

MARISSE COSTA DE QUEIROZ

**O DIREITO COMO SISTEMA SOCIAL COMPLEXO:
UMA REFLEXÃO TEÓRICO-SOCIAL DO DIREITO A PARTIR DA
TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

Dissertação apresentada à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito, no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientadora: Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi
Philippi

Co-orientadora: Profa. Dra. Sandra Regina
Vial

Florianópolis
2003

MARISSE COSTA DE QUEIROZ

**O DIREITO COMO SISTEMA SOCIAL COMPLEXO:
UMA REFLEXÃO TEÓRICO-SOCIAL DO DIREITO A PARTIR DA
TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

Dissertação apresentada à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito, no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientadora: Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi
Departamento de Direito - UFSC

Prof. Dr. João Batista Moreira Pinto
Departamento de Direito – UFMG

Prof. Dr. Sérgio Urquhart Cadermatori
Departamento de Direito - UFSC

Prof. Dr. Rogério Silva Portanova (suplente)
Departamento de Direito – UFSC

Profa. Dra. Olga Maria B. Aguiar de Oliveira
Coordenadora do CPGD/UFSC

Florianópolis
2003

***À pequenina Giulia,
sol da minha vida.***

AGRADECIMENTOS

Essas poucas linhas são para materializar o grande carinho e reconhecimento, que não posso deixar apenas nos escombros da memória, e para reafirmar que esse trabalho não se realizaria se dependesse unicamente de meus esforços solitários.

Primeiramente agradeço e dedico este trabalho aos meus pais e irmãos, aos quais devo o apoio material e espiritual; os quais, em nenhum momento hesitaram em auxiliar-me, mesmo quando isso implicava algum sacrifício; e sem os quais não poderia sonhar em dar passos tão altos e tão ousados.

Também minha estima e agradecimento à Profa. Jeanine Philippe, cara orientadora não só para a academia, mas principalmente para a vida. Companheira que enxerga além de um nome, um tema ou uma teoria. Muito obrigada!

Não posso deixar de referir, com muito reconhecimento, a Profa. Sandra Vial, que recebeu-me sempre com carinhosa atenção, auxiliando-me na pesquisa bibliográfica na estruturação do projeto e na construção do trabalho.

Por último, esse trabalho não seria possível sem a amizade, o companheirismo e as trocas desinteressadas. Resumindo: a rigidez teórica da pesquisa científica foi mitigada pelo encontro. À vocês, meus queridos amigos de toda a vida: Camila, Ernani, Thiago, Isaac, Érica, Carol, Armando, Eduardo, Sidney, Gabriela, Vladimir, Cecília, Guilherme, Carlos, José Manoel e todos os nomes que fizeram parte desse momento de descobertas, de sustos, de náuseas e de afetos.

*Como é por dentro outra pessoa
Quem é que o saberá sonhar?
A alma de outrem é outro universo
Com que não há comunicação possível,
Com que não há verdadeiro entendimento.*

*Nada sabemos da alma
Senão da nossa;
As dos outros são olhares,
São gestos, são palavras,
Com a suposição de qualquer semelhança
No fundo.*

(Fernando Pessoa)

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
SOMMARIO	8
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - TEORIA DOS SISTEMAS E COMPLEXIDADE	13
1.1. O CONCEITO DE SISTEMA: A DIFERENCIAÇÃO SISTEMA/AMBIENTE COMO REQUISITO DA TEORIA.....	16
1.2. SISTEMA SOCIAL E COMPLEXIDADE	28
1.3. OS PRINCÍPIOS ELEMENTARES DA COMUNICAÇÃO	38
1.4. EVOLUÇÃO E DIFERENCIAÇÕES SOCIAIS	48
CAPÍTULO II - DIREITO E SOCIEDADE: UMA LEITURA SISTÊMICA.....	60
2.1. EVOLUÇÃO E DIFERENCIAÇÕES DO DIREITO	61
2.2. MODERNIDADE E DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL DO DIREITO: O DIREITO POSITIVO.....	70
2.3. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O POSITIVISMO JURÍDICO: A BUSCA DE UMA UNIDADE PARA A TEORIA DO DIREITO	75
2.4. COMPLEXIDADE E DIREITO: UMA NOVA LEITURA PARA O DIREITO NO SÉCULO XXI	86
CAPÍTULO III - O DIREITO COMO SISTEMA SOCIAL COMPLEXO: OS FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA SOCIOLÓGICA DO DIREITO	95
3.1. A ESTRUTURA DO SISTEMA JURÍDICO: FECHAMENTO OPERACIONAL, FUNÇÃO, CÓDIGO E PROGRAMA.....	99
3.2. SISTEMA JURÍDICO E ACOPLAMENTO ESTRUTURAL.....	119
3.3. AUTODESCRIÇÃO E AUTO-OBSERVAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO: IMPLICAÇÕES TEÓRICAS PARA A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.....	124
3.4. O DIREITO DA SOCIEDADE: RELAÇÃO ENTRE DIREITO E RISCO	130
CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS.....	138

RESUMO

O presente trabalho pretende fazer uma análise do fenômeno jurídico partindo de uma abordagem da complexidade do direito e isso através de um marco teórico bem definido, qual seja: a teoria dos sistemas autopoieticos proposta por Niklas Luhmann. Na primeira parte do trabalho faz-se uma breve referência à Teoria da Sociedade proposta por Luhmann, a fim de apontar a teia de conceitos que a fundamentam, bem como suas inovações, principalmente no que se refere à Sociologia. A segunda parte utilizando da categoria evolução, tenta demonstrar porque o direito moderno é o direito positivo e quais são os desenvolvimentos teóricos e sociais que possibilitaram ao direito diferenciar-se funcionalmente para se tornar um sistema autônomo e complexo. Em seguida, transpõe-se para o sistema jurídico os conceitos da teoria sistêmica. O direito é abordado, no presente trabalho, como direito positivo da sociedade moderna, cuja análise se dá através do funcional-estruturalismo, marco que permeia toda a construção teórica do autor estudado. O objetivo é apontar, à guisa de conclusões, um conceito de sociedade como sistema e suas diferenciações, para, então, chegar-se a uma concepção do direito como aquisição evolutiva da sociedade moderna e, assim, dar as bases para uma teoria social do direito.

SOMMARIO

Il focus dell'analisi contenuta in questo lavoro è il fenomeno giuridico fondato sulla complessità del diritto, partendo da un momento teorico definito: la teoria dei sistemi autopoietici proposta da Niklas Luhmann. Nella prima parte del lavoro viene fatto un piccolo riferimento alla teoria della Società proposta da Luhmann, con l'obiettivo di far emergere i fondamenti della sua rete di concetti, così come le sue innovazioni, soprattutto quando essi si riferiscono alla Sociologia. La seconda parte, facendo uso della categoria evoluzione, prova a dimostrare perché il diritto moderno è il diritto positivo e quali sono gli sviluppi teorici e sociali che hanno possibilitato al diritto di essere diverso funzionalmente, affinché diventi un sistema autonomo e complesso. Infine, i concetti di teoria sistemica sono trasposti per il sistema giuridico. L'approccio che viene seguito in questo lavoro è quello del diritto come il diritto positivo della società moderna, attraverso il funzionale-strutturalismo, ciò che ha permeato tutta la costruzione teorica dell'autore studiato. L'obiettivo è identificare, a guisa di conclusioni, un concetto di società come sistema e le sue differenziazioni, per infine, trovarsi la concezione del diritto come l'acquisizione evolutiva della società moderna e in questo modo, dare le basi per una teoria sociale del diritto.

INTRODUÇÃO

Apresentamos, neste breve trabalho, um apanhado da trama teórica que o pensamento do estudioso Niklas Luhmann nos legou. Essa galáxia conceitual, por abarcar uma proposta suficientemente abstrata, formal e genérica para a sociologia – fundando assim um novo paradigma para as ciências sociais – produziu influências na própria concepção sociológica do direito e também na própria teoria do direito.

Basicamente e muito simplificada, podemos dizer que Luhmann empreende um caminho singular quando faz uma leitura sociológica da própria teoria do direito: nisso consiste sua reflexão teórico-social do sistema jurídico.

Utilizando como tema central a teoria dos sistemas e o direito, e como teoria de base a teoria dos sistemas autopoieticos, podemos dizer que o ponto de partida ou o problema dessa pesquisa resume-se na seguinte premissa: demonstrar, através da teoria sistêmica, o direito como um sistema fechado e funcionalmente diferenciado, e para tanto capaz de engendrar complexidade própria para manter sua estrutura social.

Lançando mão desses conceitos retirados da teoria sistêmica é possível demonstrar as limitações estruturais e operacionais do direito, ainda que o discurso tradicional do pensamento jurídico moderno o apresente como cânone da regulação da causalidade engendrada pela realidade do mundo.

Na premissa apresentada estão também incluídas outras questões, referentes aos problemas atuais da ciência jurídica, da teoria do direito e da sociologia jurídica em se “comunicarem” satisfatoriamente, de modo a entender o direito inserido num contexto social complexo; em compreender sua especificidade normativa; sua relação com outros sistemas, como o da moral, da economia, e da política; e, principalmente, sua função e reprodução nessa sociedade.

Somente considerando esses problemas centrais é que poderemos demonstrar, através do marco teórico já assinalado, que o direito tem uma função social limitada pelas determinações de sua própria estrutura. Isso quer dizer que ao produzir um código binário básico - lícito/ilícito - que o caracteriza como *sistema jurídico*, o direito assegura sua auto-reprodução através da rede circular e fechada de suas operações. Só assim ele pode garantir sua própria autonomia, ainda que tenha recursos próprios para se adaptar à crescente complexidade do mundo utilizando-se por exemplo de mecanismos como a abertura cognitiva, a heteroreferência e os acoplamentos estruturais – categorias essas intimamente relacionadas.

Portanto, se o que faz parte do sistema jurídico passa a ser necessariamente direito, justamente porque como sistema comunicativo e autopoietico o direito lê tudo através do seu código lícito/ilícito, ele não pode dar conta de toda a realidade social e muito menos de todas as expectativas engendradas pelo social, a não ser daquelas que ele "aceita" jurisdicizar ou codificar como lícito e ilícito, para continuar se auto-realizando.

Partindo-se dessa perspectiva é possível fazer uma releitura da função do direito em nossas sociedades contemporâneas, para se determinar o real papel da normatividade e da regulação no sistema jurídico e sua influencia no acontecer social.

Entretanto, essas questões só poderão ser satisfatoriamente respondidas se entendermos a teoria da sociedade proposta por Luhmann. Sua matriz sistêmica constrói uma base teórica que parte de perspectivas plurais, onde se entrecruzam, segundo uma proposta interdisciplinar, abordagens relativas à teoria dos sistemas, à teoria da evolução e à teoria da comunicação.

Por isso, nosso trabalho se divide em três partes, muito relacionadas entre si. Entretanto, muitas vezes essas partes não estão ligadas de forma linear, pois o próprio pensamento luhmanniano constrói-se de forma labiríntica e seus conceitos estão sempre referidos uns aos outros (reflexibilidade da teoria), só que de forma autológica e complexa.

O primeiro capítulo, cujo título é *Teoria dos Sistemas e Complexidade*, pretende justamente apresentar, de uma forma sucinta, a teoria luhmanniana da sociedade. Somente assim poderemos entender como o autor interpreta o sistema jurídico dentro dessa sociedade complexa. Para tanto, é necessário marcarmos o próprio ponto de partida da teoria da sociedade, qual seja: uma *distinção*, ou uma diferença produzida entre sistema e ambiente.

Por fiar-se na distinção *sistema/ambiente*, e não mais num esquema sujeito/objeto¹, a sociologia luhmanniana é considerada como a teoria das condições de auto-referência dos sistemas sociais. Em virtude disso, a racionalidade sistêmica tem como núcleo teórico a autopoíesis. Autopoíesis dos sistemas implica em fechamento operacional, auto-referência e circularidade. Nesse contexto auto-referencial, cumpre delimitar os princípios básicos da operação que caracteriza a sociedade, conceituando-se, assim, sociedade como o sistema global de todas as comunicações possíveis. O objetivo principal nesse capítulo é costurar toda a trama conceitual apresentada por Luhmann na teoria da sociedade, para entendermos suas categorias fundamentais, como a observação de segunda ordem, a complexidade, a contingência, diferenciações e evolução dos sistemas. Todas essas considerações marcam um paradigma novo de sociedade.

No capítulo II, cujo título é *Direito e sociedade: uma leitura sistêmica*, pretendemos, tendo como base os conceitos até então desenvolvidos, demonstrar como se deram na sociedade as diferenciações que possibilitaram a evolução do direito até ao que se denomina de diferenciação funcional. Ou seja, demonstrar, através de uma teoria da evolução, como o direito se tornou direito positivo, para assim situarmos o discurso teórico do direito moderno (positivismo jurídico, mais especificamente) e qual a saída luhmanniana para os limites dessa proposta. Vale ressaltar que se apresenta nessa parte uma análise dinâmica do fenômeno jurídico, já que a evolução da sociedade está relacionada como as mudanças estruturais do direito e a primazia de uma

¹ Um dos obstáculos epistemológicos que aponta Luhmann baseando-se em Bachelard. Cf. BACHELARD, Gaston. **La formation de l'esprit scientifique: contribution à une Psychanalyse de la connaissance objective**. Paris: 1947 apud LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della Società**. 6ª edição. Milano: FrancoAngeli, 1994. pp. 13 e seg.

forma de diferenciação em relação a outra é que explicam as aquisições evolutivas do sistema jurídico.

Finalmente, no capítulo III, que se intitula *O direito como sistema social complexo: os fundamentos para uma teoria sociológica do Direito*, procuramos analisar o direito como o *direito da sociedade*. Tentamos, também, esmiuçar nesta parte os modos como opera o sistema jurídico, como se constitui sua estrutura, como ele se mantém autônomo, qual a sua função dentro do sistema social, como se dá a construção de seu código e como ele engendra complexidade interna através dos programas decisoriais, adaptando-se, assim, à sempre crescente complexidade social. Nisto também se insere a análise das formas segundo as quais o sistema jurídico se relaciona com os outros sistemas sociais e como a auto-observação e a autodescrição do direito influenciam na sua própria interpretação. Chegando-se, então, numa parte inquietante da reflexão teórico-social do direito, já que para ela a única certeza é que não podemos afirmar nada com absoluta segurança – inclui-se aqui a relação entre direito e risco.

O método de abordagem utilizado nesse trabalho foi o indutivo. Partindo das premissas contidas na teoria dos sistemas e na teoria da sociedade de Niklas Luhmann, tentamos chegar ao modelo teórico-social do direito, que o apresenta com uma roupagem nova, ou seja, uma nova leitura paradigmática do direito como um sistema que se realiza *com* e *na* sociedade.

A técnica utilizada foi a documentação indireta de fontes bibliográficas. Apesar das dificuldades encontradas em se pesquisar esse tema em nosso país, pois quase nada existe de material que possa ser encontrado nas bibliotecas e livrarias, foi interessante perceber que cada vez mais essa proposta fascinante esta sendo estudada em nossas pós-graduações. Talvez o fascínio esteja justamente na tentativa de transpor nossas pretensões cognoscentes para além das verdades que não nos permitem aprender, ou seja, para produções de verdades contingentes e nunca absolutas.

CAPÍTULO I

TEORIA DOS SISTEMAS E COMPLEXIDADE

*Num mundo que nasce dele,
o homem pode tornar-se tudo.*
Gaston Puel

Fazer uma síntese da construção teórica de Luhmann não é tarefa das mais fáceis, principalmente porque se trata de uma teoria que implica um entrelaçamento de conceitos intimamente relacionados, ou seja, auto-referenciados.

Essa estruturação sistêmica – não conclusiva e não concluída no sentido absoluto do termo – faz parte de um “amadurecimento” crescente que levou o autor ao que se chama de funcional-estruturalismo como descrição e análise dos fenômenos sociais. A tarefa assumida pelo autor de desenvolver uma teoria suficientemente abstrata, que contivesse uma gama de conceitos estreitamente ordenados, para chegar a uma unidade ou um todo que abarcasse uma explicação possível para os fenômenos sociais de forma generalizável, levou-o a uma formalização radical da sociologia.

Assim, o funcional-estruturalismo desenvolvido por Luhmann leva em conta o elemento dinâmico e processual presente na função do sistema, considera a sua evolução através de uma perspectiva probabilística, pois as condições da realidade social são contingentes e, ao mesmo tempo, improváveis, por fim, retira da explicação dos fenômenos sociais o elemento subjetivo,² separando a intenção dos atores do acontecer social.

Verifica-se, portanto, nessa proposta, um rompimento com a tradição iluminista, que descrevia a sociedade partindo do pressuposto de que ela podia ser explicada através da razão, característica peculiar dos seres humanos. O homem é,

² FEBBRAJO, Alberto. Introduzione all'edizione italiana. In: LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale**. Tradução italiana: Alberto Febbrajo e Reinhard Schimidt. Bologna: Il Mulino, 1990. p. 13-14.

nesse contexto, o núcleo fundante da sociedade – como bem resumiu Gaston Puel³ – que se desenvolve num espaço geograficamente delimitado. A racionalidade, então, é um atributo exclusivo dos seres humanos, portadores da razão. A busca por verdades racionais, por princípios válidos para todos e fundamentos com base em certezas intersubjetivas e evidentes são características do Iluminismo racional que se desenvolve, principalmente a partir do século XVIII, no Ocidente. Nesse contexto, as descrições de sociedade, bem como as teorias científicas, que constituem seu fundamento, são justificadas a partir de pressuposições ontológicas para ancorar a razão na ação e, conseqüentemente, no sujeito.⁴

Entretanto, para Luhmann, esse projeto de razão não pode dar conta da hipercomplexidade da sociedade moderna, que ele chama de sociedades funcionalmente diferenciadas⁵. Há, pois, claramente, um rompimento com a base iluminista da sociologia, ou seja, com uma construção teórica linear donde se pode definir ou marcar quem observa (sujeito) do que é observado (objeto).⁶

A negação do esquema sujeito-objeto leva ao que Luhmann chama de auto-implicação e auto-referência da teoria, ou seja, através da unidade que se tem a partir da diferenciação do sistema é que se pode chegar a uma observação de segunda ordem, onde aquele que observa está implicado no próprio observar.⁷ Pode-se dizer, então, que a formalização da teoria proposta por Luhmann implica numa teoria da teoria: uma metateoria cuja distinção inclui a formalização/descrição da formalização.⁸

³ Ver citação no início do capítulo.

⁴ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto e Legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Lecce: Pensa Multimedia, 1998. p. 224. NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. **Estrutura e Função do direito na teoria da sociedade**. Florianópolis. 1994. Dissertação (Mestre em Direito). Curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. p. 27.

⁵ Desenvolveremos este tema mais adiante, especificamente no item 1.4.

⁶ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della Società**. 6ª edição. Milano: FrancoAngeli, 1994. p. 10.

⁷ Ibid., p. 340 e seg.

⁸ Cf NAFARRATE, Javier Torres. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 51, p. 144-161, 2000. p. 145. Formalização aqui é entendida pelo autor como uma disciplina esvaziada de sentido – um signo fazio – que pressupõe um “cálculo capaz de conter o fenômeno social todo”. Desse modo, “o sistema formal construído por Luhmann pertence ao campo da Sociologia, e a descrição, discussão e teorização realizada em torno dos sistemas sociais constituirá uma espécie de metateoria: uma teoria da teoria. O valor dessa distinção empregada por Luhmann (formalização/descrição de tal formalização), consiste no ensejo para levar a cabo minuciosa codificação das diversas operações que intervêm na composição do cálculo forma, sem

Partindo dessas considerações e incluindo ainda no seu desenvolvimento teórico o conceito de autopoiesis⁹, Luhmann define a sociologia como a teoria das condições de auto-referência dos sistemas sociais.¹⁰ A inclusão da autopoiesis para explicar os fenômenos sociais apresenta um novo modelo de racionalidade às ciências sociais. Essa racionalidade, cujo núcleo teórico é a autopoiesis, determina uma nova concepção de sociedade e também de indivíduo nessa sociedade.

O ponto de partida não é mais de uma ciência humanística na qual o indivíduo é pensado como um *a priori*, nem mais uma sociedade que pode ser observada como objeto. A sociedade não é mais pensada como um aglomerado de pessoas ou como um território geograficamente delimitado¹¹ ou, ainda, como um objeto que pode ser descrito, em que a teoria que o descreve não está implicada na descrição. Na perspectiva luhmanniana, ela passa a ser concebida como um sistema porque comunica recorrendo à nova comunicação, ou seja, ela auto-reproduz sua operação peculiar que é a comunicação. Dito de outro modo: a sociedade comunica em si mesma, sobre si mesma e sobre seu ambiente,¹² e somente por isso ela pode reduzir complexidade para depois produzir outras possibilidades de sentido e, assim, mais complexidade.¹³ A auto-reprodução da operação fundamental do sistema

nele interferirem pressuposições enganosas ou preconceitos sociais preconcebidos.” (p. 145-146). Sobre a racionalidade lógico-matemática da teoria sistêmica cf. também GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, especialmente capítulo IV. Cf também sobre o assunto LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., especialmente capítulo 5.

⁹ O conceito de autopoiesis foi desenvolvido, primeiramente, pelo biólogo Humberto Maturana. A utilização etimológica do termo de origem grega – *autós* = por si próprio e *poiesis* = criação produção – serve para demonstrar que cada sistema (vivo) é (auto)construído a partir de seus próprios elementos. Ou seja, eles mesmos possuem redes de processos de produção, transformação e destruição de componentes e, através dessa rede, realizam e reconstróem continuamente suas operações. Juntamente à essa concepção de rede estão implicadas idéias como circularidade e auto-referência. Esses sistemas são, conseqüentemente, homeostáticos e se caracterizam pelo fechamento na produção e reprodução de seus elementos. Isso remete à afirmação de que a evolução e conservação das espécies estaria relacionada com capacidade de reprodução autopoietica e não condicionadas por fatores ambientais. Cf. MATURANA, Humberto. A biologia do conhecer: suas origens e implicações (entrevista). In: MAGRO, Cristina; GRACIANO, Miriam; VAZ, Nelson (org.). **A ontologia da realidade**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001. p. 32-33. NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito In: **Anuário do mestrado em Direito**, Recife, nº 5, p. 273-298, 1992. p. 273. Cf. também MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Autopoiesis and cognition: the realization of the living**. Boston: Dordrecht Reidel, 1980.

¹⁰ ZOLO, Danilo. Autopoesis, autoreferenza e circolarità: un nuovo paradigmi della teoria dei sistemi? In: FORNI, Enrico M. (org.). **Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale**. Bologna: Capelli Editore, 1983. p. 35.

¹¹ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 13 e seg.

¹² Ibid., p. 32.

¹³ Por isso mesmo que a forma da complexidade é um paradoxo. Cf. LUHMANN, N.; DE GIORGI, R. Op. cit., p. 40 e seg.

social, que é circular e recursiva garante, a continuidade do sistema sociedade e, por isso, sua constante recorrência evolutiva.

Por conseguinte, qualquer sistema social – seja ele de interação, organizações ou sociedade – possui uma operação peculiar que o identifica como tal, ou seja, como sistema social. Essa operação é a comunicação.

A comunicação é a única operação genuinamente social e é definida como um procedimento de atribuição de sentido. A comunicação é uma forma que se auto-desdobra, já que constitui “uma proposta de sentido, que pode ser compreendida ou não, aceita ou não”.¹⁴

Através desse tortuoso caminho conceitual proposto por Luhmann, pretende-se, nesse primeiro capítulo, apresentar alguns conceitos fundamentais para se entender a teoria sistêmica luhmanniana e, assim, galgar a uma fundamentação através da qual seja possível incluir o papel do direito e sua relação com a complexidade social.

1.1. O conceito de sistema: a diferenciação sistema/ambiente como requisito da teoria

O ponto de partida para se entender qualquer conceito da teoria dos sistemas é o conceito de forma: nele está subentendido sempre uma distinção ou uma operação que engendra uma diferença.

No operacionismo matemático de Spencer Brown¹⁵ é que se encontra a base para formalização da sociologia luhmanniana. Com ela, Luhmann substitui o

¹⁴ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. **Estrutura e Função do direito na teoria da sociedade**. Florianópolis. 1994. Dissertação (Mestre em Direito). Curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. p. 39.

¹⁵ SPENCER BROWN, George. **Laws of form**. 2ª edição. New York, 1972.

tão caro conceito de objeto da sociologia pelo conceito de *forma* ou *distinção*. Desse modo,

a forma é forma de uma distinção, ou seja, de uma separação, de uma diferença. Opera-se uma distinção traçando uma demarcação que separa duas partes, pela qual não se pode passar de uma parte a outra sem atravessar a demarcação. Forma é, então, uma linha de divisão que marca uma diferença e obriga esclarecer qual parte se indica quando se diz que está de um lado e de onde deve-se começar se se quer produzir novas operações. Quando se efetua uma distinção se indica uma parte da forma; com ela, entretanto, é dada ao mesmo tempo a outra parte da forma: ou seja, é dado contemporaneidade e diferença temporal. Indicar é também distinguir, assim como distinguir é também indicar. Cada parte da forma é, então, a outra parte da outra parte. Nenhuma parte é alguma coisa por si mesma (...). Nesse sentido forma é auto-referência desenvolvida (...) no tempo. E, de fato, para atravessar o limite que constitui a forma deve-se sempre partir, respectivamente, da parte que foi indicada e necessita-se de tempo para efetuar uma ulterior operação.¹⁶

Partindo desse conceito é possível verificar que a unidade da forma (distinção) é um paradoxo, pois produz uma diferença, e essa diferença obriga a fazer uma escolha, ou seja, determinar com qual operação trabalhar para que se perpetue a forma.¹⁷

¹⁶ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 17. Tradução livre: “La forma è forma di una distinzione, quindi di una separazione, di una differenza. Si opera una distinzione tracciando una demarcazione che separa due parti, er cui non si può passare da una parte all'altra senza attraversare la demarcazione. Forma è allora una linea di confine che segna una differenza e constringe a chiarire quale parte si indica quando si dice che ci si trova da una parte e dove si deve cominciare se si vuole procedere a nuove operazioni. Quando si effettua una distinzione, si indica una parte della forma; con essa però è data allo stesso tempo l'altra parte: è data cioè contemporaneità e differenza temporale. Indicare è insieme: distinguere, così como: distinguire è insieme: indicare. Ogni parte della forma, allora, è l'altra parte dell'altra parte. Nessuna parte è qualcosa per se stessa. (...) In questo senso forma è autoreferenza svolta (...) nel tempo. E infatti, per attraversare il confine che costituisce la forma si deve sempre partire, rispettivamente, dalla parte che si è indicata e si ha bisogno di tempo per effettuare una ulteriore operazione.”

¹⁷ NAFARRATE, Javier Torres. Op. cit., p. 148.

Assim, no conceito de forma, as partes são diferenciadas segundo o pressuposto que ambas sejam determinadas respectivamente, cada uma através do retorno a outra. Isso não significa uma “conciliação” entre as partes ou uma relação entre suas oposições; significa antes o pressuposto da distinguibilidade de uma distinção.

Indicar (ou distinguir), enquanto operação interior ao sistema, consiste no seguinte: fixar uma forma e, como conseqüência, instaurar uma diferença, que produz ao mesmo tempo contemporaneidade e necessidade de tempo.¹⁸ Nesse sentido, a distinção implica a si mesma e torna, por isso, autológica cada teoria que faça uso dela.¹⁹

Através desse “cálculo” – vazio de significado – é que se interpreta a distinção sistema/ambiente. Pode-se, com base nisso, dizer que sistema é uma forma, ou seja, uma distinção que marca uma diferença entre o sistema e seu ambiente.

A diferenciação *sistema/ambiente* tem uma posição central no desenvolvimento da teoria, mas isso só num único sentido: a partir da distinção, ou seja, da forma sistema/ambiente, pode-se organizar o contexto de uma multiplicidade de distinções. Isso é possível através de um procedimento indutivo que consiste na tentativa de estabelecer o que as generalizações de uma forma significam para as outras formas.

A representação sistema/ambiente significa dizer, de modo geral, cada forma-em-duas-partes [*ogni forma-a-due-parti*]. Mas esse modo de representar sistema/ambiente como duas partes de uma forma, não impede que as partes existam separadamente. O limite produzido pela forma sistema também não quer dizer que o sistema está isolado do seu ambiente. O sistema não existe sem seu ambiente, mas as operações são possíveis somente como operações de um sistema.

¹⁸ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 18.

¹⁹ Ibid., p. 66.

Aqui cabe uma ressalva: os sistemas não existem sem seu ambiente, mas jamais são determinados por ele. O sistema significa (dá sentido) as perturbações produzidas pelo ambiente com operações que lhe são próprias. As perturbações do ambiente são privadas de sentido quando atingem o sistema; só ele é que pode organizar-se e produzir sua própria ordem.²⁰

Mas o sistema pode operar também como observador da forma; pode observar a unidade da diferença, a *forma-a-due-parti* como forma: ele pode fazer isso só se puder formar uma outra forma, ou seja, quando a distinção a sua volta puder operar uma outra distinção. Portanto, os sistemas suficientemente complexos podem aplicar a si mesmos a distinção *sistema/ambiente*, através de uma operação que realize tal aplicação. Em outras palavras: os sistemas podem distinguir eles mesmos do seu ambiente, mas somente como operação que tem lugar no próprio sistema.²¹ A distinção sistema/ambiente é utilizada como modo de observação e descrição pela própria teoria dos sistemas: é aqui que se insere o requisito da teoria, ou seja, sua auto implicação.²² É assim que os sistemas sociais se autodiferenciam, operando de modo que observe e determine sua distinção do ambiente.

Como a forma é a distinção mesma e como ela obriga a indicar uma ou outra parte, não pode ela mesma realizar a própria unidade. A unidade da forma é um “*terzo escluso*” [terceiro excluído] que não pode ser observado, já que se observa com o auxílio da forma. Aqui se assinala um ponto fundamental para a nova teoria da sociedade: não existe um sujeito que observa um objeto dado: o próprio observar é uma operação que engendra uma forma, ou seja, uma distinção. Portanto, o *observador* (não somente num sentido de sujeito) é aquele que distingue e indica ao mesmo tempo. Como o observar

(...) é uma operação que deve ser efetuada sempre em um sistema autopoietico e que indica este sistema nesta função como observador, isto implica em afirmar: o observador é o *terzo escluso* do seu observar. No observar ele não

²⁰ Ibid., p. 18.

²¹ Ibid., p. 19.

²² Ibid., p. 20.

pode ver a si mesmo (...). A distinção que o observador respectivamente utiliza para indicar uma ou outra parte, serve como condição invisível do ver, como ponto cego. E isto vale para qualquer observar, independentemente do fato que a operação seja psíquica ou social, que seja realizada como processo atual da consciência ou como comunicação.²³

Assim, uma teoria da sociedade, que se utiliza da distinção sistema/ambiente para se autodescrever, só pode fazê-lo através de uma observação de segunda ordem,²⁴ onde está implicado o próprio observar: observa-se, por conseguinte, o observar, descreve-se a descrição, para a partir desse procedimento recursivo, se chegar a uma “fórmula” que resista à extrema contingência do mundo.

Juntamente com a observação de segunda ordem, inclui-se como condição da teoria dos sistemas o teorema da dupla contingência. Daí infere-se que

“a simples contingência do existente num horizonte indeterminado de outras possibilidades, ainda não contém nenhum indício sobre os limites da variação. É preciso pressupor um observador que coloque restrições de acordo com seus interesses, suas preferências, suas memórias. Numa contingência de dupla posição aquilo que se constitui como sistema, torna-se capaz de auto-restrição. Chamemos as duas posições de ego e alter. Torna-se então claro que aquilo

²³ Ibid., p. 23-24. Tradução livre: “... è sempre un’operazione che deve essere effettuata da un sistema autopoietico e che indica questo sistema in questa funzione come osservatore, questo porta ad affermare: l’osservatore è il terzo escluso del suo osservare. Nell’osservare egli non può vedere se stesso. (...) La distinzione che l’osservatore rispettivamente utilizza per indicare l’una o l’altra parte, serve come condizione invisibile del vedere, come punto cieco. E questo vale per ogni osservare, indipendentemente dal fatto che l’operazione sia psichica o sociale, che venga realizzata come processo attuale della coscienza o come comunicazione.”

²⁴ Para Luhmann a observação de segunda ordem é um dos requisitos para a teoria dos sistemas sociais, justamente porque explica, de forma coerente com a teoria, a auto implicação da mesma. Por isso ele afirma que “a estrutura social da sociedade moderna não dispõe mais de posições a partir das quais se pudesse, com autoridade, fazer pronunciamentos sobre o mundo. O mundo, da mesma forma, retirou-se para o inobservável.” Assim somente uma observação da observação é que pode, segundo o autor, dar conta da complexidade do mundo através da sua (auto)descrição como possibilidade de acesso à inacessível realidade do mundo. Cf. LUHMANN, Niklas. Por que uma “Teoria dos Sistemas”? In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). **Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Goethe Institut, 1997. p. 37.

que ego dá a conhecer como expectativa restringe o espaço de liberdade de alter.”²⁵

Nesse contexto, a categoria do observador demonstra como se dá a auto-referência nos sistemas, que implica também em considerar a sua autopoiesis. Por conseguinte, o conceito de sistema remete ao conceito de ambiente e ambos não podem ser isolados nem logicamente, nem analiticamente.²⁶ Ao mesmo tempo, porém, é necessário acentuar que isso diz respeito somente a um observador que observa mediante a distinção sistema/ambiente.

Sistemas autopoieticos são, portanto, sistemas que produzem não somente sua estrutura, mas também os elementos dos quais eles são compostos. Em um plano temporal os elementos dos sistemas são operações. Esses elementos ou operações dos quais são constituídos os sistemas não têm uma existência independente: eles são produzidos no sistema exatamente pelo fato de serem utilizados como distinções. Os elementos são informações, são distinções que fazem diferença no sistema. E nesse sentido são unidades de uso para a produção de unidade de uso.²⁷ A autopoiesis refere-se, assim, ao nível operativo dos sistemas, indicando que eles são constituídos por elementos autoproduzidos.²⁸

A tese de que os sistemas reproduzem suas próprias operações, remete a outra: a de que os sistemas são fechados operacionalmente. Esse fechamento se dá

²⁵ LUHMANN, Niklas. Por que uma “Teoria dos Sistemas”? Op. cit., p. 38.

