFY; In: BIRBAUM; CHAZEL, 1977, p. 286).

Resumidamente, pode-se dizer que a TGS trabalhou conceitos já correntes em diversas áreas (complexidade, totalidade, sistema, função, interação, sinergia), organizando-os em uma teoria geral aplicável a todos os campos do conhecimento, a permitir a ligação entre ciências naturais, exatas e sociais.

Portanto, entende-se que a Teoria Geral de Sistemas deva ser vista como um “novo funcionalismo”, pois trabalha com os mesmos pressupostos que o funcionalismo clássico, mas detém-se sobretudo no conceito de sistema e suas analogias com os sistemas naturais e suas leis, aprofundando-se nas análises dos conceitos de complexidade sistêmica.

2.1.4 O “novo paradigma” das ciências: autopoiese

As construções teóricas de Luhmann jamais se restringiram apenas às influências das ciências sociais, sempre tendo relações com outras áreas do conhecimento, desde que as considerasse como úteis para a formulação de uma teoria verdadeiramente apropriada para explicar a sociedade.

Nesta seara de raciocínio, a presente tese tem por premissa a concepção de que o arranjo teórico de Luhmann, apesar de se filiar em parte a uma certa tradição sociológica, constitui-se, na verdade num avanço, a partir do desenvolvimento de novos conceitos, o que a torna uma teoria autônoma e inédita.

Para tanto, vale-se das fontes de um novo paradigma que, segundo ele próprio, têm reflexos tanto no método funcionalista quanto na Teoria Geral dos Sistemas e são oriundas de “*un puñado de pensadores, pertenientes a distintas disciplinas, que han venido a consolidar los lineamientos generales de una nueva generación de teoría de sistemas*” (LUHMANN, 1998, p. 57) e remontam a pesquisas desenvolvidas na Universidade de Illinois, lideradas por Heinz von Foerster.

Em verdade, as análises de um discurso auto-referencial decorrem também de estudos como os feitos por George Spencer-Brown, que na tentativa de apresentar uma (re)construção de estruturas fundamentais em lógica matemática, aponta para o caráter (auto)referencial desse procedimento.

Trabalhos como esses influenciaram diversos campos do conhecimento e foram fundamentais para a emergência de um novo paradigma nas ciências formais, naturais e, graças a Luhmann, também nas ciências sociais. (GUERRA FILHO, 1997. p. 48-50)

Von Foerster teve o mérito de aprofundar estudos sobre temas como causalidade circular, auto-referência e o papel organizador do acaso, mesclando conhecimentos da biologia e da cibernética (LUHMANN, 1998, p. 58). Mais tarde, a introdução do conceito de “autopoiese” dos sistemas biológicos adiciona elementos novos à teoria dos sistemas complexos, sobretudo no que diz respeito à organização e a auto-produção.

O termo surge em 1973 na obra “*De máquinas y seres vivos*” dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, para caracterizar os seres vivos, enquanto sistemas que produzem a si próprios.

Maturana narra que el concepto surgió cuando él estaba trabajando con el término de estructuras circulares para explicar la reproducción celular. Sin embargo la palabra circular no la encontraba suficientemente atinada. Con ocasión de que un amigo filósofo le había hecho una invitación, surgió en la plática el tema de la diferencia entre praxis e poiesis, temas de una clase reciente sobre Aristóteles que el profesor de filosofía había sostenido. [...]. En cambio la poiesis quedó explicada como algo que se produce desde fuera de si mismo: se hace esto u lo otro no para llevar a cabo una acción que tiene sentido por el solo hecho de hacerla, sino porque si quiere producir algo. Maturana con estos elementos, encontró el puente de su expresión con el añadido de la palabra auto (por si mismo). Con esto Maturana quería indicar que con el concepto de autopoiesis se trataba de una producción, de un efecto perseguido expresamente, y no de una praxis. (LUHMANN, 1998, p. 91.)

Varela e Maturana propõem o conceito de “autopoiese” como sinônimo de “vida”. “Para Maturana e Varela, o que define os seres vivos é a característica de produzirem de forma contínua a si próprios, e essa forma de organização é chamada ‘autopoietica’”. (LOPES JR.; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 3).

Para eles, os sistemas vivos são sistemas autopoieticos, sistemas organizados auto-refrencialmente nos quais a própria organização dos processos é gerada pela interação de seus próprios produtos (LOPES JR.; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 3-4).

Os sistemas vivos são para ambos autores sistemas cognitivos e o próprio processo vital se concebe como um processo cognitivo. Segundo, Giménez Alcóver (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 77) “*la teoría de la autopoiesis nace como un intento de respuesta a la cuestión acerca del significado de la vida individual y, en relación a ello, al problema epistemológico básico de la posibilidad del conocimiento objetivo*”.

A investigação nesse nível parte do intuito de se estabelecer se os processos cognitivos do organismos animais estão determinados pelo mundo externo ou se, pelo contrário, a atividade do sistema nervoso está determinada pelo próprio sistema nervoso.

A experiência de Otto von Guericke, de 1672, fornece a base para a discussão desse nível. A experiência é obtida com a intercalação de duas fontes luminosas uma ‘vermelha’ e outra ‘branca’. Essas luzes são dispostas de forma a se entrecruzarem. Ao inserir um objeto opaco no campo de incidência dessas luzes ocorrerá a formação de duas sombras, a sombra formada pela luz ‘branca’ e a sombra formada pela luz ‘vermelha’, o que se observa é que esta última possui uma coloração azul-esverdeada. Como explicar esse fenômeno? Os físicos o chamam de ilusão cromática, trata-se de uma ilusão porque um fotômetro não é capaz de auferir a existência de onda proveniente da luz ‘verde’. (LOPES JR.; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 4-5).

Na esteira da situação mencionada anteriormente,

Há outros célebres exemplos como o da experiência realizada com a salamandra, a qual possui um poder de regeneração tal que torna possível retirar seus olhos da cavidade ocular e colocar de volta com perfeita regeneração. A experiência foi realizada da seguinte forma: arrancam-se os olhos, invertem-se em 180 graus e, ao colocá-los de volta, eles se regeneram de forma que a imagem projetada na retina do animal é tal forma invertida que dá a impressão para este que a imagem de um inseto posto a sua frente está atrás dele. A salamandra então lança a língua para trás a fim de capturar o alimento, mas não o encontra. A explicação reside no fato de que a salamandra não lança a língua para o objeto externo, o ato de lançar a língua diz respeito a uma atividade de correlação interna. Trata-se de uma atividade da retina somada a uma atividade motora da língua. (LOPES JR.; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 5).

Para Maturana e Varela a incapacidade para distinguir o real do ilusório é uma característica dos seres vivos. A relação desses com os objetos exteriores, não depende diretamente desse ambiente, ou seja, não está relacionada diretamente com as dimensões, proporções ou cores que esse objeto assuma, mas provém de uma atividade de interpretação característica de cada ser vivo (LOPES JR.; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 5). "Os estados de atividade neural deflagrados por diferentes perturbações estão determinados em cada pessoa por sua estrutura individual e não pelas características do agente perturbado" (LOPES JR.; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 5). Portanto, a experiência do "mundo real" é oriunda da estrutura dos seres dotados de percepção.

Daqui partem aqueles autores para a conclusão de que qualquer característica atribuída por um determinado sistema vivo 'observador' a um determinado objecto 'observado' constitui sempre um processo de auto-observação. [...]. Com suas próprias palavras, todo conhecimento pertence exclusivamente ao 'meta-domínio cognitivo do sistema observador' (não ao domínio do sistema observado), e toda a explicação científica mais não é que o 'resultado de um processo em que o observador explica ou descreve o próprio observador' (não o objecto observado) (ENGRÁCIA ANTUNES; In: TEUBNER, 1989, p.VII-VIII).

Muito embora Maturana tenha se arriscado nessa transposição da autopoiese do biológico para a esfera do social, apenas por entender que a sociedade é composta por seres cujos sistemas perceptivos são autopoieticos, atribui-se a Luhmann uma extensão bem sucedida do referido conceito para as Ciências Sociais (LOPES JR.; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 7; GUERRA FILHO, 1997, p. 57)¹².

¹² Não obstante, a importação de conceitos das ciências naturais para o campo das humanidades já era atividade conhecida por diversos autores. Vide, por exemplo, a obra do filósofo francês Edgar Morin,

Assim como retira da Teoria Geral de Sistemas algumas premissas, Luhmann toma da teoria autopoietica grande número de conceitos e amplia a própria ideia da autopoiese, chegando a convertê-la em uma superteoria aplicável à análise de todo e qualquer sistema, desde os sistemas biológicos e sistemas psíquicos até os sistemas sociais.

2.2 A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann

Não parece supérfluo reiterar que não há descompassos lógico-conceituais na obra de Luhmann, mas apenas, a partir de um determinado período, a incorporação de conceitos que enriquecem suas elaborações iniciais sobre o tema central de todas as suas investigações: a sociedade. De fato, sua construção teórica durara vinte anos até a publicação de *Soziale Systeme* (Sistemas Sociais), que constitui (segundo ele próprio) o verdadeiro ponto de partida de sua teoria (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 71).

No entanto, ainda se se pudesse falar de um “primeiro” ou de um “segundo” Luhmann, classificando um ou outro de melhor ou mais interessante, seria imprescindível o entendimento daquele para centrar a exposição deste.

Pelas razões assinaladas, a exposição que se realiza nos itens seguintes procurará abarcar as abordagens do autor, correspondentes a diversas épocas, centrando-se, claro, naquelas partes centrais de sua teoria sociológica, com maior ênfase nos conceitos que venham a ser posteriormente utilizados na teoria jurídica.

2.2.1 Opções teórico metodológicas

As principais exposições que Luhmann realiza de sua concepção metodológica encontram-se em seus primeiros trabalhos: em 1967 publica um artigo que pode ser considerado como manifesto programático de sua obra. Denominou-o de “A Ilustração Sociológica” (*Sociologische Aufklärung*), título que elegeu também para os quatro volumes de recompilação de artigos dedicados a aspectos diversos da elaboração de sua teoria sociológica geral (*Sociologische Aufklärung I – 1970; Sociologische Aufklärung*

sobretudo *O Método* (composto de três volumes), que é um exemplo, de certa forma fascinante, da tentativa de fazer essa passagem entre as novas descobertas das ciências naturais e as ciências humanas e sociais. Em Morin, todos os argumentos em prol do conceito de “complexidade” advêm de observações e ilustrações a cerca do funcionamento do mundo físico, nunca do mundo social. (MORIN, 2001, v. 1-3).

II – 1975; *Sociologische Aufklärung III* – 1981 e *Sociologische Aufklärung IV* – 1987). (GIMÉNEZ ALCOVER, 1993, p. 58).

Desde então, não se voltou sobre essas questões senão de forma incidental e sempre em relação com sua proposta teórica. Isto não significa que os aspectos metodológicos conformados em seus primeiros escritos tenham se mantido de forma inalterável. As importantes modificações experimentadas pela teoria sistêmica, tal e como aparece em suas primeiras obras, afetam de forma substancial a sua proposta metodológica, inclusive pela própria separação entre teoria e método (conforme se verá a seguir, a própria mudança que a introdução da teoria dos sistemas autopoieticos causou na epistemologia luhmanniana é um reflexo disso).

De mais a mais, a proposta metodológica de Luhmann se centra na redefinição do conceito de função e de análise funcional. Para isso parte tanto da crítica às concepções funcionalistas anteriores, quanto da não aceitação, como método apropriado para a sociologia, das contribuições da teoria científica de tradição analítica e aceita as limitações explicativas que tal rechaço comporta. (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 47-48).

Cumprase ressaltar que se enganaria quem, ao caracterizar a obra de Luhmann, procurasse classificá-la, de maneira determinante, dentro do funcionalismo. Muito cedo Luhmann faz um “ajuste de contas” com o funcionalismo estrutural. Veja-se, por exemplo, porque já é crítico quando apresenta a Talcott Parsons em Harvard o artigo “Função e Causalidade” em *Ilustração Sociológica*.

De fato, Luhmann propõe substituir o funcionalismo estrutural de raízes ontológicas, por um consistente em equivalências funcionais. O “funcionalismo das equivalências” é o conceito para determinar um método que para resolver problemas desenvolve uma especial sensibilidade perante distintas soluções equivalentes. (TORRES NAFARRANTE, 1996, p. 28). Este pensamento se encontra desenvolvido também em *Sistemas Sociais* (LUHMANN, 1995, p. 278 e segs.).

O propósito essencial das investigações de Luhmann sempre foi o de formular uma teoria da sociedade moderna (DE GIORGI; LUHMANN, 1993. p. 27), com a pretensão de descrever todo o seu funcionamento. Em meio a uma sociologia que renunciou a pensar a sociedade como um todo, Luhmann enfrenta o problema sob o programa de uma teoria que entende a sociedade como um sistema (TORRES NAFARRATE apud DE GIORGI; LUHMANN, 1993. p. 12.).

Para a elaboração de suas concepções metodológicas, parte da análise do que se convencionou denominar “funcionalismo americano” e também da Teoria Geral dos Sistemas. Nesse primeiro momento, desde de meados dos anos sessenta até o início da década de 80, o autor formula uma teoria sistêmica funcional-estrutural que tem por base a diferença entre sistema e ambiente/entorno, destacando que o sistema se define justamente por essa relação com o ambiente, mediante mecanismos de redução da complexidade.

Diferentemente de outros autores porém, ele produz uma teoria social baseada em uma versão nova da Teoria Geral de Sistemas: a chamada “Teoria dos Sistemas Autopoiéticos”, cujo desenvolvimento se deveu principalmente aos já mencionados neurocientistas chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Desassemelhando-se da Teoria Geral de Sistemas tradicional, que se centra na descrição das estruturas e relações entre os elementos do sistema e destes com o ambiente, a teoria dos sistemas autopoiéticos centra sua análise nos mecanismos de auto-produção e auto-organização do sistema, o que já representa o segundo momento de sua obra.

Como se pode inferir, suas elaborações não estão vinculadas à lógica tradicional da sociologia clássica, nem sequer são tributárias de uma disciplina em particular, mas são influenciadas por contribuições oriundas de diversos âmbitos, o que lhes dá um caráter multidisciplinar, contribuindo, nesta medida, para a análise sociológica da sociedade moderna.

Conforme, De Giorgi e Luhmann,

La tradición conceptual de la sociología, (...) no ofrece recursos teóricos útiles para superar este esquema y para revolucionar el paradigma de la teoría de la sociedad. Aportaremos esos recursos desde fuera de la sociología. Por eso nos dirigiremos a los más recientes adelantos de la teoría de sistemas, o también a los adelantos que se han producido en el ámbito de distintas teorías: la cibernética, las cognitive sciences, la teoría de la comunicación, la teoría de la evolución. En cada caso se trata de contextos de la discusión interdisciplinaria que en los últimos dos o tres decenios han tenido un proceso de radical transformación y que no tienen mucho en común con la conceptualidad sistemática de los años cincuenta y principios de los sesenta. Se trata de avances intelectuales fascinantes y totalmente novedosos que, por primera vez permiten escaparse de la contraposición entre ciencia de la naturaleza y ciencia del espíritu, o entre hard sciences y humanities, o también entre ámbitos objetuales dados en forma de leyes y ámbitos objetuales dados en forma de textos (hermenéutica).
(DE GIORGI e LUHMANN, 1993, p. 34).

E é justamente esse caráter complexo da sociedade moderna que, para Luhmann e De Giorgi, impõe barreiras à descrição da sociologia clássica:

Parece natural apuntar a la inmensa complejidad de la sociedad y a la falta de una metodología que se pueda utilizar para tratar los sistemas altamente complejos y diferenciados: una metodología capaz de tratar la llamada complejidad organizada. Este argumento adquiere un peso aún mayor si se considera que la descripción del sistema es parte del sistema o que puede existir un gran número de descripciones como esa. La mayor razón, entonces, para los sistemas hipercomplejos de este tipo es la falta de idoneidad de la metodología convencional, la cual parte o de relaciones muy estrechas y limitadas, o bien de las condiciones de aplicación del análisis estadístico. Este argumento, entonces, debería aconsejar la renuncia a la teoría de la sociedad, y aconsejar el ocuparse, en primer lugar, de la metodología del tratamiento de sistemas altamente complejos o hipercomplejos. (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 31).

Para Luhmann, a sociologia clássica não teria mais condições de fazer uma descrição abrangente das relações sociais modernas, em virtude de estar atrelada a certos preconceitos provenientes de concepções iluministas.

Segundo Luhmann,

a sociologia desenvolveu-se nas últimas décadas em muitos campos de investigação de forma espetacular. Contudo, ela não conseguiu elaborar uma teoria da sociedade, isto é, uma teoria do conjunto das relações sociais. [...] É possível que a razão deste déficit esteja na complexidade global dos sistemas. [...] Para aumentar as dificuldades somam-se a isso obstáculos ao conhecimento [...] que se dão a partir de um predomínio de conceituações tradicionais, semânticas e instrumentos de conhecimento que na verdade, no estágio atual da pesquisa, já estão ultrapassados (LUHMANN; In: NEVES; SAMIOS, 1997, p. 68-69).

Luhmann usa como ponto de partida a constatação de que as análises da sociedade acontecem *dentro da sociedade* (DE GIORGI; LUHMANN 1993, p. 27). Sendo assim, a teoria da sociedade como descrição da sociedade é autológica, ou seja,

de cualquier manera que se pretenda definir el objeto, la definición misma es ya una operación del objeto. La descripción realiza lo descrito: en el momento en que tiene lugar, debe describirse a sí misma. Debe comprender a su objeto como algo que se describe a sí mismo. Usando una expresión que viene del análisis lógico de la lingüística, podríamos decir que cada teoría de la sociedad debe presentar un componente autológico. (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 27)

Isto é, se a descrição da sociedade é um fenômeno que está dentro da sociedade, é um fenômeno social. Ou seja, a descrição da sociedade tem que incluir uma descrição da própria teoria, que é a base da descrição da sociedade. A falta de compreensão desse componente autológico, aliada à falta de metodologias adequadas para analisar sistemas de alta complexidade é, na opinião de Luhmann, a razão da incapacidade da sociologia

clássica produzir uma adequada teoria da sociedade (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 28-31).

Utilizando-se de uma formulação de Gaston Bachelar, que se refere a obstáculos que derivam da tradição, impedindo uma adequada análise científica e provocando expectativas que não podem ser satisfeitas (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 31-32; 31), Luhmann arrola três obstáculos epistemológicos que impediriam a sociologia clássica de analisar a contento a sociedade moderna. Seriam eles, a) que a sociedade está constituída por homens concretos e por relações entre os homens (e, por isso, a sociedade somente pode ser constituída ou integrada como resultado de um consenso entre os seres humanos, através da concordância de suas opiniões e objetivos); b) que as sociedades são unidades regionais, territorialmente delimitadas; e c) que sociedades podem, como grupos, ser observados de fora (o que permitiria sua descrição objetiva por meio de um sujeito cognoscente posto diante de um objeto do conhecimento que seria essencialmente passivo).

A autenticidade das investigações de Luhmann estaria, em princípio, na superação dessas premissas, por serem tributárias de metodologia ultrapassada. Já o ineditismo de sua proposta epistemológica residiria na separação entre sociedade e indivíduo que, nesse sentido seriam entorno (ambiente) um para o outro; na adoção de um conceito abrangente de sociedade¹³; e, na criação de uma perspectiva teórica segundo a qual a sociedade seria um sistema auto-referencial que descreve a si mesmo.

2.2.2 Noções preliminares

Na terminologia luhmanniana, o conceito de “sistema social” abarca três tipos de formação de sistemas: os “sistemas de interação”, as “organizações” e a “sociedade”. Nenhum deles abarca por si só toda a realidade social. Dentre eles, o mais amplo possível é a sociedade e, portanto, é a ele que dedicamos mais atenção, ainda mais porque contém os outros dois. (LUHMANN, 1995, p. 1 e segs).

Para o mesmo autor, o problema desencadeante da formação e manutenção da sociedade está relacionado a dois conceitos: complexidade e contingência.

¹³ “Las investigaciones que este libro presenta buscan el paso a un concepto de sociedad radicalmente antihumanístico y radicalmente antirregionalístico”. (DE GIORGI, LUHMANN, 1993. p. 33).

2.2.2.1 Complexidade, contingência e pressão seletiva. O surgimento do sistema social.

Nas palavras de Luhmann,

O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Dessa forma, o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. (LUHMANN, 1983. v. I, p. 45).

Desta maneira, Luhmann está dizendo que as possibilidades de experiências que são apresentadas aos homens - síntese entre sistema físico e sistema psíquico¹⁴ - são ilimitadas e, assim, muito maiores do que esses podem vivenciar, precipitando-os a uma *seleção forçada*. Essa situação exprime o que Luhmann denomina de *complexidade* (LUHMANN, 1983, v.1, p. 45) e a escolha de uma, dentre todas as possibilidades, contitui-se em uma ação *contingente*, arriscada, calcada no pressuposto da incerteza, porque as possibilidades apontadas para as experiência podem ser diferentes das esperadas, ou seja, podem ser enganosas, inexistentes ou inatingíveis. Em síntese, *contingência* significa perigo de desapontamento e necessidade de se assumirem riscos.

Em outra passagem, Luhmann define contingência da seguinte forma: “*something is contingent insofar as it is neither necessary nor impossible; it is just what it is (or was or will be), though it could also be otherwise*” (LUHMANN, 1995, p. 106).

Deslocado o problema para uma situação de relação interpessoal, ou, dito de outro modo, diante da hipótese de contato entre dois indivíduos no âmbito dessa complexidade, o problema toma a forma da *dupla contingência* (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 47).

Quando os indivíduos estão diante de uma relação intersubjetiva, *Ego* e *Alter*, respectivamente, receberão as possibilidades que a ambos são apresentadas. *Ego* não sabe como *Alter* reagirá em resposta a uma dada atuação de *Ego*. Ambos “apresentam-se como duas caixas-pretas, quer dizer, cada um determina seu próprio comportamento pelo complexo auto-referencial de operações dentro de seus próprios

¹⁴ Em *Sociologia do Direito*, Luhmann, ao tratar do mesmo tema que se expõe neste item, ora fala em sistemas físicos, ora em sistemas psíquicos, para demonstrar os problemas que o “homem” enfrenta e que, por conseguinte, originam os sistemas sociais (1983, v. 1, p. 50 e segs).

limites.” (LOPES JR.; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 10). *Ego* e *Alter* dispõem de várias alternativas de atuação (LUHMANN, 1983, v.1, p 46-47).

Não se dá mais coincidência que a de poder esperar unicamente o inesperado. Enquanto não haja aparecido nenhum princípio de ordem, não existe pauta de previsibilidade do comportamento próprio nem alheio, nada é previsível onde tudo é possível; não há expectativas; não há comunicação. Apenas a desordem segue da desordem não rompida. (GARCIA AMADO; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004. p. 302).

Enquanto toda ação estiver calcada nesse pressuposto de incerteza, diz-se que a dupla-contingência encontra-se em seu estado “puro”. Dupla contingência em estado “puro” ocorre, por conseguinte, quando há uma “situação originária de contato entre dois indivíduos, quando a complexidade não foi reduzida de forma alguma ou, em outras palavras, quando ainda não há sociedade” (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 302).

Pressupõe-se que, antes de constituída a sociedade, “esse campo ilimitado de possibilidades que se denomina complexidade, é concebido conceitualmente como caos e ainda não como cosmos” (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 301). A situação de partida em direção à ordem, ou seja, a ruptura da dupla contingência originária, dar-se-á a partir do momento em que um dos indivíduos “faça algo”. Em razão da falta de limites e de orientação para o comportamento, a eleição dentre as diversas possibilidades de atuação equivale à realização de uma primeira seleção. Essa constitui-se em uma primeira oferta à outra parte que poderá aceitar ou não a seleção (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 302-303). Qualquer que seja a resposta, esta também se converte em seleção através da possibilidade que se apresentou por meio do comportamento anterior, convertendo-se em nova possibilidade, a partir da qual a outra parte poderá operar; e assim sucessivamente.

Tanto o estímulo quanto a resposta possuem significado próprio para ambos os partícipes; nesse caminho de sentido é que emerge uma ordem, uma situação interacional que possibilita o controle da complexidade. As incertezas quanto ao comportamento precisam ser controladas nesse jogo interacional e, somente dessa forma, surgem sistemas sociais (LOPES JR.; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 11).

Pode-se dizer, então que o elemento fundador do social reside em um fator comunicativo que proporciona uma conexão entre a atuação de *Ego* frente a e *Alter* e vice versa.

Portanto, “é o problema da contingência que opera como ‘auto-catalizador’ da forma do sistema social” (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 303). Isso significa,

segundo Luhmann, reconduzir ao acaso (*Zufall*) o ímpeto dos sistemas sociais. Esses nasceram da necessidade, mas em razão do acaso presente naquelas primeiras distinções, cujo conteúdo não estaria prefigurado em nenhuma natureza prévia. A operabilidade dos sistemas sociais, seu enlace com uma realidade externa aos mesmos, nasce assim, da ‘fatalidade do acaso’ (*Die Fatalität des Willkürlichen*), da “transformação de dados originados no acaso em probabilidades estruturais” (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 303).

A partir de então, desaparece a dupla contingência em estado puro (situação completamente indeterminada), cuja saída operativa original deu início à sociedade. A dupla contingência que permanece no sistema social é delimitada por seleções prévias oriundas de uma complexidade estruturada que utilizaremos como parâmetro de articulação de nossas ações (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 303).

2.2.2.2 A diferença entre sistema e meio ambiente, sistemas sociais, sistemas psíquicos e sistemas vivos. Como os sistemas constroem seus próprios limites.

Atribuindo ao sistema social a função de mediador do desequilíbrio existente entre a extrema complexidade do *mundo* e a limitada capacidade do homem para a elaboração consciente de experiências (LUHMANN, 1983, v. 1, p.45), Luhmann põe em relevo a idéia básica ou consitutiva de sua teoria sistêmica: diferença entre sistema e ambiente (entorno).

En una primera aproximación a este último concepto (que Luhmann define en ocasiones de forma contradictoria y sin diferenciarlo con claridad de los conceptos de ‘ambiente’, ‘horizonte’ e incluso complejidad) hay que señalar que el ‘mundo’ de Luhmann no es el planeta tierra o el cosmos, sino un ‘horizonte’ de posibilidades o la suma de las posibilidades estructuradas del sistema, más las que el sistema contempla como su ambiente (GIMÉNEZ ALCOVER, 1993, p. 62).

Conforme viu-se neste mesmo capítulo, Luhmann toma como ponto de partida da análise sistêmica a diferença entre sistema e ambiente (entorno), que se verifica desde o período inicial de sua produção literária, não tendo sido abandonado. Mesmo em *Sistemas Sociais* (obra que constitui o marco de sua virada teórica) Luhmann mantém, já no primeiro capítulo, a abordagem da diferença sistema/entorno como forma

de abordar a análise da teoria dos sistemas, apenas acrescentando que a ela se segue uma outra, qual seja, a da diferença entre elementos e relações, cujo estudo se reserva para outro item. De qualquer forma, cumpre-se ressaltar que o modelo de sistema como diferença sistema/ambiente é o “artifício básico empregado pela teoria” (GUERRA FILHO, 1997, p. 57) de Luhmann, desde seus primórdios até a fase pós-*virada autopoietica*.

De fato, para Luhmann, o sistema não é senão a diferença entre si mesmo e o ambiente. Com suas palavras, os sistemas “se constituem e se mantêm por meio da criação e manutenção de uma diferença com o ambiente e utilizam suas fronteiras para a regulação dessa diferença” (LUHMANN, 1995, p. 17).

Assim, o ambiente, que anteriormente chamamos de mundo, conforme se disse, por ser insucetível de assimilação pelos sistemas psíquicos, impõe a criação do sistema social (sociedade), o qual, através de critérios próprios, passa a ter a função de selecionar, a partir do ambiente, dados que considera relevantes. Esses dados são processados internamente de forma a gerarem várias alternativas de atuação. O critério (ou a força interna) que regula esse procedimento tanto para o sistema social quanto para os sistemas psíquicos, é o que se denomina de *sentido*. Dito de outra forma, é o sentido uma operação da qual os sistemas sociais e psíquicos se utilizam para se *autodiferenciarem* de seu ambiente.

Os sistemas não existem antes que existam seus limites frente ao meio, constituídos pelo sentido. Isto faz com o sentido possua um caráter constitutivo do sistema: sem sentido não há limites frente ao meio, e sem limites não há sistema (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 309)¹⁵.

Assim, é através do sentido que os sistemas (sociais e psíquicos) constroem seus limites. Cada sistema consegue estruturar-se desde o momento em que, em razão de sua função própria, delimita um setor particular da complexidade de seu meio. Portanto,

por sentido se entende unicamente uma determinada ‘estratégia’ de seleção de elementos ou possibilidades, a partir de um meio mais complexo, e as *Sinn Grenzen* – ou limites de sentido – são os apoios desta seleção (*Selektionshilfen*), na medida em que estabilizam uma diferença entre o que integra o sistema e o que fica fora dele, mediante um simples esquema binário em termos de pertence/não pertence (neste caso: pertence ao meio) (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 310).

¹⁵ Nesse sentido, ver também Luhmann (1995, p. 61 e segs).

Embora constituídos sensorialmente, sistema social e psíquico diferem quanto ao sentido que utilizam para se diferenciarem do ambiente.

Sistemas psíquicos operam com base no *pensamento*. Quando selecionam determinados pensamentos e não outros quaisquer estão, através daqueles pensamentos escolhidos, fornecendo identidade ao sistema em relação ao seu meio.

Os sistemas sociais fazem o mesmo a partir da comunicação. Da mesma forma que pensamentos são gerados através de um processo que leva a novos pensamentos através de uma rede organizada, a comunicação é o componente autopoietico dos sistemas sociais, uma comunicação gera nova comunicação de forma recursiva [...] permitindo transcender a clausura individual do sistema psíquico [...]. (LOPES JR.; In ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 7-8).

Por sua vez, os sistemas vivos

teriam como elementos células e moléculas, que produzem outras células e moléculas, em um ambiente onde há outros sistemas que fazem o mesmo [...]. Sistemas sociais, por sua vez, teriam como elementos comunicações, que produzem outras comunicações, que, porém, não existem no ambiente, mas sim apenas na sociedade, enquanto sistema comunicativo global [...]. (GUERRA FILHO, 1997, p. 61).

Percebe-se, então, que tanto no ambiente dos sistemas vivos como no dos sistemas psíquicos, existem os mesmos elementos que compõem os sistemas: células e moléculas e outros sistemas psíquicos, respectivamente. Já

à sociedade pertence apenas aquilo que no processo da comunicação é tratado como comunicação, isto é, aquilo que em referência recursiva a outras comunicações é produzido como operação do sistema. [...] Todo o resto, especialmente a existência corpórea e psíquica dos indivíduos e também seu comportamento perceptível, naqueles aspectos que não são tratados como comunicação, permanece como ambiente do sistema. (LUHMANN, 1993, p. 70).

Sendo assim, para Luhmann não é o homem, seja ele tomado enquanto organismo vivo, seja enquanto sistema psíquico, ou mesmo enquanto unidade de ambos, que irá figurar como elemento básico da sociedade. Assim, pode concluir que sistemas sociais e sistemas psíquicos são sistemas de sentido e não sistemas vivos.

Em *Sistemas Sociais* Luhmann reserva o capítulo 6 para tratar dos “seres humanos” como entorno para os sistemas sociais. Esclarece que

we choose the term 'human being' to indicate that this concerns both the psychic and the organic systems of human beings. We would like to avoid the term 'person' as much as possible in this context, so that we can reserve it to indicate the social identification of a complex of expectations directed toward an individual human being. (LUHMANN, 1995, p.210).

Ao contrário, caracterizada enquanto sistema social, a sociedade terá a comunicação como seu elemento último e operará somente a partir dela. Mas, remeter o humano para o entorno da sociedade não implica num menosprezo de sua importância, pois não há qualquer juízo de valor ou concepção de ordem ontológica envolvidos nessa operação. É claro que, enquanto entorno, as dimensões psíquicas e biológicas que compõem o ser humano são conceito *sine qua non* para a emergência da comunicação, que é a operação constitutiva da autopoiese social.

