**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

Ulisses Schwarz Viana
NUSP 7538510

**Horizontes da Justiça:
complexidade e contingência no sistema jurídico.**

São Paulo

2013

ULISSES SCHWARZ VIANA

Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico

Tese apresentada na Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo
para a obtenção do título de Doutor em
Direito

Área de concentração: Filosofia e
Teoria Geral do Direito

Orientador: Prof. Dr. Tercio Sampaio
Ferraz Jr

São Paulo

2013

Viana, Ulisses Schwarz.

Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico / Ulisses Schwarz Viana; orientador Tercio Sampaio Ferraz Jr – São Paulo, 2013.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2013.

1. Justiça. 2. Complexidade. 3. Contingência. 4. Sistemas sociais. 5. Sistema jurídico. 6. Autopoiese. 7. Policontextualidade. 8. Justiça funcional. 9. Justiça operativa. 10. Justiça mutante. 11. Horizontes da Justiça.

Nome: VIANA, Ulisses Schwarz

Título: Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico

Tese apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo para a
obtenção do título de Doutor em
Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Aos meus pais, Eva e José, pelo exemplo.

A Paola, Isadora e Henrique pela presença que me impulsiona e me inspira a continuar.

RESUMO

Viana, Ulisses Schwarz. **Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico**. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

A questão da justiça é tema sempre presente nas perquirições da filosofia do direito. Como tema recorrente deve ser submetido a novas investigações à luz de paradigmas teóricos alternativos e inovadores. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann representa um marco teórico capaz de inaugurar novos percursos investigativos no estudo da função do direito e de sua relação com a justiça, ora como função, ora como capacidade de adaptação. A ideia da autopoiese e sua elaboração na teoria dos sistemas de Luhmann torna possível observar essa relação entre direito e justiça dentro do contexto do aumento da complexidade e da contingência na sociedade moderna. A presente tese busca produzir uma investigação jusfilosófica, com inspiração interdisciplinar ao combinar-se com especulações teóricas da sociologia jurídica de inspiração luhmanniana. Ao utilizar uma metodologia fundada na pesquisa bibliográfica primordialmente nos idiomas originais, a tese persegue a reconstrução da teoria da justiça na perspectiva do funcional-estruturalismo de Niklas Luhmann. Na consecução deste projeto, a tese utiliza a metáfora do horizonte, de matriz fenomenológica, para propor a dualidade entre justiça operativo-funcional e justiça adaptativo-mutante. Dualidade que servirá de baliza para conclusões desta tese que poderá trazer uma contribuição original à cultura jurídica nacional.

Palavras-chave: Teoria da justiça. Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Contingência e complexidade na sociedade. Modernidade. Teoria evolucionária. Função do Direito. Adaptação. Operacionalidade. Autopoiese jurídica. Justiça funcional. Justiça mutante.

ABSTRACT

Viana, Ulisses Schwarz. **Horizons for Justice: complexity & contingency in Law as a system.** 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

The problem of justice is an ever-present issue in the investigations of philosophy of law. As a recurring theme, it should be subjected to further investigation in the light of alternative and innovative theoretical paradigms. The systems theory of Niklas Luhmann is a theoretical framework capable of opening new routes for studies and researches on the role of law and its relation to justice, either as function either as adaptability. The idea of autopoiesis and its elaboration in Luhmann's systems theory makes it possible to observe the relationship between law and justice within the context of the increased complexity and contingency in modern society. This thesis aims to produce an investigation in the philosophy of law with interdisciplinary inspiration when combined with theoretical speculations of legal sociology of luhmannian inspiration. Using a methodology based on a primary bibliographic research in works in their original language, the thesis pursues the reconstruction of the theory of justice from the perspective of functional-structuralism as thought by Niklas Luhmann. In pursuing this project, the thesis uses the metaphor of the horizon, in its phenomenological matrix, to propose the duality between justice as operation and adaptation (mutant). This duality will serve as a beacon for the conclusions produced in this thesis that can bring an original contribution to legal culture.

Keywords: Theory of justice. Niklas Luhmann's Systems Theory. Contingency and complexity in society. Modernity. Evolutionary theory. Function of Law. Adaptation. Operability. Legal autopoiesis. Functional justice. Mutant justice.