²⁶ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 23. Vale lembrar que, para Luhmann, não há uma “hierarquização” ou uma maior importância ao que se entende por sistema e ambiente: o ponto de partida é sempre a diferença (lembramos do conceito de forma). O ambiente deve ser considerado sempre como ambiente de um sistema que, em relação ao sistema, representa um horizonte de possibilidades que não estão incluídas no sistema. Sem referência ao ambiente, o sistema não pode gerir a própria complexidade, já que há um desnível enorme entre a complexidade que o sistema pode organizar internamente e a complexidade do ambiente, que contém todas as possibilidades. O ambiente de determinado sistema inclui, também, a diferenciação sistema/ambiente de outros sistemas, que não estão disponíveis ao sistema. Portanto, cada tentativa de influência do sistema no seu ambiente, significa uma transformação no ambiente de outros sistemas. Cf. BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. **Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 208-210.

²⁷ Ibid., p. 21

²⁸ LUHMANN, Niklas. Por que uma “Teoria dos Sistemas”? In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). **Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Goethe Institut, 1997. p. 41.

tanto no plano estrutural como no plano operativo. Isso possibilita chamar os sistemas autopoieticos de sistemas operacionalmente fechados ou auto-referenciais. Dizer que um sistema é auto-referente significa explicitar que a reflexibilidade do sistema só pode se dar num ambiente e com relação a ele.²⁹ Apenas desse modo, ele pode construir complexidade própria, para especificar sob quais aspectos reage às condições de seu ambiente.³⁰

Aqui se inclui o conceito de acoplamento estrutural: ele designa quais são e como se dão as “dependências” do sistema em relação ao ambiente ou, mais precisamente, como essas “dependências” se compatibilizam com a auto-reprodução do sistema³¹. Isso não quer dizer que o ambiente influencia ou determina as operações do sistema, ele apenas produz perturbações (“ruídos”) – sem qualquer pressuposto causal – que só são reconhecidas porque o próprio sistema processa essas informações com operações que lhe são próprias.

Pode-se dizer que a “quantidade” e a “qualidade” das relações ou trocas entre sistema e ambiente se dão conforme a predisposição do sistema se deixar influenciar ou irritar, ou seja, segundo sua própria irritabilidade. E isso varia conforme a complexidade cognitiva do sistema.³² Conseqüentemente, o sistema é operativamente fechado, porém, é cognitivamente aberto. Essa abertura cognitiva só é possível devido ao fechamento operacional. Portanto, ser aberto implica, também, ser fechado.³³

²⁹ Ibid., p. 40.

³⁰ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 22.

³¹ LUHMANN, Niklas. Por que uma “Teoria dos Sistemas”? Op. cit., p. 42.

³² Ibid., p. 43.

³³ Cf. LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos na Teoria dos Sistemas. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). Op. cit., p. 52, quando se refere aos sistemas cognitivos, incluindo neles a sociedade. Essa formulação (paradoxal) explica o paradoxo dos sistemas de observação: “Todos os sistemas cognitivos operam como sistemas reais no mundo real. (...) Mas suas operações cognitivas, suas observações e naturalmente também suas percepções fundamentam-se justamente num desacoplamento dessa realidade. Nos conhecemos o mundo externo apenas porque o acesso a ele é bloqueado. O conhecimento não é um tipo de imagem do ambiente no sistema, mas formação de construções próprias, de complexidade própria que não pode ser estruturada e menos ainda determinada, mas apenas irritada pelo ambiente. (...) Nós conhecemos a realidade porque somos excluídos dela – como do paraíso. Ou para formularmos novamente de forma paradoxal: os sistemas cognitivos operam como sistemas abertos ao ambiente, por que e na medida em que operam fechados de modo auto-referencial. Ser aberto fundamenta-se em ser fechado.”

Qualquer abertura do sistema só se justifica devido a seu fechamento, e isso se dá porque

as operações auto-referenciais não absorvem o sentido global, não possuem um 'efeito totalizante' mas, qualquer que sejam os fatores que concorrem para constituição do sistema (elementos, processos, o próprio sistema), são fenômenos não 'puros', não referidos 'somente e exclusivamente' a si, mas em grau de combinar auto-referenciabilidade e heteroreferenciabilidade".³⁴

Como ocorre em qualquer sistema, também nos sistemas cognitivos não há trocas com o ambiente. Assim, "o conhecimento é possível, não apesar de, mas porque o sistema não pode estabelecer nenhum contato com o ambiente. Justamente por essa razão o sistema é dependente, na sua relação com o ambiente, da forma de mero conhecimento".³⁵

Às operações do sistemas que se caracterizam como observações se aplicam, portanto, as condições do fechamento operacional. Isso ocorre, porque é necessário marcar através da observação, quais as operações que no sistema não se confundem com o ambiente. De outro modo, "o sistema nunca chegaria a construir sua própria complexidade e seu próprio saber, se fosse continuamente confundido com o ambiente".³⁶ Aqui se inclui (por operações internas ao sistema) a diferença entre auto e heteroreferência, ou seja, o sistema designa, no seu âmbito interno, o que é auto-referência e heteroreferência para, então, tornar-se capaz de operar cognitivamente.

Daí o autor dizer que a teoria da sociedade pressupõe sua própria inclusão como social: é uma teoria da sociedade na sociedade. E isso

³⁴ FEBBRAJO, Alberto. Op. cit., p. 24. Tradução livre: "... le operazioni autoreferenziali non assorbono il senso globale, non hanno un 'effetto totalizzante' ma, quali che siano i fattori che concorrono alla costituzione del sistema (elementi, processi, sistema stesso), essi sono fenomeni non 'puri', non referiti 'solo ed esclusivamente' a sé, ma in grado di cominare autoreferenzialità e eteroreferenzialità."

³⁵ LUHMANN, Niklas. Por que uma "Teoria dos Sistemas"? Op. cit., p. 43.

³⁶ Ibid., p. 44.

necessariamente diz respeito à diferenciação entre auto-referência e heteroreferência dos sistemas. Ao utilizar como ponto de partida a abordagem teórico-diferencial, os sistemas podem identificar uma unidade: a unidade da diferença. Isso quer dizer, paradoxalmente, que, ao se diferenciar, o sistema produz sua própria unidade.

Assim, as observações do mundo se dão por intermédio de um observador, através de um sistema. Essa constatação – relativista – é a garantia de que nem tudo vale; o que vale é apenas o que o sistema torna possível através do seu fechamento operacional.

Aqui se inclui a universalidade da teoria, que significa uma ocupação com o mundo, visto a partir da especificidade da diferenciação sistema/ambiente. Isso quer dizer que a teoria

abrange (...) tudo o que existe, mas somente com a condição de que seja indicado, a cada vez, se se trata de sistema ou de ambiente. Trata-se de uma teoria global, que não deixa de fora nada do que existe; mas, simultaneamente, [trata-se] da aplicação de uma diferenciação (...) que obriga a indicar exatamente, a cada vez, de qual referência do sistema se parte e qual é, visto de um determinado sistema, seu ambiente".³⁷

Segundo essa afirmativa, subentende-se que o próprio sistema – aqui se referindo à teoria – aplica a si mesmo a forma sistema/ambiente ou, dito de outro modo, o sistema se orienta internamente por essa diferença. Por conseguinte, quando se teoriza sobre determinado sistema, o resultado e a premissa da pesquisa são aplicados à própria teoria (auto-implicação). Justamente aqui é que se insere, para a teoria dos sistemas, o tema da racionalidade.

³⁷ LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos na Teoria dos Sistemas. Op. cit., p. 50.

Para falar sobre a racionalidade do sistema é necessário delimitar de onde se parte. Não se considera mais, segundo a abordagem teórico-diferencial, a idéia de razão como algo pertencente à natureza humana, assim como a idéia de racionalidade reduzida a estado mental do sujeito.³⁸

A teoria dos sistemas autopoieticos coloca o problema da racionalidade na questão da unidade das diferenciações. Desse modo pode-se anunciar, através da distinção sistema/ambiente, uma pretensão de racionalidade.

A questão da relação entre racionalidade e realidade é um problema que interessa à teoria dos sistemas, porque, o aporte referente à observação, remete, necessariamente, a questão da racionalidade. Se se considera uma observação como operação do sistema – o que nos leva a uma distinção do mesmo – para se indicar uma parte da forma, a própria operação, por seu turno, leva a outras distinções. Isso indica que a observação opera uma distinção e que em qualquer distinção o observador é terceiro excluído (*terzo escluso*) do seu observar. Entretanto, ele garante, com a sua autopoiesis, a realidade de suas operações e de tudo que pode ser pressuposto como mundo na contemporaneidade.

Contudo, a praxe do distinguir mediante indicação não aparece na distinção. Ela não pode ser indicada, a não ser através de uma outra distinção. Ela é o ponto cego do observar e por isso mesmo é lugar da racionalidade.³⁹ Assim,

cada observação enquanto operação pressupõe instrumentos, isto é, diferenciações específicas a ela, que ela, no momento de sua utilização não pode observar (...). Cada observação adicional, por parte do mesmo ou de outro observador, pode abranger este 'ponto cego', mas somente às custas de submeter-se a um outro. [Portanto,] há a possibilidade de que, no processamento contínuo da observação de observações e da descrição de

³⁸ De fato, todos os marcos teóricos de desenvolvimento do conceito de racionalidade partem da dicotomia racionalidade/irracionalidade. Basta analisar o método cartesiano. Sob esse ponto de vista, a racionalidade não é entendida em si mesma. Não se coloca, portanto, a questão da unidade entre as diferenças racional/irracional. Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 55-56.

³⁹ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 57.

descrições, se estabilizem ‘estados peculiares’ do sistema, que também sob essas condições mantêm um valor de orientação”.⁴⁰

Mas esses “estados” não são, contudo, absolutos, e mantêm sempre o caráter contingencial do sentido dado pelo observador.

Esse problema da racionalidade colocado como um paradoxo pode ser resolvido através de um conceito também paradoxal: retorno da forma na forma ou da distinção naquilo que é distinto (*re-entry*). Um observador deste *re-entry* tem a possibilidade de descrever um sistema tanto de dentro (compreendendo a própria descrição-autodescrição), quanto de fora. Ele possui, portanto, a capacidade de assumir tanto um ponto de vista interno quanto um externo muito embora não possa concluir ambas as operações contemporaneamente, porque para isto deve utilizar a distinção interno/externo. Mas essa impossibilidade pode ser compensada pela própria possibilidade de observar o próprio observar, algumas vezes, de outra posição⁴¹.

Aplicada à distinção de sistema e ambiente, esta regra do *re-entry* requer que a distinção sistema/ambiente se represente no sistema. O sistema produz e observa a diferença entre sistema e ambiente: ele a produz operando e a observa, porque este operar requer, no contexto da própria autopoiesis, uma distinção entre auto-referência e heteroreferência, a qual depois pode ser objetivada na distinção sistema/ambiente.⁴² Assim, a racionalidade do sistema pressupõe um retorno da forma na forma.

Pelo fato de operar de modo autopoietico, o sistema traça um limite, constrói uma forma e deixa de lado todo o resto. Em consequência, ele pode observar aquilo que é excluído como ambiente e a si mesmo como sistema. Com a distinção entre auto-referência e heteroreferência ele pode observar e, uma vez que faz isto, pode continuar a própria autopoiesis.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da Teoria da Sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). Op. cit., p. 72.

⁴¹ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 58.

A auto-observação não pode nunca revogar aquilo que aconteceu, pelo fato dela mesma o utilizar e o perpetuar no contexto da autopoiesis. Ela não pode nem mesmo alcançar aquilo que produziu de modo autopoietico como diferença. No real operar ela divide o mundo, o espaço não marcado (significado), em sistema e ambiente e o resultado se subtrai à compreensão observante.

Depois dessas reformulações do problema, a racionalidade não se mostra mais como paradoxal, mostra-se impossível.⁴³ Porém, é possível aproximar-se dela. Um sistema pode construir complexidade própria e, então, irritabilidade. Ele pode integrar a distinção sistema/ambiente de ambas as partes mediante ulterior distinção e, assim, pode alargar suas possibilidades de observar. Ele pode reutilizar indicações e, com isso, condensar referências ou mesmo não reutilizá-las, ou seja, cancelá-las. Ele pode recordar e esquecer e assim reagir à frequência das irritações. Desse modo, o retorno da distinção – naquilo que é distinto – pode ser enriquecido e fornecido pelas mais complexas possibilidades de conexões. Resumindo, “racionalidade do sistema significa: expor à realidade e submeter a prova em relação a ela uma distinção, ou seja, a distinção entre sistema e ambiente.”⁴⁴ A racionalidade funcional pensada por Luhmann tem a capacidade de guiar o sistema, facilitando sua relação com um mundo extremamente complexo. Através dela o sistema reduz complexidade e aumenta o seu potencial de estabilização diante do ambiente mutável.

Portanto quando se parte da teoria dos sistemas como base para uma teoria da sociedade, deve-se levar em conta que a realidade (ou as suas descrições) não possui uma fórmula conclusiva, ela só pode ser delimitada através da observação de segunda ordem, isto é, a partir da observação de observadores. Nesse mesmo sentido, a racionalidade não possui um caráter normativo: ela é apenas mero procedimento para descrição da realidade.

Assim, a realidade e a racionalidade possuem um caráter contingencial, dependente, tanto estruturalmente como operacionalmente, dos sistemas. Isso

⁴² Idem.

⁴³ Ibid., p. 59.

⁴⁴ Idem. Tradução livre: “Razionalità del sistema significa: esporre alla realtà e sottoporre a prova rispetto ad essa una distinzione, cioè la distinzione tra sistema e ambiente.

explica porque a teoria dos sistemas sociais pode se autodefinir como hipercomplexa e ultrapassar a “lógica bivalorativa convencional da verdade”,⁴⁵ principalmente no que se refere a seus próprios pressupostos epistemológicos.

1.2. Sistema Social e Complexidade

Para uma discussão profícua sobre a complexidade e sua relação com o sistema social, deve-se levar em conta que a complexidade é um conceito da observação e da descrição. Já foi explanado que a observação pressupõe sempre um observador, que através da observação de segunda ordem, ou seja, da distinção sistema/ambiente, torna possível significações da parte que é indicada na distinção.

Por ser produto da observação, a complexidade é um conceito paradoxal: é a unidade de uma multiplicidade⁴⁶ munida de sentido⁴⁷. Como os sistemas sociais e psíquicos se baseiam em construções de sentidos que possibilitam sempre outros e sempre novos significados, as experiências vividas e ordenadas pelo sentido se constroem sobre a dupla estrutura da complexidade e da contingência.

Complexidade indica que sempre existem mais possibilidades de experiências e de ação do que pode ser atualizada ou significada pelos sistemas. E a contingência significa o fato de que há horizontes de experiências atuais, e o ulterior agir segundo esse horizonte são somente possibilidades, as quais podem apresentar-se também de modo diverso. A complexidade e a contingência, na forma de sentido, regulam a elaboração seletiva da experiência vivida.⁴⁸

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. Por que uma “Teoria dos Sistemas”? Op. cit., p. 46.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 41.

⁴⁷ O sentido é analisado segundo a sua função e a realização dessa função pressupõe sistemas constitutivos de sentido, ou seja, um contexto de sentido enquanto tal. Nesse contexto está incluído tanto os sistemas psíquicos como os sistemas sociais. Cf. LUHMANN, Niklas. Il senso come concetto fondamentale della sociologia. In: LUHMANN, Niklas; HABERMAS, Jürgen. **Teoria della Società o Tecnologia sociale: che cosa offre la ricerca del sistema sociale?** Trad. italiana de Riccardo Di Corato. Milano: Etas Libri, 1983. p. 16.

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. Il senso come concetto fondamentale della sociologia. In: LUHMANN, Niklas; HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 20.

A forma da complexidade se torna operativa no sistema pela observação de segunda ordem, que através do sentido torna possível relações entre os elementos do sistema e, portanto, suas operações. Ela demonstra, também, que é impossível a conexão de todos os elementos do sistema ao mesmo tempo. “É necessário condicionar – limitar – as possibilidades de relação entre os elementos. Complexidade implica, então, em necessidade de seleção”.⁴⁹

As ligações entre os elementos dos sistemas são, portanto, seletivas e isso indica que a complexidade do sistema depende da sua capacidade – adquirida evolutivamente – de auto-organizar-se de acordo com sua estrutura.

O ambiente do sistema apresenta, ainda, sempre mais possibilidades de informação do que ele pode suportar. Há, então, uma diferença de complexidade entre sistema e ambiente. Isso leva o sistema, para poder constituir organização própria, substituir sua menor complexidade em relação ao ambiente pela seletividade, ou seja, através de uma diferenciação entre interno e externo, os sistemas reduzem complexidade mediante a seletividade. Em outras palavras: ao selecionar informações, o sistema reduz complexidade, para poder manter sua estrutura e, ao mesmo tempo, sua complexidade. Assim, “redução da complexidade implica em manutenção seletiva de um âmbito de possibilidades sobre bases estruturais (...), o resto permanece fora como ambiente”.⁵⁰

Entretanto, qualquer seleção do sistema traz consigo a contingência dessa seleção, que indica que algo poderia ser diverso do que é, ainda que se apresente como tal. Dito de outro modo, contingente é aquilo que não é necessário nem impossível, ou seja, é aquilo que pode ser assim como efetivamente é (era, será) mas é possível também diversamente.⁵¹ Assim, “o conceito indica aquilo que é dado (...) em vista de uma possível diversidade, isso denota objetos sob o horizonte de possíveis modificações”.⁵²

⁴⁹ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 41.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale**. Tradução italiana: Alberto Febbrajo e Reinhard Schimidt. Bologna: Il Mulino, 1990. p. 208.

⁵² Idem. Tradução livre: “Il concetto indica ciò che è dato (...) in vista di una possibile diversità; esso denota oggetti sull’orizzonte di possibili modificazioni.”

A complexidade implica, então, em seleção de possibilidades e a contingência na aceitação de riscos. Em outras palavras, complexidade significa seletividade ou atualidade de experiências e a contingência relaciona-se com os riscos de desilusões e com necessidade de comprometer-se nos riscos.⁵³

Quando se faz referência a sistemas sociais, a redução da complexidade se dá pela seleção comunicativa e a contingência é transposta para o plano da dupla contingência. Já foi referido genericamente no item anterior como se processualiza a dupla contingência. No âmbito do sistemas sociais, entretanto, faz-se necessário algumas especificidades.

Pelo teorema da dupla contingência é possível entender as relações e as diferenças existentes entre sistemas sociais e sistemas psíquicos. O acoplamento estrutural existente entre ambos – também chamado de interpenetrações⁵⁴ - possui características peculiares, porque ambos são sistemas que co-evoluem, ou seja, um é pressuposto do outro.

Nesse contexto, alter e ego se relacionam através de um horizonte de sentido aberto a cada um, que o vivencia pela experiência em si mesmo e no outro.⁵⁵ Defrontar-se com essa realidade significa, contudo, aceitar uma situação indeterminada e imprevisível (afinal, ego não pode ter segurança absoluta da reação de alter e vice-versa) que confere a ambos um significado estruturante.

Assim, o processo de compreensão ou de aprendizagem entre os pares (alter/ego) é sempre reflexivo: é sempre referente àquele que aprende, dentro do limite onde se dão as operações do sistema – seja ele psíquico ou social. Ao mesmo tempo isso também se dá de forma auto-referencial: o conhecimento ou o sentido dado por ego depende da referência (interior a ele e, por isso, auto-referência) que a relação com alter proporciona. Na realidade, os acontecimentos de determinado

⁵³ LUHMANN, Niklas. Il senso come concetto fondamentale della sociologia. Op. cit., p. 19.

⁵⁴ Cf. capítulo referente ao tema in: LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Op. Cit., p. 351-412. Cf. também NICOLA, Daniela. Op. cit. p. 43 e seguintes.

⁵⁵ As experiências subjetivas de sentido encontram sempre como pressuposto os homens entendidos como alter ego, ou seja, como sujeitos co-constituintes. As constituições de sentido e de mundo devem ser reconhecidas como prestações intersubjetivas. Isso significa levar em conta a contingencia social ou a consideração dos fatos do ponto de vista de outras possibilidades. Cf. LUHMANN, Niklas.

sistema psíquico são imperscrutáveis aos outros. Isso que dizer que cada um constitui para o outro caixas pretas (*black box*), imprevisíveis e indetermináveis, “devido à impossibilidade de observação externa dos critérios seletivos utilizados na autopoiesis de cada um”.⁵⁶

A relação entre ego e alter se dá, portanto, a partir do pressuposto da imprevisibilidade e da indeterminação.⁵⁷ A referência ao outro é interna ao sistema e só assim é possível uma “transparência” capaz de produzir comunicação entre os pares. Desse modo,

os dois sistemas permanecem separados, não se fundem e não se compreendem melhor do que antes; qualquer um deles se concentra sobre aquilo que pode observar no outro sistema como sistema dentro de um ambiente (...) e cada um aprende, de modo auto-referencial, internamente à própria perspectiva de observação.⁵⁸

Entretanto, os sistemas podem tentar condicionar aquilo que observam e, somente devido a essa ordem emergente, determinada pela complexidade, torna-se possível a existência dos sistemas sociais. Pela complexidade estruturada pode-se controlar a indeterminação dos comportamentos ou das ações, e isso se dá através da estabilização das expectativas. Aqui subentende-se que não se estabiliza comportamentos ou ações, mas sim que o comportamento é determinado ou escolhido de acordo com determinada expectativa⁵⁹.

Le teorie moderne del sistema come forma di analisi sociale complessiva. In: LUHMANN, Niklas; HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 2-3.

⁵⁶ NICOLA, Daniela. Op. cit. p. 45.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Op. cit., p. 212.

⁵⁸ Ibid., p. 212-213. Tradução livre: “I due sistemi restano separati, non si fondono e non si comprendono meglio di prima; ciascuno di essi si concentra su ciò che è in grado di osservare nell’altro sistema come sistema-entro-un- ambiente (...) e ciascuno impara, in modo autoreferenziale, all’interno della propria prospettiva di osservazione.”

⁵⁹ As expectativas são estruturas sociais e psíquicas que têm a função de orientar de modo relativamente estável a comunicação (sistemas sociais) e o pensamento (sistemas psíquicos) diante da complexidade e da contingência do mundo. Elas se formam com seleções específicas de cada sistema diante de um âmbito de possibilidades de sentido que podem ser escolhidos – isso mantém a

As interpenetrações entre sistemas sociais e psíquicos pressupõe, também, que as concepções de pessoa, memória, consciências, aprendizagem, etc., ou seja, os fatores compreendidos como psicológicos, estão inseridos como realidades do sistema social. Nesse sentido, a experiência da contingência⁶⁰ proporciona um ganho estrutural que dá ao sistema a possibilidades de escolhas ou de ações determinadas, mas que podem ser diversas, ou melhor, que é também possível outra coisa qualquer.

Das relações oriundas de sistemas indeterminados uns para os outros, emergem ações, isto é, seleções imputadas a um sistema.⁶¹ Por conseguinte, sempre interessa a uma das partes a aceitação ou recusa da ação pela outra (a comunicação se dá também por essa premissa básica). Então,

(...) aquilo que conta é viver experiências em relação ao ambiente, pelo simples fato que é possível agir considerando o outro se se tem conhecimento de como nós mesmos somos vistos por este último dentro do seu ambiente. O resultado generalizado de que nós operamos permanentemente em uma tal condição de dupla contingência configura, em fim, a dimensão social de cada forma de

complexidade do mundo reduzida para o sistema. Para tornar-se mais condensada, as expectativas são generalizadas – isso mantém o sistema imunizado contra possibilidades que não são selecionadas pela sua estrutura. As generalizações de expectativas permitem ao sistema tornar-se indiferente em relação às diversidades materiais e temporais e conseguir uma elevada capacidade de abstração e um alto grau de invariabilidade. Cf. LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 53 e seg. DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto...** Op. cit., p. 229. . BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. **Luhmann in Glossario**. Op. cit., p. 46-49.

⁶⁰ Ao levar em conta a contingência do mundo, a teoria dos sistemas considera o devir como ponto de partida da teoria da sociedade. “A contingência social da experiência de sentido não é outra coisa que um aspecto daquela complexidade do mundo não mensurável, que deve ser reduzida mediante a formação do sistema.” Os sistemas sociais são sistemas que se identificam através do sentido, seus limites não são naturais: são limites em confronto com aquilo que pode ser relevante nas conexões de sentido. Para os sistemas sociais, os limites de sentido são a garantia de que os sistemas podem produzir atos seletivos e garantir sua organização e sua estrutura enquanto sistema. “O sentido é uma determinada estratégia do comportamento seletivo, condicionado pela alta complexidade”. Deve-se considerar, contudo, que através do ato seletivo, “o mundo não se restringe ao âmbito de atenção escolhido, mas permanece conservado como horizonte para o reinvio de outras possibilidades e, com isso, constitui o terreno de outras seleções sucessivas.” Cf. LUHMANN, Niklas. *Le teorie moderne del sistema come forma di analisi sociale complessiva*. In: LUHMANN, Niklas; HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 4.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Op. cit., p. 215.

sentido, vale dizer, a possibilidade de perguntar-se, a propósito de cada sentido, como ele é experimentado e assimilado pelos outros.⁶²

Portanto, sistemas sociais e sistemas psíquicos, através da dupla contingência, colocam suas complexidades à disposição um do outro. E isso ocorre somente porque ambos operam autopoieticamente e com base no sentido. Esses sistemas pressupõe-se reciprocamente, já que “o sentido permite à consciência compreender e reproduzir a si mesma na comunicação e permite também, por outro lado, a imputação da comunicação à consciência dos participantes”.⁶³

Não obstante, a dupla contingência revela, juntamente com o condicionamento de comportamentos a partir da expectativa sobre expectativa,⁶⁴ a possibilidade de evolução sócio-cultural para os sistemas sociais. As ações dos sistemas não se dão sem algum pressuposto ou sem uma expectativa, qualquer que seja ela: é isso que demonstra a relação alter/ego. Contudo, essa “determinação”, devido à contingência, possibilita sempre algo diverso, ou seja, a possibilidade de outra coisa qualquer. E isso confirma, em conjunto com a auto-referência, que a sociedade é um sistema autopoietico.

A autopoiesis do sistema social se dá através da reprodução recursiva de sua operação peculiar que é a comunicação. Os sistemas que operam com base no sentido dispõem de ligações somente seletivas entre seus elementos, a qual possibilita uma organização interna e as significações das interpenetrações com os demais sistemas – que configuram sempre ambiente uns para os outros. Essa

⁶² Ibid., p. 216. Tradução livre: “... ciò che conta è vivere esperienze in relazione all’ambiente - per il semplice fatto che è possibile agire tenendo conto del *partner* solo se si è a conoscenza di come noi stessi siamo visti da quest’ultimo entro il suo ambiente. Il risultato generalizzato del fatto che operiamo permanentemente in una tale condizione di doppia contingenza configura, infine, la dimensione sociale di ogni forma di senso, vale a dire la possibilità di chiederci, a proposito di ogni senso, come esso vengo esperito e assimilato da altri.”

⁶³ Ibid., p. 362. Tradução livre: “Il senso consente alla coscienza di comprendere e riprodurre se stessa nella comunicazione e consente inoltre, per converso, di imputare la comunicazione alla coscienza dei partecipanti.”

⁶⁴ A expectativa sobre expectativa é um conceito também reflexivo na medida em que ela mesma pode se tornar expectativas, ou seja, quando a expectativa sabe que é esperada – é nesse sentido que elas funcionam como estruturas sociais e podem ordenar as situações caracterizadas pela dupla contingência. Cf. NICOLA, Daniela. Op. cit. p. 46-47. LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*, p. 627 e seg. BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. Op. cit., p. 46-49.

organização significa que a autopoiesis do sistema pressupõe a seletividade de suas ligações.

Como instrumento da observação e da descrição o conceito de complexidade pode ser aplicado a todos os possíveis estados de fato; ela não se refere ao sistema como um todo e nem pressupõe que um estado de fato complexo o seja só de um modo. Podem existir diversas descrições da complexidade desde que o observador esteja em condições de descrever a unidade de uma multiplicidade em elementos e relações⁶⁵.

Também um sistema pode se descrever como complexo de diversos modos. Isto deriva tanto da natureza paradoxal do conceito, quanto do fato que um observador pode descrever as descrições de complexidade de um outro observador; assim podem ser constituídos sistemas hipercomplexos que contenham também uma pluralidade de descrições da complexidade.⁶⁶ Desse modo, a complexidade está relacionada com a capacidade do sistema modificar a própria estrutura, com a capacidade de alargar o repertório das próprias respostas, com a autonomia em relação ao ambiente, em resumo: com a capacidade de auto organização.⁶⁷

Segundo esses aspectos, a sociedade é um caso extremo de complexidade, porque sua operação elementar, isto é, a comunicação a coloca sob consideráveis restrições. Realmente as comunicações são extremamente próximas e suas ligações dependem de seqüencialização. Segue que suas necessidades de tempo são altas, isso significa que a possibilidade de desagregarem-se também é alta. Mas os distúrbios provocados pelo ambiente constituem fatores de auto modificação e de crescimento para os sistemas: os sistemas se nutrem da “desordem”. Eles encontram no distúrbio o impulso e os recursos informacionais suficientes para conseguirem outros níveis de auto organização e, assim, mais complexidade.⁶⁸ Devido a essa imprevisibilidade de escolhas, o aumento da complexidade dos sistemas sociais – que se relaciona diretamente com sua capacidade evolutiva – não está ligada a um fim determinado, não se constitui de um

⁶⁵ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 42.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ SCIOLLA, L.; RICOLFI, L. Il mito della Complessità: usi analitici e mode in sociologia. In: FORNI, Enrico M. (org.). **Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale**. Bologna: Capelli Editore, 1983. p. 237.

telos pré-determinado. Isso quer dizer que a evolução dos sistemas sociais e, portanto, sua complexidade, se dá por mecanismos oblíquos, para os quais a contingência serve como recurso evolutivo.

Assim, não é possível nunca um ponto final ou uma última palavra. A consequência disso para os sistemas sociais é que há produção de uma infinidade de comunicação. Isso significa, também, que a representação da complexidade no sistema pode ficar aberta como um fenômeno que deve ser continuamente explicado.⁶⁹

Pode-se dizer, então, que os princípios organizativos dos sistemas sociais são acêntricos e autônomos, ou seja, não dependem de uma ordem externa ou de um comando que dita normas de organização. O que ocorre é uma auto-organização dependente estruturalmente do grau de complexidade dos sistemas. Esta solução reflexiva remete a mais importante aquisição evolutiva que em geral torna possível a comunicação: a representação da complexidade na forma de sentido.

As duas partes da forma sentido são: atualidade e potencialidade. Assim, cada atualização do sentido potencializa outras possibilidades de sentido. Desse modo, a seletividade e a contingência de todas as operações torna-se uma necessidade inevitável: a necessidade desta forma de autopoiesis. Através da forma sentido, pode-se dizer que o mundo está presente a cada instante não como totalidade ou com um ente pleno, mas como diferença entre sentido atualizado e possibilidades que são acessíveis a partir desse sentido.⁷⁰

O mundo não pode ser considerado um ser vivo, nem um *agregatio corporum*, nem uma *universitas rerum*, ele não é nem a totalidade das coisas visíveis e invisíveis, ou seja, das coisas e das idéias; não é o espaço ou o tempo absoluto. O mundo é somente o horizonte total de cada experiência vivida que seja munida de sentido. O mundo quer ser entendido não como agregado, mas como correlato das operações que nele têm lugar. Para a teoria dos sistemas o conceito de mundo

⁶⁸ Ibid., p. 238.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 43-44.

⁷⁰ Ibid., p. 44.

significa que ele é a totalidade daquilo que para qualquer sistema é sistema e ambiente.⁷¹

O mundo moderno não é um segredo e, portanto, não é mais sagrado, ele é acessível pelo sentido e ao mesmo tempo limitado, porque não pode ser totalmente significado. Por isso, paradoxalmente, ele é também inacessível, ou seja, é acessível somente operativamente (por exemplo, pode ser objeto de pesquisa), mas todas as operações do conhecer e do comunicar são por si mesmas inacessíveis. O mundo pode ser observado, mas nesta operação o observador se confunde com o *terzo excluso*. A unidade do mundo, então, não é um segredo, mas um paradoxo. Ela é o paradoxo do observador do mundo, que se entretém no mundo, mas não pode observar a si próprio.⁷²

Para Luhmann a sociedade moderna é a sociedade do mundo. De uma parte isso significa que sobre o globo terrestre e, por isso, em todo o mundo que pode ser comunicativamente alcançado existe só uma sociedade, pois existe um só modo da sociedade operar: comunicando – este é o aspecto estrutural e operativo do conceito. Ao mesmo tempo, porém, a expressão sociedade do mundo deve indicar que cada sociedade constrói um “mundo” e assim dissolve o paradoxo do observador do mundo. A semântica do mundo varia com a evolução estrutural do sistema da sociedade; mas ver e dizer isto pertence ao mundo contemporâneo e esta é uma das teorias sobre o mundo que inclui a abertura cognitiva dos sistemas.

A essa sociedade, que se descreve como sistema da comunicação operativamente fechado e que se expande e se contrai porque se comunica, corresponde um mundo que tem exatamente esses mesmos caracteres: um mundo que se expande e se contrai em função daquilo que acontece. Isto vale dizer que para a sociedade moderna existe um mundo eterárquico e acêntrico que se desenvolve segundo as descrições de um observador.

Nesse sentido, a autopoiesis dos sistemas sociais se dá através da comunicação e a sociedade constitui o sistema global de todas as comunicações possíveis. Isso significa, também, que a operação peculiar da sociedade é a

⁷¹ Ibid., p. 49.

comunicação, que se produz e reproduz através da rede recursiva de comunicação à comunicação.

A comunicação constitui, assim, a operação genuinamente social que, apesar de co-existir com os sistemas psíquicos (sistema social e psíquico pressupõem-se), não é imputável a nenhum deles em particular – a comunicação existe, independentemente de qualquer consciência (auto-referência).⁷³

Considerando-se, então, a rede de conceitos aqui apresentada e levando em conta a contingência, a complexidade⁷⁴ constitui não só a multiplicação de possibilidades de sentido e de experiência que podem ser vividas pelos sistemas; ela constitui, também, diferenciação simbólica, incomensurabilidade das escolhas e antagonismos entre mundos.⁷⁵

Nesse ponto, faz-se necessário mais um passo afim de possibilitar a compreensão de como a comunicação opera na sociedade e como se estrutura um sistema global que, através de meios de comunicação generalizados, possibilita a existência de sistemas parciais, dentre eles o direito.