De fato, segundo Luhmann “*conciencia y comunicación no pueden existir una sin la otra, y que para existir deben estar coordinadas mediante un acoplamiento estructural*” (LUHMANN, 1996, p. 100). Ou seja, Luhmann irá demonstrar que, se por um lado não há uma causalidade subjacente e subdeterminante entre os sistemas, por outro, há sim ligações entre eles, que se dão por meio de operações altamente seletivas que permitem a inter-relação entre os sistemas.

Trata-se apenas de definir com precisão que tipo de operação é específica e necessária à emergência de um determinado sistema.

Portanto, a comunicação é a recursividade própria da sociedade e os pensamentos são a recursividade própria dos sistemas psíquicos. A esse respeito,

recursividade diferencia-se da mera repetição [...] a recursividade é a aplicação de uma operação ao resultado de uma operação, onde se cria uma expectativa sempre em referência a um resultado ulterior. Como num jogo de xadrez em que o último movimento apresenta uma nova perspectiva que é diferente da anterior, mas a ele conectada, cada novo lance é um novo momento de novas decisões e avaliações. (LOPES JR.; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 8.).

Isto quer dizer que nem a comunicação é capaz de determinar o fluxo dos pensamentos de uma consciência, nem esta é capaz de determinar a comunicação que circula na sociedade. Neste sentido, a comunicação é o único elemento que permite transcender a clausura individual do sistema psíquico¹⁶.

Segundo Luhmann,

No hay en el ámbito social multiplicidad de alternativas para de entre ellas escoger la operación que defina lo social. La comunicación es el único fenómeno que cumple con los requisitos: un sistema social surge cuando la comunicación desarrolla más comunicación, a partir de la misma comunicación (LUHMANN, 1996, p. 68)

¹⁶ Deixamos para a última seção deste capítulo a abordagem sobre clausura do sistema.

Cumpra por fim destacar que é a interpretação de sistemas sociais como sistemas constituídos por sentido e como algo que ao mesmo tempo constitui sentido, o que expressa a mudança paradigmática na teoria geral dos sistemas, onde a distinção parte/todo foi substituída pela diferença sistema/meio.

Segundo Luhmann (1996, p. 61-62),

Lo que en la actual comprensión de la teoría de sistemas cambia con respecto a los avances logrados en los años cincuenta y sesenta es una formulación más radical en la medida en que se define al sistema como la diferencia entre sistema y entorno. La formulación necesita un desarrollo explicativo, ya que está sostenida sobre una paradoja de base: el sistema es la diferencia que resulta de diferencia entre sistema y entorno. El concepto de sistema aparece, en la diferenciación, duplicado en el concepto de diferencia

Para essa transformação, Luhmann faz uso do conceito de “forma” de George Spencer-Brown (LUHMANN, 1996, p. 64 e segs.; e DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 35 e segs).

Segundo Guerra Filho, o ponto de partida de Luhmann, é a necessidade de se fazer distinções:

Uma distinção é uma bipartição no mundo: ‘isso’ e ‘aquilo’, ‘nós’ e ‘eles’, ‘eu’ e ‘o(s) outro(s)’ – ‘sistema’ e ‘ambiente’. As distinções que fazemos dependem do objetivo que temos em mente, do que desejamos com elas, o que já se manifesta em um segundo momento, quando fazemos uma indicação, marcando um dos dois aspectos que se distinguiu como sendo primordial : o sistema, sendo o resto, ambiente. (GUERRA FILHO, 1997, p. 51).

A clássica dicotomia “aberto/fechado” “é completamente pulverizada pelo paradoxo autopoiético da ‘clausura auto-reprodutiva’” (ENGRÁCIA ANTUNES,; In: TEUBNER, 1989, p. XV).

2.2.2.3 Comunicação como unidade elementar da sociedade

Conforme vimos, o *elemento constitutivo* da sociedade é a *comunicação*. Sem esta não haveria a sociedade, pois só aparece a partir do momento em que “um evento articula os indivíduos através de seu sentido compartilhado [...]” (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 304).

Portanto, é através da comunicação que os sistemas psíquicos conseguem sair da sua auto-referencialidade perceptiva para o enlace interacional (LOPES JR.; In:

ARNAUD, LOPES JR., 2004, p.14). Isso não significa que a comunicação seja um processo de transmissão de informação, pois “não devemos compreender que essa mensagem é de fato transmitida, e aqui voltamos a Maturana que diz: ‘a validade do que eu digo não depende de mim, mas de quem escuta’” (LOPES JR.; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p.14). Neste sentido, também ver Luhmann, para quem “*debemos abandonar la metáfora clásica según la cual la comunicación es una especie de transferencia de contenido semánticos de un sistema psíquico que ya los posee, a otros*”. (LUHMANN, 1996, p.101).

Com isso quer-se dizer que para Luhmann não existe uma lógica linear de transmissão de mensagem entre emissor e receptor (LUHMANN, 1996, p. 101). Não há uma relação direta entre o conteúdo da percepção com o conteúdo da comunicação. Portanto, a comunicação é definida por ele como a síntese de três seleções: mensagem (*Mitteilung*), informação (*Information*) e compreensão (*Verstehen*) da diferença entre mensagem e informação. Segundo ele, “*what is uttered is not only selected, but also already a selection – that is why it is uttered. Therefore communication must be viewed not as a two-part, but as three-part selection process*” (LUHMANN, 1995. p. 140).

Quando *Alter* diz "faz frio", esta mensagem é produto de uma seleção anterior, que divide o mundo entre o que fora dito ("faz frio") e o excluído (o inverso - "faz calor", ou, simplesmente, o não dito). Verifica-se, portanto que, "primeiro seleciona-se a informação, em seguida, seleciona-se uma mensagem para expressá-la - tanto a informação como a forma de expressar essa informação pode influenciar o comportamento do receptor" (LOPES JR.; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 14-15). Essa informação não é resultado de uma transmissão - como no entendimento¹⁷ comum da comunicação - que passou de um (que deixou de tê-la) para outro (que passou a tê-la), mas sim, produto da construção de uma seleção específica. A compreensão¹⁸ da diferença entre mensagem (*Alter* diz) e a informação (“faz frio”) realiza a comunicação, que se torna um acontecimento de curta duração. Tudo o que aconteça em seguida, já

¹⁷ "O entendimento não é nunca a mera duplicação da expressão de uma outra consciência senão uma condição de conexão como a comunicação ulterior no sistema de comunicação, isto é, uma condição para a autopoiesis dos sistemas sociais" (LUHMANN apud LOPES JR. ; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 15)

¹⁸ O ato de compreender não implica em que *Alter* aceite a informação de *Ego*. "When one communicative action follows another, it tests whether the preceding communication was understood" (LUHMANN, 1995, p. 143) . O que importa é que *Alter* compreenda as duas seleções feitas por *Ego*, o que evidencia o caráter auto-referencial da comunicação. "The fact that understanding is an indispensable feature in how communication comes about has far-reaching significance for comprehending communication. One consequence is that communication is possible only as a self-referential process." (LUHMANN, 1995, p. 143).

não faz parte da unidade da seleção do ato comunicativo. "Cada uma constitui-se como uma etapa de um processo seletivo, mas no final este processo resta esquecido" (LOPES JR.; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 14). A comunicação sobre a comunicação (uma pergunta de esclarecimento por exemplo) já é outra comunicação.

Parece-nos que uma quarta seleção como a de aceitar ou não as seleções feitas no ato de comunicação como condição da atuação própria é algo fora do ato comunicativo; seria, portanto, operação do sistema psíquico.

No processo comunicativo, comunicação produz constantemente comunicação e "somente com ela os atores inserem-se na realidade dos sistemas" (LOPES JR.; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 15) sociais, mas "continuam se apresentando como duas caixas-pretas" (LOPES JR.; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 15). Quer-se dizer que comunicação é operação interna do sistema e não se trata da interação de individualidades. Portanto não se trata de comunicação entre sistemas sociais e o meio, assim como o sistema não recebe informação do meio. O que existe é comunicação do sistema, tendo como referência o seu meio. Assim se constitui a sociedade.

A consequência que Luhmann deriva disto é o rechaço radical de toda explicação da comunicação em termos de ação, como 'ação comunicativa'. Lá onde a comunicação se esgotasse na dimensão individual que a ação representa não existiria sociedade, senão um conglomerado de seres solipsistas. E se a comunicação é a sociedade reproduzindo-se a si mesma, isto também significa que é a sociedade que comunica, e não as consciências individuais. Estas não se compõem de comunicações, como prova o fato de que sem sociedade tais consciências não estabeleceriam qualquer comunicação, mas nem por isso deixariam de existir." (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 305).

A esse respeito, ver também Luhmann, em que se lê:

si el concepto de comunicación, visto desde la perspectiva de acción, se centra en el acto de participar de la comunicación, el acto de entender queda fuera necesariamente de esta unidad de acción. Las teorías comunicativas sustentadas en la acción tienen que recurrir a medidas de emergencia en el sentido de presuponer la racionalidad para que una comunicación quede entendida (LUHMANN, 1996, p. 211-212).

Vale ainda citar uma outra importante passagem de Luhmann a respeito da comunicação, em que diz

la sociedad es un sistema autopoietico basado en la comunicación dotada de sentido. Consta de comunicaciones, consta solo de comunicaciones, consta de todas las comunicaciones. Reproduce comunicación mediante comunicación. Todo lo que acontece como comunicación es por ello realización y a la vez reproducción de la sociedad. No puede haber

comunicación ni en el ambiente, ni con el ambiente de la sociedad (LUHMANN, apud GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 114).

2.2.2.4 Estruturas (expectativas) dos sistemas sociais

Os sistemas sociais vão surgindo na sociedade com função de reduzir a complexidade, o que fazem através do sentido, que, portanto, é um filtro da complexidade e uma barreira entre o sistema e seu meio. Assim, diante de uma ilimitada possibilidade de relações com o meio, o sentido somente permite que sejam ultrapassadas para o interior do sistema aquelas que são “relevantes” para ele. Dessa forma, os elementos do sistema se relacionam com base numa *estrutura*. Como afirma Luhmann, a estrutura proporciona “o passo de complexidade não-estruturada para complexidade estruturada” (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 312).

Tais estruturas são o meio pelo qual se torna possível a reprodução ordenada dos elementos dentro do sistema e esses são, como já sabemos, comunicações. Portanto, essas estruturas estão ligadas ao modo de tornar possível que umas comunicações se sigam de outras com respeito a uma certa ordem ou ao esquema simples, e não sem ordem como se não houvesse sistema. Trata-se de tornar possível a previsibilidade das comunicações que se sigam de cada comunicação dentro do sistema. Com isso, podemos dizer que as estruturas sociais compõem-se de expectativas: são estruturas de expectativas.

No entanto, essas repousam em terreno instável, pois sabemos que o curso da comunicação está além de nossa influência direta, uma vez que, conforme vimos, ele dita a si mesmo. "A comunicação transcende a esfera do subjetivo. A unidade de informação e mensagem não acontece a partir do entendimento individual, mas sim a partir da ocorrência de uma comunicação que se segue àquela" (LOPES JR.; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 15).

Dito de outro modo, e de forma a recapitular muitos dos conceitos traçados anteriormente, Lopes Jr. pondera o seguinte:

a experiência da dupla contingência faz emergir os sistemas sociais e estes, através da comunicação, abastecem a experiência da contingência com temas, informações e significados. A comunicação cumpre esse papel: somente com ela os atores se inserem na realidade dos sistemas. Tanto *Ego* como *Alter* continuam se apresentando como dois sistemas fechados e desconhecidos um

para o outro. Na situação da dupla contingência, a seleção do possível é posta em movimento e os limites são traçados. O sistema social que emerge dessa interação não pode separar e combinar individualidades, porque ele constitui um universo próprio. É através da conexão entre seleções e futuras seleções no curso da comunicação, que se torna possível estabelecer um domínio do que pode e do que não pode ser esperado, cujo limite se traça a partir de um universo de significado. As expectativas que emergem como estrutura do sistema são compostas dessa natureza, ou seja, por comunicações. O sistema estabiliza as expectativas e não o comportamento, logo os sistemas sociais só podem estabilizar comunicações, criar sobre elas expectativas do que pode ou não ser esperado, de tal forma, que entre as comunicações, aparece uma determinada ordem (LOPES JR.; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 15).

Somente assim os sistemas podem se estabilizar e cumprir sua função que é a de reduzir complexidade. Mas, à medida que se trata de coordenar comportamentos, as expectativas devem ser comuns, compartilhadas e sobretudo generalizadas:

Generalização significa uma essencial desatenção a respeito de diferenças, simplificação e redução da complexidade. Através da generalização das expectativas de conduta se facilita a sintonização concreta da conduta social de sua variedade, posto que já se fixou antecipadamente o que se pode esperar e que conduta destruiria os limites do sistema. Esta seleção antecipada do possível no sistema se origina no plano da expectativa [...]. (LUHMANN, apud LOPES JR. ; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 16).

Deve também haver expectativas de expectativas, e não apenas expectativas de condutas já que, só assim, solucionar-se-á o problema da dupla contingência. Não somente se espera uma conduta de si mesmo ou de outro, mas também se espera por cada parte que seja o mesmo critério diretor das expectativas das duas (ou n) partes (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 312-313).

Assim, pode-se dizer que a estabilidade do sistema se dá a partir de expectativas compartilhadas, o que constitui sua estrutura. As expectativas

hã de subtrair-se às peculiaridades não-essenciais de cada situação e possuir um esquema de validez suficientemente claro e simples, de modo a não ter que se modificar ante aos pormenores de qualquer evento” (GARCÍA AMADO; In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 313).

A partir da generalização de expectativas, o problema da dupla contingência não se apresenta mais no seu aspecto “puro”: total incerteza de comportamento. A dupla contingência então passa a ser delineada em um plano de expectativa: *Ego* possui uma expectativa em relação ao comportamento de *Alter*, e, reflexivamente, cria uma expectativa em relação à expectativa que *Alter* possui sobre o comportamento dele. Eis aí, a função do direito: atuar sobre a dupla contingência, estabilizando não só a

expectativa de que *Ego* possui em relação a *Alter*, mas também informando a *Ego* o que ele pode esperar que *Alter* espere de seu comportamento.

Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito. (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 49).

Toda ação implica em uma escolha e toda escolha é uma contingência do possível, logo, contingência significa risco quanto aos resultados. Em um universo de incertezas esses riscos dizem respeito à possibilidade de que nossas expectativas sejam frustradas. Em alguns casos, os desapontamentos são traduzidos como um processo de aprendizagem. Entretanto, há expectativas em que as defraudações não podem ser aceitas. Nesse caso, fala-se em *expectativas normativas*, enquanto naqueles em *expectativas cognitivas*. Uma sociedade, cujas expectativas fossem todas sujeitas ao aprendizado, seria uma sociedade que não posuiria qualquer orientação para o proceder humano. Para contornar o medo quanto à possibilidade de decepção, os sistemas sociais precisam criar estratégias de “confiança”, como suporte para os relacionamentos. As normas jurídicas, portanto, são a expressão mais eficaz de expectativas normativas, pois garantem que uma vez frustradas, pode-se recorrer à coação da norma para fazer valer a expectativa¹⁹.

2.2.3 *Evolução social e os tipos de diferenciação das sociedades*

Segundo Luhmann, uma teoria evolutiva dos sistemas sociais não pode ser contemplada como um processo causal, nem seus efeitos podem ser descritos com base em uma idéia moralizadora do progresso (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 170; DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 279).

A evolução, na teoria luhmanniana, define-se como a forma como a sociedade passa a dar conta do aumento da complexidade de seu interior, o que faz através da sua *diferenciação funcional*, que origina os subsistemas, os quais inventam, mais ou menos casualmente, melhores *formas de reduzir a complexidade* no interior do sistema social

¹⁹ Reserva-se para o momento oportuno a discussão acerca do modo de funcionamento do sistema jurídico enquanto (sub)sistema cuja função é a de generalizar expectativas normativas.

(LUHMANN, 1983, v. 1, p. 172). De fato, *“los sistemas sociales, debido al problema de la complejidad, no pueden establecer sus relaciones con el ambiente como relaciones ‘punto a punto’ entre sucesos del ambiente y sucesos del sistema”* (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 280). Para isso necessitam de uma técnica estrutural de organização para não deixar que o sistema entre em colapso. Nesse processo de aumento de complexidade do sistema social, a diferenciação sistêmica é nada mais do que a repetição dentro do sistema da diferença entre sistema e ambiente. *“Si un sistema social nasce así, es decir, como efecto de la producción de una diferencia entre sistema y entorno [...] esta puede verificarse también dentro de sistemas ya formados”*. (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 280).

A diferenciação, como fator exógeno da evolução (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 131-132), segundo Luhmann, está e esteve presente na sociedade em todos os tempos, não sendo exclusividade apenas das sociedades modernas (conquanto somente essas sejam preponderantemente diferenciadas de forma funcional). Todas as sociedades se apresentam como diferenciadas, pois apenas sistemas sociais com um grau de complexidade demasiadamente baixo podem se manter indiferenciados, de modo a unir entre si cada um dos elementos que os compõem.

Nesse sentido, a teoria da evolução de Luhmann, apontará diferentes formas de diferenciação pelas quais passa a sociedade até atingir o grau de complexidade que é próprio da modernidade, chamando atenção para o fato de que a sua ideia de evolução depende menos do grau de diferenciação da sociedade do que de seu princípio de diferenciação.

Sem querer descartar outros fatores responsáveis pela evolução social, quais sejam *“los mecanismos intrasistémicos que tienen como función la creación de ‘variación’, ‘selección’ y ‘estabilización’ y cuyo grado de diferenciación y especificación en el sistema global constituye el factor endógeno de la evolución”* (GIMÉNEZ ALCOVER, 1993, p. 132.), estes são menos importantes para sua caracterização (da evolução). Senão, vejamos o que diz o autor: *“we define a specific type of societal system by its primary mode of internal differentiation. [...] Forms of differentiation determine the degree of complexity a society can attain”* (LUHMANN, 1990, p. 177).

Isso quer dizer que os problemas de estabilidade do sistema social se enjuízam sempre levando em conta a relação entre os diversos subsistemas (ou sistemas parciais) e ambiente (interior do sistema social global), constituindo assim a estrutura de tal

sistema uma vez que, além de estabelecer a ordem que pauta a relação intersistêmica, acaba por pré-selecionar as possibilidades de comunicação²⁰, fixando, como decorrência, os limites de complexidade que podem ser alcançados no seio de uma dada sociedade.

A formação de estruturas de expectativas mediante os correspondentes mecanismos de generalização permite só um limitado crescimento da complexidade própria dos sistemas sociais e, conseqüentemente, de seu potencial para abarcar a complexidade ambiental. As estruturas de expectativas ou se tornam excessivamente indeterminadas, ou aumentam seu número de forma tal que já não é possível a suposição de consenso ou sua integração de forma congruente. Ora, se a complexidade supera tais limites, torna-se necessária uma alteração na forma de diferenciação do sistema, razão pela qual o motor da evolução na teoria de Luhmann reside mais no desequilíbrio entre a complexidade subsistêmica e a complexidade ambiental do que em fatores internos que são só aspectos parciais do problema. Ou seja, não é possível atribuir a evolução, pelo menos no campo dos sistemas sociais, à existência de fatores intrassistêmicos desenvolvidos de forma autônoma.

A evolução dos sistemas é para Luhmann o aumento da complexidade destes: quanto mais complexo seja um sistema, mais evoluído estará. Portanto, o sistema social global (sociedade) – a afirmação seria válida tanto para momentos nos quais coexistem diversas sociedades como para o momento atual no qual, segundo Luhmann, o sistema social global sociedade é único, ou seja, só existe a “sociedade mundial” (O sistema social global ou sociedade é definido de forma ampla para poder abarcar todo tipo de sociedade e não só a sociedade moderna mundial, diferenciada funcionalmente) – pode diferenciar em seu interior distintos subsistemas que se relacionam entre si de forma diversa. Segundo o princípio básico, a diferenciação pode se dar de três formas: a diferenciação segmentária, a diferenciação estratificada ou hierárquica e a diferenciação funcional.

No decorrer do desenvolvimento de sua obra tal classificação se altera. Conforme ressalta Giménez Alcóver (1993, p. 136), Luhmann, em seus primeiros artigos, teria abordado o tema da diferenciação social apenas a partir de princípios da diferenciação segmentaria e funcional, o que denotaria sua proximidade às divisões de

²⁰ O tema referente às relações dos subsistemas com seu ambiente será tratado na última seção deste capítulo.

Durkheim e Parsons, sendo que o princípio da diferenciação estratificada ou hierárquica seria introduzido posteriormente.

Mesmo quando a sociedade se diferencie basicamente de acordo com um desses princípios, isto não exclui a possível utilização de outro princípio no interior dos subsistemas diferenciados²¹.

Quanto ao que interessa a este estudo, será suficiente indicar aqui o que caracterizaria, em termos bastante gerais, cada uma dessas formas de diferenciação. O que não exclui no curso da evolução a possibilidade de formação de outros tipos, de se eleger arbitrariamente qualquer sequência, nem a de desenvolvimento no sentido regressivo. (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 289-290).

A partir de tal caracterização, será possível apreender a razão pela qual Luhmann concebe a sociedade moderna como acêntrica e fragmentada em diversos subsistemas funcionais, nos quais não haveria espaço para a primazia de um deles sobre os demais.

2.2.3.1 A diferenciação segmentária

O traço fundamental da diferenciação segmentária seria a formação dentro da sociedade de subsistemas equivalentes em funções. Trata-se de característica de sociedades primitivas, ainda que se apresente em qualquer tipo de sociedade. (GINÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 137)

Ainda segundo a autora,

Como se verá en el análisis de los sistemas políticos y jurídico, a pesar de que la forma de división característica de la sociedad moderna sea la funcional, los sistemas mencionados no han sido capaces de prescindir de la división segmentaria, en este caso una división territorial. Este hecho es apenas analizado por Luhmann, que se limita a ponerlo de relieve con frecuencia pero sin señalar los problemas concretos que de ello se desprenden, especialmente las diferencias existentes entre las prestaciones intersistémicas entre subsistemas funcionales de ámbito mundial y subsistemas funcionales territoriales (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 137).

Essa igualdade se refere aos princípios de seleção que, nessas sociedades, são ou o parentesco, ou a residência, ou uma combinação de ambos, razão pela qual cada um

²¹ No conceito luhmanniano de sistema deve-se incluir não só as sociedades, organizações, interações, mas também diversos sistemas societários que se diferenciam dentro da sociedade. Luhmann lhes atribui a designação de "subsistemas". "[...]Luhmann utiliza el término 'subsistemas' sólo en contraposición al sistema social global, sistema societario o sociedad [...] por lo que cuando se refiere de forma específica a un 'subsistema' cualquiera, en particular cuando se refiere a un subsistema diferenciado funcionalmente, utiliza también el término sistema [...]". (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 136).

de seus subsistemas observaria seu entorno, ou seja, a própria sociedade, da mesma forma que os demais, donde decorre que o mundo observado está marcado entre o que é familiar e o que não é.

Ainda quando possa existir desigualdade entre os subsistemas, esta se deriva da desigualdade fortuita das condições de seu ambiente extra-social, ou seja, não se trata de uma desigualdade estrutural. (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p.136).

No que tange ao direito dessas sociedades, Luhmann dirá que

a represália e a reciprocidade - frequentemente denominadas em conjunto como reciprocidade no sentido ampliado - formam noções básicas do direito por expressarem uma generalização congruente de expectativas comportamentais. [...] Nessa medida elas possuem o caráter de noções básicas do direito. (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 192).

É certo que, como observa Luhmann, não há aqui possibilidade de formação de concepções jurídicas abstratas ou críticas, nem qualquer ideia de justiça que se anteponha ao direito existente, sendo que a estabilização das expectativas ocorre, sobretudo, por meio da força.

Contudo, no transcurso do desenvolvimento social, com o aumento da complexidade (decorrente de contatos entre etnias distintas ou de mudanças internas que levam ao enriquecimento de algum clã ou família - que são subsistemas segmentários da sociedade primitiva - em detrimento dos demais), sociedades estruturadas com base na diferenciação segmentária precisarão equilibrar-se com esse implemento de complexidade, o que causará variação em suas estruturas sociais e a igualdade não mais se sustentará. Surge então uma nova forma de diferenciação que terá como marca fundamental a desigualdade entre os subsistemas.

2.2.3.2 A diferenciação estratificada

Algumas sociedades que Luhmann assinala como exemplo de culturas pré-modernas se organizaram a partir da diferença territorial centro/periferia, sendo o centro representado pela cidade. Essa situação proporcionará uma maior difusão da comunicação pela sociedade - forma de diferenciação característica da Europa no final da Idade Média e do início da Moderna (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 315), a qual passa a ser organizada a partir do centro.

É certo que esse modelo permite ao sistema social assimilar um maior grau de complexidade. Contudo, problemas decorrentes dos contatos escassos entre centro e

periferia tornarão bastante limitado o exercício do poder, isolando o centro como espécie de “ilha da sociedade”.

Por outro lado, o próprio centro começa a desenvolver um certo tipo de diferenciação: a hierárquica ou estratificada (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 309-310). Nesse princípio de diferenciação se distinguem diversas classes sociais desiguais entre si, mas, por sua vez, internamente divididas segundo o princípio segmentário, pois dentro de cada classe social se diferenciam distintas famílias.

As comunicações dentro de cada subsistema, como comunicações entre iguais, diferenciam-se das relações entre os subsistemas e destes com seu ambiente, como relações entre sistemas distintos e, com isso, aumenta a complexidade da sociedade. Seu aumento permite abarcar um ambiente externo mais complexo que somente se vê limitado pela necessidade de hierarquizar as relações existentes entre os subsistemas e o sistema global, o que origina a estratificação. Os integrantes de uma parte da sociedade, ou seja, do subsistema dominante, passam a crer que representam todo o sistema e consideram como sendo ambiente todos os demais subsistemas “inferiores”.

Desse modo, a estratificação estabelece uma ordem clara e evidente para a inter-relação entre os diversos subsistemas. Tal ordem estará baseada na desigualdade hierárquica entre os subsistemas que irá se refletir em uma desigualdade nas possibilidades de comunicação, com a decorrente necessidade de impor aos demais subsistemas as auto-descrições com pretensões globais realizadas pelos subsistemas dominantes, sejam estes entendidos como o centro (diferenciação periferia/centro) ou como as classes superiores (estratificação hierárquica). (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 317 e segs).

O problema, nesses tipos de sociedade, é a comunicação entre os subsistemas tendo em conta especificamente que o sistema que ocupa uma relação hierárquica privilegiada se considera representante do todo e por isso se mostra pouco complexo. As únicas formas que os membros dos estratos inferiores dispuseram historicamente para se comunicar com os superiores foram as desordens, as lutas sociais, etc. (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 139).

Essa forma de diferenciação, entretanto, não dá conta de um grau mais elevado de complexidade, pois concentrando os mecanismos seletivos em um único estrato da sociedade os torna mais limitados para reduzir a complexidade acarretada pelo excesso de possibilidades geradas.

Como decorrência, uma nova forma de diferenciação será necessária.

2.2.3.3 A diferenciação funcional

Por volta do século XVIII, na Europa, aparece a diferenciação de sistemas parciais, organizados em torno de uma função específica, que destrói a ordem hierárquica estabelecida pela estratificação e hoje caracteriza a forma de diferenciação da sociedade mundial.

Na diferenciação funcional, como nas outras, repete-se dentro da sociedade a diferença sistema/entorno, mas o princípio de formação dos subsistemas é distinto para cada um deles. Todo sistema parcial se diferencia e se define com base na função específica que desenvolve na sociedade: os principais são o sistema político, o sistema econômico, o sistema jurídico, os sistema da ciência, dentre outros. Dito de outra forma, cada um desses sistemas parciais possui uma função própria e limitada a um setor determinado da complexidade total da sociedade, pois cada um deles desenvolve uma alta sensibilidade para determinadas questões temáticas, ao mesmo tempo em que manterá também uma alta indiferença frente às demais questões (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 139).

O elemento que os especifica como sistemas próprios e autônomos, fundamentando sua identidade, é um *código binário* em termos de pertence/não pertence²², conforme o qual orientam suas comunicações com o meio.

Há portanto a demarcação do subsistema frente ao seu meio, significando que surgem limites, dentro dos quais os processos seletivos transcorrem de modo diverso de como ocorrem no meio do sistema.

A visão do mundo de um subsistema funcional é aquela que o seu código lhe permite ver. E como cada sistema funcional tem um código específico, cada um terá sua visão específica do mundo, conseguindo, no máximo, observar que existem no seu meio (outros subsistemas funcionais) visões diferentes do mundo. (DE GIORGI; LUHMANN, 1993. p. 342).

Essas funções que se atribuem a diversos subsistemas, diferenciados precisamente para desenvolvê-las, não se sobrepõem hierarquicamente, já que são todas igualmente essenciais (DE GIORGI; LUHMANN, 1993, p. 341).

Não que inexistam primados funcionais, como ocorre atualmente com o sistema econômico. Entretanto, esses primados funcionais seriam apenas produto de um distinto

²² Conforme ressaltado anteriormente, esse é o artifício empregado pela teoria dos sistemas para explicar o modo em que se dá a delimitação do sistema frente ao seu entorno.

grau de complexidade nos diversos subsistemas que faz com que um ou alguns deles funcione como motor da evolução dos demais e que suas prestações a outros subsistemas sejam de primordial importância, o que não significa, em sua concepção, o estabelecimento no sistema de um traço hierárquico entre funções e subsistemas (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 140).

Se os subsistemas diferenciados dentro da sociedade constituem entorno uns dos outros, claro que o aumento de complexidade de um interfere no aumento de complexidade do entorno do restante, atuando como motor da evolução.

Uma das principais consequências que se extrai da utilização de diversos princípios de diferenciação intra-societária é o lugar reservado na sociedade às pessoas, aos sistemas psíquicos. Como se indicou, estes pertencem sempre, na teoria sistêmica luhmanniana, ao ambiente extra-societário e só suas ações (ou comunicações) são elementos dos sistemas sociais. Na diferenciação segmentária e estratificada, as pessoas se ordenam a um dos subsistemas e adquirem sua identidade por pertencerem (suas ações) a este. A ordenação de uma pessoa a um subsistema pode variar em ambos tipos de sociedades (inclusive em sociedades altamente estratificadas pode existir um certo grau, ainda que muito limitado, de mobilidade social), mas essa ordenação é impossível nas sociedades diferenciadas funcionalmente, nas quais pessoa alguma pode pertencer a um e a apenas um sistema funcional (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 141).

Portanto, a unidade da sociedade nada mais é do que a coexistência dos vários ambientes dos vários subsistemas²³. Por isso, Luhmann concebe a sociedade moderna como a-cêntrica, pois não há mais um único lugar que possa representar a identidade do sistema social global. Os subsistemas são iguais na sua diferença. Cada subsistema desempenhará uma função específica, a partir de uma estrutura que se baseia num código binário, também específico.

2.2.4 Os sistemas sociais autopoieticos

Mencionou-se, no decorrer do trabalho, que Luhmann modifica sua teoria sistêmica a partir da teoria da autopoiese elaborada pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, destinada, ao menos em suas origens, a aplicação aos sistemas vivos. De fato, deve-se a Luhmann a extensão do conceito de autopoiese aos sistemas sociais, que, no entanto o faz, imprimindo-lhe algumas diferenciações em relação ao que,

²³ A junção das respectivas visões dos subsistemas funcionais não formam um todo.

originariamente, elaborara-se na biologia. Contudo, para os propósitos do trabalho, não é possível tratar de todas elas, senão mencionar aquelas que consideramos indispensáveis à abordagem que se propôs.

2.2.4.1 A noção de autopoiese. Da autopoiese do biológico para a autopoiese do social.

Embora Luhmann tenha importado da biologia o conceito de autopoiese, sua concepção afasta-se do modelo originariamente concebido por Maturana e Varela. Luhmann, diferentemente do que conceberam os autores chilenos, separa os sistemas vivos dos sistemas de sentido, sendo que estes se subdividem em sistemas psíquicos (segundo Maturana, sistemas de percepção ou autopoiese de segunda ordem) e sistemas sociais. Dessa forma, Luhmann cria um nível a mais para a autopoiese: cria a autopoiesis do social e, assim, a teoria autopoietica deixa de ser unicamente uma teoria explicativa da vida e da percepção para se tornar uma teoria complexa e avançada dos sistemas sociais.