ZUSAMMENFASSUNG

Viana, Ulisses Schwarz. **Horizonte der Gerechtigkeit: Komplexität & Kontingenz im Rechtssystem**. Jahr 2013. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo 2013.

Das Problem der Gerechtigkeit ist immer eine allgegenwärtige Problem bei den Untersuchungen der Philosophie des Rechts. Als immer wiederkehrendes Thema, sollte es eine weitere Untersuchung im Lichte der alternative und innovative theoretische Paradigmen unterzogen werden. Die Systemtheorie von Niklas Luhmann ist ein theoretischer Rahmen, der für das Studium als auch für Forschungen über die Rolle des Rechts und auf ihre Beziehung zur Gerechtigkeit neue Wege öffnen können. Entweder als Funktion entweder als Anpassungsfähigkeit. Die Idee der Autopoiesis und seiner Ausarbeitung in Luhmanns Systemtheorie macht es möglich, das Verhältnis zwischen Recht und Gerechtigkeit im Rahmen der erhöhten Komplexität und Kontingenz in der modernen Gesellschaft zu beobachten. Diese Arbeit zielt darauf ab, eine Untersuchung in der Philosophie des Rechts mit interdisziplinären Inspiration zu produzieren, wenn sie mit theoretischen Spekulationen Rechtssoziologie der Luhmannschen Inspiration kombiniert. Mit einer Methode, die auf einer primären Literaturrecherche in Werke in den Originalsprachen basiert, verfolgt die These, die Rekonstruktion der Theorie der Gerechtigkeit aus der Perspektive der funktional-Strukturalismus als gedacht von Niklas Luhmann. Bei der Verfolgung dieses Projekt verwendet die These die Metapher des Horizonts, in seiner phänomenologischen Matrix, um die Dualität zwischen Gerechtigkeit als Betrieb und Anpassung (Mutante) vorzuschlagen. Diese Dualität wird als ein Leuchtfeuer für die Schlussfolgerungen in dieser Arbeit hergestellt dienen, das kann ein origineller Beitrag zur Rechtskultur bringen.

Schlüsselwörter: Theorie der Gerechtigkeit. Systemtheorie von Niklas Luhmann. Kontingenz und Komplexität in der Gesellschaft. Moderne. Evolutionstheorie. Funktion des Rechts. Anpassungsfähigkeit. Funktionalität. Autopoiesis des Rechts. Funktionsfähige Gerechtigkeit. Mutierende Gerechtigkeit.

SOMMAIRE

Viana , Ulisses Schwarz. **Horizons de la justice: complexité & contingence dans le système juridique** . Année 2013. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Le problème de la justice est toujours un problème omniprésent dans l'étude de la philosophie du droit. Comme un thème récurrent , il devrait être soumis à une enquête plus approfondie à la lumière des paradigmes théoriques alternatives et innovantes . La théorie des systèmes de Niklas Luhmann , est un cadre théorique qui pourrait ouvrir de nouvelles perspectives pour l'étude ainsi que pour la recherche sur le rôle du droit et de sa relation à la justice. Soit en fonction , soit comme l'adaptabilité. L'idée de autopoiesis et son élaboration de la théorie du système de Luhmann rend possible la relation entre le droit et la justice dans le cadre de l'observation de la complexité accrue et de contingence dans la société moderne . Ce travail vise à produire une étude de la philosophie du droit à l'inspiration interdisciplinaire lorsqu'il est combiné avec la sociologie du droit combiné avec les spéculations théoriques de la sociologie juridique développée par Niklas Luhmann. Avec une méthode qui est basée sur une recherche dans une littérature dans les langues originales, poursuit la thèse que la reconstruction de la théorie de la justice du point de vue du fonctionnel-structuralisme imaginé par Niklas Luhmann . Dans la poursuite de ce projet, la thèse utilise la métaphore de l'horizon - dans sa matrice phénoménologique - de présenter la dualité proposée entre la justice fonctionnel et la justice mutant. Cette dualité est fait pour de fournir une base à des conclusions de ce travail , qui peut apporter une contribution originale à la culture juridique.