⁷² Ibid., p. 49-50. Cf. acima as explanações sobre observação de segunda ordem.

⁷³ “Por isso, deve ser consignado com clareza que a sociedade – isto é, a comunicação – é uma ordem emergente que não coincide ponto por ponto com a consciência, nem com tudo aquilo referido à insondável profundidade da interioridade do ser humano. Por outras palavras, a sociedade começa excluindo de forma consciente seu papel de chegar a ser o âmbito da máxima auto-realização do ser humano através de outrem. Essa exclusão se desenvolve de maneira metódica em virtude da própria limitação estrutural da comunicação.” Cf. NAFARRATE, Javier Torres. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann. Op. cit., p. 150.

⁷⁴ Nos mais variados campos, inclusive na antropologia, as teorias sobre a complexidade – elas mesmas complexas – obrigam a interpretar até mesmo a humanidade não como um ser, mas como um devir, não como um estado de fato, mas como um processo. Entretanto, “dizer que o processo de hominização possui um caráter inacabado não equivale a dizer, é bom lembrar, que possui um caráter incompleto. Significa, mais propriamente, que os êxitos futuros do processo de hominização não estão necessariamente inscritos na natureza humana. Dependem dos vínculos da história passada, mas também das atuais escolhas da nossa espécie. A humanidade não é um destino, a humanidade é uma reinvenção contínua.” Cf. BOCCHI, Gianluca; CERUTI, Mauro. A complexidade do devir humano: Edgar Morin e o caráter inacabado do processo de hominização. In: PENA-VEGA, Alfredo; NASCIMENTO, Elimar P. (org). **O Pensar Complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Garamond, 1999. p. 153. (grifo nosso).

⁷⁵ SCIOLLA, L.; RICOLFI, L. Op. cit., p. 244.

1.3. Os princípios elementares da comunicação

A comunicação na Teoria da Sociedade de Luhmann é construída a partir de dois pilares básicos: a flexibilidade do conceito de comunicação e sua função como operação genuinamente social. Assim, num primeiro momento, é necessário identificar como estruturalmente a comunicação opera e se reproduz na sociedade – nessa análise está necessariamente implicado a formalização teórica ou a auto-referenciabilidade da forma comunicação, como já foi, genericamente, explicitado no item inicial deste capítulo. Num segundo momento, é possível analisar a função da comunicação como característica dos sistemas sociais e como ela torna possível a sua formação.

A comunicação é, para Luhmann, um evento extremamente improvável; ela se torna provável por si mesma e encontra o motivo para o seu verificar-se somente nos referimentos recursivos, isto é, nas operações comunicativas as quais reage e estimula de forma auto-referencial.⁷⁶

Portanto, a partir duma análise estrutural, ela não constitui um evento que dependa da racionalidade dos seres humanos ou das relações entre os homens. A capacidade cognitiva dos seres vivos e, numa dimensão social, principalmente dos seres humanos, é inegável. Mas as vantagens derivantes da extensão social dessa capacidade, não são obtidas somente porque os seres vivos são dependentes uns dos outros, ou porque se “relacionam”.

Os seres vivos vivem de modo singular, justamente porque são sistemas determinados pela estrutura. Assim, segundo essa análise estrutural, é muito improvável que devido aquilo que fazem, eles possam ser úteis uns aos outros. Isso equivale a dizer que essa vantagem só é possível pelo fato de que os seres vivos tornam-se dependentes de um sistema de ordem superior, sob cujas condições eles podem escolher os contatos recíprocos e, justamente por isso, não são dependentes

⁷⁶ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 61.

uns dos outros. Para os seres humanos esse sistema de ordem superior é a sociedade enquanto sistema comunicativo.⁷⁷ Daí Javier Torres Nafarrate dizer que

a comunicação é instaurada como processo emergente no processo da civilização. Os seres humanos tornam-se dependentes desse sistema emergente de ordem superior, cujas características fazem com eles possam eleger os contatos que desejam entabular com outros seres humanos. Esse sistema de ordem superior é o sistema de comunicação chamado sociedade.⁷⁸

Portanto, a sociabilidade não é um caso específico de ação, ela é uma ação que vem constituída dentro dos sistemas sociais, através da comunicação como redução de complexidade.⁷⁹

A redução da complexidade⁸⁰ constitui um dos principais princípios da comunicação, já que a indeterminação do mundo⁸¹ é atenuada através de sua apreensão cognitiva. Os sistemas são compostos por seleções e sua estrutura funciona de tal modo que possibilita essas harmonizações seletivas entre seus elementos. Isso está relacionado com o aporte existente entre comunicação e consciência: a comunicação possibilita que a experiência interior do ser humano seja percebida como exteriorização comunicativa – e, nesse sentido, ela continua reflexiva, porque permanece sendo comunicação.

Porque reduz complexidade e se torna autônoma, a comunicação é capaz de constituir complexidade própria e, assim, se tornar estruturalmente complexa, a

⁷⁷ Ibid., p. 64.

⁷⁸ NAFARRATE, Javier Torres. Op. cit. p., 151.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. Op. cit. 256.

⁸⁰ A redução da complexidade é uma tendência universal de qualquer sistema, além de ser a prerrogativa que mantém a autonomia do sistema em relação ao ambiente, como já foi explanado no item 1.1. e 1.2. Para Luhmann esse princípio refere-se à constituição primária dos sistemas de comunicação e “dado que sua conformação estrutural não tolera o absoluto e o definitivo, a comunicação conserva seu caráter regido pelo acaso – portanto pleno de risco – durante a vida toda de uma comunidade. É poderosa porque possui o poder mágico de traduzir todas as realidades em comunicação; é oceânica, como o mar, porque contém tudo: não reconhece nada exterior a si própria.” Cf. NAFARRATE, Javier Torres. Op. cit. p., 152.

ponto de, qualitativamente, manter-se no mundo como sistemas, significando, ou seja, traduzindo a realidade indeterminada do mundo.

Com base no que se entende por diferenciação, pode-se dizer que os sistemas de comunicação (leia-se – sistemas sociais) constituem a si mesmos mediante uma distinção entre *medium*⁸² e forma: a comunicação é possível somente como processualização dessa diferença.⁸³ Meio de comunicação significa sempre o uso operativo da distinção entre substrato medial e forma.

A distinção *medium*/forma transforma a improbabilidade da continuidade operativa do sistema comunicativo em diferença que pode ser tratada no interior do sistema e, assim, possibilita a autopoiesis do sistema.⁸⁴ Um *medium* é formado por elementos acoplados de modo solto e a forma liga seus elementos de modo coeso.

Para que haja acoplamento entre os elementos, necessita-se de tempo. Os elementos do *medium* são constantemente ligados e deixados em liberdade. Sem *medium* não há forma e sem forma não há *medium* – essa diferença pode ser continuamente reproduzida no tempo.⁸⁵ Portanto, “a diferença entre acoplamento solto e acoplamento coeso (...) torna possível uma processualização temporal das operações nos sistemas estabilizados de modo dinâmico e torna possível, também, a formação de sistemas autopoieticos desse tipo”.⁸⁶ Assim,

um maior desenvolvimento do processo comunicativo mediante a diferenciação exige a conexão de um maior numero de unidades comunicativas dentro do

⁸¹ Cf. parte final do item 1.2. (p. 20-22) do presente capítulo.

⁸² Para NAFARRATE, o *medium*, entendido de forma genérica, é a base do princípio de integração solta. Por esse princípio é possível à comunicação aumentar seu grau de complexidade e porque se agrupa em estruturas cada vez mais compreensivas e diferenciadas, a sociedade não entra em colapso, ou seja, transforma o improvável em provável. Cf. NAFARRATE, Javier Torres. Op. cit. p., 155-156.

⁸³ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 64.

⁸⁴ Ibid., p. 65.

⁸⁵ Ibid., p. 66.

⁸⁶ Idem. Tradução livre: “La differenza tra accoppiamento sciolto e accoppiamento stretto (...) rende possibile una processualizzazione temporale delle operazioni nei sistemi stabilizzati in modo dinamico e rende possibile quindi la formazione di sistemi autopoietici di questo tipo.”

processo – entendendo-se por processo (...) o nexo temporal entre uma pluralidade de eventos seletivos, devido ao condicionamento recíproco.⁸⁷

Consequentemente, cada comunicação é produzida por uma rede recursiva de comunicações que define a unidade do sistema social. Nesse sentido, a continuação da comunicação constitui a autopoiesis do sistema social.

Por estar constantemente sendo ligado e solto, pode-se dizer que o *medium* circula no sistema, sua unidade se dá pelo movimento. Devido a isso também nos sistemas comunicativos, em que o sentido⁸⁸ tem uma importância fundamental, é a forma que pode unir-se operativamente. Por exemplo, na linguagem⁸⁹ não são as palavras (estímulos sonoros e visuais), mas são as proposições que formam sentido que podem ser processualizadas como comunicação. Aqui se inclui o princípio da dinâmica da comunicação. Segundo esse princípio pode-se afirmar que

⁸⁷ LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Op. cit. p. 270. Tradução livre: “Un maggiore sviluppo del processo comunicativo mediante la differenziazione esige la connessione di un maggior numero di unità comunicative entro un processo – intendendo qui per processo (...) il nesso temporale fra una pluralità de eventi selettivi, dovuto al condizionamento reciproco.”

⁸⁸ Aqui faz-se necessário, ainda que rapidamente, explanarmos sobre a importância da semântica no que diz respeito à comunicação e ao sentido. O conceito de semântica está implicado nesses dois últimos conceitos. Ela permeia toda a construção teórica de Luhmann, principalmente no que diz respeito à comunicação e estrutura social. Assim, no âmbito social ela está ligada ao que se considera como patrimônio conceitual da sociedade. Pode-se dizer que a semântica é aquela parte dos significados condensados – e por isso está relacionada com os meios de comunicação generalizados sobre base simbólica – e reutilizável, que está a disposição para ser comunicado. Também relaciona-se com a evolução estrutural da sociedade – diferenciações sociais. Nesse sentido, as mudanças da semântica são correlatas às mudanças estruturais da sociedade através variável interveniente da complexidade social. Cf. BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. Op. cit., p. 201-203. LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Op. cit. p. 147-204. LUHMANN, Niklas. **Strutura della Società e Semantica**. Roma-Bari: Laterza, 1983.

⁸⁹ A linguagem constitui um medium, ou seja, um dos meios de comunicação que torna possível a compreensão da comunicação. No contexto da comunicação a linguagem pode constituir uma das bases perceptivas que torna possível a compreensão da diferença entre ato de comunicar e informação. A linguagem, ao consentir à comunicação assumir como objeto conteúdos, possibilita-lhe assumir a forma reflexiva, ou seja: comunicar sobre si mesma. O código da linguagem se processualiza através da possibilidade de negação daquilo que foi comunicado (sim/não). Nesse sentido a comunicação lingüística assume a forma de uma diferença entre duas possibilidades opostas e pode, por isso, enquanto distinção, ser elaborada como informação. Conseqüentemente, a linguagem consente em comunicar informativamente sobre qualquer conteúdo, e constitui, desse modo, o mecanismo de variação da evolução da sociedade. Diferentemente das principais teorias da linguagem, esta não é para Luhmann um sistema, mas um medium estruturante das próprias operações dos sistemas autopoieticos que operam com base no sentido (sistemas sociais e sistemas psíquicos). Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 68-76. BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. Op. cit., p. 140-142.

a comunicação é uma concepção dinâmica que, ao incrementar a complexidade das formas que a integram, expressa a vida da sociedade. Praticamente toda a dinâmica social é expressa através de um processo de expansão crescente, que vai encontrando estruturas cada vez mais compreensivas de agrupamentos. Um dos fatos evidentes da comunicação é estar em transformação e desenvolvimento constantes. Estruturalmente a comunicação faz-se mais diferenciada, e funcionalmente tende ao aumento de complexidade. Tem de ficar claro que o aumento de complexidade não quer dizer maior controle sobre seu próprio processo de expansão. Quer dizer apenas que as contradições fundamentais tendem a se distribuir em diversos módulos sociais de comunicação (sistemas sociais) de forma tal que a sociedade (a comunicação) não se paralisa por uma contradição dominante e omniabrangente. Portanto, o modelo da comunicação não é um modelo de equilíbrio, mas um modelo a sugerir que a perturbação introduz uma perspectiva mediante a qual potencializa-se o sistema chamado sociedade.⁹⁰

Operacionalmente, a comunicação constitui uma unidade tripolar entre ato de comunicar, informação e compreensão da diferença dos dois primeiros. É através da síntese dessas três seleções que ela acontece como evento emergente. Em outras palavras: a comunicação é o elemento último ou a operação específica dos sistemas sociais.⁹¹

A comunicação ocorre através de um processo em que o ato de comunicar transmite uma informação que, por sua vez, pode ser compreendida. Assim, a compreensão é a “última etapa” da comunicação, ou seja, é o ato que a realiza na medida em que conclui o ato comunicativo. A comunicação exige, também, tempo para se realizar e pressupõe um *ego* e um *alter* que tornam operativo a transmissão da informação.

⁹⁰ NAFARRATE, Javier Torres. Op. cit. p., 158.

⁹¹ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. Op. cit., p. 69. Cf. também LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 61.

Há comunicação se *ego* compreende que *alter* emitiu uma informação. A emissão (ato de comunicar) de informação não é sozinha comunicação. Ela é realizada somente se há compreensão – a distinção entre transmissão e informação que funda a comunicação.

A informação também constitui uma seleção, pois opera uma distinção no mundo entre aquilo que é dito e aquilo que, conseqüentemente, é excluído. Desse modo, ela é uma seleção específica da comunicação que não é somente transmitida, mas, também, compreendida. A informação é transmitida por *alter* e compreendida por *ego*. É nesse sentido que a compreensão opera, igualmente, uma seleção, porque atualiza uma particular diferença entre ato de comunicar e informação e, assim, realiza a capacidade de ligamento entre uma comunicação e uma outra comunicação.⁹²

Nesse processo, a compreensão constitui o fator auto-referencial do processo de comunicação. É ela que possibilita a recursividade da comunicação, pois acontece num contexto de conexões entre comunicações. Isso significa que a continuidade da comunicação depende da recorrência a outra comunicação. A comunicação se dá, conseqüentemente, pela auto-referência de base. Isso corresponde a dizer que ela é reflexiva porque pode comunicar sobre si mesma.

No ambiente não existe nenhum correspondente da comunicação, por isso, ela produz necessariamente uma separação – mediante diferenciação⁹³ com o seu ambiente. Essa separação diz respeito ao fechamento operacional da comunicação no contexto seletivo, isto é, à seleção e à redução de complexidade que vem realizada no sistema social pela comunicação, que remete necessariamente ao princípio da autonomia da comunicação – que possibilita à comunicação manter estável sua própria maneira de operar, além de superar a correspondência ponto por ponto com o ambiente.⁹⁴

Isso não significa que o ambiente é desconsiderado cognitivamente no processo comunicativo. Ao contrário, porque a comunicação opera através do

⁹² Ibid., p. 70.

⁹³ LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Op. cit. 259.

⁹⁴ NAFARRATE, Javier Torres. Op. cit., p. 153.

sentido, ela relaciona-se, diretamente ou indiretamente com seu ambiente. Isso quer dizer que “um sistema pode comunicar não só sobre si mesmo, mas também facilmente e talvez melhor sobre aquilo que está além dele mesmo”.⁹⁵

Assim, para os sistemas sociais, o ambiente vem construído comunicativamente como informação, ou seja, aquilo que não é sistema é observado como tema da comunicação. Por isso, nos sistemas sociais existem somente comunicações e estruturas que permitem comunicações.⁹⁶

A comunicação, considerada do ponto de vista da conquista evolutiva,⁹⁷ constitui um evento extremamente improvável, em três sentidos: ela pressupõe uma harmonização entre os pares que se comunicam, para tanto, pressupõe seres vivos independentes um do outro, cada um com um ambiente próprio e com um aparato específico de elaboração de informação, nesse sentido é improvável uma compreensão entre *alter* e *ego*, devido a separação entre seus corpos e consciências; há, ainda, a improbabilidade da união entre os destinatários; e, finalmente, quanto ao sucesso da comunicação, não se pode afirmar que quando acontece ela é aceita e seguida.

Considerar a comunicação como um evento improvável, serve para demonstrar como, no processo evolutivo, ela transforma improbabilidade em probabilidade e se transforma num evento que existe (real), além de dar início à formação dos sistemas. “As improbabilidades intrínsecas no processo de comunicação e o modo como elas são superadas e transformadas em probabilidades, regulam também a construção dos sistemas sociais”.⁹⁸

A essa conquista evolutiva dá-se o nome de meios de comunicação. O primeiro deles é a linguagem⁹⁹ como instrumento caracterizado pelo uso de signos acústicos e óticos para a transmissão de sentido. Devido à linguagem pode-se

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Op. cit. 259. Tradução livre: “Un sistema può comunicare non solo su se stesso, ma altrettanto facilmente e forse meglio su ciò che è altro da se.”

⁹⁶ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. Op. cit., p. 71.

⁹⁷ Cf. sobre o tema evolução no item 1.4. desse capítulo.

⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Op. cit. p. 275. Tradução livre: “Le improbabilità intrinseche del processo di comunicazione e il modo in cui vengono superate e trasformate in probabilità, regolano anche la costruzione dei sistemi sociali.”

⁹⁹ Cf. nota 83 acima.

desenvolver meios de difusão, por exemplo, a escrita e a impressão de livros¹⁰⁰ que, para Luhmann, marca o início da modernidade, com o desenvolvimento da tecnologia da comunicação. Através dos meios de difusão é possível criar possibilidades de conservação de informações que podem ser melhoradas e modificadas com o tempo, ampliando-se o horizonte de comunicações.¹⁰¹ Finalmente, devido aos meios de comunicação generalizados sobre a base simbólica,¹⁰² é possível o sucesso da comunicação enquanto acontecimento independente da sua aceitação ou recusa.

Assim, a linguagem, os meios de difusão e os meios de comunicação generalizados sobre a base simbólica são conquistas evolutivas que motivam e incrementam, reciprocamente, as prestações em matéria de elaboração das informações que podem ser desenvolvidas através da comunicação social.

É esse o modo pelo qual se produz e se reproduz a sociedade como sistema social. Uma vez que a comunicação é iniciada e mantida em movimento, é inevitável que se forme um sistema social em grau de limitá-la, e do desenvolvimento dos sistemas sociais resultam condições de base que consentem em formar expectativas em relação aquilo que, no fundo, é improvável, transformando o improvável em qualquer coisa suficientemente provável. No que diz respeito aos sistemas sociais, isso ocorre num processo rigorosamente autopoietico, que produz ele mesmo aquilo que torna possível.¹⁰³

¹⁰⁰ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 82-104.

¹⁰¹ LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Op. cit. p. 277.

¹⁰² Ibid., p. 278 e seguintes. Cf. também para maiores especificidades LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 105-162. Os meios de comunicação generalizados sobre a base simbólica são aqueles que usam generalizações para simbolizar o nexos existente entre seleções e motivações, por exemplo, a verdade, o amor, o poder e o direito.

¹⁰³ Ibid., p. 279. Tradução livre: "È questo il modo in cui si produce e si riproduce la società quale sistema sociale. Una volta che la comunicazione è stata avviata e viene tenuta in movimento, è inevitabile che si formi un sistema sociale in grado di limitarla, e dallo sviluppo dei sistemi sociali risultano condizioni di supporto che consentono di formare aspettative in relazione a ciò che, in fondo, è improbabile, trasformando l'improbabile in qualcosa di sufficientemente probabile. Al livello dei sistemi sociali, ciò avviene in un processo rigorosamente autopoietico che produce esso stesso ciò che lo rende possibile."

Com base nesse argumento, pode-se afirmar que os meios de comunicação, quando operam diferenciações, influenciam a evolução sócio-cultural.

Para os sistemas sociais, comunicação não é o mesmo que ação e nem o processo de comunicação se confunde com uma cadeia de ações, apesar da ação ser fator fundamental para a autopoiesis dos sistemas sociais. Porque a comunicação como unidade pressupõe três eventos seletivos (ato de comunicar, informação e compreensão), sua essência está na seletividade daquilo que é comunicado (informação) ou na seletividade do que é compreendido (compreensão).¹⁰⁴

Nesse processo, a ação é a seleção que se atualiza como emissão (ato de comunicar) e, portanto, como atribuição ao sistema. A ação, no sistema de comunicação, constitui uma descrição simplificada: ela pode ser observada como emissão, ou seja, pode ser atribuída a alguém que transmite o ato e, assim, ser imputada como responsabilidade, intenção ou motivo. Conseqüentemente, ela é indispensável à autopoiesis do sistema, pois só se pode observar que houve comunicação se o ato pôde ser atribuído a alguém como ação. Por conseguinte,

(...) uma sucessiva comunicação pode ser referida àquilo que foi dito precedentemente como resposta, reação ou recusa. Através da atribuição de ação, o processo comunicativo pode observar a si mesmo: a atribuição de ação é uma auto simplificação necessária que permite a um sistema social constituir as próprias operações em referência as próprias operações.¹⁰⁵

Somente quando se insere no processo comunicativo uma concessão baseada na ação ocorre uma orientação daquele que emite e daquele que recebe a

¹⁰⁴ Ibid., p. 281.

¹⁰⁵ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. Op. cit., p. 72. Tradução livre: "... una successiva comunicazione può riferirsi a ciò che è stato detto in precedenza come risposta, reazione o rifiuto. Attraverso l'attribuzione di azioni, il processo comunicativo è in grado di osservare se stesso: l'attribuzione di azioni è un'auto-semplificazione necessaria che permette ad un sistema sociale di costituire le proprie operazioni in riferimento alle proprie operazioni."

informação. Nesse sentido, as ações, nos sistemas sociais, se constituem através de processos de imputação.

Mas o sistema não é vinculado estruturalmente à aceitação do que é comunicado. A negação de qualquer comunicação é lingüisticamente possível e compreensível. Nesse sentido, a comunicação não se funda no consenso, ou seja, a recusa de comunicação não impede que no processo comunicativo haja envio de informação entre alter e ego. Essa autonomia possibilita que a comunicação inicie a formação dos sistemas. Cada vez que ela ocorre, “se assiste à formação de estruturas temáticas e de conteúdos de sentido disponíveis de modo redundante e ao nascimento de uma massa (...) que produz oferta com as relativas possibilidades de aceitação ou recusa”.¹⁰⁶

Isso indica que a comunicação possui uma estrutura aberta no que diz respeito ao sentido. Também, devido ao sentido, a comunicação produz uma mudança no estado de fato do sistema e isto está diretamente ligado à compreensão do ato de comunicar. Independentemente da aceitação ou da recusa da comunicação, é impossível para o destinatário ignorar que ela ocorreu. Daí a afirmativa de que,

a comunicação é (...) um processo totalmente autônomo, fechado em termos auto-referenciais, de tratamento de seleções que não perdem jamais sua característica de seleção; um processo de contínua mudança formal de materiais portadores de sentido, um processo de conversão de liberdade em liberdade, acompanhada pela mudança dos condicionamentos.¹⁰⁷

¹⁰⁶ LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Op. cit. 292. Tradução livre: “...si assiste alla formazione di strutture tematiche e di contenuti di senso disponibile in modo ridondante e alla nascita di una massa (...) che produz offerte com le relative possibilità di accettazione o di rifiuto.”

¹⁰⁷ Ibid., p. 264. Tradução livre: “La comunicazione è (...) un processo totalmente autonomo, chiuso in termini autoreferenziali, di trattamento di selezioni che non perdono mai il loro carattere di selezioni; un processo di continuo mutamento formale di materiali portatori di senso, un processo di conversione di libertà in libertà, accompagnata dal mutare dei condizionamenti.”

Devido ao fechamento operacional dos sistemas de comunicação (sistemas sociais), o ambiente lhe é acessível somente como informação, ele pode ser vivido pelo sistema como experiência seletiva e recebido somente através de modificações do próprio sistema e do respectivo ambiente.

Resumidamente, pode-se dizer que os sistemas sociais são compostos de comunicações e da sua imputação sobre forma de ações. Sua unidade é possível graças a sua auto-referência, ou seja, à conexão entre comunicações.

1.4. Evolução e diferenciações sociais

Para Luhmann a sociedade é resultado da evolução. Por evolução deve-se entender, de início, o crescimento do número de pressupostos sobre os quais uma certa ordem pode reger-se.¹⁰⁸

A teoria da evolução não é uma teoria do progresso. Ela demonstra tanto a emergência dos sistemas como a sua destruição.¹⁰⁹ A teoria da evolução não fornece alguma interpretação do futuro. Ela não pressupõe alguma teologia da história nem numa perspectiva de um fim bom ou ruim. A teoria da evolução nem mesmo é uma teoria do controle da evolução. Ela ocupa-se simplesmente de explicar as transformações estruturais dos sistemas, descrevendo e interpretando os modos como um sistema muda sua estrutura através das próprias operações.¹¹⁰

O aporte existente entre teoria dos sistemas e teoria da evolução é marcado por um ponto de partida específico e já definido: a diferenciação sistema/ambiente. Como a teoria dos sistemas não se ocupa de um objeto determinado, mas de uma distinção marcada pela diferença entre sistema e ambiente, para ela evolução significa as transformações da estrutura que podem ser

¹⁰⁸ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 170.

¹⁰⁹ Ibid., p. 174.

efetuadas internamente nos sistemas – isto é, de modo autopoietico. Então o objetivo da teoria da evolução consiste, na teoria dos sistemas, na especificação teórica das transformações estruturais da sociedade.

Contudo, a *diferença* entre sistema e ambiente demonstra que nenhum sistema pode evoluir sozinho ou a partir de si: é a diferença *sistema/ambiente* que torna possível a evolução¹¹¹. Cada transformação no sistema, ao mesmo tempo, provoca transformações no ambiente de outros sistemas. Esse *efeito de multiplicação* ativa, contemporaneamente, muitos outros efeitos que provocam transformações em outros sistemas, sejam elas relevantes ou não, estejam ou não coordenadas entre si.

Isso significa que os recursos evolutivos do sistema não são determinados por uma imputação causal¹¹² exterior ao sistema. Partindo de uma base teórica de sistemas operacionalmente fechados, pode-se vislumbrar um uso diferente da teoria da evolução na pesquisa sociológica. Nesse contexto, a estrutura garante a autopoiesis dos sistemas, pois torna possível seleções recursivas entre operações sistêmicas. Em outras palavras, a seletividade caracteriza a formação de estruturas que, contingencialmente, poderia se dar de modo diverso. Assim,

a necessidade de uma seleção da estrutura compatível com a autopoiesis constitui o fundamento (...) da chance de uma evolução diferenciada. Os tipos de operações autopoieticas e os tipos de correspondentes formações de sistemas – pensemos na vida, na consciência e na comunicação – são, por assim dizer, descobertas singulares da evolução, as quais confirmam a sua validade com base no seu potencial de desenvolvimento de estruturas. (...) Este acordo entre autocontinuação e formação de estruturas torna possível e impõe a evolução,

¹¹⁰ Ibid., p. 175. Cf. também BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. Op. cit., p. 112. Deve-se entender por estrutura as condições que delimitam o âmbito das operações que são capazes de coligarem-se, ou seja, das operações que são condições da autopoiesis dos sistemas.

¹¹¹ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 61.

¹¹² Frisa-se aqui, segundo a teoria da evolução proposta por Luhmann, que não há uma “causa necesserária” que produza determinado efeito; as transformações sociais não podem ser descritas por uma metodologia baseada nesses termos: utiliza-se então a perspectiva funcionalista, “que objetiva determinar soluções funcionalmente equivalentes aos problemas que se apresentam empiricamente.” NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 58.

sem que haja necessidade de supor uma ‘seleção natural’ ou outro tipo de determinação externa da estrutura.¹¹³

É nesse sentido que a teoria da evolução para Luhmann não possui uma base causal determinada pelo ambiente ou por fator externo ao sistema.¹¹⁴ A descrição do processo operativo dos sistemas demonstra que somente um observador pode fixar um início e um fim às operações dos sistemas. Para as operações em si não existe um início, porque para os sistemas poderem reproduzir-se autopoieticamente, há a referência a uma operação anterior, e do mesmo modo não há um fim, pois cada ulterior operação é produzida em recorrência a operações anteriores.

Nesse sentido, a diferença sistema/ambiente pode ser observada exclusivamente na dimensão material. Um observador pode certamente pensá-la como continuação de um passado ou passível de ser continuada num futuro, mas isso só é possível como representação no presente, ou seja, contemporaneamente¹¹⁵ e de acordo com significados dados por um observador.

Como orienta a teoria dos sistemas autopoieticos, o conceito de evolução também possui uma forma de observação: a distinção entre *variação*, *seleção* e *reestabilização*. Esses três elementos implicam-se mutuamente e são pensados pela teoria dos sistemas de modo circular – a possibilidade de variar requer seleções já estabilizadas, assim como a estabilização de mudanças é possível com base em mecanismos que assegurem uma seleção de variações que acontecem.¹¹⁶

¹¹³ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 179. Tradução livre: “la necessità di una selezione della struttura compatibile con l’autopoesi costituisce il fondamento (...) della chance de una evoluzione differenziale. I tipi di operazioni autopoietiche e i tipi delle corrispondenti formazioni di sistemi - pensiamo alla vita, alla coscienza e alla comunicazione - sono, per così dire, scoperte singolari dell’evoluzione, le quali confermano la loro validità sulla base del loro potenziale per lo sviluppo di strutture. (...) Questo accordo tra autocontinuazione e formazione di strutture rende possibile e impone l’evoluzione senza che ci sia bisogno di supporre una ‘natural selection’ o altri tipi di determinazione esterna della struttura.”

¹¹⁴ Por isso Luhmann demonstra nas diferenciações das funções evolutivas presentes na evolução social a necessidade da separação entre essas funções (variação, seleção e estabilização). Não há uma ordem natural do mundo que determine como as coisas devam acontecer: a evolução se deve somente à evolução (auto implicação da teoria da evolução), ou seja, ela torna possível a si mesma construindo as condições para a diferenciação de seus mecanismos. Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 219.

¹¹⁵ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 181.

¹¹⁶ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. Op. cit., p. 112.

A variação produz uma diferença entre aquilo que é comum no sistema e um desvio qualquer; isso produz uma variante para uma possível seleção, seja contra ou à favor a inovação. A variação selecionada produz, por sua vez, *reestabilização* no âmbito dos sistemas, mas somente quando ocorre a inserção das transformações estruturais, ou seja, quando a variante é selecionada e há compatibilidade estrutural no que foi selecionado¹¹⁷. Em outras palavras, através da *variação* os elementos dos sistemas são reproduzidos de forma diversa, para o sistemas sociais isso significa uma comunicação inesperada ou surpreendente. Quando o sistema seleciona essa variação “desviante”, produz-se uma possibilidade de mudança estrutural, tornando possível uma comunicação, por exemplo, que surge como diretiva a outras comunicações. E, finalmente, devido à reestabilização é possível inovações ou formações de outros sistemas, que asseguram duração e capacidade de resistência. Basta lembrar da formação de sistemas parciais na sociedade moderna, como o direito, a economia, a ciência, etc.

A evolução é possível através da realização da sua forma ou através da separação de suas funções; portanto, sem basear-se em qualquer princípio causal, a evolução proporciona aos sistemas a possibilidade de organização e, assim, mais complexidade sistêmica. Isso não implica uma continuidade linear na evolução sistêmica; significa apenas que o sistema transforma o improvável, o acaso, em provável, porque as estruturas altamente complexas dos sistemas evolutivos oferecem maior possibilidade de distúrbios e, ao mesmo tempo, maiores possibilidades de suportá-los.¹¹⁸

Assim, em nível estrutural os sistemas adquirem o que se chama de *aquisições evolutivas*, que são indicadores dos resultados estruturais da evolução. Isso pressupõe uma relação com a complexidade dos sistemas, que o torna passível de acolher as aquisições evolutivas.

Existem, pois, estruturas cujas transformações produzem efeitos surpreendentes sobre a complexidade do sistema da sociedade. As principais são os *meios de difusão da comunicação*, já explanados acima, e *as formas de diferenciação dos sistemas*, que será descrita nesse item.

¹¹⁷ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 62.

Tudo que vem distinguido, se se entende o resultado das operações, pode ser indicado também como diferença. Com base nessas análises, sustenta-se a tese que as outras diferenciações se apresentam como consequência da diferença produzida, ou seja, da diferenciação entre sistema e ambiente. Isso quer dizer que a própria diferenciação só pode ser explicada através das diferenciações dos sistemas, porque cada ligamento operativo (recursivo) entre operações produz uma diferença entre sistema e ambiente.¹¹⁹

Então, num sentido amplo, o conceito de diferenciação refere-se à auto-delimitação de um sistema em relação a seu ambiente. Como as operações dos sistemas reproduzidas de modo autopoiético, cada uma delas ativa a diferença entre sistema e ambiente.

Se um sistema social existe desse modo, ou seja, pelo efeito da produção de uma diferença entre sistema e ambiente, a diferenciação corresponde àquilo que, como consequência da diferenciação, existe então como ambiente. Uma tal diferenciação – e este é o caso do sistema da sociedade – pode ser verificada no âmbito não indicado das possibilidades de sentido (um ambiente que pode ser definido depois, só através da diferenciação), ou seja, num mundo não ulteriormente delimitado.¹²⁰

Daí afirmar-se que a sociedade é um tipo particular de sistema social global que abarca todo o horizonte possível de comunicações. É ela, enquanto sistema, que mediante diferenciações internas e através da comunicação possibilita entender os mecanismos da evolução social. Em outros termos, pode-se dizer que a partir de diferenciações a sociedade provoca mutações estruturais; disso decorre que a evolução social consiste na mudança estrutural do ambiente interno da própria da sociedade.

Portanto, a diferenciação pode também ser verificada dentro de sistemas já formados – este é o caso de diferenciação sistêmica ou diferenciação interna do sistema. Nesse contexto, diferenciação do sistema significa formação recursiva de um sistema, isto é, aplicação da formação do sistema ao seu próprio resultado. Os

¹¹⁸ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 220.

¹¹⁹ Ibid., p. 248. Cf. também item 1.1. desse capítulo.

sistemas nos quais se formam outros sistemas são, assim, reconstruídos através de uma ulterior distinção entre sistema e ambiente. O sistema total apresenta-se aos sistemas parciais como unidade da diferença entre sistema parcial e ambiente do sistema parcial. Em outras palavras, a diferenciação do sistema gera ambiente interno ao sistema total¹²¹.