Citando Maturana, Luhmann define os sistemas autopoieticos como

sistemas que se definem como unidades, como redes de produções de componentes que, recursivamente, mediante suas interações, geram e realizam a rede que os produz e constituem, no espaço em que existem as fronteiras da rede como componentes que participam na realização da rede. (LUHMANN apud GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 80).

Trata-se, portanto, não só de sistemas dotados de uma organização própria e que criam e modificam suas estruturas, senão que ademais a “auto-referência se aplica também à produção de outros componentes” (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 80). Assim, sistemas autopoieticos são aqueles que produzem seus elementos mediante seus próprios elementos, e, a partir daí, produzem também tudo o que identifica o próprio sistema como unidade: sejam elementos, processos, estruturas, operações, inclusive sua identidade como sistema. O sistema é, portanto, um produto de si mesmo.

En el caso de los sistemas sociales la autopoiesis o auto-referencia es resultado de la evolución social. No todo sistema social es para Luhmann autopoietico pero aquellos que supondría su desaparición. Vid. Die Autopoiesis des Bewusstseins, p. 403. Luhmann, sin embargo, no establece con claridad el punto que marcaría el nacimiento de un sistema autopoietico, excepto la existencia de un código propio del sistema, e indica que no caben grados de autopoiesis, esto es, que un sistema puede ser o no autopoietico,

pero no puede ser un poco autopoietico". (GIMÉNEZ ALCOVER, 1993, p. 80).

Conforme se viu, as operações de um sistema social são as comunicações, que se reproduzem com base em outras comunicações reproduzindo assim a unidade do sistema, porquanto não existem comunicações fora do sistema. Já as operações dos sistemas psíquicos são os pensamentos no interior de uma consciência.

A reprodução autopoietica dos sistemas não é repetição idêntica do mesmo, senão recriação constante de novos elementos ligados aos anteriores. Portanto, a cada comunicação em um sistema não segue uma comunicação idêntica, mas uma nova comunicação, que se enlaça com os códigos comunicativos do sistema, com seu sentido, códigos sempre co-determinados pelas comunicações anteriores ocorridas dentro dele. Assim, os conceitos de autopoiese e auto-reprodução aparecem junto aos de auto-referência, auto-observação e auto-descrição para designar diversas operações sistêmicas, todas elas relacionadas, como mostra o prefixo, com a ideia central de fechamento do sistema.

2.2.4.2 Autopoiese da sociedade (sistema social global) e autopoiese dos subsistemas sociais

Conforme se viu, a diferenciação entre sistema e ambiente é o meio utilizado para definir a identidade do sistema que, por ser composto por determinados elementos que não existem fora dele, demarca suas fronteiras frente ao ambiente.

As unidades elementares da sociedade são as comunicações que se reproduzem com base em outras comunicações, constituindo, dessa maneira, a identidade do sistema por serem diferenciadas de seu ambiente, onde não há comunicações, caracterizando-se, então, em um sistema fechado.

À medida em que esta mesma sociedade evolui, delinea-se, em seu interior, outro limite entre sistema e entorno, produzindo novos sistemas autônomo²⁴. Assim, a sociedade passa a ser diferenciada em subsistemas, ou sistemas parciais, de modo que ela própria aparece como ambiente deles. Esses se diferenciam da sociedade e também entre si devido ao fato de cada um deles reproduzir uma operação específica, ou melhor,

²⁴ Conforme visto esta forma de diferenciação da sociedade em diversos sistemas de funções (subsistemas) é própria da sociedade moderna.

um modo específico de comunicação que só se realiza em seu interior. Isso se dá através de um esquema binário que delimita o que pertence ou não a ele.

Nesse contexto, a autopoiese desses subsistemas não se realiza do mesmo modo que na sociedade. Enquanto esta tem como elementos comunicações, que não existem no ambiente, a comunicação, como unidade elementar daqueles, existem também no entorno, posto ser este o próprio interior da sociedade. Portanto, “para esses sistemas parciais desenvolvem-se não apenas comunicações *sobre* o seu meio ambiente, mas também comunicações *com* o seu meio ambiente” (NEVES, 1994, p. 119). Assim,

somente quando um (sub)sistema social dispõe de um específico código-diferença binário é que ele pode ser caracterizado como auto-referencialmente fechado [...]. Por meio do código sistêmico próprio, estruturado binariamente entre um valor negativo e um valor positivo específico, as unidades elementares do sistema são reproduzidas internamente e distinguidas claramente das comunicações exteriores (NEVES, 1994, p. 119).

2.2.4.3 Clausura operativa e abertura cognitiva. O fechamento do sistema.

Quando se fala de sistemas autopoieticos fechados, o fechamento se refere, portanto, à organização e não se nega a abertura estrutural do sistema, ou seja, não se retoma um paradigma pré-bertalanffyano de sistemas isolados frente ao ambiente (LUHMANN, 1996, p. 77):

Vemos aqui que essa relação expressa um paradoxo, seres vivos são sistemas abertos no que diz respeito ao fluxo de matéria e energia, mas são fechados em sua dinâmica de transformações contínuas, ou seja, na reprodução das estruturas essenciais para sua manutenção. O paradoxo se expressa pelo seguinte fato: o que é necessário produzir, é autoproduzido, mas a autoprodução ocorre porque existe uma abertura ao meio. Seres vivos são sistemas abertos e fechados, mas não abertos ou fechados, mas são fechados porque são abertos ao meio. O peculiar dos seres vivos, segundo Maturana e Varela, ‘é que sua organização é tal que seu único produto são eles mesmos. Donde se conclui que não há separação entre produtor e produto. O ser e o fazer de uma unidade autopoietica são inseparáveis [...]. (LOPES JR.; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 4).

Em outras palavras, para Luhmann, os sistemas autopoieticos são sistemas fechados e ao mesmo tempo abertos.

Além de diferenciar-se da teoria biológica da autopoiese, a concepção luhmanniana de fechamento auto-referencial dos sistemas baseados no sentido, especialmente dos sistemas sociais, afasta-se ainda mais claramente da clássica oposição teórica entre sistemas fechados e abertos. [...]. ‘Fechamento não significa agora nem falta de meio-ambiente, nem

determinação integral por si mesmo'. Trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia. (NEVES, 1994, p. 115).

Essa aparente contradição é desfeita desde que se considere que a clausura dos sistemas auto-referenciais não apenas não impede sua abertura frente ao meio, senão que consiste justamente em sua condição de abertura.

Se o sistema pode relacionar-se como o seu meio é porque previamente aparece preordenada pelo próprio sistema a forma de tal relação, o esquema a que se há de ajustar. E a auto-referência ou autopoiesis do sistema consiste nessa auto-constituição continuada do próprio sistema, através de suas próprias operações, que faz com que toda operação com o meio seja uma operação dentro do sistema, uma operação do sistema consigo mesmo, uma determinação de novos elementos próprios a partir de seus próprios elementos. Não haveria referência externa sem auto-referência. (GARCÍA AMADO, In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 316).

A fim de que os sistemas existam e se mantenham, seu meio possui a mesma importância essencial que suas estruturas; estas apenas existem frente àquele. As estruturas dos sistemas se formam como resposta continuada frente às contínuas irritações provenientes do meio e, só assim, mantém-se a autopoiese do sistema, a produção de seus próprios elementos²⁵.

Em resumo, o conceito de clausura autopoietica não implica nem um isolamento do sistema, nem que as causas internas sejam mais importantes que as externas, senão simplesmente que o sistema opera sempre de forma autorecursiva, aplicando suas próprias operações aos resultados de suas próprias operações. Nenhum sistema pode operar fora de suas fronteiras, porque isso suporia a confusão de seus limites e a desaparecimento do sistema no ambiente.

2.2.4.4 Acoplamentos estruturais

Uma das mais perturbadoras e controvertidas consequências que se desprendem da teoria dos sistemas autopoieticos é a aludida exclusão recíproca entre homem e sociedade, que decorre da própria natureza auto-referencial de tais sistemas.

As críticas que lhe são dirigidas (e que se permeiam pela acusação de que, sob tal enfoque, os sujeitos desaparecem para deixar seu lugar ao auto-desdobramento dos sistemas) Luhmann rebate dizendo que não há que se perder de vista que a clausura de

²⁵ De fato, existiria direito ali onde não existiram comportamentos humanos ou onde estes não foram ao mesmo tempo contingentes (livres), porém suscetíveis de gerar expectativas?

operação não exclui abertura cognitiva. Ademais, conforme se disse anteriormente, esta é pressuposto daquela.

O que Luhmann quer de fato deixar claro é que se deve entender por clusura autopoiética “a organização recursivamente fechada de um sistema aberto” (LUHMANN apud GIMÉNEZ ALCOVER, 1993, p. 80). Isso significa que, enquanto determinados por elementos próprios, à medida que somente estes podem estabelecer as operações que efetua, os sistemas não prescindem de seu entorno: este é pressuposto daqueles.

Assim, a sociedade não poderia existir se não existissem os homens, como síntese de sistema psíquico e sistema vivo. No entanto, o biológico e o psíquico não formam parte, enquanto tais, da auto-referência do sistema.

Mas então, como se dão as “causalidades” entre sistemas sociais e indivíduos (entorno)? Através do que Maturana denominara de acoplamento estrutural (1984, cap. IV). Luhmann aproveita o conceito de acoplamento estrutural desenvolvido pelos biólogos chilenos, que o utilizam para analisar o modo pelo qual o sistema se relaciona com seu entorno; contudo o modifica para poder expressar a inter-relação entre diversos sistemas autopoiéticos²⁶.

Neste sentido, todo sistema, dentro do espaço de possibilidades disponíveis, realiza suas operações em condições de absoluta autonomia. Portanto, o entorno pode afetar o sistema unicamente enquanto produz irritações que se reelaboram internamente. Nessa medida, as irritações também nada mais são que construções internas, que resultam de uma confrontação dos eventos com as estruturas próprias dos sistema. Assim, não existem irritações no entorno do sistema: a irritação é sempre na realidade uma autoirritação, partindo eventualmente de eventos do entorno (LUHMANN, 1995, p. 214-215).

Os sistemas psíquicos estão, por exemplo, acoplados aos processos neurofisiológicos do próprio sistema, no sentido de que unicamente podem existir se o sistema orgânico ao qual estão conectados se encontre vivo. Não obstante, isso não significa que se devam adaptar a ele, ou que os pensamentos são reflexos do estado do

²⁶ Para uma análise mais pormenorizada desses conceitos em Luhmann, ver, entre outros, *Social systems*, 1995. cap. 6; *Introducción a la teoría de sistemas*, 1996. p. 97-113; 201-208 e *Operational Clousure an Structural Coupling...*, 1992.

organismo: esses não se percebem quase nunca, ou se percebem muito seletivamente em formas psíquicas específicas (por exemplo como dor).

Os sistemas sociais, por sua vez, acoplam-se estruturalmente às consciências: se elas não existissem não seria possível o processo de comunicação. Os conteúdos psíquicos não são, por isso conteúdos comunicativos, e os pensamentos não são os elementos da comunicação. Os limites do sistema psíquico não são os limites da sociedade e vice-versa, de maneira que aquilo que é socialmente possível não deve necessariamente ser compreendido em cada uma das consciências, enquanto que nem tudo aquilo que se pensa pode chegar a expressar-se na comunicação. Os pensamentos conscientes acompanham sempre as contribuições da comunicação, diregem-nas e procuram controlá-las: refletem, buscam as palavras, registram os êxitos e fracassos, etc., sem que tudo isso se traduza em comunicação. Mas também as referências e as conexões atualizadas pela comunicação em sua total complexidade, nunca se podem perceber e criar-se pelas reduzidas capacidades de uma consciência individual.

O acoplamento estrutural dos sistemas sociais com os sistemas psíquicos apresenta, ademais o aspecto particularmente relevante de que a comunicação pode ser irritada somente pelas consciências, e não pelos eventos físicos, químicos ou neurofisiológicos enquanto tais (que podem eventualmente destruí-las). Unicamente os sistemas psíquicos, de fato, podem perceber e ademais podem logo expressar essas percepções de forma comunicativa.

Quando ocorre um acoplamento estrutural entre dois sistemas, não significa que exista uma fusão entre eles ou que haja uma coordenação estável das operações respectivas (LUHMANN, 1995, p. 215). O acoplamento estrutural se realiza em correspondência com um evento, o qual desaparece no mesmo momento de sua aparição: a coincidência é só momentânea e não conforma uma fusão entre as operações dos sistemas colididos, enquanto que se voltam a separar imediatamente depois de seu encontro.

O acoplamento estrutural, entendido desse modo, é completamente compatível com a hipótese da clausura autopoietica dos sistemas de sentido, enquanto que intervem só no nível das estruturas e não da auto-reprodução: a completa independência dos sistemas na constituição dos próprios elementos e na determinação de suas conexões permanece intacta, enquanto que, ao mesmo tempo, observa-se uma coordenação entre estruturas recíprocas.

2.2.4.5 Autorreferência

O conceito de autorreferência está na base da teoria dos sistemas autopoieticos. Em certo sentido, a autorreferência é inerente à própria elaboração de tal teoria, pois não há como conceber um sistema autopoietico (que se caracteriza pela capacidade de produzir e reproduzir seus próprios elementos a partir da sua rede interna de elementos, ou, dito de outra forma, de criar seus elementos mediante um processo interno) que não seja autorreferencial (LUHMANN, 1995, p. 435).

Segundo Luhmann, as possibilidades de autorreferência são ao menos três (LUHMANN, 1995, p. 443). A auto-referência que se refere à diferença entre elemento e relação (LUHMANN, 1995, p. 443) denomina-se *autorreferência basal* e apresenta-se como a “forma mínima de auto-referência” (LUHMANN, 1995, p. 443). No caso dos sistemas sociais, essa forma de auto referência se dá pelo fato de as comunicações não possuírem outra referência que não comunicação, e só com base nessa referência permitem a autopoiesis do sistema. Já quando se refere à distinção entre “antes e depois” ou entre “sistema e meio ambiente” (LUHMANN, 1995, p. 443), estamos diante de outros dois momentos da autopoiese (LUHMANN, 1995, p. 443), que são, respectivamente, a reflexividade e a reflexão. A reflexividade consiste no reforço da seletividade do processo mediante a aplicação do processo a si mesmo, antes do objeto que se processa. Assim se apresenta o aprender a aprender que, ao invés de referir-se diretamente ao objeto da aprendizagem, refere-se ao próprio processo de aprendizagem, e reforça sua capacidade de seletividade. No caso da reflexão, o sistema se refere a si mesmo mediante suas próprias operações e isso requer que o sistema se possa distinguir a si mesmo do externo, ou seja, de seu entorno. A distinção que guia, nesse caso, a auto-referência é a que se dá entre sistema e entorno.

Dessa forma, ao se constituírem a partir da diferença sistema/entorno, uma vez que sua auto-referência está baseada nessa própria diferença, tais sistemas autorreferenciais e autopoieticos, dotados de clausura operacional, serão determinados de forma essencialmente *paradoxal*: a auto-referência do sistema somente se pode realizar se tal sistema se identifica a si mesmo como diferenciado daquilo que ele não é.

Contudo, Luhmann considera que o paradoxo da autorreferencialidade depende do uso que se faça dele, podendo ser incorporado produtivamente a uma teoria que ofereça mecanismos que não permitam que ele seja um impedimento à análise.

Teubner ressalta que,

the theory of autopoiesis deals with these paradoxes of self-reference in a different way: do not avoid paradoxes, but makes productive use of them! If social discourses are autopoietic systems, i. e. Systems that recursively produce their elements from the network of their elements, then they are founded on that very self-referentiality [...](1989. p. 21).

Luhmann observa que o pensamento ocidental, no âmbito da teoria da sociedade, em sua ânsia por unidade, sempre tentou refutar o paradoxo. Nesse sentido, a religião seria, pelo menos até o século XVIII, a grande instância desparadoxizadora da maioria das sociedades ocidentais, pois Deus, considerado pela teologia como o critério explicativo de todas as diferenças, será entronizado como a unidade elementar que subjaz lógica e ontologicamente a todas as diferenças.

Contudo, a evolução da sociedade rumo à diferenciação funcional irá arrebatá-la dessa função desparadoxizadora da religião.

Com isso, chega-se à caracterização, já referenciada anteriormente, de uma sociedade acêntrica, diferenciada em inúmeros subsistemas funcionais autorreferenciais e autopoieticos que operam simultaneamente a partir de codificações próprias que encaminham funções específicas, as quais, por seu turno, não podem ser escalonadas hierarquicamente.

Feita essa análise dos traços mais gerais de uma teoria que concebe a sociedade, em termos de subsistemas autorreferenciais e autopoieticos, dotados de clausura operacional a partir da qual operam seleções de sentido fundadas na orientação fornecida por seus respectivos códigos binários, planta-se a questão seguinte: como pensar nas funções que tradicionalmente são atribuídas ao direito?

Sob os aspectos da teoria de Luhmann, o direito, enquanto subsistema funcional de sentido, estará fundado na comunicação, que é o elemento básico da autopoiese social, tendo o homem apenas como seu entorno. Isso pode ter várias implicações importantes, tais como a impossibilidade de se buscar a legitimidade do direito, em virtude de sua autorreferencialidade, noutra instância que não em si mesmo, uma vez que isso implicaria sobrepor referência externa à autorreferência. Assim, toda a tradição jusnaturalista, bem como aquelas com carga ontológica, não seriam compatíveis com o direito autopoietico. Por outro lado, enquanto subsistema funcional de uma sociedade plural, acêntrica e funcionalmente diferenciada, o direito autopoietico não é compatível com perspectivas que o entendam como superestrutura orientada por determinações advindas de uma estrutura de base.

Da mesma forma, que em sua teoria social, também em sua análise do direito, que ademais nada mais é do que a aplicação dos elementos teóricos elaborados na teoria da sociedade a um subsistema específico, Luhmann fará uso do paradoxo da autorreferência, evidenciando como o direito é capaz de se manter mediante sua contínua transformação.

Assim, o direito, visto como um sistema autorreferencial e autopoietico, também será paradoxal, cabendo à teoria que o analisa evidenciar como o uso de tal paradoxo pode ser produtivo.

3 O DIREITO NA TEORIA DE LUHMANN

Com as necessárias delimitações, a análise do direito não é senão a aplicação ao estudo de um subsistema²⁷ social específico dos métodos e elementos teóricos elaborados por Luhmann em sua teoria da sociedade. Assim como com sua obra, Luhmann intenta suprir ou responder ao que percebe como déficit teórico da sociologia, também considera insatisfatório o estado atual da sociologia jurídica²⁸. Dentre as múltiplas causas, destaca a falta de interesse que mostram os sociólogos por esse âmbito que, ao seu ver, deve-se a dois motivos básicos (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 8): complexidade conceitual alcançada pelo direito, com a qual não pode contar facilmente um leigo; e a dificuldade objetiva de isolar empiricamente, como um fenômeno específico, a realidade jurídica que impregna direta ou indiretamente todos os âmbitos sociais. Ambos os problemas levam a duas consequências: o primeiro deixa na mão dos juristas a elaboração da sociologia do direito e o segundo enseja a renúncia à análise sociológica global do direito e sua substituição pelo estudo de temas muito concretos (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 9).

O estudo do direito realizado em suas obras pretende suprir essa lacuna.

Para não fugir aos propósitos deste capítulo - que são os de apresentar os traços gerais da teoria do direito de Luhmann -, serão analisadas algumas obras, cujas abordagens se darão dentro dos seguintes parâmetros.

O primeiro se refere ao direito a partir de uma perspectiva global, ahistórica, entendido como uma função necessária a qualquer tipo de sociedade: a generalização congruente de expectativas de conduta. Para o desenvolvimento deste tópico, basicamente, trabalhar-se-á com *Sociologia do Direito* (1972).

Em um segundo momento, analisaremos as peculiaridades que apresenta o direito das sociedades modernas, sob a perspectiva do paradigma autopoietico, principalmente a partir das construções feitas em *O Direito da Sociedade* (1993).

Ambas as análises demandam que se façam remissões ao capítulo precedente, já que o estudo do direito implicará a retomada da relação entre sistema jurídico e sistema social.

²⁷ A terminologia que se refere aos sistemas parciais não é precisa em Luhmann. Ora ele se refere a eles como "sistemas parciais", ora como "sistemas de segundo grau", também como "subsistemas", ou até mesmo somente por "sistemas". Para fins de praticidade, adota-se neste trabalho o termo "subsistema" para se referir ao direito.

²⁸ Nesse sentido ver as primeiras epígrafes de *Sociologia do Direito*.

3.1 Uma análise funcional do direito. A generalização congruente de expectativas.

Coerentemente com sua opção teórico-metodológica, o direito, como subsistema do sistema social, define-se por sua função. Desta forma, o presente capítulo retomará algumas colocações sobre a teoria da sociedade de Luhmann que foram incluídas no capítulo anterior, já que naquela oportunidade, a forma ampla através da qual se expôs os principais entendimentos de Luhmann, foi talvez insuficiente para se compreender o sistema jurídico. Faz-se necessária, portanto, a retomada de alguns temas tratados anteriormente, mas já com a intenção de destacar as questões referentes ao direito, para, no capítulo seguinte, poder se verificar como a concepção de uma sociedade fragmentada em inúmeros subsistemas auto-referenciais se refletirá no âmbito do direito, especialmente no que se refere à sua legitimidade e às suas possibilidades de regulação de outros subsistemas sociais.

3.1.1 Ponto de referência da análise. Complexidade. Contingência e pressão seletiva.

Conforme se viu, a origem dos sistemas sociais se sustenta na solução do problema da dupla contingência mediante a formação de estruturas (expectativas compartilhadas), que permitem aos indivíduos se orientar e encontrar parâmetros para as relações intersubjetivas no meio do enorme campo teórico de possibilidades que se abrem em cada relação (LUHMANN, [s.d.], p. 92).

Luhmann considera que por razones antropológicas o constitutivas, el hombre tiene un 'limitado potencial para la percepción consciente y actual y la elaboración de información' (Normen, 30). Ello hace imposible la coordinación de las acciones y experiencias humanas si se dejan a la mera causalidad, a la coincidencia momentánea o a la improvisación. Frente a este problema aparece la función de la formación de los sistemas y la fijación de estructuras (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 174-175).

Em outras palavras, quer-se dizer que os sistemas sociais nascem para resolver o problema que se apresenta quando dois ou mais sistemas psíquicos fechados, colocados frente a frente, não encontram pontos de contato - sentido - para suas ações. Esse círculo autorreferencial pode se romper com uma primeira ação arbitrária (uma seleção) que terá valor estrutural, ou seja, atuar como ponto de conexão ao que se vinculará a ação seguinte (outra seleção). No entanto, o problema persiste, pois a despeito da resolução

da dupla contingência (em estado puro)²⁹ conduzir à formação dos sistemas sociais, ela permanece nesses sistemas, mas, desta feita, passa a ser delimitada por seleções prévias oriundas de uma complexidade estruturada que utilizaremos como parâmetro de articulação de nossas ações (LUHMANN, 1995, p. 114).

Os sistemas permitem coordenar as ações mediante o estabelecimento de um horizonte comum de expectativas de conduta, reduzindo a complexidade do mundo pela restrição do número de possibilidades que esse oferece.

Através da barreira fixada pelo sentido, o sistema passa a filtrar a complexidade do seu meio. Dentre esse número ilimitado de relações entre elementos, apenas as que ultrapassam as barreiras são relevantes para o sistema. Dessa forma, as relações entre os elementos do sistema aparecem estruturadas e as estruturas proporcionam o passo de complexidade não-estruturada para complexidade estruturada, ou seja, reduzida.

Portanto, as estruturas servem para tornar previsíveis as comunicações que se sigam de cada comunicação dentro do sistema. Assim, podemos dizer que as estruturas sociais se compõem de expectativas: cada partícipe sabe o que se espera dele e o que se pode esperar dos demais.

Mas as estruturas de expectativas, à medida que tratam de coordenar comportamentos, não de construir-se de forma mais complexa para incluir não só a conduta alheia, senão também o caráter seletivo da mesma. Essa seletividade está guiada por suas próprias expectativas e isso implica na necessidade de poder esperar as expectativas alheias. O expectante há de aprender não só a incorporar a conduta alheia, senão as expectativas alheias.

Podemos dizer então que a complexidade supõe o excesso de possibilidades e seleciona-se, fixando-se como estrutura em um número mais reduzido de possibilidades que cabe esperar: traduz-se a possibilidade em probabilidade. Ante a contingência ou possível não coincidência entre o esperado como provável e o realmente possível, ante a previsão da possível frustração de uma expectativa, inclui-se em sua estrutura a resposta desta em caso de não coincidência. Basicamente, trata-se da decisão de sua manutenção ou mudança, ou seja, ante o problema da dupla contingência ou da necessidade de coordenar as expectativas, essas se estruturam não como expectativas de conduta, senão como expectativas de expectativas. A estabilidade do sistema, portanto, deve-se ao

²⁹ "O impulso inicial para sua existência recebem do meio, porém, na medida em que tornam autênticos sistemas autônomos, alimentam por si mesmos do fogo de sua própria existência, de sobrevivência" (GARCÍA AMADO; In: LOPES JR., 2004, p. 314).

entrelaçamento dessas expectativas, ou seja, as expectativas estruturantes não podem ter caráter meramente individual, mas devem ser generalizadas.

Essa segurança que torna esperável o comportamento próprio e alheio sob pautas comuns não seria possível sem o direito, pois é ele que permite a generalização dessas expectativas de expectativas, dando-lhes um alcance que vai além do tempo, da situação e dos partícipes de cada inter-relação particular (LUHMANN, 1983, v.1, p. 55).

Segundo Luhmann (1993, p. 92),

La pregunta acerca de la función del derecho se plantea aquí en relación com el sistema de la sociedad. Dicho de otra manera: se trata de ver qué problema de la sociedad se resuelve mediante el proceso de diferenciación de normas específicamente jurídicas y de un sistema jurídico determinado.

3.1.2 Estruturas de expectativas. Expectativas normativas e cognitivas

A partir do momento em que se sustenta que as estruturas dos sistemas sociais consistem em expectativas de expectativas, deve-se esperar, tanto a sua realização quanto a sua frustração.

Deve haver então, algum mecanismo que permita aos sistemas se manter ainda em tais casos. Segundo Luhmann, duas são as possibilidades apresentadas pela sociedade como reação a desapontamentos de expectativas.

Dependendo de qual dessas duas orientações predomina, podemos falar em *expectativas cognitivas*, com que sua frustração serve como uma nova fonte de conhecimento e adaptação de uma nova expectativa; em que esta substitui a expectativa anterior; ou em *expectativas normativas*, aquelas que, embora possam ser defraudadas, mantêm-se contrafaticamente.

A diferença está na estratégia de resposta do sistema que pode optar entre a modificação ou a manutenção da expectativa. Segundo Luhmann, (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 56), “ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride”. Para ilustrar essa diferença Luhmann diz que

no caso de esperar-se uma nova secretária, por exemplo, a situação contém componentes de expectativas cognitivas e também normativas. Que ela seja jovem, bonita, loura, só se pode esperar, quando muito, ao nível cognitivo. Nesse sentido é necessária a adaptação no caso de desapontamentos, não fazendo questão de cabelo louro, ou exigindo que os cabelos sejam tingidos, etc. Por outro lado, espera-se normativamente que ela apresente determinadas

capacidades de trabalho. Ocorrendo desapontamento nesse ponto, não se tem a sensação de que a expectativa estava errada. A expectativa é mantida, e a discrepância é atribuída ao ator (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 56).

3.1.3 A dimensão temporal das expectativas: o conceito de norma

Sabido que o mundo é complexo e contingente e por isso mesmo inesperado, se na sociedade não existisse um emaranhado de tais expectativas que não mudassem frente a qualquer frustração, a possibilidade de orientação intersubjetiva das condutas desapareceria e as estruturas sociais esvaeceriam, ficando sem solução o problema da dupla contingência.

Portanto, a distinção entre expectativas cognitivas ou normativas é uma distinção entre “ser” e “dever ser”, entre aquelas que aprendem (*lernen*) e aquelas que não (*nicht-lernen*), ou melhor dizendo, entre “conhecimento” e “norma”.

Como “símbolo do dever ser [...] *as normas são expectativas de comportamentos estabilizadas em termos contrafáticos*” (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 57).

Luhmann esclarece que isso não faz com que se distancie o dever ser de seu sentido fático. Para ele “a contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada”, pois “o oposto adequado ao normativo não é fático, mas sim o cognitivo” (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 57).

A diferença entre expectativas normativas e cognitivas não reside em uma espécie de oposição “objetiva ou lógica, entre ser e dever ser” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 57). O fundamental é analisar a função dessa diferença que consiste na colocação à disposição do sistema de duas modalidades distintas de expectativas, embora opostas, funcionalmente equivalentes. Em ambos os casos, trata-se de possibilitar uma solução ao problema da frustração: com ajuda dessa diferença pode a sociedade estabelecer um compromisso entre as necessidades de adaptação à realidade e de constância da expectativa. Segundo ele,

ela institucionalizará seus membros por uma adaptação da expectativa à realidade de ação, se predominar o interesse na adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 57-58).

Portanto, depreende-se que Luhmann atribui à norma a função de uma estrutura que permite estabilizar expectativas de conduta e mantê-las, inclusive quando

frustradas: a norma é um tipo de estruturação temporal das expectativas. As normas só aparecem quando se contempla a possibilidade de que se atue conforme o que se espera ou de forma desviada.

Essa diferença entre expectativas cognitivas e normativas é, para Luhmann, um atributo evolutivo e não uma estrutura “*a priori*” (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 58) da realidade. A diferenciação nasce somente como resposta do sistema ante um problema.

Portanto, pode haver um campo de expectativas que não fixam a predeterminação da forma de reação. Luhmann considera que isso é bastante habitual em muitas das expectativas das sociedades pouco complexas e se mantém em qualquer sociedade para todas aquelas expectativas mais elementares ou óbvias e que, em consequência, raras vezes são frustradas³⁰.

Apesar de sua obviedade não se pode excluir totalmente a possibilidade de que esses tipos de expectativas resultem frustrados. São, sem dúvida, expectativas que, por sua mesma obviedade ou pelo caráter amplo e pouco determinado de seu conteúdo, possuem uma porcentagem de probabilidades de que os fatos coincidam com elas e naquelas que, por conseguinte, o sistema não predetermina o tipo de resposta a tomar no caso de frustração, deixando-a ao arbítrio do próprio sujeito frustrado. A frustração pode se tratar como se não afetasse à expectativa ou se pode experimentar como um atributo do sujeito que atuou de forma não esperada. Nem sempre basta uma frustração, nesse tipo de expectativas, para fazer evidente a contingência do mundo e o caráter seletivo da estrutura na qual repousam contingente.

No entanto, quando essa obviedade não existe, ou se torna insuficiente é necessário esperar frustrações e incluir na expectativa a resposta.

Frente a isso, cabe a substituição da expectativa frustrada mediante uma nova expectativa que restabeleça a seguridade, como é o caso das expectativas cognitivas. Mas cabe também, e este é o caso das expectativas normativas, restabelecer sua função mediante processos simbólicos e mediante o tratamento dos fatos frustrantes.

Se se deixa a forma de reação ao sujeito frustrado, se o sistema social não lhe proporciona meios já pré-estruturados para poder expressar a manutenção da expectativa, a reação do sujeito pode ser inesperada e conduzir, com isso, à frustração

³⁰ Os exemplos que Luhmann cita de expectativas indiferenciadas são vários e se referem a condutas habituais como a distância que se mantém em uma conversação ou as respostas a dar a quem nos cumprimenta com um “bom dia”. A margem é ampla em ambos os casos, mas nenhuma conversação se mantém a uma distância de cinco centímetros ou de cem metros, nem a um “bom dia” se contesta “que dia, até quando, em que sentido?” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 58-59).

de ulteriores expectativas. O sistema social, ao fixar uma expectativa como normativa, há de incluir nela a forma de superação das frustrações. Somente se se dotam as expectativas normativas de formas de canalização de frustrações é possível seu estabelecimento contrafático (LUHMANN, 1983, v.1, p. 65-66).