Mots-clés: Théorie de la justice . La théorie des systèmes chez Niklas Luhmann . Contingence et la complexité de la société. Modernité . Théorie de l'évolution . Fonction de droit. Adaptabilité . Fonctionnalité. Autopoiesis du droit. Justice fonctionnel . La mutation de la justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I - O DIREITO E A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

1. O direito em sua concepção funcional-estrutural

1.1. Noções preliminares de estrutura, sistema e direito: o ‘funcional-estruturalismo’ de Niklas Luhmann

1.2. Delineamento das ideias de função e prestações dos sistemas sociais: distinção

2. A autopoiese do sistema jurídico

2.1. A ideia da autopoiese na sociologia geral de Niklas Luhmann

2.2. Autopoiese e fechamento operacional do sistema jurídico

2.3. Autopoiese e abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*) do sistema jurídico

2.4. Autopoiese e autonomia do sistema jurídico

2.5. Autopoiese e seus críticos

2.6. Observações conclusivas

CAPÍTULO II – SISTEMA JURÍDICO, COMPLEXIDADE E CONTINGÊNCIA

1. Sistema jurídico e complexidade social

- 1.1. O direito e a crescente complexidade no ambiente social
- 1.2. Os limites sistêmicos de processamento da complexidade ambiental

2. Autopoiese do sistema jurídico, contingência e complexidade do ambiente

- 2.1. A semântica da contingência na teoria social e na filosofia contemporânea: delineamento
- 2.2. A semântica da contingência em Niklas Luhmann
- 2.3. A questão do controle (*Steuerung*) da complexidade e da contingência social pelo sistema jurídico e suas relações com a diferenciação sistêmica da sociedade moderna
- 2.4. Complexidade, contingência e acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*)

CAPÍTULO III - A JUSTIÇA E SUA FORMULAÇÃO CONCEITUAL NA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

1. Para além de uma justiça jurídica

- 1.1. Justiça como tema generalizado nos sistemas sociais
- 1.2. Justiça, diferenciação sistêmica e “equivalentes funcionais”

2. A evolução da ideia da justiça no pensamento de Niklas Luhmann

- 2.1. A justiça luhmanniana: delineamentos iniciais
- 2.2. A justiça como adequada complexidade (*adequäte Komplexität*) do sistema jurídico

3. A fórmula de contingência da justiça

CAPÍTULO IV – COMPLEXIDADE, CONTINGÊNCIA E JUSTIÇA: a justiça e sua função no sistema jurídico autopoietico de Niklas Luhmann

1. A justiça e seu problema como paradoxo operacional do sistema jurídico

- 1.1. Justiça como problema de capacidade de ressonância (*Resonanzfähigkeit*) na percepção autopoietico-cognitiva do sistema jurídico
- 1.2. “Adequada complexidade”, “fórmula de contingência” e redundância: a justiça *funcional* do sistema jurídico
- 1.3. “Adequada complexidade”, “fórmula de contingência” e redundância: *macrovisão* e *microvisão* decisórias na função do direito
- 1.4. Justiça e coevolução sistêmica: acoplamentos estruturais, interdependência e adaptação (*Anpassung*)
- 1.5. Complexidade, contingência, “equivalentes funcionais” e variedade (*Varietät*): a justiça *mutante* do sistema jurídico

2. Contribuição da teoria de Niklas Luhmann para a teoria geral do direito e para a jusfilosofia: o problema da justiça como dimensão simbólico-reflexiva do sistema jurídico

CONCLUSÕES

INTRODUÇÃO

A presente tese de doutoramento tem como projeto a retomada, por novas perspectivas, do eterno problema da determinação ou mesmo a impossibilidade de uma compreensão acabada e estável da ideia ou conceito de justiça. Neste propósito, com a utilização da metodologia fundada na pesquisa bibliográfica, ela se apresenta como uma investigação jusfilosófica que se acopla com a teoria geral do direito e a sociologia jurídica.

Ela parte da premissa de que as propostas teóricas que concorrem tanto na filosofia geral, quanto na filosofia do direito, na filosofia política, na sociologia jurídica e na teoria geral do direito, não foram ainda capazes de superar a sempre presente dificuldade de obter-se uma concepção universalmente aceita da ideia da ‘justiça’, ou mesmo uma formulação dotada de determinação ao menos satisfatória de seu conteúdo de sentido – formal ou material - e de sua própria teleologia¹.