Isso quer dizer que cada sistema parcial é capaz de reconstruir o sistema complexo do qual faz parte e de cuja autopoiesis participa, através de uma diferença própria, específica dele (sistema parcial), entre sistema e ambiente, mas que “imita” o sistema total ao qual este pertence. Devido à diferenciação do sistema, em uma certa medida, o sistema se multiplica em si mesmo mediante distinções sempre novas entre sistema e ambiente no sistema¹²². Só assim é possível a continuidade dos sistemas e sua constante recorrência evolutiva.

O fato da sociedade, como sistema global, diferenciar-se em sistemas parciais, possibilita o enfrentamento da complexidade sob perspectivas diversas. A sociedade cresce quando diferencia-se internamente: com isso a construção de “diferentes versões internas do sistema global, fatos, eventos e problemas obtêm uma multiplicidade de sentidos em diferentes perspectivas.”¹²³

Contudo, devido ao efeito de multiplicação, as transformações estruturais de um sistema parcial, produzem mudanças no ambiente de outros sistemas, pois para os outros sistemas ele se apresenta como ambiente. Assim, a diferenciação, ao produzir mudanças estruturais, faz crescer, simultaneamente, o grau de dependência e independência¹²⁴ dos sistemas, pois possibilita que eles controlem a

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Ibid., p. 249. Não se confunde o esquema existente entre sistema total (sociedade) e sistemas parciais, com o esquema todo e parte. Com diferenciação não se quer dizer que o todo venha decomposto em partes e, conseqüentemente, que o todo existe devido à relação ou ligamentos entre as partes. Isso não quer dizer, do mesmo modo, que uma mudança estrutural no sistema total necessariamente é distribuída nos sistemas parciais: não há coordenação dos sistemas parciais através do sistema total. Em outras palavras: a evolução social (causa) não produz efeitos coordenados nos subsistemas que compõe seu ambiente interno.

¹²² Idem.

¹²³ LUHMANN, N. **World society as a social system**, apud NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 57.

¹²⁴ A dependência ou independência entre os sistemas pode ser explicado através do que Luhmann define como *integração*: ela significa a redução do grau de liberdade dos sistemas parciais. Por ser totalmente compatível com a autopoiesis do sistema, a integração se dá por acoplamentos operativos entre os sistemas. Entretanto, ela não significa harmonização entre os sistemas, justamente porque as restrições ao grau de liberdade dos sistemas - ou seja, à possibilidade de reprodução autopoietica e muitas vezes à mudança estrutural - pode muitas vezes se dar através de cooperações, mas mais

influência que recebem. Isso equívale a dizer que os sistemas parciais também são sistemas autopoieticos operativamente fechados.

Operativamente é possível, portanto, conceber a existência da relação sistema/ambiente, pois para um determinado sistema tudo que está fora do limite marcado pela diferenciação se apresenta como ambiente. Desse modo, percebe-se a unidade de um sistema complexo que é reintroduzida no próprio sistema como distinção.

Entretanto, quando um sistema observa (sistema de observação) um outros sistema (relação entre sistemas) é possível a observação do sistema inserido em um ambiente, ainda que de forma fragmentária. Aqui se dá a observação de segunda ordem, isto é, uma reconstrução do mundo e da sociedade através do sentido dado pela observação de observação.

Através das formas de diferenciação dos sistemas é possível explicar a relação existente entre os sistemas parciais da sociedade, isto é, a forma como um sistema total é ordenado de sistema em sistema. As formações de sistemas parciais são derivadas estruturalmente do sistema global da sociedade, que é aquele que coordena as comunicações e, portanto, os demais sistemas que também operam comunicativamente.

Porque os sistemas parciais se interligam ou são acoplados operativamente, pode-se afirmar, com base nesse argumento, que as formas de diferenciação são as formas de integração da sociedade.¹²⁵ Mas a integração acontece através da construção da unidade dos sistemas pela diferença: “a forma da diferenciação (...) regula, ao mesmo tempo o modo como pode ser vista a unidade da sociedade na sociedade e determina as conseqüentes restrições do grau de liberdade dos singulares sistemas parciais”.¹²⁶

comumente essas restrições se dão pelo conflito. Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 253.

¹²⁵ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 259.

¹²⁶ Idem. Tradução livre: “La forma della ddifferenziazione (...) regula allo stesso tempo il modo in cui può esser vista l'unità della società nella società e determina le conseguenti restrizioni del grado di libbertà dei singoli sistemi parziali.”

Assim como a evolução do sistema implica sua mudança estrutural, do mesmo modo as diferenciações da sociedade também constituem sua estrutura. Daí dizer-se que evolução e diferenciação implicam-se e, muitas vezes, confundem-se. Nessa perspectiva, a linha evolutiva da sociedade pode ser descrita segundo sua crescente diferenciação.¹²⁷

Isso equívale dizer que as formas de diferenciação constituem a estrutura social, pois estabelecem uma ordem de relações entre os sistemas parciais, que determina as possibilidades de comunicação. Aqui se insere outro fator: os graus de complexidade que um sistema pode suportar – ou seja, sua própria complexidade – dependem das formas de diferenciação dos sistemas parciais da sociedade.

A sociedade experimentou alguns tipos de diferenciações¹²⁸ que podem ser descritos pela teoria dos sistemas. Mas neste trabalho privilegiaremos a

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Segundo os autores poucas formas de diferenciação foram desenvolvidas, sendo possível descrever quatro tipos de diferenciação social que os autores nominam de *diferenciação segmentaria*, *diferenciação centro/periferia*, *diferenciação estratificatória* e *diferenciação funcional*, que são identificadas de forma lógica a determinados períodos da história da humanidade. Entretanto, há aqui somente um reconhecimento de distinções segundo os tipos de sociedade verificáveis no decorrer da história, isso não implica em considerar essas descrições segundo classificações linearmente e duramente definidas. As estruturas sociais não possuem uma estabilidade rígida, imutável. Portanto, os princípios de diferenciação descritos acima “podem ser combinados de diversas maneiras. A complexidade da sociedade depende de qual seja o princípio que goze de primazia. Este orienta os tipos de relação sistema/ambiente desenvolvidos na sociedade, ou seja, o modo como são estabelecidos limites internos entre subsistemas e seus ambientes.” Cf. NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 63. Vale frisar, ainda, que a diferenciação sistêmica requer a combinação de duas dicotomias, ambas assimétricas: sistema/ambiente e igualdade/desigualdade. A diferenciação segmentária é típica das sociedades arcaicas, onde a igualdade refere-se aos princípios de formação dos sistemas, que se constituíam com base na parentela ou na territorialidade (ou na combinação de ambos). Nesse tipo de sociedade a complexidade é limitada e apenas repetida: os princípios ali são auto-evidentes e não há alternativas à ordem constituída. O primado da diferenciação social que marca a mudança para um outro tipo de sociedade (estratificada) pode ser descrito através de duas linhas evolutivas básicas: em relação ao princípio da parentela tem-se que os estratos superiores bem sucedidos passam a impor uma endogamia, que faz alcançar a estratificação; em relação ao princípio da territorialidade, são produzidas desigualdades de ordem espacial, ou seja, a diferença entre centro-periferia. O centro também passa a oferecer condições propícias para o desenvolvimento da estratificação. A estratificação possibilita a separação da sociedade em subsistemas desiguais; os sistemas parciais são diferenciados a partir da desigualdade de estratos ou classes e, do mesmo modo, da distribuição desigual de riqueza e poder. Isso equívale dizer que há uma distribuição desigual das chances de comunicação; mas ao mesmo tempo ela facilita mais comunicação entre iguais, ainda que o desenvolvimento social seja marcado pela desigualdade. Daí dizer-se que nas sociedades hierárquicas (estratificadas) existe mais comunicação do que nas sociedades segmentárias. Apesar de poder suportar uma mobilidade social considerável devido a sua elasticidade, as sociedades estratificadas estruturalmente não suportariam a ascensão de uma classe social inteira, como a burguesia; daí a mudança estrutural para uma sociedade diferenciada em sistemas de função. Modelo que será privilegiado no presente trabalho, por referir-se à sociedade moderna. Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 255-256 e p. 260-290. Para descrição detalhada do direito nessas sociedades, cf. LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 167-238.

descrição da diferenciação social que caracteriza a sociedade moderna, a qual Luhmann dá o nome de sociedade funcionalmente diferenciada. A diferenciação funcional diz respeito à função desenvolvida pelo sistema diferenciado relativamente ao sistema total.

A função de determinado sistema é desenvolvida somente por ele, ainda que se processe no ambiente interno da sociedade. Existe, pois, devido à diferenciação funcional, uma diferença entre sistemas de função (sistemas parciais) e ambiente interno da sociedade.¹²⁹ Como qualquer sistema autopoietico, os sistemas de função são determinados pela estrutura. Essa estrutura equivale à sociedade – afinal são sistemas parciais da sociedade – e historicamente ou evolutivamente ela é variável, segundo o que permite a sua autopoiesis.

Assim, “a diferenciação de um sistema parcial para qualquer função significa que para este sistema (...) tal função goza de prioridade e é pré-ordenada a todas as outras funções”.¹³⁰

Sob essa premissa determina-se o primado funcional dos subsistemas sociais, qual seja: sua especificação funcional. Contudo, uma prioridade de função não significa hierarquia entre as funções dos demais sistemas existentes, ocorre somente uma desigualdade entre as funções de cada subsistema. É devido a esse primado funcional que os sistemas de função conseguem um fechamento operacional e formam sistemas autopoieticos no sistema autopoietico da sociedade.¹³¹ Privilegia-se aqui o fato de que para cada sistema de função interessa somente a operação que este reproduz: para a política interessa somente a política, para o direito unicamente o direito, etc.

A autopoiesis dos sistemas de função é possível através da operação que produz um código binário dentro do sistema, por exemplo, no direito esse código é definido por direito/não-direito ou legal/ilegal. A codificação binária assegura, nos sistemas de função, a continuação da autopoiesis¹³². Porque o código possui uma

¹²⁹ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 303.

¹³⁰ Ibid., p. 304. Tradução livre: “La differenziazione di un sistema parziale per ciascuna funzione significa che per questo sistema (...) tale funzione gode priorità e viene preordinata a tutte le altre funzioni.”

¹³¹ Idem.

¹³² Deve-se ressaltar, contudo, que “a orientação funcional não é uma exigência da reprodução autopoietica. Trata-se de uma semântica da unidade de tal processo, sendo, portanto, um problema

forma binária, que opera por opostos, tudo que é compreendido na forma do código é contingente, isto é, possível também de modo diverso. A codificação binária também impede que o sistema cesse de funcionar ao alcançar determinado objetivo (os sistemas funcionais não são teleológicos).

Por isso, a cada código é dado um valor correspondente e oposto; através dessa oposição entre os códigos é possível estabelecer regras decisórias que são definidos como *programas*. Através dessas regras decisórias pode-se optar pelos valores do código, segundo o programa estabelecido por cada subsistema singular. Aqui vislumbra-se uma outra diferenciação importante: a distinção entre *código* e *programa*. Tal distinção estrutura “a autopoiesis dos sistemas de funções de um modo inconfundível e a semântica que dela resulta se distingue fundamentalmente das teologias, das representações da perfeição, dos ideais ou das referências de valores da tradição.”¹³³

Assim, nos sistemas de função as operações sistêmicas são distintas uma das outras, porque cada qual é constituída no âmbito de contingência de um código específico¹³⁴. Por isso, o coeficiente de iritação cresce no sistema global da sociedade e incrementa as relações de dependência e independência entre os singulares sistemas de função.

Coexiste com isso o fato das funções de cada subsistema serem desiguais. Entretanto o acesso a elas é sempre igual, ou seja, independente da relação com outras funções. “Isso significa que os subsistemas funcionais são desiguais, pois cada um se especifica em relação a uma função, mas seus ambientes têm que ser tratados como iguais (não vigora nenhum princípio hierárquico).”¹³⁵

de observação. Porém, como o agir e o observar não se excluem reciprocamente, este princípio passa a ter uma importância morfo-genética, capaz de guiar a seleção estrutural.” Cf. NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 67.

¹³³ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 306. (Tradução livre: “l'autopoiesi dei sistemi di funzioni in un modo inconfondibile e la semantica che ne risulta si distingue fondamentalemente dalle teologie, dalle rappresentazioni della perfezione, dagli ideali o dai riferimenti di valores della tradizione.”)

¹³⁴ Ibid., p. 307. Contudo, o fato de cada sistema funcional possuir um código específico não exclui a possibilidade de certos eventos serem identificados como operações em diversos sistemas ao mesmo tempo, por exemplo, a propriedade e o contrato são eventos que interessam tanto ao direito como à economia.

¹³⁵ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 67.

No que se refere ao aumento de complexidade, as diferenciações sociais são expansões do ambiente interno da sociedade – sistema global. Em outros termos, pode-se dizer que, através de diferenciações de novas distinções entre sistemas e ambiente a sociedade se expande internamente. Isso faz com que exista mais operações autopoieticas (comunicações) na sociedade, pois as diferenciações internas (sistemas de função), fazem com que haja uma maior diversidade de comunicações, simultaneamente e sucessivamente. “Assim, a sociedade inteira torna-se mais complexa: e isso não só pela adição de operações dos singulares sistemas de função, mas também com âmbito de observação e de escolha para cada sistema”.¹³⁶

Esse aumento de complexidade produz tanto incremento estrutural quanto semântico para a sociedade moderna. Com isso, na dimensão material passa a existir mais temas a disposição e é possível atingir uma maior profundidade no desenvolvimento dos temas; na dimensão temporal, ocorre uma maior tolerância entre passado e futuro; e na dimensão social é possível verificar uma desnaturalização da sociedade.

Dizer que a sociedade moderna se caracteriza pela diferenciação funcional não é o mesmo que afirmar que no seu ambiente não existem outras formas de diferenciação – tanto as organizações como as diferenças entre países centrais e periféricos, são exemplos de segmentarização da sociedade. Por isso, as aquisições evolutivas da sociedade não podem ser pensadas de forma linear.

A sociedade moderna é, contudo, funcionalmente diferenciada, porque os vários sistemas de função utilizam-se da igualdade e da desigualdade como racionalidade das próprias operações o que acaba por incrementar tanto a igualdade como a desigualdade. Por isso, a diferenciação funcional constitui a forma da sociedade moderna.

Apresentamos uma leitura sistêmica da sociedade que leva em conta toda sua complexidade, seus mecanismos estruturais e operativos de manutenção da própria ordem, suas relações com a realidade infinita do mundo e as bases de relação e interpenetrações com os outros sistemas. A sociedade constituiu um

¹³⁶ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 314.

sistema global que abarca todos os demais subsistemas que utilizam como pano de fundo de suas operações também a comunicação. O sistema jurídico é um deles que passaremos a analisar no próximo capítulo desse trabalho. A proposta agora é juntamente com os conceitos desenvolvidos nesse primeiro capítulo descrever as bases evolutivas do direito e seus problemas teóricos e epistemológicos, assim como introduzir a proposta luhmanniana para uma reflexão teórico-social do direito.

CAPÍTULO II

DIREITO E SOCIEDADE: UMA LEITURA SISTÊMICA

*Este é o maior mandamento de toda ciência:
não aceitar restrições na capacidade aprender, nem
mesmo se estas restrições têm a forma de verdades.*
Niklas Luhmann

Estamos entrando agora num campo teórico mais específico dentro da proposta luhmanniana. Basicamente podemos reduzi-lo à uma pergunta: qual o espaço da teoria do direito e suas implicações para a leitura sistêmica da sociedade até aqui desenvolvida?

Não podemos nos esquecer da importância que o sistema jurídico possui na teoria da sociedade desenvolvida por Luhmann. O direito ocupa um lugar diferenciado dentro do acontecer social: ele não é um dado *a priori* do comportamento humano ou da regulação da convivência humana que garante a sociedade. Ele é antes uma aquisição evolutiva do sistema da sociedade, e por isso pôde se diferenciar de seu ambiente, formando um sistema operativamente fechado, capaz de produzir seus próprios elementos constitutivos e dar conta da sua complexidade.

Adiantamos, ainda, uma outra questão importante: o direito moderno é o direito positivo, não só para Luhmann como para uma infinidade de autores que tratam desse tema, principalmente, dentro da teoria do direito. A proposta é então perfilar os caminhos dessa premissa, ou seja, esmiuçar as construções teóricas que tratam dessa questão, privilegiando o aporte luhmanniano, que considera o direito positivo como sistema funcionalmente diferenciado e como aquisição evolutiva da sociedade moderna, tal qual descrita pela teoria sistêmica.

Já demonstramos que a sociedade moderna é formada por subsistemas sociais com códigos e programas próprios. Mas diferentemente do que estabelece o funcionalismo clássico, ela não possui uma ordem

centralizada e nem um aporte hierárquico – a sociedade moderna é acêntrica e heterárquica. Daí as diferenças de complexidade existentes entre os diversos subsistemas sociais, geradoras de instabilidade e conflitos inerentes ao mundo moderno.

Feitas essas observações, pretendemos, nesse capítulo, perfilar o aporte teórico-evolucionista que levou Luhmann a desenvolver uma teoria do direito cujas bases se encontram na sociologia. Faz-se necessário para tanto, também destacar os desenvolvimentos teóricos que marcaram (e ainda marcam) o direito moderno ou *positivo*, para então introduzir no último item a leitura luhmanniana da ciência jurídica.

2.1. Evolução e diferenciações do direito

No Capítulo anterior (especialmente no item 1.4.) foi longamente explanada a relação existente entre evolução e diferenciação e como tais mecanismos contribuem para as mudanças estruturais da sociedade. Como subsistema social não poderia ser diferente com o direito. Define-se aqui um passo importante, ainda que somente descritivo, para se chegar a uma teoria sociologicamente fundada sobre o desenvolvimento do direito.

Sabemos que a evolução não é um processo causal onde é possível delimitar que causas produziram determinados efeitos, e quais efeitos se devem a uma causa específica. Nem mesmo é uma gradação paulatina, contínua e ininterrupta da complexidade, mas a possibilidade de mudanças estruturais compatíveis com transformações bruscas e com longos períodos de estabilidade.¹³⁷ A evolução se realiza sempre em confronto com um ambiente, infinitamente mais complexo do que o sistema, e por isso mesmo intransparente para este último. As mudanças estruturais nos sistemas são possíveis justamente devido a essa diferença de complexidade, que obriga o

sistema a também se tornar complexo: essa “aprendizagem” sistêmica é processualizada a partir da diferença entre *variação/seleção/reestabilização*, confrontada com um ambiente que se transforma de maneira independente.

Nesse contexto, o direito também estabiliza conquistas evolutivas altamente improváveis, transformando-as em realidades observáveis. Essas conquistas se tornam muitas vezes irreversíveis e indicam sempre – paradoxalmente – uma crescente diferenciação do sistema (independência) e interdependências recíprocas¹³⁸ entre os vários subsistemas sociais.

A evolução do sistema jurídico também depende das funções e do modo como são diferenciadas estruturalmente a variação, a seleção e a estabilização. A variação refere-se sempre à multiplicidade e à carga conflitual das expectativas normativas (ou expectativas normativas inesperadas); a seleção, aos procedimentos de decisão; e a estabilização, à formulação regulativa do direito válido. Esses mecanismos são historicamente diversificados e suas mudanças se dão de forma separada, já que existem limites de compatibilidade entre eles, permanecendo, contudo, interdependentes, pois são acoplados entre si de maneira condicional (ainda que não necessária).¹³⁹

A autopoiesis do direito é o fio condutor e a *conditio sine qua non*, da sua evolução: é o fechamento operacional que possibilita mudanças estruturais sem a perda da identidade do sistema, ou seja, as mudanças são sempre compatíveis com a estrutura do sistema jurídico. As descrições evolutivas do sistema da sociedade (já explanadas), não são, portanto, incompatíveis com a evolução dos subsistemas sociais: então, dentro do sistema da sociedade é possível vislumbrar “sub-evoluções” referentes aos sistemas parciais que compõem o ambiente interno da sociedade. Do mesmo modo pode-se afirmar que o fechamento operacional dos subsistemas não impede a sua mudança estrutural. Daí dizer-se que

¹³⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad (Das Recht der Gesellschaft)**. Tradução provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. Impreso, s/d. p. 194.

¹³⁸ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. **Estrutura e Função do direito na teoria da sociedade**. Florianópolis. 1994. Dissertação (Mestre em Direito). Curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. p. 125.

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 193.

a sociedade se comunica e se separa do seu ambiente externo; o direito também se comunica e, neste sentido, realiza a autopoiesis da sociedade. A sociedade utiliza a linguagem; o direito também – só que com ligeiras variações nas condições de compreensibilidade. A sociedade depende do acoplamento estrutural com os sistemas psíquicos; o direito também.¹⁴⁰

Através das próprias mudanças estruturais da sociedade é possível apontar estruturas jurídicas – próprias dessas sociedades. Do mesmo modo em que é possível, também, devido à observação de segunda ordem, delimitar características referentes às mudanças estruturais unicamente do sistema jurídico. Portanto,

(...) na passagem da sociedade arcaica para as altas culturas, e destes para as sociedades modernas modificam-se aqueles dispositivos que garantem a formação de generalizações conscientes de expectativas comportamentais, e com isso muda a forma da vigência do direito. A afinação dos diversos mecanismos de generalização modifica-se naquilo que ela pressupõe, e naquilo que ela causa. Um número maior de comportamentos mais variados torna-se juridicamente possível. Diminui a dependência do direito de sentidos concretamente fixados e da amalgamação com outras esferas funcionais como a linguagem, estruturas cognitivas, meios de comunicação, formas de socialização; por outro lado cresce a dependência de um mecanismo especial de seleção do direito vigente e de tudo aquilo que esses dispositivos complementares e amparadores pressupõem. A formação do direito se retira dos sistemas cotidianos estruturalmente simples, funcionalmente difusos, e é “estatuído” por outros sistemas. As premissas sócio-estruturais da formação do direito deslocam-se em direção de condições e interdependências mais

¹⁴⁰ Ibid., p. 194.

complicadas, de maior improbabilidade e maior capacidade de desempenho.¹⁴¹

Utilizando, então, como modelos as sociedades arcaicas e as culturas antigas, tentaremos, neste item, descrever sumariamente como se deram as diferenciações do direito, para enfim chegarmos ao direito moderno, momento em que o direito se torna um sistema de função.¹⁴²

Pode-se utilizar várias perspectivas para uma descrição de como se dão as diferenciações do direito e demarcar-se quais princípios gozam de primazia. Uma delas refere-se ao modo como se generalizam as expectativas, ou seja, como o direito torna as expectativas normativas em termos contrafáticos, institucionalizando-as; outra é como se dão para o direito as generalizações simbólicas, que contribuem para uma linguagem jurídica específica a seu âmbito comunicativo como, por exemplo, através da escrita.

Resumidamente, pode-se dizer que quando o sistema jurídico organiza-se estruturalmente, as expectativas são generalizadas, o que lhe possibilita uma certa imunidade contra diversidades, isto é, o direito se torna estável. Essas generalizações¹⁴³ se dão em três níveis diversos, extremamente heterogêneos entre si, o que demonstra um alto grau de discrepância no funcionamento de cada um deles: na dimensão temporal, a generalização das expectativas são possíveis através das normas, sendo essas estabilizadas em termos contrafáticos; na dimensão social, as expectativas são institucionalizadas, o que imuniza o direito contra o dissenso;¹⁴⁴ na dimensão material, devido à estabilização das expectativas relativamente às pessoas,

¹⁴¹ LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 174.

¹⁴² Lembramos, mais uma vez, que tais mudanças não são pensadas de forma estanque e linear, ou uma divisão em épocas históricas que segue uma cronologia objetiva; utiliza-se aqui unicamente de um recurso lógico, privilegiando-se determinadas características do direito nessas sociedades.

¹⁴³ Essa análise será feita mais profundamente no próximo capítulo, especialmente em referência às funções do direito. Cf. LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Op. cit., p. 53-123. NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 127-128.

¹⁴⁴ O que ocorre não se baseia numa concepção de que haja um consenso empiricamente verificável; institui-se núcleos significativos, donde as generalizações de sentido garantem que

aos papéis, aos programas e aos valores, é possível alcançar-se uma coerência que viabiliza os processos comunicativos.

Feitas essas considerações, pode-se dizer que nas sociedades arcaicas goza de primazia um tipo de diferenciação chamada de segmentária. Os princípios que regem as relações sociais e, conseqüentemente, o direito fundam-se no parentesco e na territorialidade. A complexidade dessas sociedades são reduzidas, não sendo ampliadas, mas simplesmente repetidas. A norma também não possui uma vigência absoluta, baseando-se sempre numa reação às frustrações: prevalece sempre o direito do mais forte, já que ele surge inicialmente de forma não mediatizada através da frustração e da reação do frustrado.

Assim, “o direito é afirmado de forma absoluta e sem referência a processos de revisão e decisão em casos de dúvida. A participação na projeção da norma, a subjetividade da demanda por direito não podem ser separadas do direito objetivamente vigente.”¹⁴⁵ O direito possui um caráter sagrado, vincula homens e deuses, não sendo, por isso, disponível.

Nessas sociedades, os diversos mecanismos da evolução não são diferenciados: embora a normatização objetive a segurança das expectativas na dimensão temporal, não se distingue entre normas e comportamentos; o modo de seleção daquilo que deve valer como direito tem prevalentemente caráter de luta (princípio de represália); e o direito é estabilizado muito concretamente na auto-afirmação das expectativas normativas.¹⁴⁶

Tanto a reciprocidade (ou seja, a compensação transitória de necessidades) como a represália, são formas “institucionalizadas” do direito, normatizadas de maneira concreta. Elas formam noções básicas que

as expectativas podem ser esperadas: a isso dá-se o nome de expectativa de expectativa. Cf. LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Op. cit., p. 78 e seg.

¹⁴⁵ LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Op. cit., p. 187.

¹⁴⁶ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 129.

expressam generalizações congruentes de expectativas comportamentais.¹⁴⁷ Mesmo assim ocorre um baixo grau de abstração e concepções do direito devido ao caráter drástico e totalmente reativo das sanções.¹⁴⁸

Passa-se a vislumbrar algumas mudanças estruturais no direito arcaico por conta do aumento de complexidade em outros sistemas, quando começam a aparecer centros específicos referentes à atividade econômica e religiosa, o que acarreta uma variabilidade nas organizações sociais. Com o desenvolvimento econômico cresce o número de disputas e as resoluções privadas de conflitos passam a se tornar inoportunas. Surge, então, uma necessidade “de institucionalização de processos regulares para decisões sobre disputas jurídicas, correspondendo, no campo do direito material, a uma necessidade de separação entre direito civil e penal, que não era possível no campo da vigência da defesa própria.”¹⁴⁹

Paulatinamente, as decisões jurídicas passam a ser vinculativas, permitindo que o direito possa ser generalizado, formando decisões obrigatórias, e mesmo diante de situações diferentes essas decisões podem ser repetidas. Com o advento da escrita a preservação de tais decisões se tornam independentes da memorização e da tradição oral, “aumentando assim imensamente a possível complexidade do direito.”¹⁵⁰

Quando a esfera política se desliga das relações de parentesco, é possível vislumbrar-se uma constituição do direito relativamente autônoma, principalmente porque, concomitantemente, verifica-se também uma diferenciação na área da economia e na esfera político-administrativa.¹⁵¹ A partir daí é possível observar a passagem da segmentarização à estratificação.

Já com o desenvolvimento das altas culturas antigas, principalmente em relação à cultura européia e anglo-saxã, verifica-se um primado da diferenciação do direito guiada pelas diferenças de classes e posição social:

¹⁴⁷ LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Op. cit., p. 192.

¹⁴⁸ Ibid., p. 193.

¹⁴⁹ Ibid., p. 197.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ Ibid., p. 199.

vale o direito do “melhor”, ou seja, são as classes superiores que elaboram as semânticas de toda a sociedade.

O procedimento judicial começa a ser institucionalizado¹⁵² de forma mais coesa: as decisões tornam-se “expectáveis” e mais objetivas. O direito passa, então, a simbolizar um complexo maior de expectativas comportamentais normativas, cujo reconhecimento passa a ser óbvio devido a uma ação da justiça ou dos tribunais.¹⁵³ A decisão torna-se socialmente mais efetiva, justamente porque ela institucionaliza expectativas com efeitos vinculativos: “o juiz tem que referir a normatividade à sua própria decisão e normatizar as expectativas formuladas nesse contexto. (...) E isso representa uma condição para que o direito projetado na disputa seja degradado ao nível de simples afirmação, possibilitando seu controle a partir de normas preexistentes.”¹⁵⁴

Com o aumento das expectativas normativas devido à crescente complexidade social, transforma-se também a seletividade do direito: com procedimentos institucionalizados, as projeções normativas são canalizadas para o interior do sistema. Mas nem tudo que se refere ao direito é passível de decisão ou modificável por decisão no âmbito do procedimento. Justamente porque prevalece a idéia de que o núcleo básico direito é invariável e indisponível, esse direito é definido como direito natural.¹⁵⁵

Mesmo sendo a dominação política vinculada ao direito, ela não possui poderes de gerá-lo e alterá-lo, e isso varia segundo as concepções religiosas e culturais. Nas sociedades segmentárias a ordem do mundo é concebida em termos jurídico-morais: “a aplicação do direito tem

¹⁵² Na institucionalização dos procedimentos é que reside a conquista evolutiva das culturas antigas referentemente ao direito, donde o desenvolvimento do direito passa a realizar-se através de sistemas processuais mais complexos. Cf LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Op. cit., p. 207.

¹⁵³ Ibid., p. 206.

¹⁵⁴ Ibid., p. 211.

¹⁵⁵ Ibid., p. 218. Cf. também NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 130-132.

predominantemente funções simbólico-expressiva de ativação e confirmação da lei do mundo, quase não apresentando intenções de alterar a realidade.”¹⁵⁶

Nas sociedades hierárquicas, ou segmentárias, mesmo o direito possuindo seus mecanismos seletivos através do procedimento, ainda assim ele era subordinado a um “direito superior”. E justamente porque a diferença entre expectativas normativas e cognitivas eram difusas, elas se mantinham estáticas.

Juntamente com o desenvolvimento do direito, segundo uma ação relativa às demandas de expectativas cognitivas e normativas na sociedade, pode-se descrever um desenvolvimento paralelo do direito devido às mudanças comunicacionais existentes na própria sociedade. Luhmann aponta a escrita como um mecanismo de acoplamento estrutural entre a realidade física, psíquica e social.¹⁵⁷ O sistema comunicativo (social) assimila a escrita e os textos quando esta passa a ser utilizada como informação: na verdade assimila o sentido do que vem escrito, do que está no texto, marcando-se aí uma diferença entre signo e sentido.

Nesse contexto, a escrita traz uma grande vantagem, contribuindo para as mudanças estruturais do direito. É através dos textos que as desviações podiam ser reconhecidas: a escrita pode fixar fatos e, assim, de forma antecipada evitar conflitos. Portanto, o direito, a partir do momento que se torna texto, assume a função de tornar público o que ele significa para qualquer pessoa. Ele não precisa mais ser repetido, mas sim representado: vislumbra-se aí uma transição da coerência ritual para uma coerência textual.¹⁵⁸

Através da escrita é possível se incrementar – e do mesmo modo restringir e concentrar – as vias de acesso ao direito: o fechamento do direito como forma se deve também ao texto. O texto expressa o direito e relaciona-se, por isso, com a antecipação das decepções. Dessa maneira, as leis podem

¹⁵⁶ Ibid., p. 220. Cf. também sobre esse assunto especialmente capítulo I, PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 29-137.

¹⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho**.... Op. cit., p. 196.

ser usadas como informação e a estabilidade precária e contrafática das expectativas normativas se equilibram mediante a forma escrita.¹⁵⁹

A partir do momento que o direito – como texto – possui um sentido que pode ser comunicado (lido, citado, etc.) ele pode ser também interpretado, ou seja, *re-observado* mediante novas distinções: isso provoca mudanças estruturais e aumentos de complexidade para o sistema jurídico. Daí dizer-se que a evolução do direito até a modernidade foi possível, também, devido à diferença existente entre texto e interpretação do direito – o que determinou os resultados da sua forma.

Uma outra distinção que sustenta a evolução do direito é aquela existente entre casos de decepção contenciosos e casos não contenciosos. Quando os conflitos se verbalizam, quando há defesa e busca do reconhecimento de um caso excepcional e quando se alega direitos, torna-se possível uma observação de segunda ordem, ou seja: pode-se decidir quem tem razão ou não a tem segundo o direito, ainda que isso aconteça através de fórmulas de adivinhação (sociedades arcaicas) ou através de princípios normativos (modernidade).

Porque há conflitos normativos é que se pode negociar soluções, surgindo disso uma comunicação que persegue unicamente fins de conciliação e leva a constatar quem tem razão (e quem não). Nesse contexto, as expectativas são importantes, pois em caso de “desvio” elas se tornam normas.¹⁶⁰ Vemos aqui que o “desvio” provoca uma *variação* que é *selecionada*¹⁶¹ e utilizada conforme se espera¹⁶² ou se coloca determinada expectativa.

¹⁵⁸ Ibid., p. 199.

¹⁵⁹ Ibid., p. 203.

¹⁶⁰ Por isso mesmo a teoria luhmanniana não admite qualquer fundamentação social do direito através do consenso (entende-se por consenso a aprovação da norma por todos). O consenso não pode ser condição de validade do direito e se o fosse excluiria qualquer evolução. Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 208.

¹⁶¹ Quando falamos em mudança estrutural do sistema jurídico, esta não se confunde com as mudanças recorrentes dos procedimentos legais; esse último não servem para as transformações do sistema jurídico, mas simplesmente para sua pontualização. Isso quer dizer que no sistema jurídico acontecem mudanças pontuais que não pressupõem uma planificação ou um autocontrole do sistema. Portanto, as transformações paulatinas do direito não são conseqüências de atividades orientadas a determinados fins, mas sim o resultado da diferença

Em realidade as diferenças estruturais apontadas nas conquistas evolutivas descritas através do direito arcaico e do direito nas sociedades antigas (estratificadas) servem para demonstrar que a evolução normaliza o improvável ou demonstra um certo grau de discrepância existente entre um estado inicial e um posterior. O sistema jurídico, como qualquer outro sistema, unicamente adaptou-se estruturalmente à crescente complexidade social. A própria complexidade coage a uma seleção sistêmica e, assim, possibilita adequações à complexidade: nisso inclui-se o fato do sistema ser fechado operacionalmente e determinar sua codificação independente do ambiente.