Assim, a função das expectativas normativas é a de colocar, no lugar da conduta esperada (se esta não se apresenta) uma conduta do expectante que pode se apresentar sob diversas formas, como por exemplo, através da sanção que representa o reconhecimento expresso da norma.

Portanto, as normas, especialmente as normas jurídicas, definem-se mediante o fato de terem à disposição o recurso à sanção no caso de descumprimento. Nas palavras de Luhmann, “é necessário considerar-se que a experimentação normativa só se constitui a partir da precisão de possíveis comportamentos no caso de desapontamentos. É preciso que seja determinável se, e quando, será possível manter as expectativas frente a desapontamentos” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 67-68).

Trata-se de uma proteção da norma ante a crítica mediante a valoração negativa das causas da frustração. A norma é sempre norma e não se põe em questão. A causa da frustração é o fato ou a conduta discrepante que se valora negativamente e se considera irregular, possibilitando assim que o sujeito frustrado se proteja em “expectativas prospectivas de expectativas: ele passa a esperar que ninguém espere seriamente que ele abandone suas expectativas por essas razões” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 70).

Sua função é sempre a de possibilitar a manutenção da expectativa no futuro, apesar dos fatos discrepantes. “Uma expectativa constantemente desapontada, sem poder manifestar-se, esvai-se. Ela é imperceptivelmente desaprendida e, finalmente, seu próprio sujeito não mais acredita nela” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 71).

Isso não supõe que Luhmann negue a possibilidade de mudança das expectativas normativas. O que ele afirma é precisamente que a utilização, como explicação da frustração de expectativas normativas contrárias à norma violada conduz à mudança desta, ou que, quando menos, põe em grave perigo sua manutenção e, de fato, a mudança normativa pode produzir-se por essa causa: pela existência de projeções normativas opostas ou concorrentes.

3.1.4 A dimensão social das expectativas: a institucionalização

As normas são expectativas que se mantêm no futuro por estarem dotadas de uma certa resistência frente a possíveis frustrações. Esse mecanismo, descrito nos itens anteriores traduz-se na *dimensão temporal* das expectativas.

Ocorre, contudo, que não é pelo fato de ser uma expectativa fixada contrafaticamente que ela é norma do sistema social. Para isso é também necessário fixarem-se limites, sem os quais, não seria possível tolerar as contínuas frustrações. Assim, a manutenção de uma expectativa que resulta frequentemente frustrada exige a colocação à disposição desta de mecanismos que lhe permitam superar as frustrações.

Luhmann denomina esses mecanismos de “institucionalização de expectativas comportamentais” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 77). Com esse conceito se delineaia “o grau em que as expectativas podem estar apoiadas sobre expectativas de expectativas supostas em terceiros” (LUHMANN, 1983, v.1., p. 77).

Uma expectativa estará generalizada na *dimensão social* se puder ser presumida como consensual. Podemos perceber, portanto, que análogo ao conceito de “norma”, definido como uma expectativa fixada de forma que se mantenha ainda que no caso de frustração, a “institucionalização” não é senão uma expectativa à qual se pode atribuir consenso: uma expectativa generalizada socialmente.

a) O consenso

Conforme assinala Luhmann, é comum resolver o problema da integração social das expectativas mediante o recurso ao consenso. Mas não é o caso de fundamentar a validade do direito pela existência de convicções comuns sem se aprofundar posteriormente a questão

Para Luhmann, a solução do problema não reside em ampliar o consenso real ou fático (o que Luhmann rechaça por seus estreitos limites), senão em utilizar melhor o escasso consenso possível. A institucionalização, segundo Luhmann, é uma forma encontrada pela sociologia para um abrandamento dos problemas decorrentes dos conflitos entre a diversidade das expectativas normativas (LUHMANN, 1983, v.1, p. 77).

Por meio da institucionalização, não se protegem determinadas expectativas apenas dotando-as de consenso, mas pressupondo-o; ou seja: o caráter específico da

institucionalização não reside nem na coação social, nem na ampliação do consenso efetivo, nem na fixação normativa das expectativas. Sua função se baseia na repartição necessária entre a carga da conduta e a do risco: a institucionalização concede a certas projeções normativas mais possibilidades que a outros, e assim “aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição terá contra si o peso de uma auto-evidência presumida” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 77).

Na dimensão social, não se coloca o problema da frustração e suas possibilidades de neutralização como na dimensão temporal; mas, em última análise a função de ambos os mecanismos é a mesma: a estabilização de expectativas de expectativas de conduta, sendo que o primeiro as estabiliza temporalmente, enquanto o segundo, que se refere também a expectativas não generalizadas temporalmente, o faz em um âmbito diferente: as generaliza socialmente. Em suas palavras,

As instituições se fundamentam, então, não na concordância fática de determináveis manifestações de opiniões, mas sim no sucesso ao superestimá-las. Sua continuidade está garantida enquanto quase todos suponham que quase todos concordem, e possivelmente até mesmo enquanto quase todos suponham que quase todos suponham que quase todos concordem. (LUHMANN, 1983, v.1, p. 84).

Com a crescente diferenciação da sociedade, o problema se faz maior: cresce o número de expectativas e estas já não são, em grande medida, comuns a todos, pois temos expectativas referidas a papéis concretos que se mostram distintos entre quem espera, quem atua e terceiros de fora dessa relação.

Para solucionar esse problema, Luhmann se socorre de mecanismos utilizados historicamente pelo direito para sua institucionalização: o contrato como figura de auto-vinculação; a formação de grupos de referência a cujas expectativas se concede relevância (juízes, legisladores, etc); e a institucionalização da institucionalização em papéis com esta função específica (procedimentos).

b) A institucionalização do Direito

Dentre as diversas formas de institucionalização de expectativas normativas de que o direito se vale historicamente, chamam a atenção de Luhmann as figuras do contrato e do procedimento.

A figura do contrato seria um equivalente funcional que reduz a complexidade e procura bases claras para a ação comum, mas sua especificidade reside em que ele

submete a configuração de tais comprometimentos às declarações explícitas dos participantes, usando a concordância dos parceiros contratuais como o anteparo contra o arbítrio. Essa forma de institucionalização de expectativas, produto do desenvolvimento evolutivo da sociedade, permite supor o consenso de terceiros a expectativas fixadas arbitrariamente pelas partes em temas nos quais os terceiros, cujo consenso se supõe, não tenham intervindo nem sequer conhecem. Mas, de fato, a institucionalização do contrato e sua conversão em um instrumento jurídico de primeira magnitude não se poderia garantir com a suposição do consenso de terceiros abstratos ou anônimos. Assim, “uma outra solução para as dificuldades de uma institucionalização demasiadamente concreta e variante consiste na limitação daqueles terceiros cuja participação seja considerada relevante” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 90). Melhor dizendo, a evolução do direito levou à formação de papéis e subsistemas (procedimentos) com a função específica de decidir sobre o direito com efeitos vinculantes para toda a sociedade. Assim, as expectativas dos terceiros não se referem mais só às expectativas de *Ego* e *Alter*, mas também a procedimento institucionalizador em que um “grupo de referência” (os juízes, principalmente) determinará qual a conduta que cabe esperar normativamente.

O papel do juiz aparece como uma espécie de representante dos terceiros anônimos a quem compete decidir o que é aquilo que os terceiros esperam que expectativas não de considerar-se protegidas pelo consenso.

A institucionalização de papéis - juízes, legisladores, etc - e de subsistemas - procedimentos - com a função de institucionalizar expectativas normativas é um mecanismo reflexivo, posto que se institucionaliza uma forma de institucionalização de expectativas de conduta de forma similar ao que sucede com a dimensão temporal com a normação da normação.

3.1.5 A dimensão material/prática: os princípios de identificação

A necessidade de uma certa resistência ante o fato frustrante (dimensão temporal) e a necessidade de obter consenso (dimensão social) reduzem, de início, o campo das expectativas material ou objetivamente possíveis.

As expectativas mais importantes para a vida social são, como se assinalou, não as simples expectativas, o poder esperar sucessos ou condutas, senão as expectativas de expectativas: *Ego* há de poder esperar as expectativas alheias, há de poder conhecê-las e

participar delas se quiser que sua conduta e suas próprias expectativas possam coordenar-se na ação social. As expectativas de expectativas só são possíveis “através da mediação de um mundo em comum, no qual estão igualmente fundamentadas todas as expectativas” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 94).

Se, como diz Luhmann, as expectativas de expectativas são as principais, como conhecer as expectativas alheias? Como participar definitivamente da consciência alheia? A resposta de Luhmann é o conceito de sentido: o mundo “ordena o acesso seletivo a outras possibilidades de experiência, é nessa medida que ele possui um sentido. Dessa forma, o sentido serve como síntese, intersubjetivamente acessível de uma multiplicidade de experiências possíveis” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 94).

As sínteses de sentido prescindem, portanto, que se tenha presente de forma concreta e consciente, em todo momento e para qualquer fato, a expectativa de expectativa. Generalizar materialmente uma expectativa quer dizer fixar um ponto ou pontos de referência abstratos, na base dos quais poder estabelecer, de forma concreta, a expectativa. Esse ponto ou pontos de referência abstratos dotam a expectativa de uma certa indiferença ante sucessos atuais e concretos.

Assim, a dimensão material/prática se refere ao conteúdo das expectativas e sua generalização supõe a abstração de pontos de referência, de princípios de identificação sobre os quais deve basear a expectativa. Se se estabelecesse o conteúdo das expectativas de forma muito concreta, grande número de fatos discrepariam dela e a colocariam em perigo. Se, ao contrário, a identificação se refere a tipos de princípios de identificação genéricos ou abstratos, não seria qualquer fato que colocaria em perigo a expectativa, ou quando menos não questionaria o princípio de identificação abstrato do qual esta se teria sido deduzida. A abstração do ponto de referência permite manter, em consequência, uma certa constância das expectativas.

Se, por exemplo, toma-se como princípio de identificação uma pessoa e, baseando-se nela, formam-se expectativas, a frustração de uma dessas expectativas não exigirá o abandono do ponto de referência. Esses tipos abstratos, princípios de identificação, sínteses ou conexões de sentido funcionam “*como regras geradoras das diversas expectativas*” e “a identificação de complexões de expectativas em termos de sentido possibilita, ainda, a conservação e a reativação de expectativas, sedimentando-as como acervo cultural” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 97-98).

Luhmann traça quatro princípios de identificação com distintos graus de abstração, os quais podem aparecer mesclados como, de fato, fazem-no as expectativas

que deles se derivam. São eles pessoas, papéis, programas e valores. Do grau de abstração do princípio de referência dependem as possibilidades de fixação das expectativas concretas que podem aparecer de forma mais ou menos abstrata, generalizadas ou não temporalmente - como indiferenciadas, cognitivas ou normativas - e protegidas ou não pela suposição de consenso, ou seja, generalizadas socialmente. A questão reside em determinar “em que plano da abstração está o ponto focal, relativamente invariante da formação de sentido, através do qual a complexão de expectativas é identificada e o processamento das experiências que se seguirão é regulado” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 98). O autor insere um exemplo para ilustrar o funcionamento dessas sínteses ou conexões de sentido e as consequências que se derivam da fixação das expectativas concretas a diferentes níveis de generalização ou abstração. Se se toma como princípio de identificação para fixar expectativas acerca do funcionamento do serviço de correio a pessoa do carteiro ou o papel do carteiro, as frustrações que se podem produzir incidirão de diversas formas nas expectativas futuras segundo o princípio de identificação do qual derivem e, por isso, será necessário saber qual o ponto de eleger para qual expectativa. Eu posso esperar que chegue a correspondência, que chegue pela manhã, ou, de forma mais concreta, às nove em ponto, que o traga o carteiro “João”, que chegue em boas condições, que não esteja aberta, que se deposite na caixinha, etc. Algumas dessas ações podem esperar-se com base no “papel” do carteiro e/ou com base na pessoa concreta que é “João”. Se “João” se embriaga com frequência e eu fixo como ponto de identificação um “papel”, os costumes pessoais de “João” não me levarão a abandonar as expectativas acerca do bom funcionamento genérico do serviço de correios. Em suma, o contexto das expectativas será independente da pessoa do carteiro que me traga a correspondência. Se, ao contrário, fixo as expectativas na “pessoa” de “João” eu não poderia esperar que o serviço funcione, pois os defeitos de “João” me farão desconfiar do funcionamento do serviço (LUHMANN, 1983, v.1., p. 98).

Integrar as expectativas de forma muito concreta supõe estar exposto a contínuas frustrações, ou seja, se as expectativas são concretas e não pode se apreender da realidade - não podem adaptar-se a ela - por estar fixadas como normas, a carga que tem que suportar resulta excessiva.

Mas não é só o excesso de concreção que comporta dificuldades, o caso contrário resulta também problemático: de um “valor” podem extrair-se grande número de expectativas, inclusive contraditórias entre si, pois comportam um alto grau de

indiferença frente aos fatos e com auxílio desse princípio apenas se podem identificar as expectativas. Segundo Luhmann, as expectativas normativas não de fixar-se a um nível intermediário de abstração, de forma que não estejam excessivamente sujeitas a frustrações por sua fixação muito concreta, nem resulte impossível sua identificação, por sua abstrata fixação.

a) Pessoas, papéis, programas e valores

Conforme mencionado, os quatro princípios de identificação apresentam diversos graus de abstração desde o mais concreto (as pessoas), ao mais abstrato (os valores). Mas, os quatro princípios de que Luhmann fala são fruto da evolução, ou seja, só em sistemas complexos pode se verificar a separação entre papéis e pessoas e entre valores, normas e fins (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 216).

Por pessoas não entende Luhmann os sistemas psíquicos ou o homem em sua totalidade, senão uma construção do sistema social para poder ordenar expectativas de conduta que só podem atuar dessa forma, atribuindo-as à especificidade de um sistema psíquico (LUHMANN, 1983, v.1, p. 97). É a forma mediante a qual o sistema social ou os outros sistemas psíquicos, observam a um sistema psíquico, inclusive a forma sob a qual esse sistema se observa a si mesmo. A pessoa como princípio de identificação é essencialmente importante nos pequenos grupos de interação e está baseado na própria auto-representação da pessoa. As expectativas que adotam esse ponto de referência, baseado na unidade de uma pessoa individual, são dificilmente generalizáveis na dimensão social, pois o conhecimento de uma pessoa não permite nem se fixar expectativas sobre outra pessoa, nem que aqueles que não a conheçam criem expectativas sobre sua conduta ou expectativas³¹.

A segunda possibilidade de integrar expectativas, um pouco mais abstrata, reside na formação de papéis. As expectativas assim fixadas podem prescindir do caráter concreto da pessoa que desempenha um determinado papel.

Por papel entende Luhmann uma face de expectativas cuja extensão se delimita pelo fato de que, ainda sendo atuadas por uma pessoa, não estão coligadas estavelmente

³¹ Luhmann cita como exemplo aquele que durante certo tempo firmou-se como operário que produz acima das normas, ou como um convidado divertido, como desportista excepcional, etc e por isso de tal forma que o resalte pessoalmente, tornando-o incomparável, sem vincular os outros a essa mesma norma (LUHMANN, 1983, v.1, p. 100).

a determinados homens, senão que podem ser assumidas por diversos sujeitos intercambiáveis e ocupam sempre só uma parcela do atuar de uma pessoa concreta³².

Com o aumento da abstração, que supõe a integração mediante papéis, aumenta o risco da expectativa, pois carecem da garantia que supõe para o expectante o conhecimento de uma pessoa. Segundo Luhmann, a garantia dos papéis reside em sua institucionalização. Pode supor-se que as expectativas baseadas em um papel concordam com as expectativas de terceiros que, como as minhas, se orientam, ao papel, e não à pessoa concreta. De fato, a separação entre os princípios de identificação “pessoas” e “papel” é produto da evolução social e só na sociedade moderna aparecem de forma suficientemente diferenciada (LUHMANN, 1983, v.1, p. 100-101).

A distinção entre papel e pessoa é produto da diferenciação social, como o é também a distinção entre programas e valores. Isso quer dizer que, na opinião de Luhmann, nem toda sociedade pode chegar a diferenciar estes níveis de fixação do conteúdo de expectativas. A diferença entre pessoa e papel seria, por exemplo, necessária para que pudessem diferenciar-se determinados tipos de sistemas como as organizações formais, mas é importante também ter em conta que a constituição da “personalidade” específica de cada sistema psíquico está menos normada e institucionalizada que a dos papéis.

As expectativas podem também estar baseadas não na unidade do ator (pessoa) dentro de um papel, mas sim em regras decisórias verbalmente fixadas, cuja aplicação está garantida pela institucionalização. Essas regras são denominadas programas porque as condições de sua aplicabilidade permitem esperar certas ações e os efeitos dessas ações. O fato de que a regra esteja aprovada institucionalmente supõe a aprovação da conduta conforme à regra.

Podem diferenciar-se dois tipos básicos de programas: de fins e os condicionais. Nos primeiros, fixam-se os efeitos que se esperam e não se assinala concretamente a atuação que conduz a eles, senão que se considera correta qualquer ação que contenha os efeitos fixados pela regra. Os segundos, característicos na linguagem jurídica, fixam certas causas como produtoras de determinados efeitos com um esquema que estabelece que se se dão determinadas condições há de se produzir um efeito também determinado.

³² Cita como exemplo os moradores de uma montanha que, por se conhecerem pessoalmente, esperam ajuda recíproca no caso de uma avalanche; espera-se de um bombeiro que ele salve vidas num caso de incêndio ou outra catástrofe (LUHMANN, 1983, v. 1, p. 101).

Nos programas finais, podem estabelecer-se, secundariamente, subprogramas condicionais que fixem condições adicionais e nos programas condicionais a fixação das condições e dos efeitos pode incluir, também, programas de fins.

Já a generalização material que se produz, tomando como ponto de referência um valor, é a que se coloca a maior nível de abstração. Os valores apenas permitem especificar condutas ou expectativas e, ainda quando são facilmente institucionalizáveis, aportam pouca ajuda para a fixação de expectativas.

Os valores aparecem como pontos de vista para a preferência de ações, mas se tratam de ações indeterminadas.

3.1.6 A função do direito: a generalização congruente de expectativas de conduta

No intuito de resumir todo o exposto com relação às três dimensões de sentido, Luhmann diz que

o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na *dimensão temporal* essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social, isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na *dimensão social* essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. Na *dimensão prática* essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. Dada a crescente complexidade social isso exige uma diferenciação de diversos planos de abstração. Para podermos dispor de um conceito mais amplo sobre as necessidades dessas três dimensões, falaremos a seguir da *generalização de expectativas comportamentais* (LUHMANN, 1983, v.1, p. 109-110).

O conceito de generalização supõe a superação, em cada uma das dimensões, das descontinuidades existentes e a eliminação dos riscos ou perigos típicos de cada dimensão. Generalização é a “imunização simbólica das expectativas contra outras possibilidades; sua função apóia o necessário processo de redução ao possibilitar uma *indiferença inofensiva*” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 110).

Os mecanismos de generalização em cada uma das dimensões são de natureza diversa. Na dimensão temporal a generalização se consegue fixando expectativas no

tempo, assegurando-lhes duração, apesar das frustrações. Para superar essas frustrações e permitir a manutenção das expectativas existem diversos mecanismos equivalentes, dependendo de quais são os expectadores e quais são suas expectativas.

Na dimensão social, o problema que se coloca é outro, já não se trata de proporcionar duração às expectativas, senão consenso: as expectativas estão generalizadas socialmente quando, apesar da existência de indivíduos que não as compartilham, se lhes supõem consenso. Os mecanismos generalizadores, nessa dimensão, têm a função específica de repartir um consenso que é, de fato, limitado.

Na dimensão material, generalizam-se os conteúdos, os temas nos quais se baseiam as expectativas. Para isso se obtêm pontos de referência suficientemente abstratos para garantir às expectativas uma certa identidade, apesar de sua diversidade material.

A própria existência das três dimensões limita, em certo grau, as possibilidades de compatibilização das expectativas. Não é qualquer conteúdo que pode se normatizar: quanto mais concreto é o conteúdo de uma expectativa, mais sujeita está esta a frustrações e mais difícil é sua institucionalização. Os mecanismos de generalização das três dimensões são muito heterogêneos e não atuam de forma coordenada por "natureza". "Nesse caso, que corresponde à concepção do direito natural, não seria possível qualquer desenvolvimento do direito" (LUHMANN, 1983, v.1, p. 110). A heterogeneidade desses mecanismos faz com que nas diversas dimensões se generalizem expectativas incompatíveis e que estas se obstaculizem umas a outras.

Essa incongruência entre os mecanismos das distintas dimensões e, em consequência, a generalização de expectativas não compatíveis "formam um problema estrutural de qualquer sociedade, e é face a esse problema que o direito constitui sua função social" (LUHMANN, 1983, v.1, p. 110).

A incongruência dos mecanismos de generalização pode superar-se graças à existência em cada dimensão de várias soluções funcionalmente equivalentes. Existe, portanto, um número relativamente alto de possibilidades de combinação e isso permite uma seleção dos mecanismos compatíveis nas três dimensões.

Se se entendem as expectativas comportamentais generalizadas congruentemente como o direito de um sistema social, o direito é concebido funcional e seletivamente – ou seja, não através da constância de uma dada qualidade original do "dever ser", nem através de um determinado mecanismo fático, por exemplo, a "sanção estatal" (LUHMANN, 1983, v.1, p. 115).

Esses elementos aparecem no direito, mas não definem sua essência. O direito não é um ordenamento coativo, senão uma forma de facilitar (alívio) e possibilitar expectativas mediante generalizações congruentes que diminuem o risco, sempre presente em expectativas que se fixam como resistentes aos fatos, de frustração, ou imunizam simbolicamente o expectante contra os efeitos dessa.

A coação do direito reside na obrigatoriedade de selecionar expectativas, a qual pode motivar a imposição de determinados comportamentos.

Nesse sentido, a evolução do direito nada mais é do que a seleção de formas de generalização nas três dimensões cada vez mais adequadas e compatíveis entre si.

Ou seja, ainda quando o direito não nasce em um momento histórico determinado, senão que, segundo a definição luhmanniana, está presente em qualquer sociedade, pois do ponto de vista da generalização congruente, em toda sociedade há direito, a variável evolutiva do mesmo não reside em uma mudança de função, ou quando mesmo em sua função básica, senão nos mecanismos historicamente selecionados para levar a cabo essa função. Ou seja, deve se ter sempre presente o caráter funcional das definições luhmannianas, onde a função aparece como a constante a partir da qual se analisam, como variáveis, as formas estruturais que a sociedade vai criando para desempenhar a função. Isso não impede utilizar, se se quiser a estrutura como constante para, a partir dessa, analisar os possíveis câmbios de função e sobretudo para observar como pode uma mesma estrutura perder funções colaterais e especializar-se funcionalmente. Só dessa maneira se pode entender corretamente a definição luhmanniana de direito e de sua diferenciação com outras ordens normativas tais como, por exemplo, a moral. Esta questão se analisará com maior rigor nos próximos itens quando se for tratar da função que o direito positivo assume na sociedade moderna.

3.2 O desenvolvimento do direito da sociedade

No primeiro capítulo da Sociologia do Direito, Luhmann trata do tema jurídico demonstrando a relação existente entre a formação do direito e a complexidade e contingência do mundo; entre o problema da dupla contingência social - a excessiva carga que isso supõe para os indivíduos, dada sua limitada capacidade - e a função de redução da complexidade desempenhada pelo direito - como estrutura da sociedade que

tem por função a generalização congruente de expectativas de conduta; a partir de uma perspectiva prevalentemente estática ou atemporal.

A formação do direito se coloca, a partir dessa perspectiva, como resposta do sistema à excessiva complexidade e contingência das possibilidades oferecidas pelo mundo, possibilidades que superam as capacidades redutivas e seletivas do indivíduo. Esse obstáculo à interação humana diária pode superar-se mediante um certo grau de generalização congruente de expectativas de conduta e, de forma mais concreta, mediante representações normativas, ou seja, expectativas não dispostas à aprendizagem (LUHMANN, 1983, v.1, p. 142-143). Essa definição do direito mediante sua função e não por meio das formas ou estruturas das que se vale para desempenhá-la, assim como a consideração da função como necessária para a existência da própria sociedade leva Luhmann a concluir que existe direito em toda sociedade³³.

No conceito luhmanniano de direito, a função aparece como constante e as concretas fixações estruturais ou os mecanismos dos quais se serve a sociedade para cumprir essa função seriam as variáveis evolutivas do direito.

No terceiro capítulo da *Sociologia do Direito*, Luhmann analisa alguns dos traços distintivos das estruturas jurídicas que se foram desenvolvendo nas sociedades de acordo com o grau de complexidade dessas. Estabelece-se, dessa forma, uma relação direta entre a complexidade alcançada pelos diversos tipos de sociedades e a complexidade de suas estruturas jurídicas.

Os tipos de sociedade dos quais Luhmann fala, e que foram analisados nos tópicos correspondentes do segundo capítulo deste trabalho, classificam-se de acordo com o princípio utilizado para a diferenciação interna dos subsistemas. Dado que os princípios de diferenciação são três, este é o número de tipos de sociedades: as arcaicas, diferenciadas segmentariamente; as das altas culturas pré-modernas, diferenciadas hierarquicamente; e a moderna, diferenciada funcionalmente. Para classificar o estágio evolutivo de suas correspondentes estruturas jurídicas, identificadas sempre mediante a ampla determinação de sua função, Luhmann utiliza como critério a existência ou não nessas sociedades de procedimentos de decisão jurídica e se estes se limitam à aplicação do direito ou incluem também sua criação. Temos também, nesse caso, três possibilidades que se correspondem aos modelos de sociedade: o direito das sociedades

³³ A afirmação de Luhmann tem de ser entendida a partir de sua concepção funcional do direito. Se a generalização congruente de expectativas é uma função necessária em toda sociedade para superar o problema da “dupla contingência”, não pode haver uma sociedade na qual não se resolva de alguma forma esse problema.

arcaicas que carece de procedimentos jurídicos institucionalizados; o direito das sociedades pré-modernas que desenvolveram procedimentos de aplicação do direito; e o direito positivo da sociedade moderna. As comparações que o autor realiza, e as generalizações que delas obtém, não são estruturais, ou seja, não se trata de comparar normas ou instituições iguais em diversas sociedades, senão funcionais. Utiliza-se como constante, a função jurídica de generalização de expectativas normativas e como variáveis as formas estruturais das quais se reveste. A única fixação estrutural que se realiza, com a finalidade de separar e agrupar as diversas épocas, é a existência ou não dos procedimentos decisórios assinalados e do caráter normativo das expectativas.

Como a análise de Luhmann a respeito é muito detalhada e nele se maneja abundante bibliografia, não é possível realizar nessa sede uma exposição ampla dos diversos exemplos que sai colocando de relevo nas páginas dedicadas a esta questão e com os que intenta destacar as notáveis diferenças existentes entre as soluções estruturais selecionadas e estabilizadas e cada sociedade. Portanto, selecionamos alguns casos especialmente significativos para compreender o enfoque do autor.

3.2.1 O Direito das Sociedades Arcaicas

As sociedades arcaicas se caracterizariam pela utilização do parentesco como princípio primário de formação da sociedade. Nelas, existiriam diversas formas de se resolver controvérsias, mas em nenhum caso se institucionalizariam competências para a tomada de decisões vinculantes fora do âmbito parental que marca os próprios limites da sociedade. A extrema obviedade e ausência de alternativas dessas sociedades impedem selecionar critérios de validade próprios e específicos do direito, como por exemplo as condições sob as quais os costumes ou as ordens possam ser reconhecidas como direito. A inexistência de critérios de validade se explica pela falta de problematização do direito nessas sociedades e por sua não diferenciação frente a expectativas normativas não jurídicas.

Nessas sociedades, existem normas diferenciadas, expectativas contrafáticas que se podem formular linguisticamente, pois são materialmente identificáveis em uma pluralidade de casos concretos e que estão socialmente institucionalizadas.

Expectativas normativas e cognitivas podem ser diferenciadas com certa clareza graças, em geral, à disponibilidade ao recurso da força física na forma de vinganças de sangue ou similares. O direito se forma diretamente, sob uma frustração, com a própria

reação do frustrado disposto a vingar-se utilizando a força física (LUHMANN, 1983, v.1, p. 186). A principal função é sempre a manutenção da expectativa e não a realização de condutas. Materialmente, as expectativas dessas sociedades são concretas e desprovidas de exceções ou variações. Essa falta de alternativas, que é própria não só das expectativas normativas senão da ordem social em seu conjunto, faz que esta se veja como a única possível, querida por Deus e, portanto, santificada (LUHMANN, 1983, v.1, p.188).

Essa sacralização do direito não faz senão reforçar sua imutabilidade e sua condição de necessário. As normas vinculam os homens e os deuses e, dessa forma, protegem a sociedade do medo ante ao imprevisto, mascarando a contingência que a própria sociedade não pode assumir por carecer da complexidade requerida e apresentando sua ordem como a única possível. Essas características de falta de complexidade e de ausência de alternativas constituem o principal problema evolutivo dessas sociedades ao impedir, em grande medida, a criação de variedade e com isso as possibilidades de mudança e de aumento de complexidade. Dentre as condições estruturais que se pode ter como ponto de partida para possibilitar o posterior desenvolvimento dessas sociedades primitivas, Luhmann destaca a criação de diversos tipos de procedimentos, no começo sem a função direta da tomada de decisões vinculantes; a formalização e ritualização de alguns direitos³⁴ e, especificamente, o desenvolvimento econômico com a criação de economias monetárias. Tudo isso possibilita a aparição de disputas legais entre indivíduos pertencentes a diversos grupos e que, por isso, não podem se resolver já dentro do grupo de parentesco e sem necessidade de decisões vinculantes. O aumento do número e a tipologia dos conflitos exigem a criação de procedimentos decisórios e a distinção material entre o direito civil e o direito penal³⁵, algo impensável em sociedades patriarcais que resolvam seus conflitos mediante a auto-vingança. A disparidade de conflitos faz aumentar também o

³⁴ Luhmann estabelece uma clara distinção entre o conceito de procedimento e de “rito”, ainda aceitando a existência de comportamentos rituais em todo procedimento. Um ritual se caracterizaria, na opinião de Luhmann, pela fixação de ações que se sucedem concatenadamente sem que tenha nelas possibilidade alguma de escolha. Graças a isso, conseguir-se-ia impedir a expressão e o reforço dos sentimentos de medo e insegurança e se reprimiriam outros, como a agressividade. Ao contrário, os procedimentos se caracterizariam pela incerteza de seu final e de suas conseqüências e pela abertura das alternativas de conduta e de sua estrutura motivacional, incerteza e abertura que são eliminadas no próprio procedimento (LUHMANN, 1980, p. 38 e ss).

³⁵ Luhmann assinala como, em diversas culturas jurídicas, como a China, a aparição de procedimentos levou a que estes se especializassem quase exclusivamente na aplicação do direito penal, enquanto nas culturas mediterrâneas e sobretudo em Roma, a evolução foi mais lenta e chegou a criar-se um “direito privado político” (o “direito civil”), em que participam os cidadãos enquanto cidadãos (LUHMANN, 1983, v.1, p. 198).

grau de abstração das expectativas o que, com o auxílio da Bíblia, permite um considerável aumento da complexidade do direito.

3.2.2 O direito das sociedades antigas

A institucionalização de procedimentos judiciais para a solução de conflitos jurídicos marca o passo para as culturas pré-modernas, mas depende por sua vez da aparição de determinadas mudanças no sistema político dessas sociedades, especialmente, da criação de certos papéis e sistemas de interação de tipo político-administrativo.

As mudanças globais no seio da sociedade e, em particular as que se produzem no sistema econômico são, para Luhmann, determinantes para o aumento da complexidade material do direito (LUHMANN, 1983, v.1, p. 201-202), mas igualmente relevantes são, em sua opinião, as mudanças políticas, pois delas depende a institucionalização dos procedimentos. Em toda sociedade, existe a função política de criação e execução de decisões vinculantes³⁶, mas nas sociedades menos desenvolvidas essa função se cumpre e se legitima somente no seio do grupo de parentesco em que não aparece diferenciada de outras funções, nem conduz, sem mais, a diferenciação de papéis que exerçam, nem sequer temporalmente, essa função. As próprias necessidades concretas conduzem a que determinadas pessoas com maior ou menor regularidade, por sua especial força ou destreza, inclusive por pertencer à determinada família, cumpram certas funções sem que para isso sejam necessárias nomeações ou designações institucionalizadas, e assim pode-se chegar à criação de certas hierarquias sem com isso abandonar o princípio aglutinador da sociedade: o parentesco.