A história do conceito ou da semântica do ‘justo’ ou da ‘justiça’ normalmente se inseriu em contextos histórico-ideológicos que se reproduziam em diversas correntes de pensamento tanto filosóficas, quanto políticas, econômicas e religiosas.

Na filosofia, na teoria geral e na filosofia do direito, identificam-se - a título exemplificativo - concepções: (a) metafísicas (KANT², 2011: 336-350); (b) jusnaturalísticas (FINNIS, 2011; MARITAIN, 2001: 25-38); (c) utilitarista, como a de John Stuart MILL (2001); (d) juspositivistas, como a concepção de índole dogmático-normativa de Hans KELSEN (1962: 357-444); (e) procedimentalista, de John RAWLS (1971); (f) neokantiana, de Rudolf STAMMLER (1925); e (g) acopladas a aspectos econômicos, como na análise econômica do direito (*Law and Economics*), aqui representada por Richard POSNER (1983 e 2005).

Inegável que, em face desse quadro, sempre se apresenta a necessidade de se avançar sobre tema tão recorrente e controverso, por novas perspectivas, como a da moderna teoria dos sistemas, que teve como notáveis precursores Ludwig von BERTALANFFY (1969), com sua teoria do sistema geral, Edgar MORIN (2008), no contexto da revolução biogenética,

¹ A propósito merece leitura o trabalho de sistematização das concepções da justiça de Elisabeth HOLZLEITHNER (2009). Para se apreciar o problema da casuística da justiça, ainda que com reservas críticas ao método adotado, recomenda-se a leitura de Michael J. SANDEL (2007).

² Deve ser registrado que a concepção Kantiana do direito e da justiça parte de uma metafísica em sentido peculiar, em que esta surge como um sistema de conhecimentos *a priori* a partir de meros conceitos (KANT, 2011: 321-323).

Talcott PARSONS (1951), na sociologia, dentre outros importantes nomes.

A teoria de Niklas LUHMANN se insere nesta tradição da moderna teoria dos sistemas, inclusive lançando mão da teoria cibernética de Norbert WIENER (1954; 1965) e de Heinz von FOERSTER (1952; 1982) para construir sua sociologia sistêmico-autopoiética, na qual buscamos investigar possíveis contribuições relevantes para a ampliação da percepção conceitual do que seja a ‘justiça’.

Todavia, a presente tese não tem por objeto, advirta-se, a revisão do desenvolvimento histórico da teoria dos sistemas, mas se propõe ao estudo e à análise da teoria dos sistemas, em sua versão luhmanniana, nos limites do necessário à perquirição e à investigação da peculiar concepção de justiça desenvolvida por Niklas LUHMANN em sua teoria sociológica do direito, a qual, por sua vez, está inserida em sua teoria geral dos sistemas e compartilha dos conceitos fundamentais desta, tais como: autopoiese, complexidade, contingência, comunicação³, recursividade, redundância, variedade, observação de segunda ordem, cibernética de segunda ordem, autorreferência, heterorreferência e, de modo central, a distinção fundamental entre sistema e ambiente.

Estes conceitos estão no desenvolvimento da presente tese doutoral como instrumental terminológico-teorético ligado à proposta jus-sociológica de LUHMANN de observação do acelerado e incessante aumento da complexidade social que deve ser processado pelo sistema jurídico. Quadro que traz como consequência uma crescente demanda por ‘justiça’.

Dentro deste prisma analítico, o clássico problema da justiça na teoria do direito retorna agora em perspectiva pós-moderna - na expressão de Jean François LYOTARD (1979) - como tema sempre presente e, ainda, longe de ser superado. Neste sentido, ressalta Tércio Sampaio FERRAZ Jr (2007: 370) que o tema da justiça traz consigo um “problema significativo permanente” para o jogo jurídico.

Exatamente por isso, na presente tese busca-se a ampliação da perspectiva teórica sobre este tema, focando-se de modo precípua no questionamento sobre a funcionalidade ou disfuncionalidade do conceito de justiça nas operações jurídico-decisórias, ou, na terminologia da teoria sistêmica de Niklas LUHMANN, como operações autopoiéticas do sistema jurídico e de sua relação com a “fórmula de contingência” e a “adequada complexidade” e com os paradoxos daí decorrentes.