A diferenciação funcional do direito desenvolve-se sob essa premissa. Esse primado permitiu outras formas de diferenciação internas ao sistema como posse/propriedade e legislação/jurisdição, tornando possível a total positivação do direito, característica que passaremos a descrever no próximo item.

2.2. Modernidade e Diferenciação Funcional do Direito: o Direito Positivo

As mudanças estruturais do sistema jurídico estão sempre relacionadas com o aumento de complexidade do sistema total da sociedade – basta lembrarmos da relação existente entre evolução e diferenciação.¹⁶³ Então podemos afirmar que o primado da diferenciação funcional da sociedade possibilita a criação de sistemas sociais parciais, devido, principalmente, a uma crescente produção de possibilidades (aumento da complexidade) que só podem ser realizadas parcialmente. Isso exige mais especificidades de seleção

entre variação e seleção que se reproduz incessantemente: “*es un residuo de la entrada en vigor de la diferencia*”. Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho**.... Op. cit., p. 214

¹⁶² Quando se diz que uma expectativas pode ser esperada, passa-se a um outro plano que Luhmann chama de expectativa sobre expectativa, portanto, “para se encontrar soluções integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativa não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro.” Cf. LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Op. cit., p. 47.

¹⁶³ Cf. Capítulo I, item 1.4.

e, conseqüentemente, outras diferenciações funcionais que dinamizam o sistema social como um todo.¹⁶⁴ Esse aumento de complexidade faz crescer também a contingência social – aqui podemos vislumbrar o paradoxo da modernidade, seu calcanhar de Aquiles:

Todo o sentido palpável passa a ser iluminado por outras possibilidades, é relativizado e problematizado. Dependências e relações de subsunção tornam-se visíveis, são delineadas as chances do planejamento e da produção racionais, mas também do peso excessivo das exigências de racionalidade. A racionalidade parece ser cada vez mais alcançável e inalcançável. (...) Toda situação fática é uma seleção de mais possibilidades, apresentando enquanto fato uma elevada seletividade. Cada sim implica em muitos não.¹⁶⁵

Ao mesmo tempo que a diferenciação funcional estabelece limites funcionais¹⁶⁶ às semânticas socialmente instituídas, ela também acarreta um aumento dos conflitos e dos problemas internos da sociedade, provocando o crescimento dos encargos decisórios em todos os planos de generalizações. Isso equivale a dizer que há um aumento das interdependências recíprocas entre os vários subsistemas sociais – essa é a relação existente entre a diferenciação funcional do sistema social e a positivação do direito.

As prestações intersistêmicas entre os vários sistemas de função é o que caracteriza a sociedade moderna. Nesse contexto, está inserida a positivação do direito, já que as prestações do direito são imprescindíveis para a estabilização de outros sistemas sociais.

¹⁶⁴ LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Op. cit., p. 225.

¹⁶⁵ Ibid., p. 226.

¹⁶⁶ As possibilidades de sentido são, a princípio, infinitas. Isto está relacionado com a complexidade da sociedade. Podemos dizer que o limite está na semântica de cada sistema ou no modo em que são generalizadas as comunicações, por exemplo o poder, o amor, o direito, o dinheiro...

Por direito positivo se entende, segundo a ótica luhmanniana, aquele direito cuja base é a decisão: ele é estatuído e vige por força de decisão.¹⁶⁷ Afirmar isso significa considerar a flexibilidade do sistema jurídico, ou seja, sua auto-referência e seu auto grau de seletividade. Portanto, a positividade do direito está em sua experimentação sempre constante e atual (vigência) referente à decisão, sendo esta última uma das escolhas possíveis dentre as muitas possibilidades não atualizadas. Segundo essa premissa, o direito positivo é considerado como “essencialmente contingente, produto da seleção operada pelos procedimentos jurídicos (principalmente a legislação e a jurisdição).”¹⁶⁸

Nesse sentido, são convergentes a diferenciação funcional da sociedade e a positividade do direito, ambas possuem essa característica de complexidade e contingência; essa sobrecarga é auto-imposta à sociedade e desencadeia processos seletivos internos ao sistema jurídico.

Por conseguinte, a flexibilidade¹⁶⁹ do sistema está diretamente relacionada com a diferenciação funcional. Isso só é possível quando o sistema se “isola” de interferências de outros sistemas, que utilizam outros processos de diferenciação. Daí dizer-se que a auto reflexão do sistema depende e é garantida em uma realidade social cujos sistemas parciais são diferenciados e especificados por funções.

Se o direito positivo é estatuído e vige devido à recorrência sempre constante e nova ao direito, ou melhor, em função de cadeias decisórias, vale perguntar como isso foi possível e continua sendo mantido? Como o direito positivo pôde se diferenciar e se tornar funcionalmente autônomo?

Sabemos que mesmos nas sociedades antigas os processos decisórios estavam presentes e faziam parte de uma certa *praxis* do direito. A

¹⁶⁷ LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Op. cit., p. 237. Cf. também LUHMANN, N. **Sociologia do Direito II**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 07-17.

¹⁶⁸ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 135.

¹⁶⁹ Sistemas reflexivos são aqueles que aplicam a si mesmos seus próprios pressupostos, ou seja, por exemplo, a flexibilidade do sistema jurídico baseia-se em normas que normatizam o estabelecimento de normas e da ciência, na pesquisa das possibilidades de pesquisa. Cf. Capítulo I. A auto reflexão do direito será tratada no Capítulo III deste trabalho.

diferença está na instauração de processos jurídicos diferenciados.¹⁷⁰ Os procedimentos decisoriais selecionam normas como direito, isto é: torna-se direito aquilo que passa pelo “filtro” de um procedimento que determina certas expectativas normativas ou pretensões normativas da sociedade como juridicamente expectáveis. A essas pretensões é conferida a denominação jurídica.

Conseqüentemente, na dimensão temporal a positividade permite um tratamento contraditório das estruturas cognitivas e normativas, aumentando consideravelmente a complexidade estruturada do sistema. Uma norma pode ser válida hoje e amanhã não sê-lo, e assim sucessivamente. Na dimensão material qualquer assunto pode passar a ter um conteúdo jurídico; os conteúdos do direitos deixam de ser pré-estabelecidos, como no direito natural. E, finalmente, na dimensão social, o consenso passa a ser presumido e sua possibilidade empírica não é factível.

Por isso, os procedimentos decisoriais são importantes, porque a validade do direito existe a partir de decisões, inclusive determinadas normas deixam de ser válidas por força de decisões. Assim, a estabilidade e a validade do direito positivo devem-se a um princípio variante, ou seja, sua constante alterabilidade. Isso significa que a própria

diferenciação funcional abre caminho para a estabilização da reflexividade na medida em que isola núcleos significativos que podem ser aplicadas a

¹⁷⁰ No primeiro momento de sua elaboração teórica, Luhmann concebia os processos como sistemas sociais especiais, que podem ser institucionizados, e provocam decisões coletivamente vinculativas. Os procedimentos podem ser entendidos como sistemas sociais que desempenham uma função específica: a de atingir uma única decisão obrigatória. (Cf. LUHMANN, N. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília : Editora da Unb, 1980. p. 39 e seg.; LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Op. cit., p. 177 e seg. e 207). Mais tarde, o processo será concebido como uma seqüência de eventos, relacionados a seleções acontecidas anteriormente e aquelas que acontecem sucessivamente – processo implica tempo. É uma limitação que permite as ligações de um evento singular em uma situação determinada, o que possibilita uma rede de comunicações para os sistemas sociais, por exemplo. Ele também só é observável em estruturas duráveis. (Cf. BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. **Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 182). Contudo os procedimentos decisoriais têm uma importância enorme para teoria sociológica do direito, pois dizem respeito às diferenciações internas do sistema jurídico. (Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho....** Op. cit., p. 237 a 269).

eles mesmos ou a processos do mesmo tipo. A nível do sistema jurídico, isto significa que a própria decisão a respeito da mudança ou da manutenção do direito torna-se objeto de decisão.¹⁷¹

A capacidade reflexiva do direito positivo permite um alto grau de seletividade que possibilita ao sistema enfrentar uma maior complexidade, aumentando a segurança na suposição do direito, uma vez que em vigor poderá ser imposto independentemente das circunstâncias, das relações sociais de força, consenso político ou prestígio pessoal: o direito passa a não depender de qualquer fator cuja distribuição não possa ser prevista.¹⁷²

A diferenciação funcional permite também uma separação entre direito e moral. O sistema jurídico não garante mais uma moralidade de conduta individual e mesmo a solução de conflitos é permeada pela distribuição de riscos entre as partes. A legalidade não está relacionada com a pretensão individual das pessoas, basta verificar a concepção de direito objetivo. O direito, por conseguinte, não precisa, a princípio, do convencimento para existir. Isso lhe permite uma mobilidade independente da verdade, da moral (ou fundamentos da respeitabilidade humana), dos requisitos pessoais dos indivíduos.¹⁷³

Essa diferenciação permite que o sistema jurídico seja estruturalmente variável; ou seja, a plena positivação do direito está diretamente relacionada, para Luhmann, com a própria possibilidade dele ser constantemente mudado por ele mesmo. Segundo uma formulação teórico-sistemática, isso quer dizer que “o direito produz a possibilidade de sua

¹⁷¹ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 137.

¹⁷² LUHMANN, N. **Sociologia do Direito II**. Op. cit., p. 20. Cf. estudo do Prof. Marcelo Neves sobre a impossibilidade de aplicação do modelo luhmanniano à modernidade periférica, que o autor chama de modernidade negativa. Nesse âmbito não se verifica uma autonomia sistêmica, segundo o princípio da diferenciação funcional dos sistemas; há uma complexidade desorganizada (desestruturada e desestruturante), devido à falta de fechamento operacional que não permite a auto-referência do sistema jurídico. NEVES, Marcelo. 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: **Anuário do mestrado em Direito**, Recife, nº 6, p. 313-357; no mesmo sentido o trabalho do mesmo autor: Da autopoiese à alopoiese do direito In: **Anuário do mestrado em Direito**, Recife, nº 5, p. 273-298, 1992.

eliminação, inibe esta possibilidade para o caso normal e desinibe esta inibição sob condições especiais”¹⁷⁴; em outras palavras: o próprio direito possibilita a criação e eliminação a partir dele mesmo, quando produz decisões. Ao mesmo tempo, essa variabilidade seletiva não exclui acoplamentos estruturais com outros sistemas de função, muitas vezes convergentes, que permite, inclusive, a autonomia de cada um.

Dessa forma, o sistema jurídico moderno é para Luhmann o direito positivo, que não pode mais ser concebido em termos ontológicos ou teleológicos, mas apenas referido funcionalmente. Como o sistema jurídico também é constituído por comunicações (jurídicas), sua positividade possibilita a combinação de estruturas normativas e cognitivas através da diferenciação entre dois mecanismos internos ao sistema: a programação condicional e a codificação binária. É essa diferenciação que processa a autopoiesis do sistema e, por conseguinte, sua autonomia.

É importante, contudo, debatermos algumas concepções do positivismo jurídico que marcaram a teoria do direito, para melhor entendermos a concepção sociológica dada por Luhmann.

2.3. Algumas reflexões sobre o Positivismo Jurídico: a busca de uma unidade para a Teoria do Direito

A terminologia positivismo jurídico pode se referir a várias concepções diferentes do direito. Cada teoria do direito utiliza distinções próprias, configura suas próprias formas e, assim, constrói seus objetos. Isso é facilmente verificável por um observador de primeira ordem: para um jurista

¹⁷³ Da mesma maneira, a verdade, a moral ou o comportamento humano são dificilmente modificáveis por força de decisão.

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. In: **Revista Seqüência**. Florianópolis, n. 28, 1994. p. 16-29. p. 21.

dogmático, por exemplo, o direito ou os procedimentos decisoriais são produzidos por fontes específicas, através do legislador ou do juiz.

Uma diferenciação, contudo, é comum a qualquer teoria do direito positivista: a diferenciação entre direito positivo e direito natural. O conceito de positivismo jurídico está diretamente relacionado ao monopólio do direito pelo Estado, donde a sociedade assume uma estrutura monista, já que o Estado concentra em si todos os poderes, dentre os quais o direito.

Passa a ocorrer, então, um processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado. Daí afirmar-se que “o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, realiza-se quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalecente – do direito, e seu resultado último é apresentado pela codificação.”¹⁷⁵

De forma inversa, o antigo direito natural europeu trabalhava com uma arquitetura estática do mundo e com a distinção alto/baixo, concebida como a diferença entre função e qualidade. Essa diferença de níveis encontrava sua justificação em uma hierarquia cosmológica geral expressa na essência das coisas. O direito era, então, diferenciando dentro dessa hierarquia como uma entidade especial. Isso significava que o direito natural não se encontrava somente no conhecimento da natureza das coisas, mas se apoiava na hierarquia que o sustentava – a compreensão ontológica do mundo, articulada sobre a base de uma lógica de valores.¹⁷⁶

O direito racional dos séculos XVII e XVIII inicia um rompimento com essa idéia utilizando uma perspectiva utilitarista e relativizando a importância da ordem estratificada. A diferenciação fundamental passa a se concentrar no útil/inútil/danoso. O postulado da liberdade é válido segundo a premissa de que existe um âmbito amplo do atuar no qual o indivíduo pode perseguir suas necessidades, desde que não cause dano a nada. O postulado de generalização da filosofia transcendental eleva esse pressuposto de liberdade a princípio.

¹⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 119.

¹⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **El Derecho....** Op. cit., p. 15-16.

De maneira radicalmente distinta do direito natural, o fato de integrar-se à história e a redução que se faz para aceitar o direito positivo (independente de como se controle a racionalidade da argumentação), mostra uma clara adaptação do sistema jurídico às condições da sociedade moderna, que começa a ser desenvolvida já no século XVII.

Pode-se dizer, de forma genérica, que o direito positivo nasce também de um empenho em conciliar, na sociedade burguesa, um sistema de abstração que integre as contradições de um ideal de igualdade sustentado pela desigualdade. Esse é o principal problema do Iluminismo burguês: manter as digressões do sistema e controlar sua complexidade.¹⁷⁷ Esse sistema é estruturado de modo que determinadas formas do agir são fixadas como válidas, ou seja, são “abstrações” do agir produzidas por decisões.

A partir do momento que o direito se desvincula das leis naturais (direito natural) e passa a questionar a natureza da lei, ele se torna autônomo e pode, então, desenvolver-se como disciplina com uma epistemologia própria. O direito passa a apresentar-se como forma – não como expressão de um agir justo, mas como modo positivamente válido do agir.

Como postura científica, que é o que nos interessa identificar mais de perto, o positivismo nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira ciência, com as mesmas características das ciências naturais e sociais.¹⁷⁸ O estudo do direito passa a ser uma tentativa de estabelecer a realidade dos fatos que o envolvem, para que se possa informar sobre determinada constatação: o estudo do direito é considerado como *fato* que se manifesta na realidade histórico-social.

Essa postura, de certo modo, levou a uma posição avaliativa do direito enquanto ciência: o direito como valor ou como justiça, passou a ser postulado da filosofia do direito. O direito é, pois, como ciência uma forma

¹⁷⁷ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto e Legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Lecce: Pensa Multimedia, 1998. p. 17. Cf. também do mesmo autor: *Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità*. In: **Sociologia del Diritto**, Milano, vol. 1, n. 18, p. 19-33, 1991.

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** Op. cit. p. 135.

destituída de valor – pensemos na metateoria como um signo vazio de Luhmann – e “como tal pode servir à realização de qualquer propósito ou valor, porém é em si independente de todo propósito e de todo valor.”¹⁷⁹

Entretanto, a normatização do agir, ainda que seja uma abstração, é contingente: o direito positivo é essa contingência tornada normativa.¹⁸⁰ De certo modo, essa contingência normativa torna-se um obstáculo à unidade do direito. Se admitimos que a busca de uma racionalidade para o direito é também uma tentativa de unificá-lo teoricamente, faz-se necessário pensarmos como se constrói a racionalidade no direito.

A razão para o direito pode ser resumida como um aglomerado de sentido que se realiza no sistema jurídico; é esse sentido que guia as seleções normativas operadas sobre a realidade e é *posto* segundo escolhas práticas no universo do possível – “é o sentido que é posto como subjetividade da regulação jurídica e que oculta a objetiva racionalidade das relações sociais de produção.”¹⁸¹ Qualquer definição de direito positivo confirma essa premissa. Por exemplo, Uberto Scarpelli¹⁸² define o conceito de direito, segundo o positivismo jurídico, através da vontade¹⁸³ e da avaloratividade: o direito é um sistema de normas postas pela vontade dos seres humanos, portadores de certas características reconhecidas, independentemente da conformidade a preceitos ou valores de uma moral ou ideologia.

Esse sentido que forma o sistema jurídico é institucionalizado e nisto está a validade do direito, isto é, não no seu sentido, mas na sua institucionalização (*direito posto*). Nesse contexto a autonomia é um requisito formal essencial à positividade do direito, pois é devido a essa autonomia que o sistema pode regular seus mecanismos de produção e reprodução (ou seja,

¹⁷⁹ Ibid., p. 142.

¹⁸⁰ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto...** Op. cit., p. 18.

¹⁸¹ Ibid., p. 19. Tradução livre: “è il senso che è posto come soggettività della regolazione giuridica e che oculta la oggettiva razionalità dei rapporti sociali di produzione.”

¹⁸² SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il positivismo giuridico**. Milano: Edizioni di comunità, 1965. p. 34.

¹⁸³ Vontade é entendida pelo autor em relação ao modo de produção do direito no Estado moderno, uma produção voluntária cuja atuação plena se encontra no aparato institucional do Estado e na sua organização política, ou seja, é o manifestar-se de uma vontade política na forma da lei. Cf. Ibid., p. 111 e seg.

determinar seu sentido jurídico) – sendo esses mecanismos também jurídicos (reflexibilidade).

Para Norberto Bobbio, igualmente, o principal requisito do direito é a validade. Segundo ele as normas jurídicas são aquelas emanadas dum determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico. O direito é uma realidade normativa, donde as normas são consideradas a partir de um *dever ser* implícito que as confirmam como direito.¹⁸⁴

Nessa realidade normativa, inclui-se como elemento essencial da estrutura da norma a coercitividade. Direito é, também, coação. Estamos falando aqui, em linhas gerais da moderna teoria da coação, donde a coercitividade do direito constitui o próprio objeto da norma, a partir do momento que as normas regulam, também, o uso da força coativa¹⁸⁵ numa determinada sociedade.

Contudo, mesmo tendo a teoria do ordenamento jurídico positivo uma coerência que justifica sua unidade, para Raffaele De Giorgi a contingência continua sendo um obstáculo a ser superado ou controlado; para tanto a epistemologia jurídica utiliza-se de instrumento de “legitimação da contingência”¹⁸⁶ através de dois sistemas separados: a teoria do direito e a ciência do direito. Ambas seguem percursos e desenvolvimentos diferentes; a primeira porque busca uma legitimação da contingência devido à validade do direito – a contingência do direito sem considerar as relações de sentido e valor como contingentes;¹⁸⁷ e, a segunda (ciência), busca a construção de um sistema de direito positivo, no qual a contingência apresente uma racionalidade interna e, assim, justifique a unidade e a coerência do direito¹⁸⁸.

Na verdade, a separação entre ciência e teoria do direito cria um problema para a epistemologia jurídica. Quando a ciência do direito se

¹⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** Op. cit. p. 161. Cf. também BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste C. L. dos Santos. 10ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1999. p. 58 e seg.

¹⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...** Op. cit. p. 155-156.

¹⁸⁶ Cf. DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto...** Op. cit., p. 20.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ Idem.

transforma em metodologia pura ela se liberta do problema teórico da verdade e do valor – ciência passa a ser para o direito um princípio formal e metodológico. Essa *conversão metodológica*¹⁸⁹ proposta primeiramente por Savigny e depois Puchta e Jhering, não resolve a questão gnoseológica do direito. A metodologia descarta o problema gnoseológico porque não dispõe de uma teoria específica da contingência normativa e, por isso, perde de vista os pressupostos epistemológicos na qual é construída. Em decorrência disso, a epistemologia recorre a mecanismos de legitimação contraditórios com a metodologia que propõe:

enquanto a contingência legitima a conversão metodológica, a ciência não dispõe de um aparato teórico capaz de elaborar hipóteses sobre o direito, partindo da contingência. E, portanto, recorrerá à tautologia jusnaturalista de uma concepção da ciência produtora do direito, de uma ciência capaz de legitimar o direito produzido, atribuindo-lhe o caráter de necessidade. Mas a metodologia não pode produzir senão aquilo que está contido em suas premissas, e necessidade lógica ou conceitual não é pressuposto da positividade, se esta é entendida como produto de uma seleção.¹⁹⁰

Somente Kelsen desenvolverá uma teoria do direito em cujo sistema autônomo se encontra hipóteses que afirmam a validade do direito como existência da norma (vigência),¹⁹¹ considerando, portanto, sua contingência. Para o autor da Teoria Pura, o direito não poderia ser extraído de razões éticas; a norma fundamental é esvaziada de valor, ou seja, de qualquer sentido

¹⁸⁹ Sobre a *conversão metodológica* da ciência jurídica cf. DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto...** Op. cit., p. 27-45.

¹⁹⁰ Ibid., p. 21. Cf também p. 74. Tradução livre: “mentre la contingenza legittima la conversione metodologica, la scienza non dispone di un apparato teorico capace di elaborare ipotesi sul diritto partendo dalla contingenza. E quindi ricorrerà alla tautologia giusnaturalistica di una concezione della scienza produttrice del diritto, di una scienza capace di legittimare il diritto prodotto, attribuendogli il carattere della necessità. Ma la metodologia non può produrre se non ciò che è contenuto nelle premesse, e necessità logica o concettuale non è ancora presupposto della positività, se questa si intende como prodotto de una selezione.”

¹⁹¹ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 11 e seg.

moral ou legitimação material.¹⁹² O direito possui uma racionalidade puramente formal e é isso que lhe confere autonomia.

A produção e a aplicação normativa (dinâmica jurídica) continuam atreladas ao Estado, mas isso não compromete uma teoria pura, já que é o próprio direito quem regula sua produção e aplicação.¹⁹³ “Esta é a inconfundível identidade da Teoria Pura do Direito – configurar, por suas virtudes ou em seus defeitos, uma metodologia do direito, cujo inequívoco formalismo reflete importante teorização filosófica quanto às condições de validade do processo de conhecimento.”¹⁹⁴ Para Kelsen, o direito como atividade científica, ou seja, como processo gnoseológico é desenvolvido unicamente no plano metodológico: a racionalidade é um fenômeno interno ao direito, pensado a partir da existência e validade do sistema jurídico.

O esquema de escalonamento das normas, cuja hierarquia suprema pertence à norma fundamental, é outro ponto que garante, ainda que hipoteticamente, a unidade do sistema jurídico. O objeto da ciência jurídica (norma) possui como premissa um dever-ser lógico,¹⁹⁵ que retira do sistema a complexidade do mundo real, do mundo dos fatos. A contingência é tratada unicamente do ponto de vista jurídico a partir do indeterminismo que carrega qualquer norma inferior, mas sua validade está pressuposta pela norma fundamental¹⁹⁶ que, como uma moldura, abarca todas as demais normas.

Para Raffaele De Giorgi foi Kelsen quem conseguiu repensar profundamente a ciência jurídica, representando o ponto mais alto do esforço pela unidade no direito positivo. O positivismo jurídico é tomado por Kelsen através do princípio da positividade do direito e pela conquista teórica da sua autonomia, tomando como ponto de partida para a reflexão teórica a

¹⁹² Ibid., p. 75 e seg.

¹⁹³ Ibid., p. 80.

¹⁹⁴ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 107.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura...** Op. cit., p. 09.

¹⁹⁶ Ibid., p. 221 e seg.

consideração do sistema como “contingência normativa continuamente reproduzível”¹⁹⁷.

Kelsen se inspira no postulado que leva em conta a separação entre ser e dever-ser, entre natureza e sociedade, entre fato e valor. Este postulado lhe permite isolar o universo jurídico como universo do dever ser, como “técnica específica de organização social,”¹⁹⁸ como universo de significados que qualificam objetivamente fatos e eventos do mundo natural.

Como sistema de qualificação normativa, o direito pertence ao universo do valor: ele constitui um sistema de valor definido pela objetividade das valorações, dos significados atribuídos aos fatos e eventos do mundo natural. A objetividade daquelas valorações depende exclusivamente das condições puramente formais da sua produção, da sua validade entendida como existência específica da própria qualificação. A objetividade do sentido, contudo, não é absoluta; só seria se fosse derivada da natureza, se fosse universalmente verdadeira; ela é hipotético-relativa, tem somente um significado formal: a validade da qualificação deriva do fato que esta tem uma existência específica – foi produzida de uma determinada maneira ou posta por uma determinada pessoa.¹⁹⁹

Todo o sistema jurídico pensado por Kelsen deriva da norma hipotética fundamental que é *pressuposta* e cuja validade não nasce de nenhuma outra norma ou princípio: a norma fundamental é condição de

¹⁹⁷ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto...** Op. cit., p. 74.

¹⁹⁸ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 21 e seg. Cf. também a mesma referência de DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto...** Op. cit., p. 75.

¹⁹⁹ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto...** Op. cit., p. 75. Tradução livre: “Quale sistema di qualificazioni normative, il diritto appartiene all’universo del valore: esso costituisce un sistema del valore definito dalla oggettività delle valutazioni, dei significati attribuiti ai fatti ed eventi del mondo naturale. La oggettività di quelle valutazioni dipende esclusivamente dalle condizioni puramente formali della loro produzione, dalla loro validità intesa come esistenza specifica della qualificazione stessa. La oggettività del senso, infatti non è assoluta; lo sarebbe solo se fosse derivata dalla natura, se fosse universalmente vera; essa è ipotetico-relativa, há solo un

possibilidade das outras normas jurídicas.²⁰⁰ O conteúdo da norma inferior não é considerado, interessa apenas a validade formal, ou seja, as condições formais de qualificação da produção normativa que está no pressuposto lógico transcendental que fundamenta qualquer sistema de normas.

O sistema jurídico se apresenta assim como um universo de qualificação normativa, cuja coerência e unidade é estabelecida pelas relações formais da sua produção, indiferente como dever-ser relativamente às instâncias materiais próprias do ser; um universo que mantém a separação e deriva a autonomia do seu interior, da raiz hipotético-relativa pela qual rege-se sua estrutura.²⁰¹

O dever-ser normativo apresentado por Kelsen, independe de qualquer ato de vontade daquele a quem a norma é dirigida: como comando despsicologizado, impessoal e anônimo, o direito é uma abstração.²⁰² Nesse contexto, “o dever-ser simplesmente expressa o sentido específico em que a conduta humana é determinada por uma norma.”²⁰³ Há aqui uma separação clara entre ser e dever-ser, e é isso que possibilita a Kelsen desfazer o nó teórico que separa teoria e ciência do direito. A diferenciação entre ser e dever-ser torna possível delimitar um objeto específico da ciência jurídica e separar definitivamente ciência do direito e ciência natural. O dever-ser, implícito no conceito de norma, possibilita que esta se construa sobre um nexo de imputação regulado pela escolha arbitrária de valores.

significato formale: la validità della qualificazione, cioè, deriva dal fatto che questa há un'esistenza specifica – è stata prodotta in una data maniera o posta da una data persona.”

²⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura...** Op. cit., p. 217.

²⁰¹ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto...** Op. cit., p. 75-76. Tradução livre: “Il sistema giuridico si presenta così come un universo di qualificazioni normative, la cui coerenza e unità è stabilita dalle relazioni formali della loro produzione, indifferente come dover essere rispetto alle istanze materiali proprie dell'essere; un universo che mantiene la separazione e deriva la sua autonomia dal suo interno, dalle radici ipotetico-relative su cui si regge la sua struttura.

²⁰² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Op. cit., p. 49.

A natureza, em suma, não constitui um obstáculo para a norma, porque a norma, como dever-ser, é indiferente à realidade. A natureza (...) tem para a norma um significado *subjetivo*; diante da norma a sua objetividade é irrelevante enquanto tal: o fato, o evento, o ser são limitados pela subjetividade do seu significado até que não sejam relevantes para a norma: é a norma que qualifica a natureza conferindo-lhe significados objetivos. O dever-ser da norma é instituição de significados objetivos, é produção de objetividade (...).²⁰⁴

Por isso, a validade da norma constitui simplesmente a sua existência. O direito pode possuir qualquer conteúdo, pois não interessa a ele, objetivamente, a subjetividade do fato. Nesse contexto, o dever-ser é um valor objetivo e relativo da positividade do direito (*direito posto, válido*).²⁰⁵

A ciência jurídica é possível, portanto, como uma teoria da normatividade, segundo as bases apresentadas. Esse sistema normativo pode ser pensado cientificamente devido à sua autonomia. A teoria pura tem como tarefa específica a análise estrutural do direito positivo autônomo, que está separada de qualquer juízo de valor ético-político. Isso permite a Kelsen fundamentar a unidade do ordenamento jurídico no pressuposto formal de validade, mas como sistema dinâmico e neutro possibilita também conceber o direito positivo com qualquer conteúdo: a contingência está sempre presente no ordenamento dinâmico apresentado por Kelsen.

Esse pressuposto faz crescer a complexidade do sistema e segundo Raffaele De Giorgi, a teoria kelseniana torna-se impotente diante desse

²⁰³ Ibid., p. 51.

²⁰⁴ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto...** Op. cit., p. 77. Tradução livre: “La natura, insomma, non costituisce un ostacolo per la norma, perché la norma, come dover essere, è indifferente alla realtà. La natura (...) há per la norma un significato soggettivo; di fronte alla norma, la sua oggettività è irrelevante in quanto tale: il fatto, l’evento, l’essere sono limitati dalla soggettività del loro significato fino a che non diventino rilevanti per la norma: è la norma che qualifica la natura conferendole significati oggettivi. Il dover essere della norma è istituzione di significati oggettivi...”

²⁰⁵ Idem.

pressuposto dinâmico do sistema, que aumenta consideravelmente sua complexidade interna. Daí a afirmativa de que

a conversão operada na ciência jurídica conseguiu sustentar a dificuldade da afirmação do princípio da positividade, conseguiu sustentar o peso da categoria jurídica e legitimar o sistema de abstração como universo que domina a sociedade burguesa, como universo do isolamento e da separação. Mas ante ao crescimento incontrolado da complexidade desse sistema ela se revela impotente, *neutra*.²⁰⁶

No contexto do esforço teórico por uma teoria cientificamente fundada do direito, a sociologia não encontrou ressonância, pois a distinção normas/fatos não fazia parte de sua construção teórica. A formação de juízos acerca dos fatos é evidente para o jurista. Por isso, a redução da ciência jurídica como uma ciência de normas conduz ao postulado de uma sociologia jurídica como ciência auxiliar para a fundamentação e aplicação do direito.²⁰⁷

De modo geral, para a sociologia como disciplina, o importante é representar a sociedade como um fato gerador de normas. De qualquer forma, é impossível sociologicamente expressar o âmbito de objetos sociológicos com a ajuda da diferenciação norma/fato.²⁰⁸

A questão passa a ser, então, para Luhmann, a de como conservar essas conquistas conceituais e, ao mesmo tempo, reformulá-las para uma nova teoria do direito. Para tanto, seria necessário uma distinção que definisse a forma do direito como um objeto de observação e descrição.

²⁰⁶ Ibid., p. 87. Tradução livre: “la conversione operatasi nella scienza giuridica è riuscita a sostenere le difficoltà della affermazione del principio della positività; è riuscita a sostenere il peso della categoria giuridica e a legittimare il sistema della astrazione come universo che domina la società borghese, come universo dell’isolamento e della separazione. Ma di fronte all’accrescimento incontrollato della complessità di questo sistema, essa si rivela impotente, *neutrale*.”

²⁰⁷ Cf. SCARPELLI, Uberto. **Cos’è il positivismo giuridico**. Op. cit., p. 42

²⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho....** Op. cit., p. 17.

Isso é possível através de uma descrição do direito como um sistema autopoiético e autodiferenciado. Essa teoria implica em considerar que é o próprio direito que produz todas as distinções e descrições que utiliza e que a unidade do direito está na sua autoprodução (autopoiésis). De acordo com isto a sociedade deve ser tratada como um ambiente do direito – ainda que este seja ambiente interno da sociedade que, justamente por isso, possibilita e suporta este fato.

2.4. Complexidade e Direito: uma nova leitura para o Direito no Século XXI

Já discorreremos longamente sobre a importância do conceito de complexidade na teoria luhmanniana. Essa proposta leva sempre em conta a complexidade crescente dos fenômenos sociais, principalmente os fenômenos contemporâneos da globalização que desregulamenta a vida econômica e sócio-política.

Podemos afirmar então que a releitura do funcionalismo sistêmico propagada por Luhmann nasce num contexto social específico que atingiu todo o mundo, mas muito mais de perto os ideais do Estado de bem-estar social²⁰⁹ consolidados na Europa e nos países da modernidade central. Para o autor o que se verifica, por exemplo, com a busca por igualdade social e distribuição de justiça é sempre o aumento das demandas sociais que esse modelo propõe superar: aqui inclui-se a complexidade e seus paradoxos.

Para superar o modelo teórico que não pode mais dar conta dessa complexidade faz-se necessário repensar as bases do funcionalismo tradicional. Para o direito, isso pressupõe a constatação de que a racionalidade jurídica formal possui seus limites teóricos diante dessa complexidade, e a racionalidade de fins também apresenta-se frágil nesse contexto. Funda-se, então, uma racionalidade sistêmica, como uma explicação possível para a

realidade do mundo atual. Essa é a proposta luhmanniana para uma fundamentação teórico-social do direito, ou seja, uma consideração da ciência jurídica a partir do estrutural-funcionalismo, a qual passaremos a analisar.

As “teorias do direito”, segundo Luhmann, surgem em torno de duas demandas: da praxis jurídica (aplicação e interpretação do direito) e da docência, ou seja, dos sistemas educacionais que preparam para essa prática.