O último passo no grau de complexidade e desenvolvimento viria marcado pela dissolução dessa relação direta entre domínio político e o parentesco, dissolução que poderia estabilizar-se graças à concentração da força física e à aparição de novas categorias abstratas de legitimação mágico-religiosa; mas, com isso, chegar-se-ia já ao grau de desenvolvimento jurídico que Luhmann considera próprio das altas culturas, portanto, a um tipo diverso de sociedade.

³⁶ Desta forma, fixa Luhmann a função do sistema político como a “tomada de decisões vinculantes para toda a sociedade”. Para o desempenho desta função, o sistema político cria um meio de comunicação específico que é o “poder” e que permite a transmissão de prestações seletivas no interior do sistema político.

A primeira característica das sociedades que Luhmann denomina “altas culturas” ou pré-modernas é sua insuficiente diferenciação funcional interna. De fato, existem diversos âmbitos funcionais, como o religioso, o econômico e o político, etc. cujos papéis se justificam mediante a função que desempenham. No entanto, seu âmbito de atuação, afeta só tangencialmente, ou só em casos excepcionais, a vida diária. Nessas sociedades, pouco a pouco, e de forma mais ou menos independente das funções e das instituições religiosas, os centros políticos vão adquirindo o primado social e se vai desenvolvendo uma forma de domínio hierárquica ou piramidal.

Essa nova estruturação piramidal da sociedade consegue apresentar-se e institucionalizar-se por sua vez como uma ordem natural e, por isso, carente de alternativas. Institucionalizam-se estruturas que fundamentam diferenças de hierarquia e se protegem mediante mecanismos secundários de tipo simbólico como, por exemplo, as diversas formas de comunicação entre iguais, por um lado, e entre membros de diversas classes, por outro; os trabalhos se dividem tendo em conta essa diferença de hierarquia e as atividades dos poderosos não só diferem, como suas normas e seus âmbitos de liberdade, das dos inferiores, senão que são ademais consideradas como as mais importantes; assimetiza-se a comunicação e entre inferiores e superiores se estabelece em termos de ordem e obediência; e se mantém um alto grau de congruência dentro de cada status.

Nesse marco social relativamente complexo aparece um novo tipo de direito caracterizado fundamentalmente, como já se assinalara, pela existência de procedimentos, e seus correspondentes papéis, com a função de decidir e com o poder suficiente para impor ou executar suas decisões. O conjunto de expectativas normativas que fazem parte do direito podem reconhecer-se como resultado de pleitos ante aos tribunais e a absorção de frustrações se conduz também à vida judicial (LUHMANN, 1983, v.1, p. 171). O desenvolvimento do direito passa, assim, a depender do desenvolvimento de sistemas processuais complexos: da institucionalização de procedimentos judiciais.

Luhmann destaca as seguintes características como próprias dos procedimentos judiciais diferenciados nas altas culturas, embora não se dê em todas o mesmo grau de diferenciação e desenvolvimento. Em primeiro lugar, para que se possa diferenciar um procedimento como um sistema de interação autônomo é necessário um alto grau de diferenciação da política e em concreto do poder ou domínio político. O juiz há de ser mais poderoso que as partes litigantes e ademais há de aparecer como neutro ou como

capaz de adotar decisões independentes, pois a incerteza sobre o resultado do processo é parte essencial de sua estrutura³⁷.

A personalidade do juiz há de ser excluída como fator decisional, assim como também os papéis extraprocessuais desempenhados pelas partes, e isso se concretiza o princípio de “imparcialidade do juiz”. Essa objetividade é um resultado do processo evolutivo e, em um primeiro momento, não teve a importância de que hoje se reveste. Por trás de um direito arcaico baseado na vingança privada, a subjetividade do juiz era facilmente aceitável, sem ser visto como algo independente do procedimento. Somente quando o procedimento é também uma forma de representação do direito resulta possível a exigência de objetividade por parte do juiz.

O direito aumenta também seu grau de abstração interno e se fixa linguisticamente em forma de programas de decisão que determinam as condições sob as quais uma decisão é ou não correta. Aparecem conceitos jurídicos com funções instrumentais, e inclusive o rol de “juristas”, e se criam culturas jurídicas que permitem um maior domínio do material normativo, mas cuja validade se separa da própria validade das normas. A elaboração conceitual do direito pelos juristas permite também a separação das questões de fato e as questões de direito e falar em propriedade de “aplicação do direito” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 181).

Aliado a isso, tem-se a ideia da invariabilidade dos fundamentos do direito: as normas jurídicas mais importantes, ainda quando hajam sido criadas mediante legislação, não estão institucionalizadas como passíveis de mudança mediante decisão. No procedimento, decide-se a que pretensão dar-se-lhe-á razão, mas não se decide sobre a norma. Ao poder político não se pode conceder a função de criação do direito, ao arbítrio total, senão que se apresenta como vinculado ele mesmo ao direito, como protetor e garante do direito e não como responsável por seu estabelecimento ou por sua mudança contínua.

Uma grande parte do direito se considera invariável e excluída, portanto, da livre decisão do legislador. A validade do direito e alguns de seus traços essenciais se consideram verdadeiros e, dessa forma, as expectativas normativas passam a ser tratadas com estilo cognitivo. Ainda que não exista uma total separação entre ambos os âmbitos, o verdadeiro aparece como verdadeiro por natureza e, por isso, como imutável.

³⁷ O tema do procedimento como mecanismo de institucionalização do direito positivo será analisado com maior detalhe nos próximos itens.

A distinção entre normas variáveis e normas invariáveis é possível graças a uma distinção entre direito natural e direito que se eleva na base de uma decisão ou direito positivo. Essa distinção, inexistente nas sociedades arcaicas, permite aumentar o grau de variação do direito precisamente através do estabelecimento de limites para a mudança: é possível modificar o direito porque há um direito que não pode ser modificado. Com isso, admite-se a mudança sem ter que assumir a total responsabilidade dessa mudança e sem abandonar a ideia de segurança ínsita na inamovibilidade do direito.

A possibilidade da mudança das normas, ou de algumas normas, obriga a buscar critérios de seleção. Se a norma é produto de uma seleção, como ou por quê se selecionou? Essa é a função que, segundo Luhmann, cumpre a ideia ou o princípio de justiça³⁸. Esse simboliza a unidade do direito e, portanto, a congruência da generalização das expectativas normativas. Mas, com isso, estão assentadas as bases que permitiriam avançar um passo a mais nesse desenvolvimento do direito e que conduziram a um sistema jurídico como o atual que se caracteriza, conforme se verá a seguir, por sua total positividade e diferenciação funcional.

3.2.3 O direito da sociedade moderna: a positividade do direito

Se se retoma a distinção central, introduzida em itens anteriores, entre expectativas normativas e expectativas cognitivas, veremos que Luhmann centra essa distinção estrutural na existência de duas diversas estratégias das quais pode dispor um sistema para combinar os interesses contrapostos de “constância de expectativas” e “adaptação à realidade”. A questão que Luhmann se coloca, a partir de um ponto de vista evolutivo, é a de se uma distinção tão simples é suficiente para resolver os problemas que em relação às expectativas se colocam os sistemas sociais complexos. Trata-se de analisar a possibilidade de fixar expectativas normativas e, por isso, não dispostas a aprender a partir da realidade ou adaptar-se a ela, de forma que aprendam com a realidade e se adaptem a ela, ou seja, a possibilidade de que dispõem as sociedades modernas de institucionalizar o direito de forma que combine a

³⁸ Luhmann utiliza um conceito de justiça que pouco, ou nada, tem a ver com as definições ao uso desse termo. A Justiça em Luhmann é um predicado intrasistêmico que se refere à congruência interna do sistema ou à sua adequada complexidade. Não é, portanto, um critério aplicável às decisões, ou normas concretas, que para Luhmann são corretas ou incorretas e não justas ou injustas; nem tampouco é um parâmetro que possa aplicar-se ao sistema jurídico que cumpra determinados requisitos de justiça material ou realize determinados valores morais. Um sistema jurídico seria, em consequência, justo se cumpre sua função social, se suas expectativas estão generalizadas congruentemente nas três dimensões de sentido.

invariabilidade com a variabilidade, a segurança das expectativas e sua mudança. A expressão “positividade do direito” se refere a essa mudança na dimensão de generalização congruente de expectativas normativas, reintroduzindo o problema da contingência na própria estrutura das normas.

As mudanças que supõem a positivação do direito não teriam sido possíveis se no transcurso da evolução do direito não houvesse certos avanços pré-adaptativos. Mas tão ou mais importantes foram para a evolução do direito as mudanças produzidas em outros sistemas que levaram a um aumento da complexidade social e submeteram o direito a novas exigências que se não podiam cumprir com as estruturas próprias do direito pré-moderno. O rol de Luhmann põe em relevo os principais pressupostos internos e externos do direito positivo³⁹, dentre os quais se destacam, junto aos que foram mencionados anteriormente, os seguintes:

a) A aceitação de um direito parcialmente mutável devido à fixação de um sistema hierárquico de fontes que proporciona certa cobertura, em forma de fundamento de validade, às mudanças produzidas que se mantenham no âmbito do compatível com as normas superiores. Essa seria uma espécie de função latente desempenhada pelo Direito Natural, pois foi precisamente a sua fixação como imutável o que permitiu certas mudanças no direito vigente. A própria existência de dois tipos de direito abre o caminho à contingência de um deles e, ainda quando esse se mantenha durante muito tempo sob a proteção do Direito Natural, esse já é um passo frente à positivação, não só de seu estabelecimento, senão também de sua validade.

b) A diferenciação interna do sistema político é outra das condições evolutivas do direito. O êxito da positivação do direito reside, no que diz respeito ao sistema político, “no princípio da não vinculação” (LUHMANN, 1983, v.1, 199). Para isso é necessário que se separem fortemente a “pessoa” e o “papel” do legislador, de forma que a mudança do direito se atribua ao “cargo” e não à “pessoa”, o que se consegue outorgando personalidade jurídica ao Estado⁴⁰; por outro lado, há que distinguir a desobediência do direito dos desejos de mudança, de forma que esses não se contemplem como um ato de insurreição contra o direito vigente, e isso exige canalizar

³⁹ Esse item do trabalho se centra na exposição que Luhmann realiza na Sociologia do Direito, portanto, sem ainda se referir a teoria autopoietica. No entanto, o direito das sociedades modernas, ou direito positivo está diferenciado como um subsistema social com um código próprio e é, portanto, um sistema autopoietico. De qualquer forma, a referência explícita ao paradigma autopoietico se dará no item seguinte do presente capítulo.

⁴⁰ A atribuição de personalidade jurídica ao Estado permite a atribuição a esse da responsabilidade pelo estabelecimento do direito positivo, assim como por sua mudança e por sua manutenção.

essas mudanças à esfera política e valorá-los segundo a capacidade do sistema político suportar ou não essas mudanças. Em resumo, Luhmann apresenta como condições políticas das mudanças no sistema jurídico: “a formação de procedimentos” (LUHMANN, 1983, v.1, p. 201).

c) Essas mudanças no sistema político teriam sido insuficientes para sustentar por si só todo o peso da positividade. Assim, Luhmann atribui, como condição de mudança, a aparição de novos problemas que não podem ser já resolvidos com ajuda do direito até então cultivado pela dogmática jurídica. Esse novo âmbito decisional está representado, principalmente, pela aparição de novos institutos jurídicos e de fenômenos sociais necessitados de regulação, como os problemas de integração entre a família e a economia ou a economia e a política e principalmente, pelas mudanças que representam o nascimento dos novos âmbitos do direito público.

Para Luhmann, um direito se caracteriza como positivo quando foi estabelecido e se rege por força de uma decisão (LUHMANN, 1983, v.2, p.10). Isso não significa que o direito nasça da produção do legislador ou que o legislador ou o juiz prescindam dos valores ou normas sociais não justificados. Para ele, o elemento que define o direito positivo não é essa decisão legislativa, não é a mera existência de um direito “posto”, senão o atribuir a validade do direito, sua força vinculante⁴¹, através da decisão. Isso permite, ademais conceber o direito como uma seleção entre outras possibilidades, ou seja, as possibilidades excluídas não desaparecem e se mantêm como possibilidades de mudança e a normatização se converte em um mecanismo reflexivo.

A positividade permite conjugar expectativas normativas e cognitivas, a não aprendizagem com a aprendizagem, separando temporalmente ambas estratégias. A normatividade, a fixação de expectativas que se mantenham em caso de frustração não desaparece ou não o faz nas situações nas quais a norma atua como estrutura, mas essas mesmas estruturas podem ser tratadas em outros momentos como cognitivas, podem modificar-se, podem aprender da realidade e adaptar-se a ela. Tudo isso supõe um considerável aumento da complexidade do direito e não só na dimensão temporal, ao permitir que, em diversos momentos, existam normas diversas, senão também no material, pois é possível ampliar, consideravelmente, o número de temas

⁴¹ O conceito de validade em Luhmann é sinônimo de “força vinculante” e em nenhum caso se entende como fundamentação externa do direito. Deve se ter em conta que se trata de “validade por força de uma decisão” e que essa se baseia na contingência da decisão e portanto em uma validade temporal. Conforme se verá mais adiante, a validade aparece como símbolo que circula no sistema conectando suas operações e permitindo assim sua reprodução constante.

contemporaneamente justificáveis ao não estarem esses já limitados pelo que era tradicionalmente o direito vigente.

A positivação do direito é a resposta do sistema jurídico a um problema produzido pela estabilização de um novo tipo de diferenciação social: a diferenciação funcional dos diversos subsistemas que faz aumentar a complexidade da sociedade e, com isso, aumenta também a necessidade de selecionar dentre as possibilidades abertas pelos subsistemas que podem resultar excessivas e incompatíveis entre si e, por isso, há de reforçar-se esse particular mecanismo seletivo em que consiste o direito.

É nesse sentido que Luhmann afirma que “a diferenciação funcional do sistema social e a positividade do direito convergem nesse traço básico de complexidade e contingência superdimensionadas - uma sobrecarga que a sociedade se auto-impõe e que desencadeia processos seletivos internos ao sistema” (LUHMANN, 1983, v.1 p. 237).

3.4 O Direito como um sistema autorreferencial e autopoietico

A incorporação do conceito de autopoiese na teoria dos sistemas sociais de Luhmann foi desenvolvida no capítulo precedente. Cabe agora analisar o reflexo dessa incorporação no sistema jurídico. A partir da inclusão do referencial da autopoiese, Luhmann passa a descrever o direito (positivo moderno - como já se ressaltou anteriormente) como um sistema parcial da sociedade - um subsistema. Ele se caracterizará como funcional, autorreferencial e autopoietico e comporá a sociedade ao lado de outros subsistemas funcionais (religião, política, economia, ciência, etc).

Essa inclusão paradigmática permite que Luhmann se valha de instrumentos analíticos mais precisos que para refletir sobre as análises já realizadas anteriormente, forçando sua retomada de forma mais radical, mas não contraditória. Verifica-se, assim que o advento da teoria dos sistemas autopoieticos não será uma ruptura na obra de Luhmann, mas sim um refinamento de seu instrumental analítico e teórico. Para se chegar a essa constatação, basta verificar as semelhanças entre as análises desenvolvidas na *Sociologia do Direito* (1972) e as realizadas mais de vinte anos mais tarde em *El Derecho de la Sociedad* (1993) acerca do direito.

O sistema jurídico, enquanto um sistema autopoietico, é autorreferencial, no sentido de que produz e reproduz não apenas suas estruturas, mas seus próprios

elementos constituintes a partir de seus próprios elementos e estruturas e mediante operações recursivamente fechadas.

Nas palavras de Luhmann, os sistemas autopoieticos

presuppose and reproduce themselves. They constitute their components by the arrangement of their components, and this 'autopoietic' closure is their unity. This mode of existence implies self-organization and self-regulation, but it has to be realized not only at the level of the structure but also, and above all, at the level of the elements of the system (LUHMANN, 1990, p. 229).

Essa clausura operacional significa que tais sistemas operam apenas dentro de seus próprios limites e nunca fora deles, não podendo importar de seu ambiente (entorno) as estruturas e os elementos que os compõem, devendo produzi-los mediante operações recursivamente fechadas. Entretanto, clausura operacional não implica isolamento ou indiferença do sistema frente ao entorno. Não se trata de solipsismo jurídico ou ruptura do sistema em relação a seu entorno (entenda-se por tanto o entorno intra-social do direito – sociedade e demais subsistemas funcionais – quanto o seu entorno extra-social – o homem enquanto síntese de sistema psíquico e sistema vivo) (LUHMANN, 1993, p. 18 e 66). Assim, ainda que de forma rápida, precisa-se definir alguns de seus elementos constitutivos que o distinguem dos demais subsistemas da sociedade (entorno intra-social). E assim também é preciso explicar como se dá a relação entre direito e seu entorno extra-social (homem - síntese de sistema psíquico e sistema biológico). Segundo Luhmann,

el sistema jurídico, para insistir en este punto decisivo, es un subsistema do sistema de la sociedad. La sociedad no es, por lo tanto, sólo el entorno del sistema jurídico. Ella es en parte más, - en la medida en que incluye las operaciones del sistema jurídico; y en parte menos, - en la medida en que el sistema del derecho tiene que ver también con el entorno de la sociedad: realidades físicas y mentales de los seres humanos; fenómenos físicos, químicos y biológicos que el sistema jurídico declare relevantes (LUHMANN, 1993, p. 37).

Portanto, o homem não é uma realidade indiferente para o direito, mas sim seu entorno, com o qual se acopla estruturalmente. Luhmann mesmo explica que

no nos obstinamos en la absurdidade de afirmar que haya derecho sin sociedad, sin hombres [...]. Unicamente afirmamos que el sistema produz las relaciones con dicho entorno a partir de [...] sus propias operaciones" (LUHMANN, [s.d], p. 54).

Conforme indicado acima, direito e sociedade são sistemas de sentido que se reproduzem com base em comunicações e a relação entre eles é, segundo Luhmann, uma relação ambígua, pois,

Por una parte, la sociedad es el entorno del sistema del derecho, por otra, todas las operaciones del sistema jurídico son operaciones que se efectúan dentro de la sociedad. el sistema jurídico ratifica la sociedad en cuanto se diferencia de ella. Dicho de otra manera: el derecho con sus operaciones (que son operaciones sociales) introduce un corte en la sociedad. Como resultado se este corte, se puede preguntar cómo se ejercen las influencias de ese entorno social específico sobre el derecho, sin que esto conduzca a que derecho y sociedad ya no se diferencien (LUHMANN, [s.d.], p. 21)

Portanto só há direito "na" sociedade, mas ele não se confunde com ela. É um dos inúmeros subsistemas, funcionalmente diferenciados, que compõem a mesma. Desse modo, para que as comunicações que estão na base do subsistema jurídico se diferenciem das comunicações gerais que circulam pela sociedade é preciso que elas adquiram sentido próprio que as distinga das formas gerais de comunicação social. Isso se dá através da diferenciação que se opera a partir da clausura autopoietica, que consiste na autoprodução, pelo subsistema jurídico, de todos os seus componentes a partir de operações recursivamente fechadas. Para Luhmann (LUHMANN, [s.d.], p. 39),

la diferenciación de um sistema jurídico operativamente clausurado se lleva a efecto por medio de la referencia recursiva de operaciones jurídicas com operaciones jurídicas. El sistema opera, como todo sistema autopoietico, en continuo contacto consigo mismo.

Portanto, as operações por meio das quais o sistema jurídico produz e reproduz seus elementos é um tipo especial de comunicação: a comunicação jurídica. Contudo, a simples existência de comunicação operacionalmente fechada não é suficiente para que haja um sistema jurídico. Segundo Luhmann,

para la diferenciación e la clausura del sistema del derecho se vuelven relevantes otros dos desarrollos que se estimulan mutuamente: 1) la especificación de la función del derecho, esto es, la orientación hacia un problema social específico, y 2) la codificación binaria del sistema que se lleva a cabo mediante un esquematismo que proveye de un valor positivo (derecho) y de un negativo (no derecho)(LUHMANN, [...], p.41).

O sistema jurídico somente surge a partir de uma comunicação orientada pelo código binário direito/não-direito, que terá a função de adjudicação de operações para o

sistema, garantindo a clausura operacional. Assim, a definição do código é que vai assegurar unidade operativa, fazendo a diferencial funcional, que no caso do sistema jurídico se dará através da generalização das expectativas normativas mediante sua estabilização contrafática. A funcionalidade do direito está intimamente relacionada com seu código binário, já que a estabilização de expectativas exige que se indique primeiro quais expectativas se mantêm em caso de frustração e quais não. Isso se dará através do código binário que cerra operativamente o sistema e faz a sua autopoiese. Sem a estrutura do código não seria possível a autopoiese do sistema, pois, ao instituir um valor positivo (direito) e um valor negativo (não-direito), o código permite ao sistema jurídico classificar as condutas como estando de acordo ou em desacordo com o direito. Interessante notar que para Luhmann essa é uma observação de segunda ordem incapaz de ser percebida pelo observador de segunda ordem. Nas suas palavras,

el código, - conforme con el derecho/no conforme con ele derecho -, solamente puede ser manejado en el plano de observación de segundo orden, es decir, en el nivel da observación de los observadores. Esta observación es indiferente respecto al hecho de si los observadores de primer orden - actores o víctimas-, clasifican su relación con el mundo de acuerdo al derecho o en desacuerdo a él. Si se imaginan que a ellos les asiste la justicia o que son victimas, el observador de segundo orden puede juzgar eso mismo de otra manera. Y si en absoluto han pensado una referencia al derecho, el observador de segundo orden puede aplicar para ellos los valores: conforme a derecho/no conforme a derecho. (LUHMANN, [s.d], p. 49).

Essa clausura operacional está intimamente ligada à auto-referencialidade dos sistemas autopoieticos e, portanto, apresenta-se também como tautológico e paradoxal. Isto significa que o código simplesmente afirma que o direito não deve ser não-direito e que o não-direito não deve ser direito (tautologia). Significa também que, quando se indaga acerca da sua própria conformidade ou desconformidade com o direito, faz-se surgir um paradoxo, que se traduz em dizer que é (ou não) conforme o direito aplicar a distinção entre direito e não-direito (LUHMANN, [s.d], 145). Para solucionar o problema do paradoxo, mas sem se valer de respostas que (como as de Kelsen) buscam remeter a solução do paradoxo a níveis superiores de dotação de sentido, Luhmann se vale do conceito de programa, desenvolvido em item anterior. O programa permitirá contrabalançar a rigidez e invariabilidade que caracterizam os códigos binários dos subsistemas funcionais, mediante a introdução de critérios para a correta adjudicação de valores ao código (LUHMANN, [s.d], p. 160). O programa traduz-se, portanto, na possibilidade de abertura cognitiva do sistema, pois é ele que determina quais aspectos

do sistema teriam que processar cognições e em que ocasiões isso aconteceria. Nessa sociedade, em que não pode haver a sobreposição de um código a outro, sob pena de corrupção dos mesmos, é fundamental que os sistemas, a despeito de sua clausura operacional, sejam dotados de abertura cognitiva. O direito é, nesse contexto, um subsistema dotado de clausura normativa e abertura cognitiva, ou seja, é um subsistema cuja reprodução autopoietica basal se fecha operacionalmente ao redor das expectativas normativas. Ora, Luhmann dirá que o programa condicional é justamente a forma típica de combinar clausura normativa e abertura cognitiva, pois

este programa condicional exige que las reglas normativas de la decisión (que se justifican solo al interior del derecho) se formulen de tal manera que sea posible una deducción a partir de los hechos – los que determinan cognitivamente: si está presente la realidad a, entonces la decisión x es conforme el derecho, si no, no (LUHMANN, [s.d], p. 60).

Vê-se, portanto, que por um lado, o código binário direito/não-direito (que exclui terceiros valores), constrói a diferenciação funcional do sistema jurídico, de modo a fundamentar sua identidade. Por outro lado, o código representa a maneira pela qual o sistema produz e reproduz sua unidade e por isso será caracterizado por uma rigidez que impede a adaptação do sistema ao entorno. Para isso, fazem-se necessários os programas para estabelecer as regras de adjudicação dos valores que compõem o código.

O código é a representação da unidade operacional do sistema, especificando o sistema a partir de seu entorno. Contudo, o código por si só não permite que o sistema se feche, mas sim apenas que ele crie os enlaces de suas operações (LUHMANN, [s.d], p. 67). É assim que o código precisa ser complementado pelos programas (leis, regimentos e demais premissas de decisão do direito), os quais, ao estabelecerem as regras de adjudicação dos valores do código, fixam as condições concretas de correção na atribuição de tais valores, (LUHMANN, [s.d], p. 146-147) permitindo, por exemplo, que em um dado litígio se indique quem ostenta expectativas conforme o direito e quem não as ostenta. Portanto, para Luhmann código e programas são momentos da autopoiese do sistema e não entidades existentes por si só (LUHMANN, [s.d], p. 147).

O sistema jurídico, assim, constituído por se diferenciar na sociedade a partir de seu código binário (direito/não-direito), valendo-se de programas condicionais do tipo “se/então”⁴², está apto a desempenhar sua função, qual seja a de fazer a estabilização contrafática de expectativas normativas. A partir da consecução dessa função, o direito

⁴² Para um aprofundamento no assunto, ver: LUHMANN, [s.d], p. 151-160; 1983, v.2, p. 27-34.

torna-se discernível do sistema social global (sociedade) e dos demais subsistemas funcionais. Trata-se de funções concorrentes que não podem ser sobrepostas umas às outras nem mesmo hierarquizadas, pois isso se chocaria com a autorreferencialidade que é própria dos subsistemas que as desenvolvem. Consequentemente, tais subsistemas não podem influir diretamente uns sobre os outros nem se determinarem mutuamente; não obstante, isso não significa que não seja possível um inter-relacionamento entre eles. Entretanto, partindo-se dos pressupostos da teoria da autopoiese, esse inter-relacionamento será algo bastante delicado e particularmente problemático no que concerne, sobretudo, à regulação social a partir de um direito essencialmente reflexivo, pois há que se lembrar que uma tal regulação não poderá ocorrer de forma direta. Diante desse horizonte, as pretensões regulatórias do direito precisam ser bem sopesadas a fim de que não entrem em contradição com os pressupostos da teoria da autopoiese nem se esvaziem de sentido.

O direito, a partir da perspectiva de Luhmann, deixa de carregar o fardo da integração social⁴³, resumindo-se na sua função de simples estabilização contrafática de expectativas. Entretanto, não se pode desconsiderar sua pretensão regulatória, mesmo porque, conforme visto anteriormente, o direito somente consegue obter a estabilização de expectativas normativas por meio da regulação da generalização congruente das mesmas nas dimensões temporal, social e material de sentido. Mas o que Luhmann procura demonstrar é que a função do direito, entendida como estabilização de expectativas normativas, ultrapassa a simples regulação de conflitos (LUHMANN, [s.d], p. 103-104), mas pressupõe que o direito, de alguma forma, possa interferir, influenciar ou pelo menos perturbar de modo regulatório os demais subsistemas sociais. O próprio Luhmann admite que, embora não seja capaz de assegurar que todas as expectativas normativas por ele protegida sejam satisfeitas,

el derecho debe tener altas posibilidades de que se imponga, ya que de outro modo más bien uno se doblegaría ante los hechos. Las cosas no pueden suceder de tal manera que a la persona cuyas expectativas de derecho se frustraran, se le confortara con solo decirle: sin embargo usted se mantuvo en la expectativa correcta. Debe suceder algo a favor de una imposición real o compensatoria de su derecho. (LUHMANN, [s.d], p. 86-87)

Portanto, ainda que a função precípua do direito se centre na estabilização contrafática de expectativas, deve também regular os conflitos de expectativa, indicando

⁴³ “[...] la relevância social del derecho es inegable; su función integradora, sin embargo, puede ser puesta en duda”. (LUHMANN, [s.d], p. 93).

quais expectativas têm um respaldo social e quais não, senão, conforme ressalta o próprio Luhmann, “ao invés da generalização de normas, produzir-se-ia então uma generalização da frustração” (LUHMANN, 1983, v.2, p. 82; [s.d], p. 101). Não que para o autor sejam relevantes as motivações que levam ao cumprimento das normas. Na verdade apenas volta sua atenção para os mecanismos que permitem a generalização simbólica das expectativas nas três dimensões de sentido e que, em se tratando do direito positivo moderno, são, conforme visto anteriormente, a sanção (dimensão temporal), os procedimentos (dimensão social) e os programas condicionais de decisão (dimensão material).

Luhmann consegue então fugir da armadilha tanto do enfoque objetivador do direito, (para o qual a fundamentação do direito se constrói a partir do medo das consequências indesejáveis pelo descumprimento das normas), bem como do enfoque performativo (para o qual a norma se cumpre em decorrência de seu valor deontológico).

Feita essa breve reconstrução dos traços mais gerais do direito enquanto subsistema funcional da sociedade moderna, podemos introduzir agora a temática central do presente trabalho: as implicações da assunção do paradoxo da auto-referência no sistema jurídico.

4 AS IMPLICAÇÕES DO PARADOXO DA AUTORREFERÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO DA SOCIEDADE MODERNA

4.1. A colocação das questões

A construção epistemológica de Luhmann para descrever o direito como um sistema autopoietico se centra no momento histórico que se convencionou chamar de "Modernidade", conforme se ressaltou no capítulo precedente. Suas concepções a respeito do direito e da sociedade (funcionalmente fragmentada) que lhe é inerente se fundam na afirmação de que ambos (sociedade e direito) não admitem mais uma fundamentação baseada em recursos naturais ou metafísicos⁴⁴. Essas concepções de Luhmann podem muito bem ser associadas ao pensamento de Weber, para quem essa fase histórica é entendida⁴⁵ como o período em que ocorre o “processo de desencantamento que levou a que a desintegração das concepções religiosas do mundo gerasse na Europa uma cultura profana”, quando

as modernas ciências empíricas, a autonomização das artes e as teorias da moral e do direito fundadas a partir de princípios levaram à formação de esferas culturais de valores que possibilitaram processos de aprendizagem segundo as leis internas dos problemas teóricos, estéticos ou práticos-morais, respectivamente” (HABERMAS, 1990, p. 13).

⁴⁴ Em interessante texto que serve para ilustrar o processo de "desencantamento" semântico da sociedade moderna, iniciado nos séculos XVI e XVII, promovendo a ruptura entre os sistemas sociais e a moral, Jorge Malem Seña, pergunta "*Pueden las mala personas ser buenos jueces?*". A questão explica-se pelo fato de que "os juízes espanhóis eram proibidos de fundamentar suas sentenças até o advento do século XIX.[...] A razão central da proibição derivava de um problema de forte conotação político-ideológica: quem detinha o poder jurisdicional era o próprio soberano absoluto por força do direito divino e ele, por sua vez, adjudicava aos magistrados o poder de julgar, mas conservando a titularidade e o controle das decisões. Ora, uma decisão, cuja legitimidade em última instância repousava no próprio direito divino, e que, portanto, já se pressupunha justa, não podia ser questionada. Obviamente, a fundamentação abria as portas para tais questionamentos, o que não podia ser aceito: '*un ataque a las sentencias constituía, en este sentido, un ataque a la autoridad de los jueces y del monarca, en definitiva, un ataque a Dios*'[...] Por outro lado, os magistrados escolhidos pelo rei deviam possuir uma reputação moral inatacável, o que na época implicava ser católico praticante, observante de todos os ritos religiosos, e implicava levar um estilo de vida quase monástico. [...] Ou seja, o juiz deveria ser um homem honesto, de boa fama, desinteressado, de bom coração, afável, mas de caráter firme. Devia se vestir de maneira grave, com roupas escuras. O cargo era incompatível com qualquer forma de luxúria, impiedade, avareza, lisonja, inveja, soberba, etc. Ou seja, a legitimidade da decisão não repousava em seu conteúdo, mas antes de tudo na ética pessoal do magistrado que a proferia. Uma má pessoa não poderia ser um bom juiz. Certamente as coisas mudaram e a maneira como os juizes conduzem suas vidas privadas deixou de ser um ponto crucial para a legitimidade das sentenças. [...] Ou seja, uma 'má' pessoa pode ser, nos nossos dias, um bom juiz" (MALEM SEÑA, 1989, p.381, apud SANTOS NETO, 2010, p. 193).