Para tanto, no Capítulo I da desta tese, investiga-se concepção luhmanniana do direito, que parte da premissa de que este não é uma mera estrutura normativa aparentemente estática

³ Ou “eventos comunicativos”, de acordo com John MINGERS (1995: 141).

– como predominantemente se o tem concebido na teoria geral do direito⁴ -, mas sim uma estrutura dinâmica a serviço de uma função social autopoiética⁵ e especializada, ligada à necessidade de estabilização de expectativas normativas (de condução de comportamentos [*Verhaltenssteuerung*] e de solução de conflitos [*Konfliktlösung*]). Para LUHMANN (1987a: 105) a estrutura do sistema do direito é „*Struktur eines sozialen Systems, die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht*” (“estrutura de um sistema social que repousa sobre a congruente generalização de expectativas normativas de comportamento”).

Por outro lado, a compreensão do projeto da sociologia do direito e da dogmática jurídica de Niklas LUHMANN passa metodologicamente pela necessidade do estudo de seu modelo funcional-estruturalista⁶, no qual o direito é proposto como subsistema autopoiético da sociedade, que executa função social especializada, regida por código binário simbólico-comunicativo próprio, traduzido em valores binários como *direito* x *não-direito*, *lícito* x *ilícito* ou *válido* x *inválido*.

Neste quadro teórico se insere o tema da tese, nomeadamente o da questão da justiça dentro das concepções encontradas no decorrer do desenvolvimento do pensamento de LUHMANN, o que é devidamente detalhado como objeto do Capítulo III da tese.

Merece, também, registro que o Capítulo I tem como tema central a análise descritiva do conceito de autopoiese, exatamente porque se cuida de elemento que constitui, na fase madura da teoria, todo o eixo de desenvolvimento do pensamento de LUHMANN sobre o direito, a partir da publicação de *Das Recht der Gesellschaft* (1995), obra em que se cristaliza sua compreensão sistêmico-autopoiética do sistema jurídico.

Conveniente, porém, observar que é no ano de 1984 que ocorre o que denominamos de ‘*autopoietic turn*’ no pensamento de LUHMANN, com a publicação de *Soziale Systeme*:

⁴ Esta nossa observação encontra eco no pormenorizado artigo de Bernard WEISSBOURD e de Elizabeth MERTZ (1985: 622-659), no qual os mencionados autores apontam a tendência do positivismo a um *centrismo-normativo* (*rule-centrism*) e das consequências negativas na função *criativa* do direito, concluindo que a estrutura da linguagem produz efeito sobre a cultura e as ideologias jurídicas. Efeito que fica, entretanto, circunscrito tanto social como culturalmente.

⁵ Em sentido contrário se manifesta Jürgen HABERMAS (1998: 557) ao comentar Wolfgang ABENDROTH, asseverando que: „*Das Recht besitzt keine eigene Struktur, die verformt werden könnte. Die Rechtsform wird eher als eine plastische Hülle für beliebige administrative Steuerungsleistungen vorgestellt*”. – Tradução livre: “O direito não possui estrutura **própria**, que pudesse ser deformada. A forma do direito é antes apresentada como um invólucro plástico para qualquer função administrativa”. Observamos, por oportuno, a contraposição dessa concepção com a ideia da autopoiese e de seu fechamento operacional.

⁶ Concepção teórica em que surge em primeiro lugar uma demanda funcional da sociedade, em razão da qual se forma uma estrutura subsistêmica especializada para fazer face à necessidade estrutural da sociedade (MANSILLA, 2005: XII). Ou seja, em sentido contrário ao estruturalismo-funcional ou funcionalismo de manutenção de estruturas (LUHMANN, 2006: 12) de Talcott PARSONS. Esta temática é tratada com clareza por Alberto FEBBRAJO (1975), especificamente a respeito da sociologia jurídica de LUHMANN.

Grundriß einer allgemeinen Theorie (Sistemas Sociais: delineamento de uma teoria geral).

LUHMANN (1987a: 61), ao transpor o conceito da *autopoiese* - formulado originariamente na teoria biológica de MATURANA e VARELA (2007: 52) - para sua teoria, inseriu-o de modo bem característico no desenvolvimento de sua concepção sobre os sistemas sociais, postulando que pela autopoiese o sistema se (re)produz por seus próprios elementos, ou seja, a autopoiese significa produção do sistema por ele mesmo (LUHMANN, 1997: 97).