Tanto uma como outra são, juntamente com os textos de direito vigente, formas em que o direito se apresenta como resultado de interpretações. Conseqüentemente, essas interpretações são resultados da auto-observação ou autodescrição do sistema jurídico. Pudemos perceber até aqui que a busca por uma teoria do direito inclui um esforço para se alcançar uma consistência conceitual que, em determinados trabalhos, ultrapassa a dogmática e a filosofia do direito. Segundo Luhmann, essas iniciativas dizem respeito a uma “razão social da teoria do direito.”²¹⁰ Nas mais variadas tendências conceituais pode-se verificar, de forma rudimentar, uma cultura mundial do direito. Entretanto, a análise estritamente científica deve dar ao conceito de teoria uma função constitutiva do objeto, ou seja, deve caracterizá-lo como tal e isto significa *diferenciar*. Esse esforço pode se dar em qualquer teoria cognitiva seja ela realista, idealista ou construtivista.²¹¹

Nesse contexto, a ciência – qualquer que seja seu objeto – é para Luhmann um sistema e como tal deve propor-se a resolver os problemas relativos a sua própria estrutura, a sua complexidade interna e externa, bem como aos mecanismos capazes de compreendê-la e reduzi-la. Isso equívale a dizer que, como ciência, o direito é também um sistema complexo e diferenciado, capaz de elaborar mecanismos de redução dessa complexidade – “é um sistema que serve para transmitir a complexidade reduzida e manter o grau dessa redução, produzindo, assim, orientação segura para o agir.”²¹²

²⁰⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. **Teoria politica nello stato del benessere**. Milano: FrancoAngeli, 1983.

²¹⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho**.... Op. cit., p. 03.

²¹¹ Ibid., p. 05.

²¹² DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto**... Op. cit., p. 244. Tradução livre: “...è un sistema che serve a trasmettere la complessità ridotta e a mantenere alto il grado di questa riduzione producendo così orientamenti sicuri per l’agire.”

O aporte funcionalista permite, portanto, considerar o direito como um sistema social funcionalmente diferenciado. Por isso, a complexidade interna do sistema jurídico passa a ser tratada de modo a se adequar a qualquer direito existente; de outra parte, a consideração de sua complexidade externa possibilita à teoria relacionar-se com outras disciplinas (interdisciplinariedade). Isso permite uma teoria cujos conceitos consistam em simplificações reduzidas, ou seja, conceitos com um auto grau de abstração.

A proposta luhmanniana aproveita as conquistas da ciência jurídica e, ao problematizar seus limites e contradições, coloca outras questões. Por exemplo, sob a óptica do funcionalismo, o conceito de norma é irrenunciável para a teoria do direito. A própria norma prescreve o que ela mesmo deve ser. Com base nessa premissa, a teoria passa a ser adjudicada ao próprio sistema jurídico, o que leva a uma teoria reflexiva do seu funcionamento, seja ela orientada a uma abstração ou mesmo através de uma construção conceitual interdisciplinar.

A “colaboração” entre sociologia e teoria do direito é preocupação recorrente do autor.²¹³ A ciência jurídica como interpretação da realidade simbólica e a sociologia com sua preocupação com realidade social do direito podem oferecer prestações mútuas, ainda que existam diferenças entre seus pressupostos. Assim,

em uma colaboração com a sociologia ela [a ciência jurídica] pode ser levada a refletir sobre sua própria seletividade, compreendendo suas decisões fundamentais como escolha significativa entre outras possibilidades. As tarefas de intermediação para tanto necessárias podem ser por um lado organizadas na sociologia do direito e por outro lado em uma teoria geral do direito. (...) Entre ambas as disciplinas não existe uma relação de fundamentação no sentido usual, hierárquico ou logicamente dedutivo, mas sim uma relação de orientação de tal forma que a sociologia do direito, graças a sua maior complexidade e a seu campo de

²¹³ Cf. LUHMANN, N. **Sociologia do Direito II**. Op. cit. Em todo esse volume Luhmann se questiona sobre essas prestações, mas conferir principalmente o Epílogo, p. 190 e seg.

comparação mais distendido, possibilita à teoria do direito localizar seus conceitos fundamentais como decisões de estruturas, que são contingentes mas significantes.²¹⁴

Verifica-se, então, que as diferenças entre sociologia e ciência do direito são pontualmente marcadas. Para a ciência do direito o que é levado em conta é a normatividade, para a sociologia, interessa a análise do comportamento social, das instituições, dos sistemas sociais, etc. Então, devido a essa diferença, deve-se renunciar a um denominador comum? Atualmente há um acordo mínimo de que não se chega a nenhum lugar discutindo-se sobre a “natureza” ou o “ser” do direito. Contudo, podemos perguntar sobre os limites do direito, isso de modo analítico ou de modo concreto. Mediante um observador (modo analítico), a objetividade é estabelecida com base no que cada qual, como observador, estabelece: nisto está marcado um limite para qualquer possibilidade de discussão interdisciplinar. Através do objeto (modo concreto) pode-se afirmar que o direito é que determina seus próprios limites, determina o que pertence ou não ao direito. A divergência aqui se dá no modo *como* isso ocorre.²¹⁵

Esses obstáculos podem ser ultrapassados com uma proposta que leve em conta a complexidade dos sistemas. O ponto de partida para isso é a teoria dos sistemas, pois só ela pode descrever como se produzem os limites do sistemas relativamente a seu ambiente; pela observação de segunda ordem é possível tratar o objeto mediante a distinção sistema/ambiente. Ainda que se renuncie a uma análise puramente analítica, através da observação de segunda ordem admite-se o fato de que uma construção teórica é feita por um observador, mas sua observação é organizada a um nível de segunda ordem; já com o conceito de sistemas que observam, pode-se explorar, a partir da teoria dos sistemas, uma epistemologia construtivista. Nessa epistemologia se incluem tanto as teorias cognitivas como qualquer sistema que se utiliza de observações autoproduzidas para regular sua relação com o ambiente. Isso também se dá através da observação de segunda ordem.

²¹⁴ Ibid., p. 191.

Até aqui, com essas três possibilidades, chega-se em um ponto de bifurcação entre a forma de observação jurídica do direito e outra sociológica. Nesse contexto, o sociólogo observa o direito de fora e o jurista de dentro. Então uma teoria sociológica do direito consistiria em uma descrição externa do sistema jurídico, mas só seria uma descrição adequada se descrevesse o sistema como um sistema que se descreve a si mesmo. E uma teoria do direito seria uma *autodescrição* do sistema jurídico, sendo que sua apreensão do objeto só poderia se dar quando ela o distinguisse para poder observá-lo.

Essas são formas de observação do direito que não estão fora da sociedade e, apesar do seu aporte interdisciplinar (e devido a ele), são questões teóricas não resolvidas. A vantagem de uma teoria sociológica do direito são as vantagens que a observação externa lhe atribuí: a de não estar obrigada a respeitar normas internas, nem costumes e nem requisitos de compreensão²¹⁶. Entretanto, a descrição externa do objeto deve ser do mesmo modo em que o entende a teoria jurídica. O compromisso com a auto-observação e a autodescrição do objeto é condição de possibilidade de uma teoria razoável.

As pontualizações sobre a tentativa de uma unidade para a ciência do direito demonstram que as várias teorias jurídicas surgidas a partir da evolução do direito até hoje ainda não chegaram ao entendimento apropriado do direito como uma unidade que se autoproduz. Há, então, uma multiplicidade de teorias, porém não uma auto-representação do direito como direito. Geralmente, parte-se da praxis jurídica para se produzirem pressupostos que são introduzidos “dogmaticamente” na teoria, e dessa forma os fundamentos são abstrações a posteriori que não possuem relação entre si.²¹⁷

Isso significa que a ciência do direito transformou o problema da unidade do direito em um princípio²¹⁸, ou seja, “ela não conseguiu problematizar as suas hipóteses de base, as quais diante da crescente complexidade do sistema jurídico se revelaram insuficientes, pobres de

²¹⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho**.... Op. cit., p. 05-06.

²¹⁶ Ibid., p. 08.

²¹⁷ Ibid., p. 10.

²¹⁸ LUHMANN, N. **Sociologia do Direito II**. Op. cit., p. 192.

alternativas, escassamente abstratas, construídas sobre poucas hipóteses em relação ao mundo.”²¹⁹ Enfrentar esse problema permite, também, considerar as soluções de modo funcional, ou seja, verificar nos limites estruturais das seleções do sistema jurídico e na sua busca por estabilização um nível auto de contingência, as margens de riscos e as possibilidades de apreensão da realidade existentes no direito.²²⁰

Através da teoria dos sistemas, a unidade do direito é sempre pensada a partir da distinção *sistema/ambiente*, que serve de base a todas as variantes da teoria. A vantagem é que a sociedade e seu ambiente faz parte do sistema do direito como ambiente deste. Assim, o sistema do direito, como ambiente da sociedade, pode ser analisado como um sistema altamente complexo e, por isso, pode ser auto-referencial, ou seja, remeter-se a si mesmo: a sua própria autonomia, aos limites auto-estabelecidos, a seu código e aos filtros seletivos, que se não funcionassem suprimiriam a determinação estrutural do sistema jurídico.

O direito é considerado como um sistema que se observa e se descreve a si mesmo e, por isso, ao desenvolver sua própria teoria se comporta de maneira construtivista, ou seja, sem a intenção de representação do mundo fora do sistema.²²¹ Porque a teoria dos sistemas trabalha com a diferenciação sistema/ambiente, ela é obrigada a indicar sempre o sistema de referência. Assim, devido à capacidade de autodescrição, o sistema é obrigado a diferenciar as autodescrições das heterodescrições com respeito ao direito.

É obvio que não basta uma única distinção, uma análise sistêmica deve utilizar sempre uma galáxia de distinções, harmonizadas entre si. Portanto, junto com a distinção sistema/ambiente, aparecem a distinção teórica evolutiva entre variação/seleção/reestabilização, a distinção teórica comunicativa entre informação/ato de comunicar/compreensão e a distinção operação/observação. Algumas das quais trataremos no próximo capítulo.

²¹⁹ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto...** Op. cit., p. 246-247. Tradução livre: “...essa cioè non è reiuscita a problematizzare le sue ipotesi di base, le quali di fronte alla crescente complessità del sistema del diritto, si sono rivelate insufficienti, povere di alternative, scarsamente astratte, costruite su poche ipotesi intorno al mondo.”

²²⁰ Idem.

Essa descrição guiada pela teoria dos sistemas estabelece, portanto, uma relação entre teoria do direito e teoria da sociedade. Aqui se inclui uma reflexão teórico-social do direito. Essa proposta, ao desenvolver uma teoria sociológica do direito, tem por destinatário não o sistema jurídico, mas o sistema da ciência, ainda que se tratem de formulações teóricas sobre o direito.

Portanto, as análises a que se propõe Luhmann do direito, evita implicações normativas. As afirmações devem permanecer no nível daquilo que a sociologia pode determinar como fatos.²²² Contudo, essa tarefa não é realizada através de métodos empíricos habituais, que para o autor são muito limitados ainda no campo das ciências sociais. Lembremos da proposta teórica que leva em conta o alto grau de abstração: daí a afirmativa de que são os conceitos que determinam os fatos que são observáveis.

Por essa premissa guia-se a seleção do instrumental teórico utilizado pelo autor, evitando, assim, as afirmações sem referência empírica sobre o nível ideológico, sobre um campo especial de valores, sobre as norma ou o dever. Isso quer dizer que para a sociologia luhmanniana não existe nenhuma concepção de direito que esteja acima do direito. Tampouco procede a idéia de um direito “extra-legal”, como se se tratasse de um nível especial de validade acima da ordem legal praticada.²²³ Por isso o direito se verifica a si mesmo e se tal não acontece, não sucede nada jurídico.

Segundo esse instrumental teórico, o conceito de norma é referido a uma forma específica de expectativa fática, que pode ser observada psicologicamente ou no sentido mental dado pela comunicação. Essas expectativas existem ou não. E quando se quer formular que elas deveriam existir, não há que retroceder a um dever ser normativo existente por si; ao contrário, há que manter-se no plano das expectativas, isto é, das expectativas que antecipam normativamente o que é possível esperar do sistema jurídico.²²⁴

²²¹ Ibid., p. 13.

²²² Ibid., p. 19.

²²³ Cf. supra o fundamento de validade do direito proposto por Kelsen.

²²⁴ LUHMANN, Niklas. *El Derecho....* Op. cit., p. 19.

Mesmo a distinção possível entre normas e fatos são internas ao sistema do direito e essa distinção por si só já é um fato.²²⁵

Do mesmo modo, o conceito de validade não é dado segundo um sentido normativo, como se fosse implícito que o válido *deve ser* válido: o direito é válido se está acompanhado por esse símbolo, e não devido a qualquer valor *a priori*.

Da mesma forma, o conceito de função não possui qualquer sentido normativo ou teleológico: ela determina unicamente um ponto que, ao estabelecer limites, torna possível a comparação (heteroreferência), assim como possibilita a evolução e o aumento do nível de complexidade do sistema.

Por conseguinte, a teoria sociológica do direito proposta por Luhmann parte da afirmação de que o sistema do direito é um sistema parcial (subsistema) do sistema da sociedade. Sendo assim, a sua unidade se produz e se reproduz por meio do sistema e não pelos fatores situados no seu ambiente. Isso serve para qualquer sistema, seja ele o sistema total da sociedade ou seus subsistemas.

Por ser um subsistema social, o direito mantém uma relação ambígua com a sociedade. Ou seja, a sociedade é seu ambiente, mas as operações do sistema jurídico são operações que se dão dentro da sociedade. “O direito ratifica a sociedade enquanto se diferencia dela.”²²⁶ Isto quer dizer que o direito, com suas próprias operações (que são operações sociais) introduz um corte na sociedade e com ele se configura um ambiente específico do direito, interno à sociedade.

A ambivalência dessa relação entre direito e sociedade se resolve quando se considera os recursos operativos existentes em qualquer sistema. E isso tem a ver com a unidade dos sistemas: os limites e estruturas dos sistemas são produzidos internamente no sistema (fechamento operacional).

²²⁵ Ibid., p. 20.

²²⁶ Ibid., p. 21.

Nesse contexto, a forma que produz e reproduz o sistema da sociedade é a comunicação. Isto permite afirmar que o sistema do direito, por ser um sistema parcial da sociedade, não pode fazer outra coisa senão criar formas de sentido através da comunicação. A diferença é que pode delimitar as comunicações e manejá-las como formas de sentido puramente jurídicas.

Todas essas considerações preparam o terreno para refletirmos sobre as categorias fundamentais que dão sustentação à teoria sociológica do direito proposta por Luhmann: suas inovações e limites – esses muitas vezes auto-impostos.

CAPÍTULO III

O DIREITO COMO SISTEMA SOCIAL COMPLEXO: OS FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA SOCIOLÓGICA DO DIREITO

Nós não vivemos a última realidade: o 'real' fica escondido durante toda a vida, nós não o vemos. Nós o confundimos com outras coisas. O medo funda-se no fato de que nós não vemos o conjunto.
David Lynch

A parte final desse trabalho tem por objetivo reunir e tentar religar numa trama conceitual as categorias luhmannianas que formam a reflexão teórico-social do sistema jurídico.

Dentro do sistema da sociedade o direito pode ser observado como uma pragmática do acontecer comunicativo e do comportamento social normativamente guiado.²²⁷ Teoria do Direito e Sociologia se entrecruzam na construção luhmanniana do direito, dando lugar ao que o autor chama de uma reflexão teórico-social do direito: podemos aqui identificar um espaço de discussão interdisciplinar,²²⁸ uma saída para a ciência do direito (tanto sob um ponto de vista dogmático como teórico) que possibilita a interpretação das informações entre diversos campos do saber, como a sociologia, a filosofia e a teoria do direito.

²²⁷ KRAWIETZ, Werner. Razionalità del Diritto e Teoria dei Sistemi. In: FORNI, Enrico M. (org.). **Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale**. Bologna: Capelli Editore, 1983. p. 103.

²²⁸ A interdisciplinariedade é um campo polêmico e ainda não muito explorado pelas teorias do conhecimento, principalmente na epistemologia jurídica (ainda que muito discutido). Sabemos da dificuldade das concepções que pretende essa proposta, principalmente no campo científico, mas não podemos negar esse recurso na construção teórica de Luhmann (ver parte introdutória do Capítulo I). Isso não poderia ser diferente para o direito. Sobre a teoria geral do direito e a interdisciplinariedade cf. NEVES, Marcelo. Teoria do direito na modernidade tardia. In: **Direito e Democracia**. Katie Arguelo (org.). Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 104. Cf. também a concepção da sociologia jurídica como uma disciplina interdisciplinar ARNAULD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 25 e seg. No mesmo sentido SOUTO, Claudio e Solange. **Sociologia do Direito: uma visão substantiva**. 2ª edição. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1997. p. 36 e seg. Outro estudo interdisciplinar sobre a construção do conceito de lei na civilização ocidental cf. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Como o direito reflete um modo peculiar do agir social, isso remete à consideração de que ele parte não só de um equilíbrio já pressuposto do agir social, mas também constrói esse equilíbrio a partir da complexidade e da “desordem” ou dos conflitos existentes na realidade moderna.

Portanto, o direito não é só ordem, ele também se constrói *no* e vive *do* conflito: aqui se inclui a possibilidade do direito engendrar, igualmente, desordem e conflito.²²⁹ Por isso, Luhmann o distingue como um dos principais fatores de integração social, muito embora exponha de modo singular o seu papel desintegrador. Isso pode ser melhor observado quando se analisa as aquisições evolutivas desse sistema.

Ao ser definido como “generalizações congruentes de expectativas comportamentais”, o direito age como um sistema “imunológico” que garante uma certa ordem e controla os conflitos surgidos em outros sistemas sociais. Entretanto, isso não se dá pela negação do conflito, mas junto ou através dos próprios conflitos.²³⁰ Consequentemente, “a complexidade da realidade social, com sua extrema contingência, é reduzida pela construção de uma ‘para-realidade’, codificada a partir do esquema binário ‘direito/não-direito’ (ou ‘lícito/ilícito’), onde se prevê aquilo que é considerado conflito para o Direito e se oferece as soluções jurídicas adequadas.”²³¹

Portanto, a função específica do sistema jurídico é, basicamente, distinguir o legal do ilegal, o lícito do ilícito, isto é, “na rede de comunicações da sociedade, o direito se especializa na produção de um tipo particular de comunicação que procura garantir expectativas de comportamentos assentadas em normas jurídicas.”²³²

O direito reflete, então, de modo mais explícito o grande problema de todos os sistemas sociais: o de como manter a sua ordem interna e sua auto-

²²⁹ Cf. ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 144 e seg.

²³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 63.

²³¹ *Ibid.*, p. 63-64.

conservação e, ao mesmo tempo, significar ou dar sentido às “influências” do seu meio. Para explicar isso Luhmann rompe com concepções ontológicas, apriorísticas e objetivistas do funcionalismo clássico e passa a conceber os sistemas sociais como sistemas de interação e de comunicação.²³³

Como um sistema social, o direito é também um sistema autopoietico, que reproduz suas próprias operações recorrendo a essas mesmas operações: ou seja, ele é um sistema operacionalmente fechado e determinado pela estrutura, diferenciando-se, por isso, do seu ambiente.

Se o sistema jurídico diferencia-se do seu meio ele também opera nesse mesmo meio e por isso exerce e recebe influência dele. Essa relação não pode ser traduzida como uma relação normativa, mas como uma produção de sentido dos ruídos provocados pelo ambiente no sistema jurídico que este codifica e transforma em operações próprias, isto é, normatividade.

Teubner diria que “a autonomia jurídica reside no caráter circular da produção do direito, e não numa mera independência causal relativamente ao respectivo meio envolvente.”²³⁴ Dessa forma o direito interage com valores sociais e apreende a realidade social por operações próprias, ou seja, “o conteúdo normativo dos elementos integrados é produzido dentro do próprio sistema jurídico por intermédio de normas constitutivas de referências, ficando assim essas ‘incursões sociais’ sempre sujeitas à respectiva reformulação jurídica.”²³⁵

O sistema jurídico não produz relações normativas entre indivíduos na sociedade, simplesmente porque não é isso que determina sua estrutura; do mesmo modo não há comunicação entre os indivíduos e a sociedade, porque a

²³² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 162.

²³³ ARNAULD, A.; DULCE, M. J.; Op. cit.; p. 165 e seg.

²³⁴ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 73.

²³⁵ Ibid.; p. 75.

sociedade, com as próprias operações, só pode reproduzir as próprias operações²³⁶.

Isso demonstra que a verdadeira função do direito não é eliminar as inseguranças provenientes do seu ambiente e nem garantir comportamentos. Aqui se insere, também no sistema jurídico, o modo paradoxal em que se processualiza a comunicação:

A comunicação jurídica apenas aumenta a margem de insegurança socialmente suportável. Por isso, como um primeiro dado importante da linguagem jurídica, vale sublinhar que o direito multiplica possibilidades de comunicação e reforça expectativas de comportamento. Não está ao alcance do discurso jurídico erradicar a insegurança ou garantir condutas.²³⁷

Por outro lado, ao reduzir a complexidade do mundo real, a linguagem jurídica multiplica as possibilidades do comunicar porque é capaz de operar com um esquema específico e reduzido que reflete a sua função.

Essas afirmações mostram como o método sistêmico se utiliza de uma análise estrutural do direito para poder repensá-lo ou reconstruí-lo a partir da nova teoria dos sistemas. “O direito beneficia (...) ensinamentos tirados tanto da experiência e da observação da realidade quanto da reflexão e do exame dos imaginários.”²³⁸

Visto desse modo, a concepção do sistema jurídico se apoia em uma base realística, que leva em consideração a dimensão pragmática de produção de sentido no direito. O direito tem a ver, portanto, com a pragmática

²³⁶ LUHMANN, N.; O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). Op. cit., p. 86.

²³⁷ CAMPILONGO, C. F. Op. cit., p. 162.

²³⁸ ARNAULD, A.; DULCE, M. J.; Op. cit.; p. 187-188.

da linguagem na comunicação social e com a expectativa de comportamento social normativamente guiado: isso só pode se dar a partir de uma leitura sociológica do direito.²³⁹

Daí infere-se uma nova concepção de normatividade que, segundo Luhmann, não se coloca mais no plano do ser e do dever-ser: o núcleo conceitual do sistema jurídico se resume a uma única diferenciação: *lícito/ilícito* ou *legal/ilegal*. Assim, o direito produz expectativas e reduz complexidade. As expectativas produzidas pelo sistema jurídico são as institucionalizações de comportamentos sociais, generalizáveis pela norma jurídica.²⁴⁰

Pensar o sistema jurídico hoje a partir dessa diferenciação (aparentemente reducionista) é considerar sua complexidade, já que ele é um sistema social que se comunica e por isso mesmo significa a contingência e o acaso que marca a realidade social. Ainda: devemos ter sempre em conta que as implicações teóricas desenvolvidas para a sociedade obviamente também se aplicam ao sistema jurídico. A diferença *sistema/ambiente* é o ponto de partida para a reflexão teórico-social do direito.

3.1. A estrutura do sistema jurídico: fechamento operacional, função, código e programa.

As estruturas são para a teoria sistêmica as condições que possibilitam que as operações do sistema tenham continuidade ou se coliguem; isso quer dizer que a estrutura é a condição de possibilidade da autopoiesis do sistema. Através dela os elementos do sistema são selecionados e relacionados entre si.

²³⁹ KRAWIETZ, Werner. Razionalità del diritto e Teoria dei Sistemi. In: FORNI, Enrico M. (org.). **Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale**. Bologna: Capelli Editore, 1983. p. 103.

²⁴⁰ Cf. ARNAULD, A.; DULCE, M. J.; Op. cit.; p. 311 e seg. Cf. LUHMANN, N. **Sociologia do Direito**. Op. cit. pp. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília : Editora da Unb, 1980. **Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale**. Tradução italiana: Alberto Febbrajo e Reinhard

Ainda que não se possa conceber um sistema sem estrutura e uma estrutura que não seja um sistema, esses dois conceitos não se confundem: as estruturas pressupõem a repetição da identidade do sistema, mesmo que os contextos aos quais são adaptadas se diversifiquem. Em outras palavras, a estrutura de qualquer sistema é mutante, mas ainda assim a identidade desse sistema pode ser mantida.²⁴¹

Quando nos referimos aos sistemas sociais, suas estruturas são estruturas de expectativas que apresentam as possibilidades de comunicação, a partir das quais os sistemas podem se orientar.²⁴²

Podemos dizer, então, que a partir de sua estrutura os sistemas que operam com base no sentido (sistemas sociais e psíquicos) produzem uma dupla seletividade,²⁴³ permitida estruturalmente por um reforço da seletividade, que possibilita ao sistema ter sua complexidade reduzida mais facilmente. Isso ocorre justamente porque, para poder manter sua autonomia diante da extrema complexidade do mundo, o sistema opera fazendo escolhas, selecionando.

Essas seleções, porém, são relacionadas entre si de modo a construir um processo gradual de seleções que operam sobre quantidades sempre mais reduzidas de alternativas. Com a dupla seletividade é possível ao sistema assumir determinadas seleções como ponto de partida que, fixadas, têm a tarefa de absorver a incerteza do primeiro grau do processo seletivo, e são capazes assim de potencializar processos ulteriores de seleção: as estruturas são exatamente essa pré-seleção que delimitam o âmbito de possibilidade da escolha; elas escolhem antes de tudo aquilo que é possível escolher.²⁴⁴

Schimidt. Bologna: Il Mulino, 1990. Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Op. cit., p. 61 e seg.

²⁴¹ Basta lembrarmos as condições de evolução do sistema jurídico.

²⁴² BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. **Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 218.

²⁴³ Sobre esse tema cf. DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto e Legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Lecce: Pensa Multimedia, 1998. p. 225-228.

Estrutura é, portanto, um código de significados fixados como invariáveis sobre a base da elisão de outras possibilidades, significados que designam o quadro de referência dentro do qual é possível operar concretamente as escolhas, movendo-se entre alternativas pré-estruturadas.²⁴⁵

A partir dessas alternativas pré-estruturadas os sistemas podem generalizar expectativas²⁴⁶ no seu interior e guiar-se por elas, ainda que o ambiente esteja sempre transformando-se. Em outras palavras: os sistemas se imunizam contra outras possibilidades que não foram selecionadas por sua estrutura.

Nesse contexto, o sistema jurídico possui a capacidade de generalizar as expectativas congruentemente, ou seja, nas dimensões material, social e temporal. Isso quer dizer que as expectativas comportamentais generalizadas congruentemente são o direito de um sistema social. “O direito produz congruência seletiva e constitui, assim, uma estrutura dos sistemas sociais.”²⁴⁷

Já vimos que o direito é para Luhmann a estrutura de um sistema social que no próprio âmbito evolutivo da sociedade se diferenciou e se especificou funcionalmente. Já vimos que esse sistema jurídico ou o direito da sociedade moderna se sustenta sob a premissa da positividade. Por ser funcionalmente diferenciado o sistema jurídico descreve a si mesmo como direito positivo. Contudo, a partir dos meios teóricos sistêmicos²⁴⁸ é possível

²⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad.: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 54-55.

²⁴⁵ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto e Legittimazione**. Op. cit., p. 227.

²⁴⁶ Esse tema foi tratado no Capítulo II desse trabalho, mais especificamente no item 2.1. e 2.2.; as estruturas dos sistemas estão relacionadas tanto com o tema da evolução como também com a forma de diferenciação que explica a estrutura do direito contemporâneo. Daí a importância de retornarmos a essa discussão para entendermos a proposta luhmanniana para uma fundamentação teórico-sociológica do direito. Cf. também no mesmo capítulo as dimensões sociais, temporais e materiais da generalização de expectativas.

²⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Op. cit., p. 115. O autor ainda completa: “O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática.” Cf. sobre o mesmo assunto DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto e Legittimazione**. Op. cit., p. 235.

²⁴⁸ Sistema deve ser entendido aqui como um emaranhado de operações fáticas que, como operações sociais, devem ser comunicações. Isso significa que o direito é também um sistema

avançar para além do que a teoria do direito entende por direito positivo. É nessa tarefa que o autor coloca a possibilidade de uma reflexão teórico-sociológica para o sistema jurídico. O ponto de partida não é então a norma ou valores, mas sim a distinção sistema/ambiente.²⁴⁹

A partir dessa distinção, considera-se como as operações produzem a diferença entre sistema e ambiente, exigindo-se, pois, uma recursividade: através das operações recursivas às mesmas operações o sistema pode definir o que lhe pertence, ou não (como operação).

Nesse contexto, as estruturas sistêmicas, por serem altamente seletivas, são necessárias para que as operações se produzam. Assim, o direito não adquire realidade por existir alguma idealidade estável, mas devido aquelas operações que produzem e reproduzem o seu sentido específico. Essas operações pertencem sempre ao sistema jurídico.²⁵⁰

Isso significa que o sistema jurídico, sendo um subsistema social, é obviamente um sistema operacionalmente fechado. O fechamento operacional, que podemos também chamar de fechamento normativo, não significa isolamento do sistema,²⁵¹ mas somente que o sistema, para produzir suas próprias operações, remete-se sempre à rede dessas mesmas operações: é nesse sentido que o sistema se autoproduz (autopoiésis). Em outras palavras, os sistemas produzem operações próprias antecipando (temporalidade) e recorrendo às próprias operações e, dessa maneira, determinam o que lhes pertence e aquilo que é próprio ao ambiente.

O conceito de autopoiésis implica, então, numa constituição auto-referencial do sistema existente nas suas operações mais elementares e, com ela, determina o que internamente ao sistema opera como unidade. Por conseguinte, só existem elementos (operações) e a estrutura do sistema, na

da sociedade ou, de forma mais precisa, um subsistema que utiliza as mesmas operações sociais – comunicação, mas com peculiaridades próprias da sua diferenciação e da sua autonomia.

²⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad (Das Recht der Gesellschaft)**. Tradução provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. Impreso, s/d. p. 26.

²⁵⁰ Ibid., p. 27.

medida em que este mantém constante sua autopoiesis. Daí dizer-se que a autopoiesis é uma invariável do sistema,²⁵² por isso ela não diz nada sobre os acoplamentos estruturais existentes entre sistema e ambiente e sobre as estruturas advindas dessa relação. A autopoiesis do sistema jurídico é válida para qualquer ordenação do direito – já que se guia por um código ao qual se subordina toda operação do sistema – mas ela não aclara quais são os programas normativos que se constroem no sistema.²⁵³

Dessas operações autoproduzidas se segue que tudo que acontece, acontece contemporaneamente. Mesmo as concepções de passado e futuro são horizontes de tempo que só podem ser distinguidos no presente. Então a temporalidade das operações estão implícitas em sua recursividade, que ocorre na contemporaneidade. A mesma premissa se aplica às operações de observação: o observador é também um sistema atado ao tempo que ele no presente constrói mediante distinções próprias que introduz como horizonte de sua observação.²⁵⁴

Isso também vale para o sistema jurídico, como um sistema que se auto-observa: o sistema adquire atualidade quando opera, e é isso que garante a reprodução autopoietica.²⁵⁵ Portanto, a duração da validade e as mudanças das normas diz respeito a um fenômeno secundário, que pertence unicamente ao sistema. Assim, não há para o sistema nenhuma estrutura eterna, pois sua estabilidade dinâmica (autopoiesis) garante sua independência estrutural e sua estrutura mutante possibilita a continuidade da autopoiesis.

Os sistemas autopoieticos estão amarrados a seu tipo de operação, tanto no que concerne à produção de suas operações quanto à construção de suas estruturas. O fechamento operacional dos sistemas implica, então, em

²⁵¹ A teoria do fechamento operacional do sistema quando define seu objeto, abstrai as relações causais entre sistema e ambiente (pensemos por exemplo na definição acoplamento estrutural).

²⁵² LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 29.

²⁵³ Veremos a diferença entre código e programa mais adiante. Aqui podemos vislumbrar que as diferenças semânticas entre os diversos ordenamentos jurídicos existem na sociedade, está nessa abertura cognitiva, donde a programação tem um leque de possibilidades de se estabelecer, mas o código é sempre o mesmo: lícito/ilícito ou direito/não-direito.

²⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 30.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 31.

considerar a devida autonomia do sistema relativamente a seu ambiente²⁵⁶ (o qual inclui também outros sistemas).

Portanto, não há diferença entre operação e estrutura do sistema. Nesse contexto, pode-se considerar as normas como elementos da comunicação jurídica: estas têm sempre, como operações do sistemas, a função de produção e de conservação das estruturas. Em outras palavras, as comunicações jurídicas estabelecem condições de enlace para operações subseqüentes e, com elas, confirmam ou modificam, algumas vezes, as estruturas dadas.²⁵⁷

Conseqüentemente, não se pode negar que os sistemas autopoieticos são sistemas históricos, que partem do estado imediatamente anterior que eles mesmos criaram. E são históricos, também, porque suas estruturas existem devido à seqüência de suas operações. Sem o fechamento operacional não poderia se dar a autodeterminação dos sistemas. Assim, toda durabilidade do sistema (estrutura) é produzida no próprio sistema, mediante a operação de que ele dispõe.

Não há nenhuma determinação estrutural que venha de fora: só o direito pode decidir o que é direito. Nele a produção de estrutura é circular, pois as operações, para poderem referir-se recursivamente a outras operações, necessitam das estruturas. A realização da autopoiesis não se refere somente à produção de operações mediante operações, mas sobretudo à condensação e à confirmação de estruturas mediante operações que se orientam por tais estruturas.²⁵⁸

As operações podem ser descritas também como produção de uma diferença. Algo se torna distinto depois de uma operação. Através deste efeito discriminatório das operações é que se produz a diferença entre sistema e ambiente, ou seja, que o sistema se diferencia.

²⁵⁶ Os sistemas psíquicos, por exemplo, observam o sistema do direito, mas este não é formado por indivíduos. É obvio que existem operações psíquicas que equivalem às operações sociais do direito, porém aquele que se orienta conscientemente ao direito, deve remeter-se ao sistema social do direito já constituído ou a sedimentos textuais deste. Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 32, principalmente nota 19 da mesma página.

²⁵⁷ Ibid., p. 33.

²⁵⁸ Ibid., p. 34.

A observação pode ser incluída aqui como uma operação que produz um novo estado no sistema. Um sistema fechado operacionalmente pode ser descrito também como auto-referencial. Referência deve ser entendida como descrição num contexto de uma distinção de outras possibilidades. Nessa medida, auto-referência implica heteroreferência ao contrário, ou seja: o sistema que consegue uma discriminação operativa, e com isso se faz observável, descreve-se como algo distinto do ambiente e com isso se inclui na observação. Mas a observação mesma permanece como operação do sistema.