⁴⁵ Nesse sentido ver WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Pioneira, 1999. Segundo o autor, as interpretações de mundo, bem como seus marcos de legitimação das sociedades pré-modernas (pré-capitalistas) são rompidos pelo modo capitalista de produção, que romperá com as cosmologias míticas, religiosas ou metafísicas.

A sociedade Moderna se caracterizaria, então, pela quebra na unificação geral das visões de mundo até então realizadas pela religião, como ocorria nas sociedades tradicionais⁴⁶ pré-modernas. A partir desse colapso, fronteiras foram se delineando no interior da sociedade, não no sentido de se criarem novos estratos sociais, mas uma diferenciação a partir de sistemas que operariam de acordo com suas recíprocas funções, sem padrões hierárquicos. Na sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, nenhum dos subsistemas pode reclamar uma posição central. A diferenciação funcional obrigou a uma autonomia crescente dos subsistemas sociais, que se especializam na busca do cumprimento de sua principal função, tendo que reduzir a complexidade a todo momento, operando a partir de códigos próprios capazes de selecionar as informações pertinentes que podem ser estruturadas pelo sistema⁴⁷.

Como já não é possível definir as expectativas recíprocas de comportamento a partir de normas fundadas em uma normatividade ética socialmente compartilhada, o direito não poderá recorrer a fundamentos dessa natureza. Como decorrência desse processo de racionalização, temos a separação das esferas culturais de valores, que passarão a se auto-regulamentar segundo suas leis internas.

Ou seja, as sociedades funcionalmente diferenciadas da modernidade, onde a moral encontra-se deslocada, foram produto de um processo iniciado nos séculos XVI e XVII, que irá provocar uma ruptura entre ela (moral) e os demais subsistemas sociais.

Como observam Mansilla e Nafarrate:

Por una parte la moral se entiende cada vez más como el resultado del uso de signos en la comunicación, de las apreñcias, sin los cuales no se podría vivir en sociedad. Y, por otra parte, se separan motivos y fines en torno lo que puede mostrarse en la comunicación, de las apreñcias, sin lo cuales no se podría vivir en sociedad. Una vez que esta distinción se há impuesto, se disuelve la unidad de lo social y lo moral y, en consecuencia, a partir de entonces el comportamiento humano se ve confrontado con exigencias morales que requieren ser fundamentadas (2008, p. 534).

A autorreferência própria dos diferentes subsistemas exige de cada um o uso de um código particular, cuja funcionalidade requer um grau de independência frente aos postulados morais. Na visão de Luhmann, o sistema social se autonomiza radicalmente

⁴⁶ Conforme tratou-se no capítulo precedente, a expressão "sociedade tradicional" refere-se à circunstância de que o marco institucional repousa sobre o fundamento legitimatório inquestionado contido nas interpretações míticas, religiosas ou metafísicas da realidade no seu conjunto. Nesse tipo de sociedade ainda é possível se pretender uma visão global do mundo que é perdida a partir dos processos de racionalização que levam ao desencantamento do mundo.

⁴⁷ Paradoxalmente, a cada redução de complexidade, cria-se uma nova forma de complexidade que leva a novas especializações, num processo contínuo, uma vez que a única constante na evolução social é o aumento de complexidade.

da moral e da ética, pois nenhum dos subsistemas pode ser submetido a uma norma moral superior (MANSILLA; TORRES NAFARRATE, 2008, p. 536).

Nas palavras do próprio Luhmann:

Los sistemas funcionales deben su autonomía a sus respectivas funciones, pero también a un específico código binario; por ejemplo: a distinción verdadero/falso, en el caso del sistema científico, o la distinción gobierno/oposición, en el de los sistemas políticos democráticos. En ninguno de ambos pueden ser ordenados los dos valores del código correspondiente en congruencia con los del código moral [...]. Los códigos funcionales tienen que estar instituidos en un nivel de más alta amoralidad ya que tienen que hacer accesibles sus dos valores para todas las operaciones del sistema (1998, p. 197).

A complexidade da sociedade moderna somente aumenta a contingência presente nas suas estruturas, pois o aumento constante de comunicações amplia as possibilidades que algo ocorra de um modo totalmente distinto do esperado, ou que existam sempre diversas possibilidades de que algo ocorra de um modo ou de outro. Um certo grau de relativismo⁴⁸ pode então ser encontrado a partir da ideia de contingência como negação de uma causalidade determinista, o que não pode, por outro lado conduzir a uma ideia de arbítrio.

A sociedade moderna será, portanto, caracterizada por visões pluralistas, fazendo com que o direito perca seus tradicionais marcos de legitimação⁴⁹, sem, contudo prescindir de pretensão de legitimidade.⁵⁰ Um direito excluído de fundamento material e social passaria a integrar o plano da razão instrumental, reduzindo-se ao cumprimento da norma em função de um cálculo estratégico acerca das consequências que podem advir do descumprimento da mesma. Esse seria um enfoque objetivador (HABERMAS,

⁴⁸ "El observador externo puede argumentar que hay estructuras latentes en el sistema observado, pero la latencia debe estar siempre referida al modo de observación que se realiza en el sistema mismo. Por lo tanto, el aspecto de un relativismo en el conocimiento de la estructura de un sistema no se puede eludir, pero este relativismo, como ya se ha mostrado en la lección acerca de la observación de segundo orden, no conduce a la afirmación de que 'todo sucede al garate' (anything goes); por el contrario: las observaciones conducen a un proceso de autoenlace, a la deflexibilización, a la construcción de las tradiciones. La observación de las observaciones produce sus valores propios, y si no puede encontrar ninguno, interrumpe la operación y deja que la descompongan las formaciones iniciadas en los sistemas. Esto significa que generan marcas (tokens) que fijan los puntos de partida para otra observación contigua, y que pueden ser utilizados desde perspectivas distintas. El lenguaje es, para ello, el ejemplo de más lustre" (LUHMANN, 2007, p. 342).

⁴⁹ Em sociedades tradicionais que eram tributárias de um direito natural ainda era possível identificar o lastro das representações teístas do mundo. O direito era visto como perene: fundado no passado e vigorando desde sempre. O direito natural revela uma falta de confiança na capacidade do sistema social para criar e dotar-se de direito, pois não realiza uma separação nítida entre as expectativas cognitivas e normativas.

⁵⁰ Segundo Marcelo Galuppo, "se era preciso fundamentar o direito, e se não era mais possível fazê-lo por intermédio do recurso a conceitos tais como Deus ou a natureza, tornou-se necessário encontrar princípios para a justificação do direito no interior da própria realidade jurídica." (GALUPPO, 2002, p. 15).

1997, p. 51), a partir do qual o direito se colocaria apenas em termos de limitação externa ao espaço de opção de agentes que agem e estrategicamente, o que o reduziria a uma mera facticidade, sobretudo num contexto em que, como decorrência de sua positivação, ele aparece como essencialmente mutável. (HABERMAS, 1997, p.51)⁵¹.

Luhmann também compreende que o direito não pode se sustentar apenas em imposições arbitrárias (1980, p. 29-30), no entanto, terá de encontrar seus marcos de legitimação em outras instâncias que não na moral, religião, metafísica, etc., já que, para Luhmann, a sociedade moderna se caracterizaria por um processo de diferenciação funcional que acarreta a institucionalização do caráter mutável do direito (positivo) que é posto e validado por decisões. Nesse contexto, o direito deve buscar a sua legitimação reflexivamente, não mais na correspondência com valores ou princípios.

Luhmann ressalta que:

il concetto comune di legittimità riprende della tradizione l'idea di valori o principi superiori del diritto e la transpone nell'empiria: la legittimità si fonda sulla credenza fattuale nei valori o nei principi sui quali si fonda il diritto. [...] Il ricorso ad un consenso che poggia sulla credenza inoltre, è discutibile quando si tratta di chiarire proprio un déficit della base fattuale del consenso (LUHMANN, 1990, p. 124).

Essa problemática de se saber como fundamentar um direito essencialmente mutável, está colocada para Luhmann que a soluciona exclusivamente a partir da perspectiva sistêmica. Vale lembrar que para a teoria sistêmica, o direito é um subsistema funcional que, ao lado de outros subsistemas funcionalmente diferenciados (que formam seu entorno intrassocial), é auto-referencial e autopoietico e está desvinculado dos seres humanos (síntese de sistema vivo e sistema psíquico), que passam a formar seu entorno extrassocial. Desta forma, pouco importa a motivação subjacente à aceitação nas normas, já que isso seria um assunto para ser discutido no entorno extrassocial do direito⁵². Assim, de antemão, fica excluída toda e qualquer

⁵¹ Conforme explicitado na introdução do presente trabalho, a problemática referente à fundamentação do direito moderno não é exclusiva da teoria dos sistemas de Luhmann. Assim como ele se ocupa de buscar respostas para esse questionamento, outros autores também o fazem, sendo um deles Habermas, interlocutor de Luhmann, para quem a problemática também se coloca. Portanto, as formulações desse autor, embora não sendo objeto central da tese, nem tampouco coincidentes com as soluções oferecidas por Luhmann, serão utilizadas para se evidenciar a dificuldade que a operação apresenta. Assim, o trabalho abstém-se de desenvolver completamente o pensamento de Habermas, reservando-o para momentos estratégicos.

⁵² Vale retomar explicação dada em capítulo precedente sobre a conceituação de Homem como síntese de sistema vivo e sistema psíquico, bem como para a separação entre Homem e sociedade, enquanto duas formas distintas de sistemas. Ambos são sistemas de sentido, mas operam a partir de elementos totalmente diferentes. Essa conceituação já estava presente nos trabalhos de Luhmann anteriores à "virada" autopoietica. O conceito de autopoiese apenas forneceu um aparato terminológico mais

solução faça com que se recorra a essas instâncias para se fundamentar o direito. A esse respeito, Luhmann explicitamente critica Habermas, pelo encaminhamento que este deu a essa temática. Segundo Luhmann,

[...] él sostiene que la validez del derecho está sustentada sobre una cualificación normativa - se podría quizás formular: sustentada sobre la legitimidad (Gültigkeit) de la validez, dado que sólo de esta manera tanto el sistema político como el derecho podrían quedar legitimados. A primera vista esto es evidente. Pero como se puede cumplir esta pretensión? Aquí, Habermas aplica una 'ética del discurso' elaborada detalladamente. La premisa fundamental se resume así: 'válidas son aquellas formas de acción en las que los posibles afectados, participando en un discurso racional, podrían dar su consentimiento.' Sin embargo un criterio así en vistas de poder diferenciar la validez de la no validez no puede ser comprobado en el fuero jurisdiccional: no es juzgable, no se puede practicar dentro del sistema jurídico mismo. [...] Lo de Habermas puede funcionar sólo como ficción legal. Se supone que el requerimiento de un consentimiento racional se cumple, si se observan las reglas habituales de procedimiento reguladas por el derecho estatal.[...] Un sistema de test universal consistente en la validez/no validez normativa, al parecer no se puede transformar en un programa practicable. La validez se fundamenta en una especie de idealización de lo ausente. (LUHMANN, 1993, p. 72)

Desta forma, a questão da legitimidade do direito terá, a partir das concepções de Luhmann, um desenho altamente problemático em função do caráter mutável do direito que encontrará dificuldade de generalização social de expectativas no contexto da sociedade moderna, caracterizada por sua diferenciação funcional. O enfoque sistêmico entende o direito como um sistema autorreferencial e autopoietico que não poderá fundar sua legitimação senão internamente. Na sociedade moderna, não há regra para se sistematizar o estabelecimento de ordens de prioridade entre preferências axiológicas ou de interesses e a legitimação de decisões jurídicas não pode mais lançar mão de valores supremos e inequívocos como o "bem comum", "justa medida", ou qualquer outro, o que instala uma verdadeira crise de legitimação no direito.

Assim, as principais questões a serem respondidas acerca dos fundamentos de validade que informam o direito (legitimidade) pela teoria de Luhmann são:

a) como é possível generalizar expectativas normativas, na dimensão social, mediante um direito essencialmente mutável, que é estabelecido e validado por decisões?

b) como encontrar um mecanismo que permita atribuir legitimidade às decisões que estabelecem e validam o direito positivo sem que isso implique em um confronto

apropriado. Nesse sentido ver: *Sociologia do Direito*, v. 1, 1983, p. 169 e *Legitimação pelo Procedimento*, 1980, p. 199-201.

com a autorreferencialidade inerente aos demais subsistemas, ao sistema social global e também aos sistemas psíquicos?

Se a autopoiese e a conseqüente autorreferencialidade dos sistemas que compõem a sociedade funcionalmente diferenciada tornam problemática a questão da legitimidade do direito positivo, por outro lado, tornam também problemática a questão de saber como o direito, assim concebido, é capaz de interagir de modo "regulatório" com os demais subsistemas também autopoéticos e autorreferenciais. Trata-se de uma outra face problemática para uma teoria que defende a autorreferencialidade do subsistemas sociais. Neste ponto, as questões que se colocam para Luhmann, podem assim ser formuladas:

a) como conciliar autorreferencialidade com toda e qualquer forma de relação que pretenda ter com o entorno?

b) como o direito poderá cumprir sua função sem se inter-relacionar com os demais subsistemas e com o sistema social da sociedade?

c) como harmonizar regulação externa com a clausura/circularidade/resistência, que caracterizam os sistemas autopoéticos?

4.2 A resposta de Luhmann acerca dos fundamentos de validade do sistema jurídico. A legitimidade vista como um problema de legitimação.

Conforme visto, a problemática da legitimação do direito não é exclusividade da teoria dos sistemas de Luhmann. No entanto, a discussão adquire uma dimensão muito maior no âmbito desta teoria em virtude de que o autor leva ao grau máximo de radicalização a concepção de uma modernidade acêntrica, em que, o direito aparece apenas como um subsistema autorreferencial e autopoético de uma sociedade marcada pela complexidade.

Muitos dos críticos colocam foco no conceito de autorreferencialidade sistêmica, a fim de realçar a problemática que o mesmo assume no que se refere á legitimidade do direito que, sendo autopoético, não poderá buscar seu fundamento de validade senão em si mesmo. Por exemplo, Habermas critica a perspectiva de Luhmann, para a qual, "o direito tem que deduzir sua validade de modo positivista, a partir do direito vigente; ele lança fora todas as pretensões de legitimidade que ultrapassam esse nível [...]" (HABERMAS, 1997, vol. 1, p. 76). Ocorre que Luhmann, não só admite a afirmação, como acusa Habermas e outros autores por não fazerem o mesmo. Referindo-se

especificamente a Habermas, sustenta que basear a legitimação do direito na ética do discurso é supor uma ficção legal, cuja comprovação na prática se revela questionável (LUHMANN, [s.d], p. 72). Ao se referir a uma tradição que perpetuaria de generalização e amplificação de diferença moral diretiva sob a forma de *topoi*, Luhmann ressalta que

A inovação mais importante parece estar [no fato de que] Habermas estabeleceu a busca pelos fundamentos "sólidos" ("*festen*") e "procedimentalizou" o problema. A carga de fundamentação (Begründungslast) é com isso, deslocada da regra do discurso para os argumentos. Por seu conteúdo, no entanto, esta inovação não vai muito longe; pois o que importa ainda parece ser chegar à generalização e, por isso, é a mesma impossibilidade, desconhecimento ou caricatura do paradoxo numa regra procedimental de autocorreção praticada. O paradoxo está no fato de que bons argumentos poderiam produzir maus resultados. Como não se pode existir, até onde se sabe, uma regra de procedimento que exclua [o paradoxo], esta inovação localiza-se abaixo do nível que nos interessa aqui (In: ARNAUD; LOPES JR, 2004, p. 84).⁵³

Essa saída seria uma forma de encobrir o paradoxo da autorreferência. Para Luhmann, propostas assim, ao tratar do assunto, embora admitam a autorreferencialidade da sociedade moderna, levam a que se "externalize" a fundamentação do direito para outras instâncias que não em si próprios (forma de encobrir o próprio paradoxo), ao invés de resolver efetivamente o problema do fechamento operacional do sistema, o que ele procura fazer em célebre artigo que reservou para tratar do assunto. Nele, o autor diz que:

Nowadays, people look for moral rules or values to found the legal system in nonlegal norms - the famous Jellinek-Weber-Habermas line of "legitimation", or the American discussion of moral aspiration versus

⁵³ Para proceder às suas análises sobre o direito nesse artigo, Luhmann se vale da seguinte história fictícia: “Um rico beduíno estabeleceu a sucessão por testamento a seus três filhos. A partilha foi estabelecida em torno de seus camelos. O filho mais velho, Achmed, deveria receber a metade. O segundo filho, Ali, ficaria com um quarto do previsto. O filho mais novo, Benjamin, teria apenas um sexto. [...]. Entretanto, e devido a imprevistos, o número [total] de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do pai. [Assim], quando ele morreu, restavam apenas onze camelos. Como deveriam dividir? [...]. O conflito foi levado ao juiz, o qual fez a seguinte oferta: eu ponho um camelo meu à vossa disposição, e vocês restituir-me-ão, se Alá quiser, o mais rápido possível. Com doze camelos a divisão ficou simples. Achmed recebeu a metade, quer dizer, seis. Ali recebeu seu quarto, ou seja três. Benjamin não foi prejudicado, recebendo seu sexto, ou seja, dois. Assim os onze camelos foram divididos e o décimo segundo pode ser devolvido”. (In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 33-34). Vê-se que o décimo segundo camelo “é apresentado por Luhmann como a expressão simbólica do fechamento operacional e da abertura cognitiva do sistema jurídico, representando a unidade dos diversos mecanismos de desenvolvimento dos paradoxos e da desaparadoxização do direito; [...] a questão da decidibilidade expressa simbolicamente no décimo segundo camelo refere-se à existência de um direito funcionalmente diferenciado, no qual estão presentes formas específicas de paradoxos e desaparadoxização mediante distinções e assimetrias internas ao sistema [...]” (NEVES, In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 145).

original intent as a guideline for an interpretation of the constitution. My advice would be to unmask such questions - or to "deconstruct" them - and to replace them with the question of how the system organizes its own closure, its own social autonomy, and its own immunity in fulfilling its function. (LUHMANN, 1992, p. 1426).

Assim a proposta de Luhmann faz mais desafiadora a questão da legitimidade, pois transporta a questão da validação das normas para o interior do circuito autopoiético do sistema jurídico, caracterizado por um fechamento operacional, que se dá justamente com a finalidade de que esse possa, através dos códigos binários e dos programas decisórios condicionais, exercer proficuamente a função de estabilização de expectativas normativas de modo contrafático.

Respondendo às questões acima formuladas, pode-se dizer, num primeiro momento que, Luhmann busca conciliar a autorreferencialidade sistêmica e legitimidade a partir da proposta de legitimação pelo procedimento, que contempla uma série de conceitos e definições que precisam ser desenvolvidos para sua correta compreensão.

Primeiramente, é preciso esclarecer que Luhmann não entende o procedimento, de acordo com as "teorias clássicas sobre o procedimento". Para estas, os procedimentos são entendidos como portadores da "idéia duma verdade e duma justiça independentes dos detentores do poder e lhes opõem" (LUHMANN, 1980, p. 23). Luhmann concebe o procedimento como um fenômeno em cujo centro se situa o problema da legitimidade da decisão e não da sua verdade ou correção material (LUHMANN, 1980, p. 21).

Conforme se disse anteriormente, devido à separação entre sistemas sociais/sistemas vivos/sistemas psíquicos, a discussão acerca da legitimidade do direito, que é um subsistema do sistema social, coloca-se neste âmbito, no âmbito do social. Isso acarreta uma consequência importante, que, por não poder ser desconsiderada, já foi mencionada várias vezes ao longo deste trabalho, qual seja: para Luhmann, pouco importa a motivação subjacente à aceitação das normas. Este é um assunto que está posto naquilo que se poderia chamar de entorno extrassocial do direito. Com tal concepção, Luhmann não intenta excluir o homem do universo do direito, mas apenas defende a ideia de que este deva ser capaz de se legitimar não com base nas motivações, valores ou no consenso dos homens. Já se mencionou em outras oportunidades que para a atribuição da legitimidade, a validade deontológica é indiferente. Luhmann não admite a fundamentação da legitimação do direito que esteja baseada na força normativa de demandas obtidas pelo entendimento comunicativo de agentes que interagem num

“mundo da vida” racionalizado no qual se formam esferas públicas não contaminadas pelos imperativos sistêmicos do poder político e da economia⁵⁴.

Para Luhmann "a legitimidade do direito não pode ser dependente de que entrem em função determinadas estruturas motivacionais psíquicas" (LUHMANN, 1985, v. 2, p. 68; 1993, p. 99). Para ele, o conceito está despido de qualquer carga normativa. Legitimidade, então, consistiria numa “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância” (LUHMANN, 1980, p. 30). Legitimidade assim definida é compatível com a função do direito da sociedade. Verifica-se, portanto que a resposta é dada em termos funcionais: disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo mutável e contingente, para isso se valendo de procedimentos⁵⁵. Os procedimentos seriam mecanismos aptos a fazer a generalização do direito na dimensão social de sentido. Mediante a utilização dos procedimentos, é possível que se fundamente a legitimação do direito a partir do enfoque sistêmico, sem que se torne necessário buscar sua fundamentação em outras instâncias e sem se entrar em contradição com a autorreferencialidade do sistema.

Os procedimentos seriam, portanto, uma espécie de sistema, constituídos de forma provisória, cuja função específica é a de fornecer decisões vinculantes (LUHMANN, 1985, v. 2, p. 65; 1980, p. 39). Esse mecanismo está em total consonância com os conceitos de autopoiese e autorreferencialidade que caracterizam o sistema jurídico, permitindo a generalização de decisões. O procedimento é o mecanismo encontrado por Luhmann para justificar a legitimidade do direito, sem a necessidade de se recorrer a fundamentos normativos advindos, por exemplo, de construções como as de Habermas, para quem a legitimidade está fundada em entendimento comunicativo que, em última instância, acaba por não conseguir sustentar a autorreferencialidade, pois necessita relacionar o sistema com o "mundo da vida".

Ainda no sentido de responder às questões acima, afirma-se que no contexto das formulações de Luhmann, a função do direito, bem como seu fundamento de validade não ficam comprometidos pela ausência de *inputs* legitimadores. Ao contrário, a consistência dessas formulações dá-se pelo fato de que o autor consegue levar a cabo a

⁵⁴ A partir do enfoque sistêmico, trata-se de encontrar formas de generalização social de expectativas numa situação em que há déficits de aceitação ou reconhecimento, problema que, aliás, atinge proporções nunca antes vistas no contexto moderno de diferenciação funcional da sociedade.

⁵⁵ Conforme ressalta Pilar Giménez Alcover, a importância dos procedimentos está no fato de que eles não fixam apenas as premissas da decisão, mas também as premissas de comportamento posterior dos afetados. (GIMÉNEZ ALCOVER, 1993, p. 259).

intenção de conciliar legitimidade e autorreferencialidade do sistema, demonstrando que a recursividade operativa toma o lugar da legitimidade. Para o autor, a concepção

do sistema jurídico como um sistema funcional próprio e autorreferencial da sociedade tem por consequência a impossibilidade para o sistema de alojar normas que lhe são indisponíveis. As premissas que remanescem inacessíveis às operações do sistema não servem para a justificação das decisões (LUHMANN; In: ARNAUD, LOPES JR., 2004, p. 51).

O recurso aos procedimentos como mecanismos que permitem obter uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido exclui do direito a função de integração social, já que o que está posto em questão é a consecução da função do direito pela estabilização contrafática de expectativas normativas, mediante um sistema operacionalmente fechado que funciona pela autoreprodução comunicativa, através de um código binário e de programas condicionais que adjudicam os valores do código⁵⁶.

Portanto, conclui-se que, na perspectiva de Luhmann, a legitimidade surge não em virtude de sua capacidade efetiva ou potencial de proteger valores fundados no ordenamento, tais como "verdade" ou "justiça", mas principalmente em virtude de mecanismos de assunção de papéis que vinculam aqueles que participam do sistema social a aceitarem decisões que ainda não ocorreram e cujo conteúdo se encontra indeterminado, uma vez que o que o sistema realmente garante são as regras do jogo⁵⁷.

Esta concepción de la verdad o la justicia como metas o fines del procedimiento es para Luhmann un "a priori" o un "prejuicio" inaceptable. Un sistema político no podría estabilizarse estableciendo unas metas tan altas o inalcanzables y si ello fuera posible no se plantearía el problema de su legitimidad o de su reconocimiento. Si una decisión es justa no hay que legitimarse ulteriormente y si es verdadera no há de reconocerse porque la verdad es autoevidente, es la transmisión de representaciones gracias a su certeza intersubjetiva. (GIMÉNEZ ALCÓVER, 1993, p. 264)

⁵⁶ Ao descrever o direito moderno como subsistema que se constitui a partir de sua rede recursiva de operações, Luhmann aproxima suas concepções das elaboradas por Kelsen, para quem também o direito regula a sua própria criação. As análises a respeito das aproximações e diferenciações de tais propostas serão feita no capítulo seguinte.

⁵⁷ Conforme Adeodato, "no caso, o sistema jurídico garante à parte desiludida a possibilidade de manter-se em protesto com o apoio de todo sistema, mesmo que não seja possível cumprir o estipulado. O problema com essa normatização contrafática das expectativas a respeito de acontecimentos futuros, no exemplo do sistema jurídico, no sistema político e em outros subsistemas, está em como obter dos destinatários das normas uma aceitação tácita de decisões que ainda não ocorreram e cujo conteúdo específico é - por conseguinte - indeterminado. Quando duas partes entram em litígio processual, nenhuma delas tem qualquer certeza a respeito do que será efetivamente decidido, o que depende de um sem-número de fatores externos ao próprio sistema, como a habilidade dos advogados ou mesmo os preconceitos pessoais do juiz: o que garante, de fato, são apenas as regras do jogo. Essa predisposição à aceitação de decisões ainda indeterminadas é o que se denomina, modernamente, 'legitimidade'". (2002, p. 63)

Nas sociedades complexas, a legitimidade não pode ser entendida como consenso fático e consciente sobre os princípios e conteúdos das decisões. Não se trata do convencimento acerca da justeza das decisões tomadas, mas sim de seu reconhecimento ou aceitação. Conforme argumenta Luhmann, somente quando se renuncia a

vincular o conceito de legitimidade à autenticidade das decisões, na qual se acredita pessoalmente, se podem investigar convenientemente as condições sociais da institucionalização da legitimidade e a capacidade de aprendizado nos sistemas sociais (LUHMANN, 1980, p. 34).

A legitimidade do direito terá de ser produto do próprio sistema e não ser dada a partir de fora (nem tampouco *a priori*), nem a partir de um consenso ou em conformidade com valores morais, mas sim, a partir do funcionamento normal dos mecanismos internos do sistema o que acarretará para suas atuações um reconhecimento social necessário. Decisão legítima será aquela que goza de um consenso inferido do funcionamento institucional através do procedimento. Assim, Luhmann não trata do assunto em termos de "legitimidade", mas de legitimação.

4.3 A resposta de Luhmann acerca do problema de regulação jurídica de subsistemas autorreferenciais e autopoieticos.

Se no que se referia aos aspectos da problemática da legitimidade, a questão se colocava no plano da ausência de *input* de onde se pudesse extraí-la, a análise relativa à intervenção em seu entorno relaciona-se com a ausência de um *output* que o permita interagir diretamente⁵⁸. Para Luhmann, "*there is accordingly no input and no output of structures or operations of the system, and at this level, there are no exchange relationships with the environment*" (LUHMANN, 1987, p. 4). Em outra passagem, ressalta que "*whatever happens in this environment does not automatically happens in the system as well*" (LUHMANN, 1982, p. 139).

Assim, é numa sociedade acêntrica e caracterizada pela sua diferenciação funcional, que o direito deve desenvolver sua função de estabilização contrafática de expectativas normativas, mediante a generalização congruente de tais expectativas nas dimensões temporal, social e objetiva. Para desenvolver tal função, o sistema jurídico que tem a comunicação por elemento constitutivo vale-se de um tipo especial de

⁵⁸ Luhmann fará uma profunda análise da relação *input/output* em *Sistemas Sociais*, 1995.

comunicação que se caracteriza por um código binário (direito/não direito) e vale-se também de programas condicionais que permitem adjudicar concretamente os dois valores do código. Para desenvolver sua função específica, o direito necessita interagir com seu entorno, mas de forma a conciliar autorreferência e heterorreferência, pois, do contrário, os pressupostos da teoria da autopoiese não podem ser sustentados.

A caracterização da sociedade como sendo diferenciada funcionalmente e, portanto, acêntrica, acarreta problemas para o direito. Sua posição periférica descaracteriza primeiramente todo e qualquer caráter integrador do direito (conforme se tratou no item anterior), implicando, outrossim, problemas no que tange à sua capacidade regulatória, já que a autopoiese sistêmica é incompatível com a sobreposição do código de um determinado sistema sobre outro. Admitir tal operação implicaria impedir que o sistema efetive seu fechamento operacional e, conseqüentemente, seja capaz de construir sua identidade.

Luhmann deverá apresentar uma solução para essa problemática sem comprometer os pressupostos teóricos fundamentais de sua teoria. Para tanto, vale-se da concepção de que o sistema jurídico, embora seja operacionalmente fechado, é dotado de abertura cognitiva. O fechamento operacional é obtido pela codificação binária (direito/não-direito) e a abertura cognitiva é obtida por intermédio dos programas condicionais (leis, regulamentos, contratos, etc.). O sistema é em si mesmo uma forma paradoxal composta por dois lados: o de dentro e o de fora (o sistema e o entorno). Um é pressuposto do outro, inclusive, o sistema só se identifica como tal, por se diferenciar do entorno, que, dependendo da visão do observador se constitui como sistema. Portanto, a problemática da regulação jurídica se constitui na indagação de como se dá essa relação entre sistemas, já que eles formam entorno uns para os outros.

Para analisar essas relações Luhmann recorre ao conceito de acoplamento estrutural⁵⁹, mediante o qual será possível verificar como o direito, entendido como subsistema autopoietico e autorreferencial, é capaz de intervir noutros subsistemas funcionais. Trata-se de uma solução que mantém coerência com o enfoque sistêmico.

No capítulo precedente expôs-se que o sistema jurídico é determinado por estruturas de expectativas, através das quais o sistema reduz a complexidade que é

⁵⁹ Conceito, conforme mencionado nos capítulos precedentes, originalmente formulado por Humberto Maturana e Francisco Varela para explicar a relação entre sistemas autopoieticos. Esse conceito se faz fundamental ao permitir que Luhmann torne factível a inter-relação entre sistemas auto-referenciais sem que seja forçado a recorrer a mecanismos que se chocam com os pressupostos da teoria da autopoiese (LUHMANN, 1996, p. 97-101; LUHMANN; DE GIORGI, 1993, p. 51-52).

provocada pelo entorno. Assim, as estruturas tem a finalidade de impedir que os eventos externos do sistema sejam *diretamente* determinantes das operações internas do sistema, que se caracteriza, portanto pela autorreferencialidade. Isso não implica num isolamento solipsista⁶⁰, já que o entorno é fundamental para a construção da identidade do sistema. O sistema só existe por se diferenciar do entorno, portanto, este é pressuposto para que aquele se constitua com identidade própria. Luhmann, logo cedo, desvencilha-se da linha sistêmica que considerava os sistemas abertos, admitia uma relação de causa e efeito entre sistema e entorno. Rompendo com esta linha de raciocínio, não admitindo a relação a partir de *input/output*, recusa qualquer enfoque que conceba uma interferência direta do entorno dentro do sistema, pois ele é essencialmente auto-referencial.

Por isso o recurso ao conceito de acoplamento estrutural, pelo qual não ocorre a determinação do sistema pelo entorno, mas simples irritação ou perturbação de um pelo outro. Nas suas palavras:

the structural coupling of system and environment does not contribute operations (or any other components) for the reproduction of the system. It is simply the specific form in which the system presupposes specific states or changes in tis environment and relies on them. (LUHMANN, 1992, p. 1432)

Em outro texto completa dizendo:

los acoplamientos estructurales no determinan los estados del sistema, sino que su función consiste en abastecer de una permanente irritación (perturbación: Maturana) al sistema; visto desde el sistema, se trata de la permanente capacidad de resonancia: la resonancia del sistema se activa constantemente mediante los acoplamientos estructurales. (LUHMANN, 1996, p. 103).

Vê-se que o acoplamento estrutural vai produzindo irritações vindas internamente do sistema, a partir das quais os sistemas são capazes de se abrir cognitivamente o seu entorno, sem afetar clausura operacional⁶¹, conciliando autorreferência e heterorreferência entre sistemas autopoieticos, sem o que essa interrelação não ocorreria ou ocorreria de forma corrompida. (LUHMANN, 1993, p. 356-357).

Vale ressaltar que este mecanismo não só permite a relação entre sistemas sociais, mas também entre estes e seu entorno. Assim, permite a relação entre o direito

⁶⁰ Luhmann procura evitar a qualquer referência a um solipsismo sistêmico. Segundo ele, "*clousure does not mean empirical isolation. Clousure is a highly selective, improbable, artificial achievement, not in the sense of intentional design, but as an outcome of evolution*" (LUHMANN, 1992, p. 1431).

⁶¹ O conceito de acoplamento estrutural e seus desdobramentos são desenvolvidos com propriedade nas seguintes obras de Luhmann: *Introducción a la teoría de sistemas*, p. 97-113, 196-199, 202-203; *Operational clousure an structural coupling: the differentiation of the legal system*, p. 1419-1441.

(subsistema social) e os sistemas psíquicos⁶². Isso quer dizer que, no que tange à análise do direito, o mecanismo do acoplamento estrutural atuará tanto em seu entorno intrassocial quanto em seu entorno extrassocial. Assim, o direito não terá apenas que lidar com as irritações vindas dos outros subsistemas sociais, senão também com a complexidade dos subsistemas extrassociais (LUHMANN, 1993, p. 355), sem que para tanto seja necessário o concurso, ainda que indireto, de qualquer outra instância social (LUHMANN, 1993, p. 394).

Conforme visto anteriormente o acoplamento estrutural entre sistemas sociais e sistema psíquico é dado a partir da linguagem, vista como meio de irritação recíproca desses sistemas, e não como instrumento de integração entre indivíduos⁶³.

Luhmann faz uma análise do acoplamento estrutural do direito em relação aos demais subsistemas da sociedade a partir da perspectiva da teoria da evolução, analisando o funcionamento desse mecanismo tanto em sociedades funcionalmente diferenciadas como também em sociedades diferenciadas de forma segmentária e estratificada (LUHMANN, 1993, p. 357-407). O presente trabalho se abstém de trazer toda essa construção reservando-se apenas a tratar da sociedade funcionalmente diferenciada. Para Luhmann a autonomia funcional dos diversos subsistemas e a impossibilidade de articulá-lo a partir de uma totalidade acarretam a necessidade de formas de acoplamento estrutural para garantir a interrelação entre os subsistemas (LUHMANN, 1992, p. 1434). Luhmann procura dar ênfase na análise entre os sistemas jurídico/econômico e os sistemas jurídico/político.

No que se refere ao sistema econômico e suas relações com o direito, Luhmann vai considerar que uma negociação qualquer trará consequências para os dois subsistemas. Entretanto, as consequências jurídicas serão distintas das consequências econômicas. Isto ocorre porque o subsistema jurídico se vale de código direito/não direito. Já o subsistema da economia se vale do código ter/não ter. Assim, por ser a rede operacional recursiva própria de cada sistema, as consequências serão diferentes para cada um deles. Como se trata de sistemas autopoieticos, a relação entre eles deve ser dar através do acoplamento estrutural. Segundo Luhmann, o acoplamento estrutural entre

⁶² Ocorre acoplamento estrutural entre a sociedade (e seus subsistemas) e os sistemas psíquicos, bem como entre estes e os sistemas orgânicos dos homens que se reproduzem a partir processos neurofisiológicos.

⁶³ Ao responder às críticas de Habermas que o acusa de fazer com que a linguagem perca sua capacidade de entrosar intersubjetivamente os indivíduos (HABERMAS, 1990, p. 343), Luhmann rebate dizendo que aquela concepção seria característica das sociedades diferenciadas de modo segmentário, uma vez que entende a linguagem como meio capaz de por si só prescrever uma simetria de relações de reconhecimento para uma utilização adequada (LUHMANN, 1993, p. 396-397).

esses dois subsistemas é obtido por meio da propriedade e do contrato (LUHMANN, 1992, p. 1435). Ambos vão criando irritações recíprocas que permitirão uma "regulação", ainda que indireta, entre ambos. Nas palavras do autor:

moderns concepts of property and contract do not integrate or even de-differentiate the legal and economic systems. As mechanisms of structural coupling, they organize the reciprocal irritation of these systems and influence, in the long run, the natural drift of structural developments in both systems (LUHMANN, 1992, p. 1436).

O recurso ao acoplamento estrutural permite que direito e economia se irrite reciprocamente e não fiquem encapsulados sem poder influenciar o entorno, evitando o monadismo. Vale lembrar sempre de que as irritações em si mesmas são produtos do próprio sistema, de modo que não se garante uma coordenação invariável entre os subsistemas, mas somente “*garantia de una suficiente especificidad para el reconocimiento de sorpresas multifacéticas*” (LUHMANN, 1993, p. 355).

Já no que se refere à relação entre subsistema jurídico e político, ocorrerá algo semelhante. Ambos vão se relacionar mediante acoplamento estrutural que, na sociedade funcionalmente diferenciada, configura-se na forma das modernas constituições⁶⁴. Na Modernidade, direito e política passaram a desenvolver funções distintas, de forma operacionalmente fechada. A constituição será o artifício mediante o qual esse dois subsistemas se acoplam estruturalmente, permanecendo recursivamente fechados. Nas palavras de Luhmann:

the constitution serves the dual function of including and excluding reciprocal perturbations of political and legal operations. Its two sided form of including and excluding influence maintains the separation of the systems and allows for separate autopoietic reproduction without any confusing overlap. It also characterizes the ways in which the legal system (and on the other side, the political system) avoids isolation (which means entropy) and constructs on its internal screen what can serve within the system as information (1992, p. 1437).

Portanto, é através do conceito de acoplamento estrutural que Luhmann resolve o problema da descrição dos sistemas como operacionalmente fechados e

⁶⁴ Em interessante trabalho acerca do “Paradoxo dos Direitos Humanos” Juliana Neuenschwander Magalhães ensina que as “modernas Constituições, assim como as declarações de direitos, parecem ter cumprido o importante papel de oferecer uma nova fundação, para além da noção de contrato, para o direito e para a política. Nas Constituições, a soberania, na forma da “soberania popular”, é domesticada; ao passo que os direitos, nas declarações, libertam-se de seus condicionamentos naturais, indo ao encontro da contingência. A soberania popular foi, nas Constituições, domesticada mediante a positivação dos direitos.”(NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2011, p. 37).

cognitivamente abertos, garantindo a possibilidade de heterorreferência entre os diversos subsistemas sociais diferenciados da sociedade moderna. É através do conceito de acoplamento que Luhmann, afinal, resolve o problema da autorreferência, de modo produtivo, dando solução para sua posição paradoxal. Ainda que seja uma solução que esvazia o sistema jurídico que qualquer concepção regulatória, dá conta de explicar a relação autorreferencial dos sistemas sociais.

5 O PROBLEMA DA JUSTIÇA EM LUHMANN

Conforme se viu no capítulo precedente, a legitimidade do direito na perspectiva da teoria de Luhmann deve ser entendida em moldes procedimentais, afastando toda e qualquer abordagem substancialista, colocando-a em termos de "disposição generalizada para aceitar decisões ainda não definidas" (aceitação das regras do jogo). Portanto, na perspectiva luhmanniana, o assunto é tratado em termos de "legitimação" e não de "legitimidade", já que este último conceito liga-se às concepções tradicionalistas de se buscar os fundamentos do direito em elementos que se dão externamente a ele.

Como não poderia ser diferente, a questão da justiça, para Luhmann, deve ser também entendida nesses termos, distanciando-se de qualquer tendência que a busque fundamentar em valores éticos ou políticos⁶⁵, inserindo-a universo sistêmico próprio da sociedade complexa. Isso se deve ao fato de que as concepções semânticas pré-modernas da sociedade, tornam-se inadequadas para descrever o direito por serem, segundo Luhmann (2004, p. 67), forjadas a partir de uma visão estática e hierárquica de mundo.

Segundo Niklas Luhmann, a justiça, no contexto da sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, serviria de fórmula de contingência do subsistema jurídico, cuja finalidade seria justamente fornecer um controle de consistência às decisões jurídicas. Essa afirmação permite-lhe superar tanto as propostas jusnaturalistas, quanto as teorias positivistas, mediante a indicação de uma unidade do subsistema jurídico que, por um lado, não seria identificável com a natureza, ou qualquer outra fundamentação metafísica, mas que, por outro, não se reduziria a simples decisão. Essa forma de autocontrole seria proporcionada justamente pelo conceito de justiça que, para cumprir essa função, deve ser reelaborado (LUHMANN, 2004, p. 214-215).

Para explicar a proposta de Luhmann para o problema da justiça, o presente capítulo se estrutura da seguinte forma. Primeiramente, busca-se apontar, em linhas gerais, os pressupostos dos jusnaturalismo e do juspositivismo para explicar os fundamentos de validade do direito, ou seja, a sua relação com o conceito de "justiça".

⁶⁵ A posição de Luhmann sobre a justiça é comparada com a de Kelsen, com quem o sociólogo alemão compartilha uma atitude crítica com relação aos valores. Contudo, apesar das afinidades entre ambos, deve-se tomar cuidado diante da tentação de identificar ou aproximar demasiadamente tais propostas. Para uma análise em que Luhmann diferencia sua teoria das teorias de Kelsen e Hart, ver, por exemplo, suas seguintes obras: *Sociologia do direito*, v. 2. p. 192-199; *El derecho de la sociedad*. p. 19; 26; 49; 51-52; 72-81. As aproximações e distanciamentos entre ambos os pensadores serão abordadas pontualmente, conforme se façam necessários ao encaminhamento dos temas.

Para não fugir ao propósito central do trabalho, essa reconstrução será necessária apenas para evidenciar que a concepção de Luhmann sobre a justiça não pode ser adjudicada a nenhuma das duas propostas teóricas. Feitos os apontamentos, abre-se terreno para expor o pensamento de Luhmann sobre o assunto, ressaltando a congruência de suas abordagens com as premissas de sua teoria, notadamente com o conceito de autorreferência sistêmica.

5.1 As semânticas da justiça

O jusnaturalismo⁶⁶, em todas as suas variantes, tem como base a distinção hierárquica entre direito natural e direito positivo, remetendo o fundamento de validade deste àquele. Na visão moderna, o jusnaturalismo elege a razão como fundamento do direito natural. Nessa perspectiva dualista entre direito posto pela sociedade (direito positivo) e direito natural (expressão da racionalidade humana), o segundo seria superior ao primeiro. Nessa estrutura dicotômica, o direito positivo seria posto pelo homem, ordenado pelo direito natural que, por sua vez, é caracterizado por ser imutável, universal e acessível ao homem pela razão, pela intuição ou pela revelação.

Não se entende como proposta deste trabalho analisar o jusnaturalismo e sua longa construção. Entretanto, como já se mencionou, a despeito de todas as diferenças conceituais que ao modelo são atribuídas pelos diversos autores que se ocuparam de contribuir para ele, nota-se que partem da premissa de que o direito natural é precedente e contribui para o fundamento de validade do direito positivo. Nisto estaria assentada a ideia de justiça.

Com o advento da sociedade moderna, seu rompimento com a visão cosmológica de mundo e de ordenação hierárquica da sociedade, vislumbra-se a ascensão de perspectivas que caracterizam o direito em função da sua positividade.

Segundo Luhmann,

podemos reduzir o conceito de positividade à formulação de que o direito não só é estatuído (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também vige por força de decisões (sendo então contingente e modificável). A partir da reestruturação do direito no sentido da positividade, sua contingência e sua complexidade são imensamente aumentadas e, com isso, equiparadas às necessidades de uma sociedade funcionalmente diferenciada (LUHMANN, 1983. v. 2, p. 10)⁶⁷.

⁶⁶ Segundo Bobbio, embora o termo seja demasiadamente vago e abrangente para descrever teorias distintas, podem ser apontados alguns aspectos básicos em torno delas (BOBBIO, 1995, p. 11).

⁶⁷ Nesse sentido, ver também: LUHMANN, 2004, p. 76 ss.

Portanto, com a impossibilidade de se fundar a sociedade em uma ética socialmente compartilhada, não seria também possível buscar satisfatoriamente os fundamentos do direito natural. O jusnaturalismo não seria mais adequado para descrever a estrutura social moderna.

Segundo Luhmann,

quite apart from the obsolescence of the semantics, the social-structural foundations, which once made the coupling of natural law, common good, and justice plausible, are also gone. In the old World of aristocratic societies, the foundations of legal order could be found in justice. [...]. Thus justice was the rational perfection of the (urban, political, civil) social nature of humans and, as such, the object of a knowledge based in which one could be wrong but could not express value in any other way. (LUHMANN, 2004, p. 438-439).

A principal diferença na área da teoria do direito se refere à modificação da ordem das fontes, sendo que o direito positivo passa a ter como fonte principal a lei e, por ser estatuído e validado por uma decisão. Passa a ser considerado mutável e contingente (LUHMANN, 2004, p. 77).⁶⁸

A positividade do direito, portanto refere-se ao seu caráter estatuído. Trata-se de uma mudança estrutural, cuja relevância “reside em que a vigência do direito, por rigorosa que seja a cadeia causal, está referida a um fator variável: uma decisão” (LUHMANN, 1983. v. 2, p. 8), não mais se remetendo a pressupostos morais ou pretensamente naturais. Já o positivismo refere-se à semântica pela qual passar-se-á a descrever esse direito mutável e contingente. Assim, o positivismo jurídico ganha força e passa a ser prevalente na descrição do sistema jurídico (LUHMANN, 2004, p. 441).

O positivismo jurídico pode ser considerado uma forma de dar roupagem científica ao estudo do direito, o que implica o abandono de sua abordagem valorativa, através da separação entre juízos de fato e juízos de valor e na exclusão desses últimos do campo científico (BOBBIO, p. 135).

Da mesma forma como se ressalvou antes, com relação ao jusnaturalismo, pode-se dizer que, malgrado as diferenças de propostas juspositivistas, seria possível afirmar uma tendência comum aos diversos autores da área: possibilidade de se obter um saber

⁶⁸ Vale mencionar que Kelsen também destaca a capacidade de o direito regular sua própria criação e mudança (KELSEN, 1984. p. 110). Entretanto, ao se comparar Kelsen e Luhmann, é preciso notar que, em Kelsen, a autoprodução do direito permanece no nível estrutural-hierárquico do ordenamento jurídico, enquanto que na de Luhmann refere-se ao nível operacional e à circularidade da reprodução do direito.

jurídico pautado pela certeza e a rejeição da pressuposição de um direito natural, inferido a partir da “razão natural”, comum a todos os homens, a ser tomado como fundamento de validade do direito positivo.

Pode-se dizer, portanto, que há a refutação da ideia de possibilidade de se "avaliar" ou de se "justificar racionalmente" o direito positivo, que passa a ser focado a partir de sua ótica descritiva.

O positivismo jurídico se caracteriza, portanto, pelo monismo, já que só é considerado direito o direito posto, entendendo ser inaceitável que se atribua sua validade à sua eventual correspondência com conceito de justiça, que é tradicionalmente associado ao plano normativo do direito natural.

Kelsen, considerado um dos principais expositores do positivismo e aqui destacado em função das associações que normalmente lhe fazem em relação a Luhmann, ao criticar a associação do conceito de justiça com o direito natural diz que

a chamada doutrina do direito natural é uma doutrina idealista-dualista do direito. Ela distingue, ao lado do direito real, isto é, do direito positivo, posto pelos homens e, portanto, mutável, um direito ideal, natural e imutável, que identifica com a justiça (KELSEN, 1979, p. 94).⁶⁹

Em outra passagem, nesta sobre a relação entre validade e justiça, aduz que

um direito positivo não vale pelo fato de ser justo, isto é, pelo fato de sua prescrição corresponder a uma regra de justiça – e vale mesmo que seja injusto. A sua validade é independente da validade de uma norma de justiça (KELSEN, 1979, p. 90).

Kelsen procura, então, desvincular totalmente o conceito de direito do de justiça, que comprometeria o caráter de objetividade almejado por uma teoria pura, cuja função é eminentemente descritiva. Para ele,

a necessidade de justificação racional de nossos atos emocionais é tão grande que buscamos satisfazê-la mesmo correndo o risco de uma auto-ilusão. E a justificação racional de um postulado baseado num julgamento subjetivo de valor, ou seja, num desejo [...] é uma auto-ilusão ou – o que equivale a dizer a mesma coisa – uma ideologia. Ideologias típicas dessa espécie são as asserções de que algum tipo de fim último e, portanto, de algum tipo de ordenamento definitivo da conduta humana, provém da ‘natureza’, ou seja, da natureza das coisas ou da natureza do homem, da razão humana ou da vontade de Deus. Em tal pressuposição reside a essência da doutrina do chamado direito natural. Essa doutrina sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus (KELSEN, 2000, p. 12).

⁶⁹ No mesmo sentido, KELSEN, 2001, p. 292/294.

Como já se expôs no capítulo precedente e como enfatiza Kelsen,

como a humanidade está dividida em várias nações, classes, religiões, profissões, etc., muitas vezes divergentes entre si, existe um grande número de conceitos diferentes de justiça – aliás, um número grande demais para que se possa falar simplesmente de ‘justiça’ (KELSEN, 2000, p. 12).⁷⁰

Assim, não se pode mais buscar os pressupostos de validade do direito em ordens absolutas, fundadas em concepções morais ou religiosas. A partir da modernidade, isso acarretaria a impossibilidade de fundamentar o direito na "justiça".

Assim é porque Kelsen entende a questão da justiça como algo secundário, pois a qualificação de uma determinada ordem jurídica em justa ou injusta não pode ser uma questão respondida em termos objetivos, mas decorre de avaliações subjetivas (KELSEN, 2000, p. 558). O caráter jurídico de uma determinada ordem normativa não evidencia sua adequação em termos de "justiça", pois, por esse critério ser subjetivo, pode qualificar esse ordenamento como justo ou injusto (KELSEN, 1984, p. 81; 2000, p. 8).

Preocupado com a pureza metodológica do direito e seu caráter científico, Kelsen ressalta que “a tarefa do conhecimento científico não consiste apenas em responder às perguntas que lhe dirigimos mas também em ensinar-nos quais as perguntas que lhe podemos dirigir com sentido”. (KELSEN, 1979, p. 167).

Conclui-se, portanto, que a única justiça passível de ser aferida pela ciência do direito é a que se expressa em termos de legalidade, onde o justo se identifica com o legal. Os critérios de diferenciação entre o justo e o injusto consistem no fato de que “uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada” (KELSEN, 2000, p. 20-21).

Vistas, em linhas gerais, as concepções jusnaturalistas e juspositivistas relativas aos pressupostos teóricos que informam seus conceitos de justiça, abre-se caminho para compreender a proposta de Luhmann.

5.2. A colocação da questão em Luhmann

Para Luhmann, a justiça, diferentemente do que ocorre no âmbito do jusnaturalismo ou no positivismo, passa a ser apenas um símbolo da congruência da

⁷⁰ Kelsen afirma inclusive que “a justiça absoluta é um ideal irracional” (KELSEN, 2001, p. 23). No mesmo sentido, ver: KELSEN, 2000, p. 18.

generalização das expectativas normativas, o que a torna intimamente relacionada à função de estabilização de expectativas normativas desenvolvida pelo direito.

Para ele,

we start from the assumption that the idea of justice can be understood as a formula for contingency of the legal system. Thus, and without the need to talk about values, this formula can be put on a level at which it can be compared with the formulae for contingency of other functioning systems, such as the principle of limitation (via negations) in the science system, the principle of scarcity in the economic system, the idea of the existence of only one god in the system of religion, or ideas on education or learning ability in the education system. Hence the concept of a formula for contingency replaces numerous other central terms such as virtue, principle, idea, or value (LUHMANN, 2004, p. 214).

As visões tradicionalistas quando se vêem diante da característica da autorreferencialidade da sociedade moderna e precisam, nesse contexto, explicar os pressupostos filosóficos do conceito de justiça, não conseguem fugir do paradoxo e acabam por buscar sua validade em valores fora do próprio sistema, seja na perspectiva jusnaturalista que explicam a justiça como sendo a correlação entre o direito e a razão, sejam o positivismo que entende que não caberia ao sistema jurídico, em prol da objetivação e cientificidade, adjudicar qualquer noção de justiça.

Nas suas palavras:

Dove il giurista perde il terreno del diritto positivo, che gli sta sotto i piedi, perché è in gioco proprio la sua trasformazione, egli dovrebbe poter argomentare servendosi della giustizia - e invece non può farlo, perché l'idea della giustizia è stata relativizzata e ridotta a giudizi su uguale e disuguale, che a loro volta, poiché sono logicamente dipendenti da decisioni sull'interesse, sulla valutazione o sulla funzione, non discriminano proprio queste decisioni. Nella attuali condizioni sociali, usando il concetto tradizionale della giustizia, il giurista si assoggetta ad una politica alla quale stesso no crede. (LUHMANN, 1990, p. 318-319).

Luhmann evita tratar o problema da justiça como norma interna mais elevada do direito, incluindo-a como um problema do sistema jurídico⁷¹, colocado em outros termos⁷².

Em outra passagem explica:

⁷¹ Contrariando o posicionamento de Kelsen, para quem o problema da justiça não é um problema do sistema jurídico.

⁷² Luhmann entende a justiça como uma norma interna do sistema jurídico, mas não se trata de uma norma superior, colocada para além do subsistema jurídico que teria a função de avaliá-lo em termos de justo ou injusto (LUHMANN 2004, p. 215). Por isso, critica qualquer tipo de axiologização da justiça, visto que este movimento não parte das operações internas do sistema jurídico e em nada se relaciona com a função exercida por ele.

Se trata, y por ello esta introducción tan puntualizada sobre el tema, de una representación de la unidad del sistema en el sistema. Mientras que en caso de la 'validez' se entiende ésta como un símbolo que circula en el sistema y que enlaza operaciones al mantener en el recuerdo los resultados de las operaciones para una reutilización recurrente, en el caso de justicia se trata de una autoobservación y la autosdescripción derivan en una paradoja (porque si no el código tendría que afirmar la identidad de derecho y no-derecho), quedaria por ver si en el plano de los programas del sistema no pudiera existir una proyección de unidad: un programa para todos los programas. Parece evidente inferir que aquí se localiza el sentido de la idea de justicia (LUHMANN, [s.d], p. 286).

5.3 Justiça como fórmula de contingência/fórmula de consistência

Já foi visto que o código legal/ilegal dá ao sistema sua clausura operativa, pois nenhum outro sistema trabalha com ele. Ao mesmo tempo, introduz os dois pólos de uma diferença. Com o que se produz uma primeira limitação da contingência: sempre o que se oponha ao antijurídico será jurídico, e vice-versa; e sempre que algo se afirme como jurídico não poderá afirmar-se ao mesmo tempo como antijurídico, e vice-versa.

Segundo Villas Bôas Filho:

ressaltando o caráter binário do código que baliza as operações do sistema jurídico, Luhmann enfatiza que a idéia de justiça não pode pretender ser um terceiro valor no nível da codificação. A idéia de justiça opera no nível da programação condicional, gerando expectativas contrafáticas, o que a torna passível de frustração (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 146).

Portanto o direito positivo constitui-se como “programa”, as normas não são nada além de programas. Para exemplificar: por assim estar programado em uma norma, a candidatura de alguém com mais de 35 anos ao Senado é legal e de alguém abaixo dessa idade, ilegal.

A presença de códigos e de programas torna o sistema operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto. Não existem normas jurídicas fora dele, mas seu funcionamento, a reprodução de seus elementos, vincula-se a acontecimentos externos cuja averiguação requer uma atividade cognitiva: o juiz que julga um crime não apenas comprovará que existe uma regra jurídica aplicável que faz daquele fato, um fato típico e antijurídico (crime), mas também terá que comprovar que o fato ocorreu materialmente e nas circunstâncias previstas (isto é, “programadas”) na norma.

Embora o código seja insubstituível, sendo o elemento caracterizador da autonomia do sistema, os programas podem ser substituídos por outros, quando as

circunstâncias se fizerem necessárias. Eles serão substituídos nas instâncias legislativas que vão dotar de conteúdo as normas que criam.

Portanto, vê-se que, para Luhmann, o direito válido é aquele que é contingente, que pode ser mudado, enquanto que fruto de uma decisão ocorrida dentro do sistema jurídico e que pode ser modificada por uma decisão posterior. O direito é contingente e vale em razão dessa contingência. Isso se explica pelo fato de que é o direito mesmo que regula as condições de sua própria modificação: até a alteração de normas é regida por normas.

Essa contingência dos conteúdos jurídicos deriva do fato da validade não ser mais que a permanente disponibilidade que o sistema possui sobre seus próprios elementos, que é facilitada pelo funcionamento legitimador dos mecanismos institucionais, de maneira que se generaliza o consenso pressuposto para tudo o que derive do procedimento de criação e modificação dos conteúdos jurídicos.

Daí que para Luhmann, a questão da “justiça” tem a ver com os caracteres estruturais do sistema que não são nenhum gênero de valoração moral de seus conteúdos (GARCÍA AMADO, In: ARNAUD; LOPES JR., 2004, p. 338). A justiça é vista não na forma de uma teoria, mas como norma, já que a ideia de justiça requer uma qualidade normativa (LUHMANN, 1993, p. 279). Isso significa que podem existir sistemas jurídicos injustos ou mais ou menos justos (LUHMANN, 1993, 279).

Assim,

A justiça pode ser compreendida, do ponto de vista da teoria sistêmica, como complexidade adequada do sistema jurídico (na perspectiva externa) ou como consistência de suas decisões (na perspectiva interna) (Luhmann, 1988: 26s., 1981:388ss). Em conformidade com essa formulação, ela é concebida como fórmula-de-contingência do direito, referindo-se à "diferença entre indeterminabilidade e determinabilidade" (NEVES, In: SOUZA, 2001, p. 330).

Portanto, não é exagerado repetir que para Luhmann, o conceito de justiça não é um conceito unívoco, mas a fórmula da contingência do subsistema jurídico. Trata-se de uma forma de conferir unidade ao direito, ao se constituir como a distinção dos lados do código operativo do subsistema. É o modo pelo qual o subsistema jurídico observa a coerência das próprias decisões.

A fórmula da contingência não é uma regra legal, mas um programa dos programas legais. Não é um princípio interno ou externo à lei, mas um processo de

autobservação da unidade da lei na base desses programas. Trata-se de tornar as decisões consistentes mediante uma complexidade adequada (TEUBNER, 2008, p. 32).

Segundo Raffaele de Giorgi,

quanto mais relevante é o problema da consistência, mais a esfera de cognição do direito se estende. A extensão desta tarefa é o resultado da evolução. O direito deve estar presente a si mesmo em todas as suas operações, ou seja, em cada extensão individual de sua relevância e em cada tratamento de eventos (DE GIORGI, 2006, p. 61).

A estratégia da justiça "*consiste en traducir la extrema complejidad del mundo en complejidad interna relativa al sistema y, por tanto, en redefinir el problema desviándolo hacia el interior*" (DE GIORGI, 1998, p. 243).

Assim, a fórmula da contigência faz com que o sistema jurídico se abra ao entorno para buscar novos critérios de determinação que possam se tornar estruturas no interior do sistema jurídico (transformando a indeterminabilidade externa em determinabilidade interna - complexidade em complexidade adequada do sistema).

Portanto, a justiça em Luhmann se apresenta como complexidade adequada do sistema jurídico, ou, com outras palavras, como consistência interna diante da complexidade externa. A complexidade adequada resulta da relação do sistema jurídico com o ambiente social. Tal complexidade interna só responde à exigência da justiça, se for compatível com a consistência interna do sistema no momento da tomada de decisão. (LUHMANN, 1993, p. 287).

Muitas vezes Luhmann é acusado de fazer uma leitura empobrecida do conceito de justiça, quando se interpretam suas lições sobre a justiça como sendo uma construção de um processo comunicativo essencialmente legalista (processamento de informações recebidas pelo sistema, convertendo-as em respostas simplificadas e padronizadas, de forma mecânica e funcional). Entretanto, deve-se ter em conta que para Luhmann a justiça é uma consequência do adequado nível de complexidade de um determinado sistema social. Redução da complexidade, portanto, não se traduz em prática legalista, mas ao contrário, um sistema jurídico altamente casuístico não possui elementos suficientes para reduzir a complexidade externa. Assim, transformação de complexidade em complexidade adequada somente pode se operar na medida em que o sistema jurídico processa as informações advindas do seu ambiente, por meio de seu código binário, mas reconstruindo a complexidade simplificada sob a forma de uma nova complexidade. Para a teoria dos sistemas, a redução da complexidade gera nova

complexidade. Por isso, ela se distancia de concepções legalistas que engessam o sistema, impedindo a diferenciação interna:

Tanto más eficaz será el subsistema jurídico, cuanto mayor sea el grado de su diferenciación interna. Sin embargo, tal proceso de diferenciación que supone un correlativo aumento de la complejidad, debe tener un límite que impida su autodestrucción, como consecuencia de la sobrecarga de prestaciones contradictorias requeridas por los otros subsistema. Ese límite es que nuestro autor vincula con la idea de 'justicia'. Ella no remite ya a un criterio ético, sino a un criterio de 'consistencia' del sistema en relación con las decisiones que provee. (CÁRCOVA, 2007, p. 262)

Assim, a justiça deve ser entendida não somente como *fórmula de contingência*, ou seja, como mecanismo capaz de permitir que o subsistema jurídico lide com a variação existente em seu ambiente, mas também como *fórmula de consistência*, que lhe permita manter um grau adequado de coerência na sua prática decisória. Dessa forma a justiça se comporta como um mecanismo duplo, capaz de regular os níveis de complexidade externa e, ao mesmo tempo o de consistência interna do sistema jurídico.

Desde já, portanto, pode-se afirmar que "garantir uma decisão consistente, do ponto de vista do sistema, significa coisa diferente de apurar a compatibilidade desta ou daquela avaliação de mérito com um conjunto de valores" (PALOMBELA, 2005, p. 352). Desse modo, a justiça em Luhmann não pode ser vista como virtude (LUHMANN, 1993, p. 289).

A proposta de Luhmann, por outro lado se afasta também da teoria positivista de Kelsen. Este autor propõe uma organização das normas jurídicas numa representação piramidal normativa, constituída a partir de vários patamares sobrepostos, pressupondo a existência de uma norma fundamental hipotética que passa a ser o fundamento de validade de toda essa ordem. Já Luhmann e sua teoria da autopoiese não estão preocupados com o fundamento do direito, mas numa ordem sistêmica de autorganização circular.

Segundo Villas Bôas Filho,

a justiça nesse sentido, diferentemente do que tradicionalmente ocorre no âmbito das teorias jurídicas que a ela se referem, deixa de apresentar quaisquer conotações valorativa e [...] passa a ser apenas um símbolo da congruência da generalização das expectativas normativas, o que a torna intimamente relacionada à função de estabilização de expectativas normativas desenvolvida pelo direito (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, 681).