O sistema do direito é um sistema cuja operação está ligada à auto-observação, um sistema que observa a diferença entre sistema e ambiente e a reproduz mediante sua operação. Cada observação externa e descrição desse sistema deve observar que o próprio sistema dispõe da diferença entre auto-referência e heteroreferência.²⁵⁹

A auto-referência descreve sempre o sistema como *objeto*, e não como *conceito*. Isso quer dizer que o sistema se considera como diferente de todos os demais, não só em relação a algumas coisas específicas. Dito de outra forma: o sistema do direito se realiza como tal quando se autodescreve e assim se diferencia dos demais sistemas.

Como sistema social que processa sentido, o sistema jurídico se confronta sempre com um campo de possibilidades (heteroreferência) e, por isso, deve distinguir-se dos outros, para confirmar suas próprias operações mediante suas próprias operações.

Nesse contexto, a auto-referência pode adquirir formas altamente desenvolvidas, sobretudo quando se refere à autodescrição do sistema. Assim acontece a identificação do sistema como unidade e como descrição de suas peculiaridades. Podemos chamar a isso também de reflexão. Essas operações constroem unidades emergentes que produzem a redução de complexidade do sistema em relação ao ambiente. Pela flexibilidade é possível também uma atividade seletiva que torna possível os acoplamentos e a reprodução autopoietica.

Já vimos que a sociedade constitui um sistema que engloba todas as possibilidades de comunicação possíveis: a sociedade é o ambiente interno de todos os sistemas que operam com base no sentido. Isso equivale a dizer que não há comunicação fora da sociedade, se pensarmos que há um ambiente externo à sociedade, significa que ali não há comunicação, mas outros tipos de operações. Isso quer dizer que todos os sistemas sociais são uma realização da sociedade.

Sendo o direito um subsistema social, ou seja, estando ele no ambiente interno da sociedade, a diferenciação do seu ambiente só se dá mediante uma operação comunicativa. Mas essa característica nos leva além: a sociedade não constitui somente o entorno do sistema jurídico: paradoxalmente, ela é mais – na medida em que inclui as operações dos sistemas jurídico como comunicações – e menos – porque o sistema do direito é também seu ambiente, pois ele declara, por exemplo, relevantes normativamente (ou comunicativamente) realidades físicas e mentais dos seres humanos.²⁶⁰

Mas quando nos referimos especificamente às operações jurídicas, o ponto de partida é sempre uma diferença, quer dizer, a *unidade da diferença* que se engendra (e não a diferença do que é diferenciado). Assim, parte-se da premissa que a diferenciação do sistema jurídico operativamente fechado se leva a cabo por meio da referência recursiva de operações jurídicas com operações jurídicas. Dito de outro modo, o sistema opera em contínuo contato consigo mesmo.

Mas o sistema jurídico é também um sistema histórico, posto que cada operação autopoietica modifica o sistema, ou seja, coloca o sistema em

²⁵⁹ Ou seja, pressupõe a diferença entre sistema e ambiente. Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 35.

²⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 37. Aqui vale ressaltar que algumas características do sistema jurídico não se cumprem somente nele. Por ser um sistema social, ele envolve também todas as características da comunicação (ver item 1.3, capítulo I) que dizem respeito à atualização de sentido, a compreensão através da diferença entre ação comunicativa e informação, da mesma forma a concentração de atenção por meio da linguagem e através do acoplamento estrutural entre comunicação e consciência. Portanto, o sistema jurídico utiliza a linguagem para se comunicar e, assim, pressupõe possibilidades de conexão fora do sistema. Socialmente pode-se comunicar sobre questões jurídicas, isso quer dizer que os limites dos sistema jurídico são transparentes para a comunicação.

outra posição e através disso cria condições diferentes para as operações subseqüentes: o próprio sistema põe em jogo seu estado quando opera. Entretanto, o fechamento operacional do sistema jurídico não se dá somente pelo reconhecimento do direito como direito.²⁶¹ O sistema do direito está inserido em uma ordem social geral e, de certa forma, é dependente de estruturas que servem para outras funções. Conseqüentemente, com as mudanças das estruturas sociais, mudam também as formas com que a ordem jurídica (*a partir de si mesma*) leva em consideração essas mudanças.

Assim, outros desenvolvimentos são importantes para a diferenciação e para o fechamento operacional do sistema. Eles dizem respeito à *função* do direito e à diferenciação entre *programa* e *codificação binária* (direito/não direito).

A especificação da função delimita aquilo que é considerado como operação do sistema que, por sua vez, é reconhecida pelo fato de tais operações se orientarem pelas normas. Já a codificação binária se refere à observação dessas operações e é reconhecida devida ao fato de que adjudica dois valores (legal ou ilegal).

Essa afirmativa é uma artificialidade originada dentro do sistema e determina que com a normatividade são estabelecidas expectativas, que mesmo não sendo cumpridas, seguem sendo válidas como expectativas. Devemos entender que a normatividade, segundo a teoria sistêmica, diz respeito à manutenção das expectativas comportamentais em termos contrafáticos, ou seja, que são selecionadas informações de acordo com auto-referência normativa presente no sistema jurídico.

Em outras palavras, todas as operações do sistema jurídico são observações orientadas pela forma da diferenciação. Portanto, o sistema jurídico fechado em sua operação, pressupõe suas operações no nível da observação de segunda ordem, e todas elas são controladas a partir desse nível de observação. O que não pode ser controlado segundo o esquema

²⁶¹ Até porque essa tautologia tem que ser superada e não se poderia desenvolver conceitos como heteroreferência, por exemplo.

direito/não-direito, não pertence ao sistema jurídico, mas sim ao ambiente social.²⁶²

Quando dizemos que existe uma operação jurídica, necessariamente se produz uma comunicação. Nesse contexto, determinados comportamentos são comunicações relevantes para o sistema jurídico, ou seja, eles, como operações internas do sistema jurídico, são permitidos ou não. As seleções das comunicações que são relevantes para o direito se dão através dos *programas* que se orientam pelo código do sistema jurídico.

Assim, ao sistema do direito pertencem somente as comunicações orientadas por códigos, aquelas comunicações que adjudiquem os valores legal/ilegal. Somente uma comunicação desse tipo afirma uma integração recorrente na rede do sistema jurídico, e somente ela, através desse código, possibilita a autopoiesis, como necessidade de mais comunicação no sistema. Essa adjudicação de valores e o fechamento operacional do sistema requer um código único, com um esquematismo binário que exclua outros valores, contando que o código não exclua outras possibilidades de distinções do sistema. Então, “o que distingue a normatividade jurídica de outros tipos de normas, como por exemplo, as morais e as religiosas, é a especificidade do código binário e o modo como combina o fechamento (normativo) e a abertura (cognitiva).”²⁶³

Nesse sentido, o código é a representação da unidade do sistema, e isto não está representado por uma norma superior: o código por si mesmo não é nenhuma norma, ele é somente a estrutura de um mecanismo de reconhecimento e atribuição da autopoiesis da sociedade. A comunicação que se refere ao direito ou ao não-direito é sempre adjudicada ao sistema jurídico pelos programas. A comunicação jurídica só é reconhecida pertencendo a um código e sendo capaz de produzir outras comunicações jurídicas. “O direito da

²⁶² LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 42.

²⁶³ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. **Estrutura e Função do direito na teoria da sociedade.** Florianópolis. 1994. Dissertação (Mestre em Direito). Curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina. p. 141.

sociedade se realiza com referência à efetuação de um código – e não sobre uma regra (hipotética, categórica, razoável, fática).²⁶⁴

Diferentemente da normatividade das expectativas – indispensável na operação – e das estruturas historicamente existentes – interpretáveis como direito – o código é universalmente manipulável, independente do conteúdo presente na comunicação, e possibilita o fechamento do sistema por meio da reformulação da sua unidade como diferença. A manipulação do código, assim como o processamento normativo de expectativas são possíveis no plano da observação de segunda ordem. Daí dizer-se que “o fechamento operacional do sistema do direito na sociedade se realiza unicamente no nível de segunda ordem e só através de um esquematismo que pode ser manejado exclusivamente nesse nível.”²⁶⁵

Somente a codificação é correlata da universalidade do direito, no sentido de poder ser aplicada a todas as relações dos fatos e de poder ser exercitada por qualquer comunicação. Podemos dizer então que o código é simplesmente uma *forma* que produz uma diferença entre legal e ilegal, e somente por ser uma forma despida de valor é que pode ser universal.

A unidade do código não é premissa de sua operação e, porque é uma forma, essa unidade não é concebida nem como princípio nem como norma: “a unidade se reproduz em qualquer operação como resultado.”²⁶⁶ Portanto, ela não é uma operação do sistema, pois como operação mudaria aquilo que pertence ao sistema como unidade. Por isso o direito não depende, para sua execução operativa, de nenhuma estrutura hierárquica que garanta sua unidade, ou mesmo de uma norma superior ou uma lei de instância suprema (Constituição). Essas são somente representações que têm sentido como descrições do sistema dentro do sistema.

Ocorre, então, uma referência à unidade do código, que orienta-se à distinção direito/não-direito e que supõe a vigência normativa daquelas

²⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *El Derecho...* Op. cit., p. 49.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 50.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 51.

expectativas que serão aplicadas para a explicação do código.²⁶⁷ Isso quer dizer que existem indicadores que garantem a aplicação do código e a efetivação da unidade do sistema: isso se realiza através dos programas.

Se a unidade do sistema jurídico não pode ser componente de suas operações, ela pode ser observada e descrita por um observador externo (ciência, por exemplo) ou pelo sistema mesmo. Aqui deve ser diferenciado auto-referência de heteroreferência.

Assim, com os conceitos de auto-referência e heteroreferência não se nega a relevância do ambiente para os sistemas. Ao contrário, o que permite a referência recíproca entre sistema e ambiente é justamente a diferença existente entre ambos. Um sistema complexo que dispõe de capacidades adequadas de observação pode distinguir entre a referência a si mesmo – no caso do direito, sua normatividade - e a referência a todos os demais, ou seja, heteroreferência em relação aos fatos ou informações que são exteriores ao sistema jurídico. Aqui se inclui a observação de segunda ordem, a partir da qual é possível observar-se como se descreve o sistema e como se efetua a diferença entre auto-referência e heteroreferência.²⁶⁸

Nesse contexto, vale lembrar que o sistema produz as relações com seu ambiente a partir de esforços próprios ou a partir da efetivação de suas próprias operações, que são possíveis graças a sua integração recursiva a uma rede que é fechada. Mais uma vez pode-se dizer, paradoxalmente, que a abertura é possível com base no fechamento do sistema.

Quando observamos a normatividade das expectativas ou o código direito/não-direito, encontramos formas diferentes com as quais o sistema jurídico separa auto-referência de heteroreferência. Quanto à normatividade pode-se dizer que o direito opera de forma fechada e, ao mesmo tempo, aberto cognitivamente. A abertura cognitiva depende diretamente do fechamento operacional do sistema, e pode chegar a ser mais específica e distinta quanto

²⁶⁷ A diferenciação social do sistema jurídico, fechado operativamente, pode ser lida nas mudanças da semântica desses indicadores, sobretudo na transição de uma fundamentação ontológica e natural da vigência da lei em direção a uma total positividade do direito. Cf. Capítulo II desse trabalho, especialmente item 2.2.

mais os critérios de relevância (que são determinados pelos programas) para diferentes fatos estejam fixados dentro do próprio sistema.²⁶⁹

Conseqüentemente, pode-se fixar normativamente que as expectativas normativas se imponham e, ao mesmo tempo, pode-se esperar que essas expectativas normativas possam ser modificadas dentro de um contexto cognitivo, ou seja, que elas “aprendam”. Esse aprendizado não ocorre somente devido à violação da norma, mesmo defronte a decepções, as expectativas normativas mantêm seu fechamento normativo, isto é, uma “dureza contrafática”, e continuam de certo modo condensadas graças às seqüências operativas da praxis que a antecederam e que virão em seguida. Isso quer dizer que o fechamento normativo guia-se, segundo a observação de segunda ordem, pelo esquematismo binário do código, que determina o que está conforme com o direito (legal) ou discrepante com o direito (ilegal).²⁷⁰

Então, a estrutura que organiza a autopoiesis do sistema jurídico segundo a rede recursiva de suas próprias operações e que combina auto-referência e heteroreferência é o código binário. Este determina a contínua necessidade de decidir entre direito e não direito.²⁷¹ Nesse contexto, a autopoiesis não pode ser considerada critério político ou ético para a aceitabilidade do direito e tanto auto-referência como a heteroreferência efetuam-se na forma do fechamento operativo, para que seja possível a abertura cognitiva. Podem ocorrer aprendizagens causais, não previstas pelo sistemas, vindas do ambiente, se se mantém a possibilidade dessas modificações serem recebidas pelo próprio sistema jurídico que vige, através da rede de interpretação das suas próprias normas (programas). Daí infere-se que as informações recebidas pelo sistema jurídico modificam seu estado, pois introduzem sempre uma diferença.

Aberto cognitivamente implica, então, em considerar que o sistema engendra as informações heteroreferentes e as atribui a diferenças situadas no ambiente. Portanto, a diferença entre fechamento operacional e abertura

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *El Derecho...* Op. cit., p. 54.

²⁶⁹ Ibid., p. 57.

²⁷⁰ Ibid., p. 58.

²⁷¹ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 147.

cognitiva são praticadas sempre dentro do sistema²⁷². Se tratarmos essas informações como fatos, podemos afirmar então que eles não modificam as normas, pois não se pode negar que existam normas ainda que elas sejam violadas. Porque pode manter seu fechamento normativo (ou operativo) é que o direito é aberto a inúmeras influências do ambiente (processadas como valor de informação pelo próprio sistema jurídico).²⁷³ Então o sistema pode, devido a seu fechamento, oscilar entre referência interna e referência externa, sem ter que ultrapassar seu limite estrutural.

Como o código opera com base em dois valores (direito/não-direito), a abertura, aqui, refere-se sempre a uma auto-referência circular: o sistema pode a qualquer momento dispor desses valores. É uma abertura incluída numa dimensão temporal que não permite que o sistema se feche totalmente, mas somente se ligue.

Devido a isso, ocorre uma abertura relativa à adjudicação de valores na qual estão incluídos os *programas*.²⁷⁴ Porque a unidade operativa está garantida pela codificação, no nível das programações é possível determinar os aspectos do sistema que podem processar cognições. Devido a sua complexidade, o sistema jurídico adquire a capacidade de absorver os estímulos vindos aleatoriamente do ambiente. Isso não promove a dissolução do sistema, justamente porque ele opera a partir de um código único sem correspondente no ambiente. Daí dizer-se que “a circularidade das operações sistêmicas é estabelecida pela referência à arquitetura normativa válida do

²⁷² LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 61.

²⁷³ Pode-se designar a unidade operativa do sistema como um sinônimo de autonomia. Nesse contexto, o conceito de autopoiesis traz consigo a tese de que somente determinadas estruturas podem ser utilizadas em casos determinados. Isso significa, então, que autonomia é também autolimitação. E por isso ela é consequência do fechamento operacional do sistema. Autonomia se refere, também, à questão da auto-referência e heteroreferência, sempre implícitas no sistema. A tese então é de que algo relevante ao sistema que se encontra no seu ambiente, requer sempre uma legitimação interna. Mas a abertura cognitiva permite que o sistema jurídico possa equivocar-se, e a decisão sobre o que é está errado cabe a essa autolimitação do sistema, imposta pelo seu fechamento. O direito é legitimado, portanto, pelo próprio direito. Cf. *ibid.*, p. 45 e 65. Cf. também sobre autonomia do sistema jurídico TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. 72 e seg.

²⁷⁴ Podemos afirmar, que o fechamento operacional se reproduz a partir da rigidez do código (que mesmo assim sempre dá a possibilidade de escolhas diferentes, a negativa e a positiva) e a abertura cognitiva em relação à capacidade de aprendizagem desenvolvida pelos programas. Nesse sentido os programas são os que regulam, em cada caso, a adjudicação correta dos valores direito/não direito, para manter, em uma zona de compatibilidade mútua, os enlaces de tempo e a capacidade de dissenso e de consenso.

direito, movida pelos programas de decisão (da legislação ao contrato), com conteúdos sempre variáveis.”²⁷⁵

Portanto, o direito positivo constitui para Luhmann a própria legalização da transformabilidade ou da mutabilidade do direito,²⁷⁶ justamente porque consegue combinar abertura e fechamento. Através dos programas o sistema jurídico pode diferenciar e recombina orientações cognitivas e normativas. Os programas servem então para os requerimentos desenhados pelo código binário. Em outras palavras, eles dão direcionabilidade à semântica condicionada por um dos códigos existentes no sistema,²⁷⁷ ou seja, tornam aplicáveis (operacionalizáveis) um dos valores escolhido ou adjudicado pelo sistema.

Os programas também compensam a rigidez do código que pode guiar-se somente por dois valores. Isso permite que nos processos decisoriais se introduzam critérios estranhos ao código. A capacidade cognitiva do sistema jurídico está relacionada justamente a esta característica. Contudo, os programas pressupõem uma orientação ao código, ou seja, os programas são adequados para dar instruções para a escolha de dois valores: direito/não-direito.²⁷⁸ Pode-se afirmar que o sistema jurídico decide como alocar os valores do seu código, e para isso são necessárias decisões que requerem a construção de regras normativas ou programas.²⁷⁹

A invariabilidade e a capacidade de adaptação do sistema são resolvidos devido a essa diferenciação entre código e programa: o sistema só é invariável devido a forma estrutural de seu código, porém com os programas existe a possibilidade de mudanças dentro do sistema, sem que este perca sua identidade. A simetria do código é compensada pela assimetria dos programas, e é justamente isso que possibilita a operacionalidade do sistema.

²⁷⁵ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 142.

²⁷⁶ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto e Legittimazione**. Op. cit., p. 239.

²⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 148.

²⁷⁸ Ibid., p. 150.

²⁷⁹ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 148.

Pode-se dizer, com isso, que o direito positivo se estabiliza através dos programas condicionais.²⁸⁰ Estes determinam que quando certos casos (pré-programados, ou seja, conjunto de fatos previamente definidos) ocorrem, então deve-se adotar tal decisão. O processo decisório pode, portanto, ser simplificado e essas decisões serem congruentemente expectáveis. Essas estratégias asseguram a estabilidade social diante da constante variação estrutural do direito positivo.²⁸¹ Resumindo: a função dos programas é também alocar de forma correta para o sistema jurídico um dos valores do código à situações fáticas.²⁸²

Quando nos referimos à *função* do sistema jurídico, essa problematização está mais estreitamente relacionada com o sistema da sociedade, porque refere-se aos problemas sociais que são resolvidos mediante o processo de diferenciação das normas jurídicas ou através de um sistema jurídico determinado: função reflete justamente a relação existente entre sistema parcial e sistema total (sociedade). A hipótese que se vislumbra é a seguinte: o direito resolve um problema temporal que se apresenta na comunicação social, quando a comunicação em processo não se basta a si mesma e tem que orientar-se e expressar-se em expectativas de sentido que implicam tempo, ou seja, expectativas generalizadas congruentemente.

É justamente porque o direito generaliza expectativas incompatíveis – através da normatização (dimensão temporal), das institucionalizações (dimensão social) e da referências à papéis, programas e valores (dimensão material) – que trata-se de um sistema que possui uma função social relevante.²⁸³

²⁸⁰ Sobre a programação condicional, cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Trad.: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 27-42. LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 151-160.

²⁸¹ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 146.

²⁸² Ibid., p. 149.

²⁸³ Ibid., p. 153. Luhmann não avalia a função social do direito a partir de seu fator integrador ou sancionador ou mesmo como um instrumento de controle social: “a relevância social do direito é inegável; sua função integradora, contudo, pode ser posta em dúvida.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 93. Trata-se antes de “um sistema que utiliza as possibilidades de conflito para a generalização congruente das expectativas comportamentais normativas.” Cf. NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 153, 158 e seg. Cf. também sobre esse assunto ARNAULD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. Op. cit., p. 144 e seg; e GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., p. 63.

Então, funcionalmente o direito relaciona-se com expectativas, ou melhor, com a possibilidade de comunicar expectativas e de reconhecê-las na comunicação. A função do direito tem, portanto, um aspecto temporal que influencia a dimensão social do direito, pois as estabilizações de expectativas produzem conseqüências sociais.

Qualquer operação social depende de uma trama comunicacional que recorre ao tempo, ou seja, elas referem-se a comunicações já ocorridas e a possíveis enlaces futuros. Como um sistema social, o direito comunica sobre os modos de comportamento que são por eles abarcados e normatizados. Essa normatização de expectativas configura enlaces de tempo conscientes, isto é, são comunicações escolhidas ou matérias de atribuição. Isso quer dizer que a problemática social aumenta bruscamente quando, para assegurar esses enlaces temporais, deve-se introduzir expectativas que muitas vezes não correspondem à realidade e que incluídas produzem decepções.²⁸⁴

Nesse contexto os conflitos são “resolvidos” (ou previstos) de antemão sem saber quem participará deles ou como estes se darão de fato. Aqui se reduz antecipadamente a liberdade de comportamento, pelo menos no plano das expectativas. Em outras palavras, o direito discrimina, isto é, decide a favor ou contra a partir de um marco de tempo futuro que não pode ser previsto. Nesses termos, na dimensão temporal as expectativas podem ser mantidas de forma contrafática.

Então, a função do direito mantém uma relação com o futuro que explica a necessidade de simbolização: “as normas jurídicas constituem um aglomerado de expectativas simbolicamente generalizadas”. Com ela não só se produzem indicações gerais independentemente das circunstâncias, mas também a referência dos símbolos a um futuro que não pode ser visto. Mediante as simbolizações, a sociedade produz estabilidade.²⁸⁵

²⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *El Derecho...* Op. cit., p. 95.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 96.

A função do direito não é, assim, reduzida à consecução de um determinado fim, mas é entendida como a aplicação de um princípio de seleção estrutural; em outras palavras, sua função consiste na prestação seletiva efetuada pelo sistema, o qual escolhe expectativas comportamentais suscetíveis de generalização congruente, imunizando-as simbolicamente no confronto de outras possibilidades.²⁸⁶

A referência temporal do direito não está, portanto, na vigência das normas, nem na historicidade imanente do direito. Está antes de mais nada na função das normas, ou seja, na previsão ou na preparação, ao menos no nível das expectativas, ante um futuro incerto. Por isso, as normas variam na medida em que a sociedade produz um futuro acompanhado de incertezas.²⁸⁷ Esse caráter contingencial do direito demonstra que os enlaces de tempo não se obtêm sem custos sociais: a dimensão temporal não está separada da dimensão de sentido (dimensão material); estas duas dimensões podem ser distinguidas somente de forma analítica, empiricamente não são isoláveis.

Por conseguinte, a partir de uma perspectiva abstrata, o direito tem a ver com os custos sociais que se desprendem dos enlaces de tempo que efetuam as expectativas. Em outras palavras, relaciona-se com o problema de tensão existente entre dimensão social e dimensão temporal: “trata-se de confrontar as possibilidades da normatividade jurídica (indicando a simples continuidade das expectativas), com a emergência (...) da consciência do futuro.”²⁸⁸ Essa tensão é suportada pelo direito, mas não é possível definir os limites em que é possível suportá-la e nem quanto tempo ela poderá durar. Esse aspecto contingencial tem a ver com “um futuro cada vez mais aberto, que deve ser construído no presente.”²⁸⁹

A forma do direito, então, se encontra na combinação de duas distinções: expectativas normativas/cognitivas e a distinção do código direito/não direito (regras de classificação ou atribuição). Todas as adaptações

²⁸⁶ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 154.

²⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho...* Op. cit., p. 96.

²⁸⁸ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 157.

sociais do direito operam nesse marco e variam o sentido objetual e o conteúdo das normas jurídicas e dos programas.²⁹⁰

De modo concreto, a função do direito se encontra na estabilização das expectativas normativas através da regulação e da generalização temporal, material e social. “O direito permite saber quais expectativas têm um respaldo social e quais não.”²⁹¹ A segurança que advém daí permite enfrentar decepções e isso significa que é possível viver em uma sociedade mais complexa, na qual não bastam somente os mecanismos personalizados ou a interação para se obter confiança e segurança. Essa confiança, ainda que simbólica, gera e gerencia os aumentos de complexidade.

A definição funcional do direito produz conseqüências também sobre o conceito de norma. O conceito funcional de norma é concebido como expectativas²⁹² de conduta que se estabilizam independentemente dos fatos (expectativas contrafáticas), ou seja, não importam os motivos pelo qual se cumprem ou não as leis: a norma renuncia a isso para cumprir sua função.²⁹³ Portanto, as normas não orientam as motivações, mas ao contrário, sua função é estabilizar-se ante aos fatos. Isso quer dizer que as normas não asseguram um comportamento conforme prescrito por ela, contudo protege quem tem esta expectativa.²⁹⁴

Há, então, um distanciamento da idéia de que o direito limita as possibilidades de comportamento. Isso pode ocorrer, mas da mesma maneira que limita, o direito pode também assegurar um comportamento que sem ele não existiria (pense-se, por exemplo, nos institutos da propriedade e do

²⁸⁹ Idem. Por isso também entendemos a importancia do tema que será tratado no item 3.4., que refere-se ao risco, quando se fala em sistema jurídico.

²⁹⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 97.

²⁹¹ Ibid., p. 98.

²⁹² É importante acentuarmos que existem inumeráveis expectativas normativas sem qualidade jurídica, como também existem verdades sem qualidade científicas ou poder sem qualidade política. A formação de um sistema de funções retira da vida cotidiana expectativas que se incrementam no transcurso da evolução. Diante das possibilidades acrescentadas a estruturas já existentes é que se formam sistemas autopoieticos. Ou seja, existe um terreno previamente preparado para que se possa incrementar outras diferenciações que se destacam da vida cotidiana: o sistema jurídico é um desses incrementos. Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 104-106 sobre os limites da normatização de expectativas.

²⁹³ Ibid., p. 99

²⁹⁴ Ibid., p. 100.

contrato no direito civil ou na outorga de poderes e nas suas limitações no direito administrativo). Há, conseqüentemente, uma concordância radicada na certeza de que é possível conformar expectativas que se mantêm a uma distância considerável do que sucede faticamente.

Vale também lembrar que a norma é considerada pelo que até agora se descreveu como sistema autopoietico: ela possui uma função geral de estabilização, que adquire qualidade jurídica porque é distinguida dentro do sistema jurídico, isto é, dentro de um sistema que produz seus próprios elementos e, através destes, sua própria estrutura.²⁹⁵

Devido ao incremento das expectativas normativas (costumes, exigências morais e hábitos) o direito tem a função de estabilizar a expectativa da norma e isto ocorre porque há uma seleção relevante para o sistema. A juridicidade da norma só é determinada, portanto, através de uma observação da relação de produção da expectativa que se diferencia no sistema pela suas próprias operações.

A função do sistema jurídico é também garantida através de normas que ele aplica a si mesmo. Isso quer dizer que o direito não é indiferente em relação a si mesmo: operando reflexivamente, ele converte a diferença entre expectativa cognitiva e normativa em expectativas normativas. A forma da expectativa é relevante para o sistema jurídico e não está à mercê da conveniência social: essa diferença é engendrada pelo próprio sistema jurídico. Portanto, quando se diferencia através da forma expectativa, o sistema jurídico se garante ao pressupor que a expectativa normativa é esperada normativamente²⁹⁶ (ou seja, através da norma).

²⁹⁵ Ibid., p. 101.

²⁹⁶ Contudo, a função do direito não se confunde com as prestações que este proporciona a outros sistemas sociais. Especificamente, como já foi dito, a função do direito refere-se ao fato de que é possível confiar em determinadas expectativas como expectativas e não como prognóstico de comportamentos. Mas juntamente com essas expectativas é possível identificar outras que resultam das prestações existentes no ambiente interno da sociedade. Somente porque os sistemas sociais são funcionalmente diferenciados é que se torna possível diferenciar função e prestação. Conseqüentemente, no ambiente interno da sociedade existem numerosas funções sociais e comportamentos que dependem do que é determinado pelo sistema jurídico. Isso quer dizer que outros sistemas, sejam eles de interação, organização ou funcionais, dependem subsidiariamente do sistema jurídico. O fato de que se trata somente de uma prestação demonstra que outros sistemas, mesmo possuindo seus equivalentes funcionais, não dispõem de determinados mecanismos para assegurar um comportamento

3.2. Sistema jurídico e acoplamento estrutural

As considerações feitas no item anterior desse capítulo são conceitos que fundamentam o entendimento de como se dão, tanto estruturalmente como operacionalmente, as relações entre o sistema jurídico com o ambiente interno da sociedade. Já discutimos que o fechamento operacional do sistema não supõe a inexistência do ambiente, ao contrário, um sistema diferenciado só existe em oposição ao seu ambiente, ou seja, a contrapartida é sempre a produção de uma diferença, a diferença *sistema/ambiente*.²⁹⁷ A própria auto-referenciabilidade do sistema pressupõe um ambiente, já que o sistema é autônomo em relação a algo que está fora do próprio sistema.²⁹⁸

Há, portanto, uma simultaneidade entre sistema e ambiente que permite que algumas operações do sistema sejam atribuídas ao ambiente. Por exemplo, quando um contrato (*medium* do direito) é cumprido através de um pagamento em dinheiro (*medium* da economia). Podemos então afirmar que os “ruídos” ou “irritações” produzidas pelo ambiente influenciam os sistemas, mas somente porque o próprio sistema, através de sua própria estrutura, recepiona tal influência.

De forma genérica foi dito que a sociedade como um sistema comunicativo depende de acoplamentos estruturais com os sistemas psíquicos. É devido à consciência que a sociedade pode ser influenciada por seu ambiente, pois a comunicação como operação social atualiza-se através do processamento de informações.²⁹⁹

Nesse mesmo âmbito se incluem as formas normativas das expectativas (generalizações) e sua relação com o sistema jurídico. Nisto está

desejado. Cf. sobre a diferença entre *função e prestação* LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 117-118.

²⁹⁷ Lembramos mais uma vez que o ponto de partida é sempre essa diferença.

²⁹⁸ MICHAILAKIS, Dimitris. Law as an Autopoietic System. In: **Acta Sociologica**, vol. 4, n. 38, p. 323-337, 1995. p. 328.

²⁹⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 335. Sobre o mesmo assunto item 1.3. do Capítulo I.

imbutida a própria função do direito e sua relevância para o sistema da sociedade. Essa importância relaciona-se também com a possibilidade que o direito tem de acoplar-se estruturalmente a outros sistemas como a economia, a política, a moral, etc.

Mas porque o sistema jurídico é um sistema funcionalmente diferenciado (subsistema social), ele possui uma relação com o ambiente que pode ser vista de modo peculiar dentro do sistema da sociedade: a referência passa a ser, então, os acoplamentos estruturais do sistema jurídico com os outros subsistemas sociais (ambiente interno da sociedade)³⁰⁰ e não genericamente referentes à forma como a sociedade como sistema global (sistema social total) está acoplada a outros sistemas, como os sistemas psíquicos por exemplo.

Primeiramente podemos dizer que os acoplamentos estruturais do sistema jurídico têm uma relação estreita com o que já foi explanado sobre o fechamento operacional e a abertura cognitiva que se implementam no interior do sistema.

A possibilidade do sistema ser aberto cognitivamente e fechado operacionalmente demonstra ser possível que mudanças legais e sociais possam ser vistas como processos distintos mas que se relacionam. Porque o sistema jurídico é aberto ele pode interagir com o ambiente, além de se adaptar às suas mudanças estruturais. Mas por ser operacionalmente ou normativamente fechado, sua identidade pode ser mantida justamente porque o fechamento operacional possibilita que suas funções e seus elementos sejam reproduzidos de acordo com normas específicas que traduzem e definem todas as informações, influências e demandas do meio a partir de suas próprias operações.³⁰¹

Por conseguinte, é a organização interna de um sistema de acordo com seu próprio código, ou seja, direito/não-direito, que determina quais mudanças podem ocorrer. As únicas mudanças permitidas são aquelas que

³⁰⁰ Ibid., p. 356. Vale lembrar que os modos como se dão os acoplamentos estruturais dependem dos modos de diferenciação existentes na sociedade.

³⁰¹ MICHAILAKIS, Dimitris. Op. cit., p. 328.

mantêm a autopoiesis do sistema, aquelas que podem ser traduzidas nos termos específicos do sistema. Desta maneira, o ambiente nem especifica nem determina mudanças internas no sistema. Ao contrário, é o sistema que seleciona as demandas e informação do ambiente através de seu código operativo. O resultado de trocas contínuas, de contínua seleção de informação produzida pelo ambiente permite ao sistema operar sem desintegrar-se: é exatamente isso que significa acoplamento estrutural.³⁰²

Por ser um sistema autopoietico o direito cria modelos internos de realidade social, modelos que devem reconstruir a realidade segundo sua própria semântica. Sua abertura cognitiva significa, então, que ele é receptivo a informações do ambiente, ou seja, é aberto a comunicação externas. Em contrapartida, através do código binário, ele controla como essa informação deve influenciá-lo.

O sistema jurídico integra, assim, uma sociedade com sistemas internos que possuem uma alta diferenciação funcional. Isto implica em considerar que o modo como o sistema jurídico realiza acoplamentos estruturais com outros sistemas depende também das formas de diferenciação existentes na sociedade. Esta questão está diretamente relacionada com o aumento de complexidade e o modo no qual os sistemas recebem e reduzem tal complexidade. Daí Luhmann afirmar que os acoplamentos estruturais que vinculam ao sistema jurídico outros sistemas funcionais surgem depois que a diferenciação funcional da sociedade alcançou um alto grau de desenvolvimento, que permitem aos sistemas uma estrutura tal que permite sua autonomia operativa.³⁰³

Já vimos no item anterior como o sistema jurídico se mantém autônomo ante a complexidade sempre crescente do mundo. Nesse contexto, o acoplamento estrutural explica como é possível uma relação do sistema jurídico com seu ambiente que permite, concomitantemente, a redução da complexidade do mundo e o aumento da sua complexidade interna, para poder “sobreviver” como sistema diferenciado.

³⁰² Idem.

³⁰³ LUHMANN, Niklas. *El Derecho...* Op. cit., p. 357.

Por isso, sem perder seu conteúdo especificamente jurídico, o direito pode adotar outros conteúdos de natureza moral, política ou econômica, pertencentes a outros sistemas e, assim, desenvolver cada vez mais procedimentos de reprodução jurídica,³⁰⁴ a partir de suas próprias operações,³⁰⁵ adaptando-se e mantendo-se nesse ambiente hipercomplexo que o circunda e, ao mesmo tempo, dando e recebendo prestações dos demais subsistemas sociais.