Em outras palavras, pode-se dizer que a justiça, como fórmula de contingência, não pretende avaliar criticamente o sistema jurídico para considerá-lo adequado ou não. Para Luhmann, a justiça está intimamente ligada com a função a ser exercida pelo

sistema jurídico, qual seja a generalização congruente das expectativas normativas. A capacidade heurística da teoria de Luhmann se manifesta novamente aqui, de modo que consegue explicar o problema da justiça sem fugir da premissa da autorreferencialidade, que constitui pressuposto fundamental de sua teoria. A justiça seria um símbolo intrassistêmico, de determinação da congruência generalizada das expectativas normativas. Admitir a existência de um valor superior ao subsistema jurídico afetaria sua autorreferência.

Por esse motivo que Luhmann afirma que a justiça é autorreferencial no campo da observação, ou seja, como programa condicional. Assim, a justiça não é analisada no nível de uma teoria, mas sim de uma norma que, enquanto tal, é passível de frustração, o que acarreta, como consequência, a possibilidade de que existam, como já se disse, ordenamentos jurídicos injustos ou mais ou menos justos, sem que, com isso, se interfira na autopoesise do sistema, que opera no nível do código e portanto não pode ser justa ou injusta, mas lícita ou ilícita (LUHMANN, 2004, p. 214).

Posta nesses termos, a justiça visa conciliar complexidade do entorno sem comprometimento da consistência do sistema (LUHMANN, 2004, p. 214). Serve como forma de conjugar consistência sistêmica e abertura cognitiva à complexidade do entorno, evitando o solipsismo jurídico.

Segundo Luhmann,

the formula for contingency is a scheme for the search of reasons or values, which can become legally valid only in the form of programmes. Every answer to whatever issue is addressed would then have to be found in the legal system by mobilizing its recursivity. It cannot be added from outside. (LUHMANN, 2004, p. 218).

Se a justiça fosse considerada uma forma de se avaliar as operações do sistema, o direito não possuiria um código binário ("direito/não direito") mas teria de compatibilizá-lo com outro, o do "justo/injusto", que faria cair por terra toda a teoria da autopoesise e autorreferencialidade dos sistemas. Dessa forma, a justiça, assim pensada, não rompe com a concepção de autorreferencialidade, pois refere-se a mecanismo interno ao próprio direito que lhe permite dar respostas consistentes às irritações provenientes de seu entorno.

Uma vez entendido que a justiça não deve ser compreendida como um critério ético, mas como complexidade adequada no que se refere à consistência das decisões do sistema, passa-se agora a analisar outro ponto da questão da justiça.

De acordo com Marcelo Neves,

tal compreensão sistêmica cai no vazio se a "justiça no sentido de uma 'complexidade adequada' do decidir consistente (id., ibid.: 225), que se apresenta como uma fórmula de contingência do sistema jurídico, não é relacionada ao princípio da igualdade, que pressupõe a forma-diferença 'igual/desigual' e aponta para o tratamento igual dos desiguais e desigual dos desiguais (id., ibid.,:110 ss. e 223 ss.). (NEVES, In: SOUZA, 2001, p. 330).

Assim, um dos aspectos da contingência refere-se à questão do tratamento igualitário de casos similares. No mesmo sentido, Cárcova, dando continuidade à seu raciocínio anteriormente exposto, diz que

El sistema no provee decisiones consistentes, cuando violenta el principio de igualdad, es decir, cuando por cualquier operacion propia, precluye la posibilidad ulterior de decidir, del mismo modo como ya ha decidido antes, un caso de naturaleza similar. (CÁRCOVA, 2007, p. 262).

Passa-se, portanto, a tratar da justiça como modelo normativo de avaliação do tratamento consistente e adequadamente complexo da diferença "igual/desigual"⁷³.

5.4 Justiça como modelo normativo de tratamento de casos iguais.

Pode-se se dizer que todas as teorias sobre a justiça, em suas diferentes matrizes e abordagens, têm um ponto em comum: a análise da “questão acerca do conceito e das funções que o Princípio Jurídico da Igualdade assume para a legitimidade do próprio direito nesta sociedade pluralista.” (GALUPPO, 2002, p. 15). Isso porque a sociedade Moderna e o direito que lhe é inerente não admitem mais uma auto-fundamentação baseada em recursos naturais ou metafísicos.

Entretanto, a partir desse ponto comum (do reconhecimento de se fundamentar a justiça a partir da análise do princípio da igualdade), as abordagens são heterogêneas, podendo-se apresentar os seguintes questionamentos.⁷⁴

⁷³ Expressão usada por Neves (In: SOUZA, 2001, p. 330).

⁷⁴ Sem dúvida, no plano da teoria jurídica contemporânea, o tema da justiça evoca necessariamente o debate norte-americano entre liberais e comunitaristas. “Embora a maior parte da literatura sobre este debate se tenha produzido nos anos 80, a discussão está já muito enraizada no tempo, podendo-se mesmo ver um retomar da confrontação entre o formalismo kantiano e o romantismo hegeliano. Enquanto os liberais se sentem herdeiros de Locke, Hobbes, Stuart Mill, Kant, os comunitaristas, têm as suas raízes no aristotelismo, em Hegel e na tradição republicana da Renascença (como por exemplo, Maquiavel e “*O Príncipe*”, que mais não é do que um tratado político onde se afirma que o governante deve subordinar a sua conduta ao êxito político).” (GONÇALVES, 1998, p. 1). “Esse debate foi impulsionado e ganhou contornos mais precisos a partir da crítica comunitarista de Sandel (1982) ao modelo de justiça liberal concebido por Rawls (1990[1972]). Com o rótulo 'comunitarismo', passou-se a referir, então, a autores os mais discrepantes, destacando-se, além de Sandel, Charles Taylor, Alasdair MacIntyre e Michael Walzer; com o rótulo 'liberalismo', também a autores os mais diversos, sobressaindo-se, além de Rawls, Ronald

De que igualdade se está falando? Trata-se de uma igualdade de renda, de posição social, de direitos, de crenças religiosas, de costumes culturais? Como falar em igualdade entre elementos diversos, que talvez não se prestem a uma comparação?

A teoria de Luhmann sobre a justiça extrapola tanto a tese do universalismo de valores, bem como do universalismo moral individualista.

Ela afirma-se enquanto sensível à diferença, sendo esta compreendida aqui não apenas como diferença de valores coletivos ou mesmo individuais, mas também como diferença de esferas de comunicação. (NEVES; In: SOUZA, 2001, p. 330)

Portanto, também para Luhmann, a justiça, enquanto fórmula de contingência, identifica-se com a igualdade.

5.4.1 O princípio da igualdade na perspectiva sistêmica

Retomando a ideia inicial de que o princípio da igualdade é um dos princípios historicamente apontados para desempenhar a tarefa de justificação do direito, passa-se, então à análise do referido princípio.

Para Luhmann, na modernidade, a igualdade é uma necessidade estrutural em um sistema normativo como o jurídico. Tratar igualmente aos que na realidade não são iguais, constitui uma forma de reduzir a complexidade, gerando seleções e fazendo com que toda igualdade seja fundamentada. Portanto, antes de se adentrar nas reflexões acerca das possibilidades de sua realização, faz-se necessário esclarecer alguns pontos.

O primeiro deles refere-se ao equívoco de se compreender a afirmação da igualdade como forma de escamotear as desigualdades sociais de fato entre os homens (COMPARATO, 1993, p. 77). É preciso deixar claro que o princípio refere-se sim a formas de se neutralizar as desigualdades no âmbito do exercício dos direitos, ou seja, não se trata de afirmar a igualdade de fato, mas sim de direito. Em outras palavras, refere-se “ao tratamento isonômico que se obtém mediante a integração ou acesso igualitário às instituições e aos procedimentos jurídicos” (NEVES; In: SOUZA, 2001, p. 334).

A análise do princípio da isonomia deve ser feita no contexto da sociedade moderna qualificada por sua complexidade e heterogeneidade. Outro equívoco seria

Dworking, Thomas Nagel e Bruce Ackerman (cf. Honneth, 1995:7)”. (NEVES; In: SOUZA, 2001, p. 329-330).

confundir igualdade jurídica e homogeneidade da sociedade. “Ao contrário, a complexidade e heterogeneidade sociais são justamente os pressupostos de emergência e concretização do princípio jurídico da igualdade.” (NEVES; In: SOUZA, 2001, p. 334). É justamente a diversidade de valores religiosos, políticos, interesses pessoais, etc. no mesmo espaço social político é que torna necessária a implementação do princípio da igualdade. O princípio da igualdade só se realiza e faz sentido se for no sentido de respeitar as diferenças.

Inserindo o princípio da igualdade na perspectiva sistêmica, pode-se dizer que ele se apresenta mediante a diferença igual e desigual (não exatamente na perspectiva aristotélica de que a igualdade consiste em dar tratamento igual para os iguais e desigual aos os desiguais), mas a partir de uma releitura sua.

La forma de la igualdad ya no es más el reconocimiento de las esencias de acuerdo a similitudes y diferencias, sino la dinamización del sistema global por medio de continua repetición de pregunta: esto es igual o desigual?(LUHMANN, 1993, p. 82)

Assim, Luhmann define a igualdade como um conceito formal (uma diferença) que depende de um outro lado, a desigualdade. Nas suas palavras:

La igualdad sin la desigualdad no tendría sentido: y viceversa. Lo igual debe tratar-se como lo desigual, y lo desigual se debe tratar de manera desigual. Si se enuncia un concepto normativo de igualdad, se llega a la regla aristotélica de que lo igual debe tratar-se como igual y lo desigual como desigual. Por lo tanto, se trata de un esquema de observación que sugiere el desarrollo de normas y preferencias, pero que por sí mismo no determina la preferencia por la igualdad [...].(LUHMANN, 1993, p. 81)

Igualdade, portanto, é a fórmula da diferença “igual/desigual”. E nesse sentido é adaptável aos mais diferentes tipos societários, até mesmo às “sociedades estratificadas” (LUHMANN, 1993, p. 82): “só quando a igualdade transforma-se de uma forma em uma norma é que se pode compreender o papel específico do princípio da igualdade da sociedade moderna.” (NEVES; In: SOUZA, 2001, p. 335).

A partir de esta posición de forma se puede transformar la igualdad en norma. El tratamiento de lo igual servirá entonces como regla, a partir de la cual son posibles las excepciones cuando la desigualdad de los casos sea patente. El tratamiento de lo igual contiene en si mismo una razón suficiente, lo desigual, en cambio, requiere fundamentación. La simetría de la forma bilateral será convertida en asimetría mediante el esquema: regla/excepción.(LUHMANN, 1993, p. 82)

Luhmann adverte, entretanto, que ao tratar do da fórmula da igualdade, deve-se distinguir entre sua utilização política da sua utilização jurídica: "*la política exige que los seres humanos sean tratados como iguales. El derecho exige que los casos sean los que se traten como iguales*" (LUHMANN, 1993, p. 82).

Traduzindo essa idéia para a linguagem kelseniana,

o princípio da igualdade em sua dimensão puramente jurídica implicaria a igualdade “perante” a lei, ao passo que o princípio político da igualdade como conteúdo do preceito constitucional significaria igualdade *na* lei (cf. KELSEN, 1960: 146 e 396). E, quando se discute sobre o princípio constitucional da isonomia como expressão da justiça no Estado Democrático de Direito é a igualdade na lei que está em questão. O tema do debate é, em primeiro lugar, a integração igualitária dos homens (como pessoas) ao ordenamento jurídico; só secundariamente, o tratamento igual de casos e situações jurídicas. (NEVES; In: SOUZA, 2001, p. 336).

Essa noção de integração “procedimental igualitária”, portanto, deve ser vista a partir de duas perspectivas.

De uma lado, refere-se “à neutralização de desigualdades fáticas na consideração jurídica de indivíduos e grupos” (NEVES; In: SOUZA, 2001, p. 336). Por outro exige que “na esfera pública pluralista tenha-se desenvolvido a idéia de que as diferenças sejam recíprocas e simetricamente respeitadas” (NEVES; In: SOUZA, 2001, p. 336)

Para tanto, é necessário que o sistema jurídico contemple procedimentos capazes de permitir o convívio dos diferentes, possibilitando-lhes um tratamento jurídico isonômico⁷⁵. Ou seja, se os sistemas jurídico e político procedem a uma distribuição desigual de oportunidades e encargos, não há mais como falar em uma esfera pluralista.

Já a questão da igualdade da decisão jurídica para a mesma questão, aplicada igualmente a todos os casos, exige que todo tratamento desigual seja fundamentado. Com suas palavras, Luhmann explica que:

El tratamiento de lo igual servirá como regla, a partir de la cual son posibles las excepciones cuando la desigualdad de los casos sea patente. El tratamiento de lo igual contiene en si mismo una razón suficiente; lo desigual, en cambio, requiere fundamentación. La simetría de la forma bilateral será convertida en asimetría mediante el esquema: regla/excepción. (LUHMANN, 1993, p. 81-82)

⁷⁵ “É nessa perspectiva que cabe uma releitura da concepção de Dworkin do direito ‘fundamental’ de igual respeito e consideração (DWORKIN, 1991^a: 180 ss. E 272 ss). Dworkin concebe-o como ‘direito natural’ (CF., por exemplo, 1991^a: 182)”. (NEVES, 2001, p. 337). Neves critica essa concepção, por cometer o equívoco de confundir o “direito a ser tratado como igual” com o “direito a igual tratamento” que seria derivado.

A igualdade deve ser vista como um elemento formal que significa apenas regularidade e consistência (LUHMANN, 2004, p. 217). Deve ser vista como um princípio que se autofundamenta, consistindo no tratamento igualitário e consistente dos casos jurídicos, o que, expressa a própria estrutura do programa condicional ao qual se volta: “dado o fato ‘x’, ‘y’ é legal”. Ou seja, tal como ressalta Luhmann, “a justiça torna-se agora a implementação uniforme do direito, por causa de sua vigência” (1983, v. 2, 1983, p. 87).

Nas palavras de Luhmann

não se trata mais da igualdade em termos de desempenho no bem e no mal (baseada na reciprocidade ou na retaliação), mas da igualdade na aplicação de premissas específicas da decisão, apesar da mudança de outras circunstâncias no contexto dos papéis (agora já 'irrelevantes'). Com isso, abdica-se da equidade concreta da compensação implícita na interação individual. Igualdade perante a lei especificação e aplicação universal de critérios para a decisão 'sem consideração da pessoa' (LUHMANN, 1983, v. 2, p. 87)

A igualdade, como um princípio de racionalização do direito, exigindo o tratamento igualitário dos casos jurídicos, viabiliza a generalização das decisões jurídicas, validando internamente o sistema. É por essa razão que a igualdade contribui para a garantia de consistência interna, por parte do direito. E é essa consistência que exprime a correção ou a justiça do subsistema jurídico.

5.5 A justiça como igualdade. A pretensão de universalidade da Justiça.

Luhmann entende que a justiça como igualdade tem a pretensão de universalidade, mas não numa perspectiva a-histórica, e sim com relação ao acesso generalizado de indivíduos e grupos ao direito.

Isso exige, é verdade, a neutralização das desigualdades sociais, especialmente aquelas de natureza econômica e política, no plano do exercício dos direitos estabelecidos como fundamentais. E quando essas desigualdades em si mesmas são obstáculos ao exercício dos direitos básicos e favorecem o privilégio jurídico das minorias, justificam-se os mecanismos compensatórios que se expressam nos direitos sociais e, mesmo, discriminações inversas em forma de programas que criam vantagens competitivas. (NEVES; In: 2001, p. 340).

O universalismo da justiça, perguntariam os comunitaristas, não implica, entretanto, na “igualdade como ideologia que esconde as diferenças fundamentais entre grupos étnicos e culturais, cada um deles com seus próprios valores?” (NEVES; In:

SOUZA, 2001, p. 340) Não se deveria, ao contrário, buscar legitimar o direito e a política a partir de um relativismo particularista, levando-se em conta os valores de cada grupo como fundamento de validade da ordem jurídico-política?

Segundo Marcelo Neves, “uma elevação de valores grupais, [...] a critério de legitimação última da ordem político-jurídica, impede qualquer possibilidade de crítica conseqüente a regimes totalitários de base étnica ou nacionalista.”⁷⁶ (In: SOUZA, 2001, p. 340).

A concepção da justiça como dimensão universalizante do princípio da igualdade implica, portanto, o universalismo da cidadania e pressupõe a inclusão generalizada no sistema jurídico-político, exigindo o tratamento adequado da relatividade e da diferença de valores. Trata-se, portanto, de um universalismo relativo (não no sentido do “relativismo étnico ou ético”) que admite o acesso igualitário das pluralidades valorativas e identidades étnicas aos diversos procedimentos jurídico-político existentes na sociedade.

Segundo Marcelo Neves,

a justiça como igualdade só está assegurada se se impõem restrições efetivas aos grupos que, baseados em identidade étnica ou em valores ético-religiosos, pretendam destruir a própria ordem normativa que fundamenta o universalismo inerente à igualdade de tratamento e de acesso jurídico-político dos diferentes grupos. O universalismo da diferença só se afirma, portanto, como universalismo da igualdade (NEVES; In: SOUZA, 2001, p. 343).

Entretanto, na concepção luhmanianna, a justiça como igualdade, enquanto sensível à diferença, não se resume em respeitar apenas a diversidade de valores coletivos ou mesmo individuais, mas é sensível também à diferença de esferas de comunicação.

Conforme mencionado no início do capítulo, a sociedade moderna, caracterizada por sua complexidade, diferencia-se em diversas esferas de comunicação, com seus códigos próprios de linguagem. Ou seja, cada subsistema social (economia,

⁷⁶ Reforça a ideia dizendo que “[...] a concepção comunitarista, na sociedade global, supercomplexa e culturalmente heterogênea de hoje, mostra-se profundamente inadequada. Não apenas entre as diversas fronteiras estatais destaca-se uma forte diversidade de valores e etnias, mas também no âmbito do território de cada Estado estão presentes os mais diversos valores grupais, que, em regra, encontram-se em relação de conflito”. Isso “impede uma análise consistente e um tratamento adequado dos problemas estruturais da sociedade global de hoje, relacionando-se, no plano da prática política, com formas de nacionalismos étnicos e fundamentalismos religiosos que são incompatíveis com o estado democrático de direito. [...] O fato é que, sem a universalidade da cidadania, isto é, sem a inclusão generalizada de indivíduos e grupos no sistema jurídico-político, as diferenças étnicas e culturais degeneram em conflitos destrutivos entre os diversos grupos”. (NEVES, 2001, pp. 340-341).

política, religião, ciência, arte, etc) possuem seus próprios códigos e programas de uma esfera de comunicação. Para que haja o respeito ao tratamento igual/desigual entre eles, é imperativo que seus códigos não se imponham, diretamente, a outra esfera de comunicação. Exige-se que “o ponto central da racionalidade interna de um setor social autônomo, como pesquisa, saúde, educação, não deve ser substituído pela racionalidade econômica’ ”(TEUBNER, 1998, p. 21 s.; *apud* NEVES; In: SOUZA, 2001, p. 344).

Ou seja,

a justiça como igualdade complexa pressupõe e exige o reconhecimento da pluralidade discursiva e das complexidades sistêmicas da sociedade global de hoje, implicando o respeito á autonomia das esferas discursivas ou dos sistemas de comunicação (NEVES; In: SOUZA, 2001, p. 344)

6 CONCLUSÃO

A obra de Niklas Luhmann se insere num contexto analítico muito amplo, podendo ser considerada, portanto, sob diversos ângulos: sociologia geral e do direito, teoria da comunicação, da evolução social, etc. É um pensamento multifacetado que, sem dúvida, reflete a complexidade da sociedade que pretende observar e descrever. Sendo assim, ao se querer adentrar nesse universo não foi possível prescindir da análise de diversas perspectivas sociológicas de que parte o autor para formar o aparato teórico-metodológico de sua construção doutrinária.

Além disso, para delinear o tema central do trabalho, foi preciso também incursionar pontualmente no pensamento do autor sobre temas correlatos, visto que os mesmos são fundamentais para uma compreensão mais profícua e correta do fenômeno jurídico. Isso quer dizer que não houve como avançar no âmbito do direito sem antes passar pelos caminhos percorridos pelo autor a fim de explicar um fenômeno muito mais complexo: a sociedade.

Diante disso, é possível dizer que o tema deste trabalho (as implicações da assunção do paradoxo da autorreferência no sistema jurídico: legitimidade, regulação e o problema da justiça) representa uma dentre as várias possibilidades de atingir esse universo. Não obstante não ser a única forma de alcançá-lo, a escolha se deve ao grau de importância que o tema atinge no âmbito de sua teoria e também à importância dada a ela em diversos outros enfoques teóricos.

O conceito de autopoiese é central para a conceituação do direito em Luhmann e foi fundamental para o encaminhamento das questões que acompanham as análises relativas à compreensão do direito como sendo um sistema autorreferencial. Para a correta compreensão de tal conceito, foi refeito o caminho percorrido por Luhmann, a partir da biologia até as ciências sociais.

Assim, o trabalho procurou analisar o conceito de autorreferência e suas implicações para o direito moderno.

Em momentos oportunos, fez-se necessário, para problematizar o pensamento de Luhmann, recorrer a interlocuções com outros autores, servindo de bases para se questionar a viabilidade das saídas encontradas por ele para explicar suas propostas.

Luhmann busca explorar o modo como na sociedade moderna, altamente diferenciada em subsistemas funcionais, é possível pensar numa interrelação entre eles,

partindo-se da hipótese de que eles não podem ser influenciados diretamente uns pelos outros. Nesse contexto, a pergunta recorrente a todo instante é: qual o papel do direito nessa sociedade?

Para o correto desenvolvimento da tese, foi necessário rever todos os aspectos da teoria, inclusive no que se refere ao sistema social global, até porque a análise realizada por Luhmann no que tange ao direito mantém uma ligação estreita com suas análises acerca da sociedade como um todo, uma vez que se pode afirmar que a sociologia jurídica de Luhmann consistiria basicamente na aplicação de todo o aparato teórico-metodológico de sua teoria da sociedade ao estudo de um subsistema específico que no caso é o direito.

Somente com a diferenciação funcional da sociedade moderna e a explosão que ela causa nas visões globais de mundo que são características das sociedades tradicionais é que o direito irá se deparar com uma superprodução de possibilidades que como se desenvolveu no início do capítulo 4, tornou premente a busca de novas soluções.

O enquadramento jurídico normativo que a questão suscita resulta tanto da dificuldade de se equacionar a multiplicidade dos fatores nela intervenientes, quanto da sua recíproca interconexão. Junte-se a isso a produtiva dificuldade de não haver correntes absolutas na compreensão do problema a permitir com que se multipliquem os espaços teóricos onde é possível construir modelos explicativos e compreensivos do tema proposto.

A opção por Luhmann, como referencial teórico, portanto, permite que se analise o que é "comum", a partir de nova perspectiva. O pensamento de Luhmann é inovador, multifacetado e, por isso, complexo, assim como a sociedade que ele procura observar e descrever. Em decorrência dessa complexidade epistemológica, acusada por alguns de heterodoxa, foi preciso escolher um ponto como via de acesso a esse universo de conceitos. O ponto escolhido⁷⁷ foi o problema da justiça. Entretanto, esse ponto não pode ser entendido, sem antes se entender os pressupostos que o informam. Estando estes ligados à questão da análise dos fundamentos de validade do direito (legitimidade) e da capacidade de regulação social do mesmo, o que, do ponto de vista de Luhmann, tem de ser analisado a partir da assunção do paradoxo da autorreferência, tem se a sensação de que a porta de entrada para a teoria de Luhmann constitui-se, ao mesmo tempo, na saída.

⁷⁷ Inclusive para adequar o trabalho à área, bem como à linha de pesquisa do programa de pós-graduação.

Portanto, a escolha do tema é uma das possíveis escolhas para se adentrar no universo luhmanniano, mas não a única forma de atingi-lo. O tema da justiça, implicada com o conceito de autorreferencialidade que por sua vez tornam delicadas as questões de legitimação e regulação do direito na sociedade complexa, reflete que a própria teoria de Luhmann, enquanto ciência, tem que dar conta também das suas premissas. O próprio Luhmann concebe a teoria como uma espécie de redução da complexidade, mediante a seleção de possibilidades, sem excluir outras.

Se se é levado a concluir que a legitimação do direito terá de ser produto do próprio sistema e não ser dada a partir de fora, não entendendo ser o consenso ou a conformidade com valores morais compartilhados pelo discurso o que legitime uma decisão jurídica, mas, sim, o funcionamento normal dos mecanismos internos do sistema o que acarreta para suas atuações reconhecimento social necessário, decisão legítima será aquela que goza de um consenso inferido do funcionamento institucional através do procedimento.

No entanto, se contrariamente, considera-se que na sociedade, além da legitimidade formal, que se confunde com a mera legalidade, deve-se buscar uma legitimidade material em instâncias legitimadoras, como as da moral, da ética ou do direito natural, decisão legítima será aquela que atender a pressupostos dessa natureza, ainda que seja muito difícil obter hegemonia e consenso nessas instâncias.

Assim sendo, tudo não passa de uma opção por enfoques teóricos.

Ainda que sujeita a críticas, não se pode negar que sua postura proporciona um rico debate sobre o direito e, de forma mais ampla, da sociedade. Ademais, as críticas mais frequentes que recebe são, na sua maioria, de cunho ideológico e não científico, atribuindo-lhe a marca do conservadorismo.

Talvez o mais prudente a fazer, ainda que com as ressalvas pertinentes, é refletir profundamente sobre seu pensamento que, ao que parece, está a prosseguir seu curso, longe de ser dado como concluído.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BERTALANFFY, Ludwig Von. Teoria Geral dos Sistemas. In: BIRNBAUM, P; CHAZEL F. *Teoria sociológica*. São Paulo: Hucitec-Edusp, 1977.

BIRBAUM, P; CHAZEL, F. (Orgs) *Teoria sociológica*. São Paulo: Hucitec – Edusp, 1977.

BOBBIO, Norberto.

BUCKLEY, Walter. *A sociologia e a moderna teoria dos sistemas*. São Paulo: Cultrix, 1971.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo “versus” governo dos juízes: a “autopoiese” dos sistemas político e jurídico. *Caderno de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará*, v. 2, n. 07, p. 37-50, abr./jun. 1998.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *Las teorías jurídicas post positivistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

CASTRO, A. M; DIAS, E. F. (Orgs.). *Introdução ao pensamento sociológico*. 9. ed. São Paulo: Moraes, 1992.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdade. *Revista Instrumental de Direito Público*, jan. 1993. São Paulo: Malheiros, p. 69-78.

CORSI, G. et al. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez y Caralos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

DE GIORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. *Teoría de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos e Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

_____. *Ciência del derecho y legitimación*. México: Universidade Iberoamericana, 1998.

_____. *Direito Tempo e Memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGRÁCIA ANTUNES, José. Prefácio de *O direito como sistema autopoietico de Teubner*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Almedina, 1992.

FEBRAJO, Alberto. *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera de niklas luhmann*. Milão: Giuffrè, 1975.

GALUPPO, Marcelo. *Igualdade e Diferença: o Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. São Paulo: Mandamentos, 2002.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna – introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

_____. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1994.

IZUZQUIZA, Ignácio. *La sociedad sin hombres*. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. Barcelona: Anthropos, 1990.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *A Ilusão da Justiça*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *A Justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001.

LAZARSELD, Paul. O funcionalismo e a teoria geral dos sistemas. In: BIRNBAUM, P; CHAZEL, F. *Teoria sociológica*. São Paulo: Hucitec-Edusp, 1977.

LOPES JR., Dalmir; ARNAUD, André-Jean. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v. I e II.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. *La differenziazione del diritto*: contributi allá sociologia e allá teoria del diritto. Bologna: Società Editrice il mulino, 1990.

_____. *Essays on self-reference*. Nova York: Columbia University Press, 1990.

_____. *Social systems*. Tradução de John Berdnarz Jr. E Dirk Baeker. Califórnia: Standford University, 1995.

_____. *El derecho de la sociedad*. Tradução provisória para o espanhol por Javier Torres Nafarrate. Mimeografado, 1993.

_____. *Introducción a la teoría de sistemas*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Iberoamericana, 1996.

_____. *Teoría de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos e Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

_____. *Complejidad e Modernidad*. Madrid: Trotta, 1998.

_____. A restituição do décimo segundo camelo. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, n. 5, v. 13, p. 1.419-1.441, March, 1992.

_____. Quod omnes tangit: remarks on Jürgen Habermas's legal theory. Tradução de Mike Robert Horenstein. In: ROSENFELD, M.; ARATO, A. (Ed.). *Habermas on law ad democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998.

_____. *Teoría política en el estado de bienestar*. Tradução de Fernando Vallespín. 2ª. reimp. Madrid: Alianza Universidad, 1997.

_____. A nova teoria dos sistemas. In: NEVES, C. E. B; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; ICBA-Goethe Institute, 1997.

_____. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, C. E. B; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; ICBA-Goethe Institute, 1997.

_____. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. In: NEVES, C. E. B; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; ICBA-Goethe Institute, 1997.

_____. *I diritti fondamentali come istituzione*. Bari: Edizione Dedalo, 2002.

_____. *Law as a social system*. Nova York: Oxford Press, 2004.

MARUYAMA, Magoroh. A segunda Cibernética: um processo causal mútuo amplificador de desvio. In: BIRNBAUM, P; CHAZEL, F. *Teoria sociológica*. São Paulo: Hucitec-Edusp, 1977.

MALINOWSKI, Bronislaw. A teoria funcional. In: BIRNBAUM, P; CHAZEL, F. *Teoria sociológica*. São Paulo: Hucitec-Edusp, 1977.

MANSILLA, Darío Rodrigues; TORRES NAFARRATE, Javier. El derecho de la sociología de la sociedad. In: SILVA, Artur Stamford (Coord.). *Sociologia do Direito*. Na prática da teoria. Curitiba: Juruá, 2007.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *El árbol del conocimiento*. Santiago de Chile: Universitária, 1984.

MERTON, Robert. Um paradigma da análise funcional. In: BIRNBAUM, P; CHAZEL, F. *Teoria sociológica*. São Paulo: Hucitec-Edusp, 1977.

MILLER, James. O conceito de sistema. In: BIRNBAUM, P; CHAZEL, F. *Teoria sociológica*. São Paulo: Hucitec-Edusp, 1977.

MORIN, Edgar, *O método*. Trad. de Marina Lobo. Porto Alegre: Sulina, 2001. v. 1, 2, 3.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. O paradoxo dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 52, p. 31-48, 2011.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Guarulhos: Acadêmica, 1994.

_____. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. In: *Dados: Revista de Ciências Sociais*, v. 37, n. 2, p. 253, 276, Rio de Janeiro: Iuperj, 1994.

_____. Da autopoiese à alopoiese do direito. *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 5, Recife: Universitária/UFPe., [s.d.].

_____. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. *Lua Nova – Revista de Cultura Política*, n. 37, p. 93-106, 1996.

_____. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Unb, 2001.

_____. E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Do Pluralismo Jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. In: *Direito em Debate*, ano V, n. 5, p. 7-37, Ijuí: Universidade de Ijuí, 1995.

PALOMBELA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RADCLIFFE-BROWN, R. A coerência funcional do sistema social. In: BIRNBAUM, P; CHAZEL, F. *Teoria sociológica*. São Paulo: Hucitec-Edusp, 1977.

RABAULT, Hugues. A Contribuição epistemológica do pensamento de Niklas Luhmann: um crepúsculo para o Aufklärung? In: *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SPENCER, Herbert. *O que é uma sociedade?* In: BIRNBAUM, P; CHAZEL, F. *Teoria sociológica*. São Paulo: Hucitec-Edusp, 1977.

TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. *How the law thinks: toward a constructive epistemology of law*. San Domenico: European University Institutrée, Badia Fiesolana, 1989.

_____. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. *Giustizia autossoversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?* Nápoles: Edizioni Città del Sole, 2008

TORRES NAFARRATE, Javier. Introdução ao livro *Introducción a la teoría de sistemas de Luhmann*. Guadalajara: Iberoamericana, 1996.

VILAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

_____. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARA, Maria Constança Peres e FABBRINI, Ricardo Nascimento

(Coord.) *Direito e Filosofia: a nova justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução de Maria Irene de Q. F. Szmercsányi e Tamás J. M. K. Szmercsányi. 13. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

WORMS, René. Organismo e sociedade. In: BIRNBAUM, P; CHAZEL, F. *Teoria sociológica*. São Paulo: Hucitec-Edusp, 1977.