Nesse contexto em que se diferenciam e se relacionam diversos sistemas de função, verifica-se que a comunicação social produz generalizações que podem manter-se em situações diversas e atingir conseqüências semelhantes: são os meios de comunicação simbolicamente generalizados.³⁰⁶ A partir desse ponto de vista, ou seja, a consideração do direito como um *medium*, vislumbra-se o sistema jurídico como um código de comunicação, “cujas regras asseguram a relação entre seleção e motivação para a aceitação das comunicações, sempre que tiver lugar uma comunicação desse gênero”³⁰⁷, em suma: sempre que houver uma comunicação jurídica.

Temos então que o *medium* garante tanto a autopoiesis do respectivo sistema como também possibilita simplificações que permitem trocas mais expressivas entre os sistemas: é assim, por exemplo, que Luhmann explica o acoplamento estrutural entre direito e política,³⁰⁸ ou seja, através de generalizações próprias de cada sistema que podem gerar

³⁰⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., p. 70-71. O autor completa: “Tais procedimentos são instituídos para (auto)regulação e (auto)controle na fundamentação de algum dos possíveis conteúdos das normas jurídicas, que seja adequado a exigências sociais de racionalidade, participação democrática, pluralismo de valores, eficiência econômica, etc. Os procedimentos jurídicos é que haverão de ser estruturados atendendo já a essas exigências, pois não é mais possível, nas sociedades hipercomplexas de hoje em dia, que o Direito se limite a consagrá-las formalmente, nem se pode pretender que ele as realiza plenamente.”

³⁰⁵ Não é demais ressaltar que o acoplamento estrutural não implica em transferência de operações entre os sistemas; o sistema jurídico só pode operar com seu código binário específico – é isso que o caracteriza como direito – e as interferências do ambiente só são recepcionadas porque ele pode manter seu fechamento.

³⁰⁶ “Por simbolização, entende-se que uma situação muito complexa experimentada na interação é expressa simplificada”. NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 161. Cf. mais detalhes sobre esse tema Capítulo I, item 1.3.

³⁰⁷ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 162.

³⁰⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 325-350. Ainda do mesmo autor sobre temas correlatos: _____. **Poder**. Trad. de Martine Creusot de R. Martins. Brasília: UnB, 1985. _____. **O amor como paixão: para a codificação da intimidade**. Trad. de Fernando Ribeiro. Lisboa: DIFEL, s/d.

prestações uns aos outros. Por exemplo, o direito reduz a aleatoriedade da ação que pode ser produzida a partir da semântica do poder (sistema político). Assim,

[existe] um sistema político que funciona com base na diferença entre o *medium* poder, que simboliza a unidade do sistema e garante a *autopoiesis* dos mesmos, e as organizações constituídas no seu interior, como sistemas sociais especializados na produção de decisões vinculantes em base a premissas de decisões. De outra parte existe um sistema jurídico especificado funcionalmente pela referência ao código direito/não-direito, constituído, igualmente, em base à diferença entre o *medium* utilizado e as instâncias produtoras de decisões.³⁰⁹

Para Luhmann é a idéia moderna de Constituição o principal instrumental que materializa o acoplamento estrutural entre sistema político e sistema jurídico,³¹⁰ porque através das constituições se alcança um incremento de irritabilidade recíproca entre o político e o jurídico, na medida em que passa a haver maiores possibilidades por parte do sistema jurídico de registrar decisões políticas em forma jurídica e, concomitantemente, do sistema político servir-se do direito para por em prática seus objetivos³¹¹.

Exemplificando, podemos dizer que o sistema político oferece ao sistema jurídico premissas decisórias na forma de direito positivamente estatuído (produção legislativa, por exemplo), ao mesmo tempo que recebe do direito as premissas normativas para o exercício legítimo do poder (submissão

³⁰⁹ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 163.

³¹⁰ Luhmann também dá grande importância ao acoplamento estrutural existente entre direito e economia, que explica por exemplo institutos jurídicos como a propriedade e o contrato. No entanto, para exemplificar como se dão esses mecanismos de irritabilidade privilegiamos os acoplamentos estruturais entre sistemas jurídico e político, pretendendo apenas um melhor desenvolvimento do conceito. Sobre os problemas teóricos dessa abordagem cf. TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. 165-181.

³¹¹ LUHMANN, Niklas. El Derecho... Op. cit., p. 382. Cf. também La Differenziazione del Diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del Diritto. Bologna: Il Mulino, 1990. p. 160 e seg.

do poder ao direito).³¹²

Portanto, quando se fala em acoplamento estrutural entre os sistemas há sempre uma “dupla via de intercâmbios”, na qual os sistemas ao mesmo tempo mantêm sua identidade e sua autonomia, continuando a sua autopoiesis e adaptam-se à sempre crescente complexidade do ambiente, aprendendo ou recebendo contribuições através da sua abertura cognitiva.

3.3. Autodescrição e auto-observação do sistema jurídico: implicações teóricas para a interpretação do direito

A autodescrição e auto-observação do direito colocam em discussão os limites teóricos existentes entre a sociologia jurídica e a teoria do direito. O que temos até agora é uma sociologia preocupada com as descrições sociais dos casos e juristas que partem das normas para tomar decisões. Assim, enquanto o jurista utiliza a autodescrição do sistema jurídico, buscando razões juridicamente sustentáveis para as diferenças existentes nos casos, os sociólogos procuram verificar com base estatísticas, que existem diferenças fáticas impossíveis de serem explicadas pelo direito que necessitam de uma fundamentação sociológica.³¹³

Devido à essa “incomunicabilidade” entre sociologia e direito é que Luhmann afirma que a sociologia jurídica não descreve o direito como um sistema jurídico,³¹⁴ justamente porque não há uma sociologia da teoria jurídica que seja satisfatória e, por isso, não pode haver uma sociologia do sistema jurídico que tenha como ponto de partida a teoria do direito.³¹⁵

Esses limites podem ser, no mínimo, tematizados pelos

³¹² Ibid., p. 164. Cf. também sobre o mesmo assunto: LUHMANN, Niklas. **La Differenziazione del Diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del Diritto**. Bologna: Il Mulino, 1990. p. 160 e seg.

³¹³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 453.

³¹⁴ Ibid., p. 454.

³¹⁵ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. In: **Revista Seqüência**. Florianópolis, n. 28, 1994. p. 16-29. p. 17.

desenvolvimentos da teoria dos sistemas autopoieticos, donde são considerados também, sob um ponto de vista interdisciplinar, as observações de segunda ordem e auto-referência dos sistemas, e os paradoxos criados por essa referenciabilidade. Esse aporte implica em uma construção teórica que não tem por base um consenso nem na sociologia e nem no direito.

Nesse contexto, a autodescrição do sistema jurídico significa a tematização do próprio sistema jurídico, que pressupõe uma operação (auto)descritiva dentro do sistema.³¹⁶ Em outras palavras, são os textos através dos quais os sistemas indicam a si mesmos.³¹⁷ Essa autodescrição, que pode também ser chamada de reflexão, faz parte do próprio sistema ao qual descreve, por isso Luhmann diz que “a autodescrição é a elaboração de um texto autológico, isto é, um texto que se refere a si mesmo.”³¹⁸

A auto-observação, por sua vez, é uma operação singular pertencente ao sistema que observa algo ao qual ela mesma pertence. A auto-observação também está implicada na própria operação que ela produz, e por isso participa da autopoiesis do sistema. Conclui-se, portanto, que a auto-observação refere-se sempre à estrutura e operações do sistema jurídico (ou seja, o que é conforme ou discrepante com o direito).³¹⁹ Também pela auto-observação o sistema pode procurar em si mesmo informações e novos conhecimentos, mas ela constitui sempre um evento ligados às situações singulares, daí a importância da autodescrição dos sistemas, donde a auto-observações vêm coordenadas entre si através dos textos.³²⁰

Como nenhuma autodescrição está fora do sistema que descreve, ela só pode ocorrer adotando e tematizando os enlaces ou operações específicas dos sistemas, isso quer dizer que a autodescrição do sistema jurídico implica em considerar o que o próprio sistema jurídico prescreve. Por exemplo: a distinção entre normas e fatos é considerada a partir da

³¹⁶ LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 410.

³¹⁷ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della Società.** 6ª edição. Milano: FrancoAngeli, 1994. p. 341.

³¹⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 410.

³¹⁹ Idem.

³²⁰ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. **Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali.** Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 167.

normatividade e não da faticidade, por isso as normas não são fatos para o sistema jurídico e disso nasce o que Luhmann chama de uma “simbolização tautológica da normatividade,”³²¹ ou seja, a consideração da norma como dever-ser.

Tendo uma relação direta com as operações do sistema jurídico, a autodescrição relaciona-se com uma comunicação controvertida³²² ou ambígua, devido à própria função e codificação do sistema. Assim, a autodescrição do sistema jurídico busca formas de decisões que sejam conforme o sistema, isto é, dentro do sistema jurídico pode-se ajustar a qualquer norma uma comunicação, mas para fazer parte do sistema essa comunicação deve estar de acordo com a juridicidade do sistema.³²³

Nesse sentido é que a autodescrição é uma operação do sistema jurídico, que evita privilegiar qualquer dos dois valores que estão presentes na comunicação: por isso o sistema jurídico pode dar respostas a todas as demandas que lhe chegam e suas operações partem justamente da premissa que essas respostas existem.³²⁴ Vemos, então, que para dar conta dessa demanda o sistema jurídico parte sempre de uma busca interdisciplinar e justamente por ser um subsistema social diferenciado ele encontra várias possibilidades de enlace com seu ambiente, ou seja, com outros subsistemas funcionais que também compõem o ambiente interno da sociedade.

Há, assim, ofertas de descrição da unidade do sistema jurídico que se referem à religião, à economia, à política ou à ciência cada uma delas apresentando possibilidades de decidir controvérsias jurídicas ou como a própria condição de decidibilidade.³²⁵ Portanto, para se entender a unidade do sistema jurídico a partir da sua autodescrição é necessário distinguir entre

³²¹ As normas designam aquilo que deve ser ou é devido, justamente porque a distinção entre normas e fatos resulta essencial para o sistema jurídico levando às últimas consequências o fechamento operativo do sistema através das normas. Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 414.

³²² LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 415.

³²³ Idem.

³²⁴ Ibid., p. 417.

³²⁵ Idem. Cf. os desenvolvimentos do autor sobre os modos de auto-descrição do sistema jurídico, como o direito natural medieval e moderno (direito racional), depois os

operação e observação/descrição – só assim o sistema pode ser entendido como uma realização do seu próprio operar descritivo. Daí Luhmann afirmar que “a autodescrição de um sistema é uma entre muitas outras operações que ele produz, e se se deseja saber como o sistema descreve a si mesmo, é necessário observar justamente esta operações,”³²⁶ ou seja, submeter a própria observação à observação (observação de segunda ordem).

Não há, pois, uma solução unitária, já que a própria autodescrição do sistema jurídico identifica-se com as condições possíveis e aceitáveis quando as soluções dos problemas são buscadas dentro do sistema. Substitui-se então uma pretensão de unidade pela característica do fechamento operativo do sistema.³²⁷ Conseqüentemente,

(...) as condições atuais da autodescrição do sistema podem descrever-se estruturalmente (...) como uma autodiferenciação de um sistema funcional fechado em si mesmo e operativamente dependente dele mesmo, igual a uma construção contínua de uma *second order observing* [observação de segunda ordem]. Com efeito, posto que o sistema é fechado, deve submeter todas as suas operações – com as quais constitui e observa os assuntos jurídicos – a uma observação que parte do que é o próprio sistema.³²⁸

desenvolvimentos teóricos do direito a partir do século XIX, principalmente com a idéia moderna de constituição. **El Derecho...** Op. cit., p. 419-450.

³²⁶ Ibid., p. 418-419.

³²⁷ Ibid., p. 419.

³²⁸ Ibid., p. 444. E continua: “Así, la razón se convierte en un símbolo de la autorreferencialidad del sistema. Por su parte, la positividad se convierte en la fórmula bajo la que los observadores de los observadores pueden de ponerse de acuerdo en observar lo mismo, a saber: el derecho vigente. Y al revés: con la positividad se pone de relieve que todo derecho descansa en decisiones que pueden observarse y ser recordadas como tales, esto es, en relación a otras posibilidades. Y la razón implica el señalamiento de que, en el caso de una carga de selección de tales características, es necesario que existan fundamentaciones que, en última instancia, se fundamenten a sí mismas. Ambas fórmulas ocultan, con fines autodescriptivos, el hecho de que el sistema opera sin un sustento transcendental, sin ningún tipo de *períéchon* cósmico y sin ninguna intervención indicativa divina. Pero con ellas se oculta también la circunstancia de que el sistema depende, en lugar de eso, de innumerables acoplamientos directos e indirectos; a su vez, inadecuados, como fundamento de la validez del derecho. Las excepciones que se han intentado - el sujeto y su conciencia para la razón, por una parte, y la Constitución para la positividad del derecho, por otra - ocultan las dependencias sociales y, en un sentido más amplio, ecológicas del sistema jurídico.”

Por isso, se transfere a problematização a um ponto diferenciado, ou seja, a pergunta passa a ser: *como o sistema faz aquilo que faz?* e não *porque o faz*. E isso está relacionado com a própria auto-referenciabilidade do sistema, ou seja, ao fato do sistema jurídico poder referir-se a si mesmo mediante suas próprias operações, ou seja, um auto-contato.³²⁹ Desdobrando ainda mais essa afirmativa, estamos dizendo que a observação está incluída naquilo que é indicado (diferenciado): a própria observação faz referência à operação que pertence. Assim, um sistema auto-referencial pode dizer aquilo que lhe pertence como operação e o que é atribuído ao ambiente.

Desse modo, a análise sistêmica do direito permite partir do fechamento operativo do sistema para se chegar a uma nova compreensão das relações entre direito e sociedade (ambiente do sistema jurídico). Isso implica em afirmar que o sistema jurídico possui condições sociais que possibilitam a sua autonomia.³³⁰

Podemos afirmar, então, que o sistema jurídico reproduz suas operações a partir de três fatores: autonomia, circularidade e auto-referência. O objetivo de sistemas organizados autopoieticamente é reproduzir a partir deles sua própria organização e identidade.

A autonomia do sistema jurídico implica em considerar em primeiro lugar, que a relação circular entre decisões e normas sejam os meios pelos quais o direito reproduz a si próprio; e em segundo, que o sistema autônomo-legal seja capaz de transformar fatos sociais em fatos legalmente relevantes.

Desse modo, a teoria sobre a organização autopoietica do sistema jurídico fornece uma nova explicação para sua positividade. Com a tese da autopoiesis, a validade do direito passa a ser baseada em decisões que estabelecem sua validade,³³¹ que podem ser permanentemente alteradas; nesse contexto as próprias mudanças sociais podem ser induzidas através de medidas legais, e a legitimação da legislação pode estar alicerçada na crença da legalidade dos procedimentos que criam a lei. Decisões são legalmente

³²⁹ BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. Op. cit., p. 57. Cf. também Capítulo I desse trabalho.

³³⁰ LUHMANN, Niklas. *El Derecho...* Op. cit., p. 445.

válidas apenas quando são tomadas tendo por base as normas jurídicas. Por outro lado, a validade das normas pressupõe que elas sejam criadas através de decisões que sejam consideradas válidas.³³² Esta circularidade de base da lei é a fundamentação para a autonomia legal. Ninguém pode falar de autonomia legal se os conflitos são decididos no contexto geral de processos políticos e sociais.

É esta referência circular das normas para as decisões, e das decisões para as regras, que cria a autonomia do sistema jurídico. Nem o Estado, nem a razão e nem a história podem legitimar o direito, ainda que existam teorias que descrevam o direito a partir dessa validade externa.³³³ Para assegurar o seu desenvolvimento autopoietico é suficiente para o sistema jurídico controlar o código binário.

Além disso, o direito só pode ser criado ou mudado apenas através dele mesmo, validado apenas através do válido, e é precisamente esta circularidade que constitui sua especificidade.³³⁴ A validade do direito é portanto uma tautologia, uma mera repetição da afirmação que legal é o que é legal. Mas visto sociologicamente, argumenta Luhmann, é uma afirmação de extrema importância pois não há nenhuma outra para fundamentar a validade do direito, tendo falhado todas as outras tentativas de fixar a validade em algo externo.³³⁵ Quando a validade do direito não é mais apoiada numa ordem maior, ele se torna auto-fundamentado.

Por conseguinte, uma análise do direito que leva em conta noções como reflexão e autodescrição tem como consequência o fato de que não há uma única descrição correta do objeto, pois a própria descrição faz parte do que descreve. Portanto não existe uma “autoridade” que diga qual cognição do sistema jurídico é correta: a solução possível é transportar o problema para uma observação de segunda ordem, que seja capaz de observar as próprias auto-observações do sistema jurídico (observação de observadores).

³³¹ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria... Op. cit., p. 21 e seg.

³³² MICHAELAKIS, Dimitris. Op. cit., p. 329.

³³³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 449.

³³⁴ MICHAELAKIS, Dimitris. Op. cit., p. 330.

³³⁵ Idem. Cf. também LUHMANN, Niklas. **El Derecho...** Op. cit., p. 414.

3.4. O direito da sociedade: relação entre direito e risco

Vimos até agora as categorias fundamentais que constituem a teoria sociológica do direito. Faz-se necessário retomar aqui uma outra questão abordada pela teoria luhmanniana, referente à relação existente entre sistema jurídico e sociedade, discutida em torno da problemática direito e risco.

Repetidamente foi dito que o direito opera na sociedade, não só por constituir um subsistema funcional desta,³³⁶ mas principalmente porque apresenta uma função social ao diferenciar-se e reproduzir-se autopoieticamente.

Vimos também que a sociedade é entendida como a sociedade do mundo e, por isso, existe somente um sistema social global, que possui um ambiente interno no qual convivem diferentes sistemas de função. Isso demonstra que a diferenciação funcional da sociedade não implica em uma simetria de desenvolvimento entre os sistemas, justamente porque cada um opera a partir de si mesmo, segundo suas próprias e singulares operações: dizer, então, que uma sociedade é funcionalmente diferenciada, não é sinônimo de harmonia ou de garantias inerentes de estabilidade.³³⁷

Essa sociedade opera quando comunica, ou seja, produz conhecimentos que são resultados da comunicação sobre o mundo³³⁸ que é seu ambiente. A comunicação é possível devido ao fechamento operacional do sistema social. Contudo, a autopoiesis não dá nenhuma garantia de existência ou de continuidade para o sistema; ao contrário, a teoria dos sistemas autopoieticos admite experiências que resultam do caráter não prognóstico e de estruturas temporais específicas da sociedade moderna. Isso quer dizer: “na atualidade [no presente], o futuro aparece como um risco.”³³⁹

³³⁶ E, portanto, executando-se na própria sociedade.

³³⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho...* Op. cit., p. 485.

³³⁸ Ibid., p. 465.

³³⁹ Idem. Cf. também sobre esse tema: DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Trad. de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. In: *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 28, 1994. pp. 45-54.

Como o sistema jurídico opera dentro da sociedade, o fato desta estar deparando-se de modo sempre atual com a contingência e o risco traz conseqüências para o sistema jurídico. Sendo um subsistema social, o direito também realiza sua autopoiesis seguindo seu próprio código, delimitando-se (ou diferenciando-se), diante do ambiente interno da sociedade. Por sua vez, a sociedade tolera esses processos de diferenciação, porque o direito mantém sua referência com o sistema social.³⁴⁰

Quando verificamos a função normativa do direito ao generalizar congruentemente as expectativas, vemos que esse fenômeno está diretamente relacionado com o que Luhmann chama de *temporalização da validade normativa*.³⁴¹ Essa afirmativa é um passo que demonstra que o direito possui um caráter socialmente dependente, ou seja, quando se fala de um direito da sociedade conclui-se que esse direito caminha sem um futuro certo.³⁴²

Assim, mesmo o direito produzindo estabilização contrafática das expectativas que sempre se projetam para o futuro, mesmo havendo uma confiança de que o direito vigente protege os casos que surgem no seu âmbito de vigência e mesmo que haja um símbolo de validade para as mutações jurídicas, ainda com tudo isso o direito não pode manter-se estável diante do tempo, “no sentido de que se algo em alguma ocasião teve validade, a terá para sempre. Quem deseja depositar sua confiança no direito pode, sem dúvida, contar com um apoio contra oposições, resistências e decepções, porém não pode contar com o fato de que o direito mantenha sua validade sem sofrer modificações.”³⁴³

Daí a importância de se considerar que o direito carrega um risco inerente, inclusive quando se analisa a própria contingência presente nos dois valores do código, que são comunicáveis, ou seja, produzem comunicações (operações) jurídicas. O risco é, então, uma fórmula que pode ser aplicada tanto ao sistema social global como a seus sistemas de função.³⁴⁴ Por isso, o

³⁴⁰ Ibid., p. 466.

³⁴¹ Ibid., p. 468.

³⁴² Ibid., p. 470.

³⁴³ Ibid., p. 471.

³⁴⁴ Ibid., p. 472.

direito não pode garantir segurança, se a própria sociedade entende seu futuro como um risco que depende de decisões.³⁴⁵

O sistema jurídico pode, a partir disso, refletir sobre seu próprio risco e a autodescrição do sistema servir-se da dimensão temporal do direito como uma saída para os limites teóricos da ciência jurídica: aqui o sistema jurídico pode buscar suas bases na teoria da sociedade.

³⁴⁵ Ibid., p. 473.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo Luhmann “existem contexto teóricos nos quais é possível aprender sem renunciar à capacidade de aprender”³⁴⁶. Temos, nesta frase, uma síntese do que é para o autor uma aprendizagem, já que o conhecimento deve ele mesmo aprender.

Nosso objetivo não foi, certamente, fazer uma análise de uma teoria do conhecimento construtivista³⁴⁷. Ainda que possamos retirar da proposta luhmanniana para uma teoria da sociedade, também uma teoria do conhecimento que a fundamenta. Vemos aqui uma proposta paradigmaticamente nova, que parte da premissa que a produção de uma teoria da sociedade também é produção de sociedade, fazendo parte, portanto, do objeto que estuda. Inclui-se aqui a idéia de auto-implicação da teoria apresentada no primeiro capítulo desse trabalho. Conseqüentemente, essa teoria oferece uma descrição da sociedade *na* sociedade, assim como as descrições do direito são feitas como o *direito da sociedade*.

Essas considerações modificam consideravelmente a idéia de racionalidade que parte também de uma diferença-guia construída pela teoria sistêmica. Conforme apresentado, a unidade do sistema pode ser somente a *forma* de uma *distinção*. Anuncia-se aqui uma idéia nova de racionalidade: a questão da unidade da diferença, ou seja, um paradoxo que indica uma racionalidade que se produz pela diferença.

O problema da racionalidade também interfere numa outra categoria sistêmica que é a observação. Esta constitui um tipo peculiar de operação do sistema: toda vez que um sistema opera mediante distinções, ele realiza observação. Contudo a observação realizada pelo sistema produz sempre

³⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **The differentiation of society**. Trad. inglesa de Stephen Holmes e Charles Larmore. Nova York: Columbia University Press, 1982, apud. NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Op. cit., p. 179.

³⁴⁷ Cf. sobre esse tema LUHMANN, Niklas. Conhecimento como construção. In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). **Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Goethe Institut, 1997. p. 92-111.

informações sobre o que é observado, questão que nos leva a um outro ponto: a comunicação como operação peculiar dos sistemas sociais.

Num contexto em que a observação produz informação sobre o que é observado, engendrando sistemas cognoscentes ou comunicativos, a racionalidade deve ser considerada sempre segundo seu caráter contingencial. Isto é, ainda que a praxis do observar produza estados peculiares que orientam o agir e o distinguir dentro do sistema, estes sempre estão subordinados ao sentido dado pelo observador, que nunca é absoluto. Daí o autor afirmar que a racionalidade não constitui nenhuma norma, nenhuma regra, ao contrário, ela é um mero procedimento que descreve a realidade, e por isso mesmo ela deve aprender sempre.

Quando Luhmann descreve os sistemas cognoscentes como aqueles capazes de produzir sentido, ele demonstra também que as operações produzidas nesses sistemas são sempre uma tentativa de redução da complexidade do mundo e ao mesmo tempo um implemento de complexidade interna que possibilita-lhes a existência autonôma.

Inseridos num mundo extremamente complexo e contingente, os sistemas, através de seleções, regulam suas possibilidades de experiência. Conseqüentemente, se há sempre mais experiências e possibilidades de ações do que o sistema pode atualizar (complexidade), estes devem fazer escolhas (selecionar) do que vivenciar, mas levando-se em conta que uma determinada seleção poderia sempre ser vivida de modo diverso (contingência).

Segundo uma organização autopoietica e um fechamento operacional, os sistemas sociais produzem e reproduzem sentido através da comunicação; há um auto-contato contínuo em que operações sucessivas são produzidas sempre devido à operações anteriores. Portanto, nenhum sistema pode operar fora de si mesmo. Seu limite é dado por suas próprias fronteiras estruturais, ainda que possa, através da forma da distinção, designar-se *reflexivamente* diferente do ambiente.

Ainda que a operação do sistema social seja sempre comunicação que se processa, basicamente, a partir da distinção entre *ato de*

comunicar/informação/compreensão, é possível observar transformações estruturais que se dão através dessas operações. Evolução constitui, então, transformações na estrutura da sociedade que é efetuada internamente, ou seja, ela só acontece porque o sistema opera autopoieticamente.

Por conseguinte, podemos afirmar que os sistemas operam através da comunicação, ou seja, com base no sentido, cuja semântica muda provocando mudanças estruturais no próprio sistema. A evolução se refere, portanto, ao nível estrutural dos sistemas, produzindo aquisições que estão relacionadas às formas de diferenciação e aos princípios que têm primazia num determinado momento histórico da sociedade.

Outra consideração importante se refere ao fato de que a definição de sociedade dada por Luhmann a considera como um sistema social global que abarca toda comunicação e constitui um horizonte de sentido para todas as possíveis comunicações posteriores. Com as mudanças estruturais, a sociedade pôde diferenciar-se estruturalmente e se tornar funcionalmente diferenciada. A sociedade moderna produz, portanto, uma diferenciação interna, tornando-se ambiente de si mesma e, ao mesmo tempo, abarcando um tipo de complexidade que possibilita que subsistemas de função se realizem dentro dela. No ambiente interno da sociedade desenvolve-se, assim, sistemas diferenciados, com códigos e operações próprias, mas que estão referidos ao sistema total, ainda que de forma autárquica e acêntrica.

Feitas essas considerações, podemos então descrever o direito positivo como uma aquisição evolutiva da sociedade moderna, que resulta das suas próprias operações (autopoiésis) e, ao mesmo tempo, confirma a modernidade quando se diferencia funcionalmente na sociedade. Basicamente esse é o *direito da sociedade*.

A sociedade moderna, sendo funcionalmente diferenciada, possui um sistema jurídico. Nesse contexto, o direito é apresentado como um (sub)sistema social. Isso quer dizer que o direito também produz comunicação social. Daí a importância de se entender as condições evolutivas e as aquisições evolutivas que se estabilizaram no sistema jurídico.

Por ser um subsistema social, o direito reproduz – de modo próprio – a estrutura do sistema global. Ele é operacionalmente fechado, ou seja, somente reproduz seu código lícito/ilícito, mas também possui *programas decisoriais* que permitem uma abertura cognitiva (sistemas que aprendem) e uma certa “interação” com o ambiente, mesmo a referência sendo sempre suas operações (auto-contato). Neste ponto, é possível explicar-se também os acoplamentos estruturais existentes entre o sistema jurídico e outros subsistemas sociais.

Seguindo seu modo de operar – o que lhe permite uma autonomia em relação ao ambiente – temos que a função específica do sistema jurídico é generalizar expectativas congruentemente, ou seja, nas dimensões material, social e temporal. Por conseguinte, o direito constitui um sistema social que estabiliza expectativas comportamentais em relação ao futuro. Em outras palavras, isso significa que a generalização das expectativas comportamentais pelo direito produzem uma orientação do comportamento que nos dá uma certa segurança diante de um futuro sempre incerto, que é continuamente reconstruído no presente.

Contudo, quando opera tendo por base essa precariedade da razão moderna, o sistema jurídico também reproduz para si mesmo uma precariedade singular na forma de positividade: a única segurança, então, é que o direito positivo transforma a si mesmo com base em decisões. A própria positividade implica na consideração de que o próprio direito decide suas mudanças estruturais, a partir das suas próprias decisões (autolegitimação do sistema jurídico).

É isso que possibilita ao direito moderno um alto grau de jurisdicização dos eventos sociais. Tendo por pressuposto os próprios conflitos que pretende resolver, o direito utiliza-os para transformar situações conflituosas instáveis em processos ou procedimentos judiciais que estabilizam os conflitos: nesse sentido o direito é uma técnica que canaliza as expectativas para um tratamento congruente, ou seja, genericamente expectável.

Mas porque sua validade é temporalizada normativamente, podemos afirmar que o direito tem um caráter social que não permite conclusões finais e nem prognósticos seguros. O *direito da sociedade* constitui uma estrutura atual e presente na sociedade, mas que caminha para um futuro sempre incerto.

Podemos afirmar com tudo isso, que o caminho para uma teoria social do direito tem por base uma sociologia que se apóia numa construção teórica anti-ilusionista: pode-se resumir assim a proposta de Luhmann. Uma proposta inovadora que nos causa vertigens e mal-estar, talvez porque nos aponte – paradoxalmente – como as construções da realidade são, para os homens, opacas e incertas.

Toda a teia de conceitos que estrutura a teoria sistêmica nos dá a possibilidade de nos depararmos com discursos cuja base é o paradoxo. Também a teoria da sociedade proposta por Luhmann não nega esse paradoxo, justamente porque se constrói a partir dele, ao apontar como unidade a diferença. A unidade se dá pelos opostos. Não é possível, portanto, uma construção teórica que desconsidere o que está sendo negado. O todo, o universal só pode construir seus alicerces no solo da diferença.

O direito não escapa desse paradoxo incontestável: seus limites auto-impostos são a possibilidade de sua contínua evolução e de sua auto-referência, que pode aqui ser lida como “sobrevivência”. Isso quer dizer que os sistemas sociais, por serem cognitivamente abertos e operativamente fechados, se mantêm porque podem marcar um limite que garante sua ordem dentro da extrema contingência do mundo.

A nova teoria dos sistemas pode ser, então, uma saída que nos aponta o beco-sem-saída das nossas pretensões cognocentes. E o direito como a ordem normativa por excelência da sociedade é uma dentre as diversas formas que temos de descrever e, portanto, distinguir, nossas descrições de mundo. Nada além disso.

REFERÊNCIAS

ARNAULD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. **Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. L. dos Santos. 10ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.

BOCCHI, Gianluca; CERUTI, Mauro. A complexidade do devir humano: Edgar Morin e o caráter inacabado do processo de hominização. In: PENA-VEGA, Alfredo; NASCIMENTO, Elimar P. (org). **O Pensar Complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto e Legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

_____. Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità. In: **Sociologia del Diritto**, Milano, vol. 1, n. 18, p. 19-33, 1991.

_____. O risco na sociedade contemporânea. Trad. de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. In: **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 28, p. 45-54, 1994.

FEBBRAJO, Alberto. Introduzione all'edizione italiana. In: LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale**. Tradução italiana: Alberto Febbrajo e Reinhard Schimidt. Bologna: Il Mulino, 1990.

FORNI, Enrico M. (org.). **Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale**. Bologna: Capelli Editore, 1983.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRAWIETZ, Werner. Razionalità del Diritto e Teoria dei Sistemi. In: FORNI, Enrico M. (org.). **Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale**. Bologna: Capelli Editore, 1983.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad (Das Recht der Gesellschaft)**. Tradução provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. Impresso, s/d.

_____. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília : Editora da Unb, 1980.

_____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. In: **Revista Seqüência**. Florianópolis, n. 28, p. 16-29, 1994.

_____. **Teoria politica nello stato del benessere**. Milano: FrancoAngeli, 1983.

_____. **Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale**. Tradução italiana: Alberto Febbrajo e Reinhard Schimidt. Bologna: Il Mulino, 1990.

_____. **Struttura della Società e Semantica**. Roma-Bari: Laterza, 1983.

_____. **Sociologia do Direito (I e II)**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Poder**. Trad. de Martine Creusot de R. Martins. Brasília: UnB, 1985.

_____. **O amor como paixão: para a codificação da intimidade**. Trad. de Fernando Ribeiro. Lisboa: DIFEL, s/d.

_____. **La Differenziazione del Diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del Diritto**. Bologna: Il Mulino, 1990. p. 160 e seg.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della Società**. 6ª edição. Milano: FrancoAngeli, 1994.

LUHMANN, Niklas; HABERMAS, Jürgen. **Teoria della Società o Tecnologia sociale: che cosa offre la ricerca del sistema sociale?** Trad. italiana de Riccardo Di Corato. Milano: Etas Libri, 1983.

MATURANA, Humberto. **A ontologia da realidade**. Textos organizados por MAGRO, Cristina; GRACIANO, Miriam; VAZ, Nelson. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

MICHAILAKIS, Dimitris. Law as an Autopoietic System. In: **Acta Sociologica**, vol. 4, n. 38, p. 323-337, 1995.

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NAFARRATE, Javier Torres. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 51, p. 144-161, 2000.

NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. (coord.). **Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Goethe Institut, 1997.

NEVES, Marcelo. 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: **Anuário do mestrado em Direito**, Recife, nº 6, p. 313-357, 1993.

_____. Da autopoiese à alopoiese do direito In: **Anuário do mestrado em Direito**, Recife, nº 5, p. 273-298, 1992.

_____. Teoria do direito na modernidade tardia. In: **Direito e Democracia**. Katie Arguelo (org.) . Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. **Estrutura e Função do direito na teoria da sociedade**. Florianópolis. 1994. Dissertação (Mestre em Direito). Curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il positivismo giuridico**. Milano: Edizioni di comunità, 1965.

SCIOLLA, L.; RICOLFI, L. Il mito della Complessità: usi analitici e mode in sociologia. In: FORNI, Enrico M. (org.). **Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale**. Bologna: Capelli Editore, 1983.

SOUTO, Claudio e Solange. **Sociologia do Direito: uma visão substantiva**. 2ª edição. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1997.

SPENCER BROWN, George. **Laws of form**. 2º edição. New York, 1972.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

ZOLO, Danilo. Autopoesis, autoreferenza e circularità: un nuovo paradigmi della teoria dei sistemi? In: FORNI, Enrico M. (org.). **Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale**. Bologna: Capelli Editore, 1983.