Como tratado na tese, o conceito da *autopoiese* centra-se na concepção de um fechamento operacional que permite a distinção entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*), o que será amplamente explicitado no CAPÍTULO I, juntamente com a teoria da distinção, fundada, por sua vez na teoria matemática de George Spencer BROWN em *Laws of form* (1972), e com os aparatos conceituais do *Sinnbegriff* (conceito de sentido) (LUHMANN, 1997: 177-178) e da diferenciação sistêmica (*Ausdifferenzierung*), dentre outros correlacionados à autopoiese.

A inovadora postura teórica de LUHMANN não deixa incólume sua sociologia do direito, isto porque a adoção, em sua teoria dos sistemas sociais do conceito de autopoiese trouxe consigo a questão da autorreferência (*Selbstreferenz*), da heterorreferência (*Fremdreferenz*) e da autodescrição (*Selbstbeschreibung*) do sistema jurídico e de seu fechamento operacional (*operative Geschlossenheit*) (LUHMANN, 1995: 45-46), o qual pressupõe programas condicionais – normas e procedimentos jurídicos – regidos por uma lógica comunicativa interna sob a égide do código binário do ‘direito x não-direito’, no qual ficaria sem qualquer função o valor binário ‘justo x injusto’.

Essas propostas teóricas de LUHMANN no campo da teoria do direito despertaram forte oposição que, ainda hoje, em certo grau, persiste no meio acadêmico. Não obstante esta circunstância, como se demonstra na tese, atualmente elas despertam renovado interesse, abrindo novos espaços de pesquisa. O projeto luhmanniano do direito talvez tenha muito ainda por ser explorado, quando superadas as resistências de uma dogmática jurídica ainda regida por certo grau de conservadorismo.

Nos Capítulos II e IV são estudados também estudados os ‘acoplamentos estruturais’ (*strukturelle Kopplungen*), os quais desempenharão importante papel na ideia desenvolvida em torno da justiça *mutante*, em que se insere a questão da adaptabilidade do sistema autopoietico ao ambiente social, colocando-se, deste modo, os acoplamentos estruturais no campo das possibilidades cognitivas do sistema, de aquisição de novos conhecimentos que são autorreferencialmente internalizados.

Bom observar que no capítulo III da tese se analisam e se elaboram estes elementos

conceituais indispensáveis para a formação de uma clara compreensão de nossa leitura da teoria da justiça no pensamento de LUHMANN, o que constitui a base da possível contribuição inédita da tese à cultura jurídica nacional.

A partir do prisma jus-sociológico tem abertura o Capítulo II da tese, com a exposição do modo característico da produção teórica de Niklas LUHMANN, à vista de seu cuidado e interesse pela observação do processo de evolução dos conceitos jurídicos e das ideias em geral, especialmente as de *contingência* e de *complexidade*.

Tanto que em sua produção teórica, LUHMANN estuda e constrói uma observação histórico-teórica da complexidade e da conexão evolucionária entre as estruturas sociais e a semântica social. Ele prepara, assim, o terreno conceitual para seu peculiar tratamento da questão da justiça e de sua correlação com o aspecto evolucionário decorrente do aumento da contingência e da complexidade sociais, como marco histórico do advento da modernidade, ressaltando que esta mesma modernidade trouxe consigo a perda de referências estáveis dos conceitos e ideias tradicionais, com o desaparecimento dos fundamentos ontológicos da ‘realidade’ e da superação das *metanarrativas* (LYOTARD, 1979).

A tese demonstra que este argumento é sempre realçado no corpo teórico luhmanniano com a proposta, sem meias palavras, da superação da tradição que LUHMANN denomina de ‘vetero-europeia’, com suas bases metafísicas e ontológicas tradicionais, com sua tendência à construção (artificial/ideal) de realidades estáveis e de *unidades* conceituais (o homem, a sociedade, dentre outros). Ante a situação de aumento de complexidade social, LUHMANN observa a passagem na modernidade para uma perspectiva baseada em um ‘construtivismo radical’⁷ e no processo de diferenciação (*Ausdifferenzierung*) funcional, no qual surgem sistemas sociais que se estruturam com base em núcleos diferenciados de comunicação social especializada que formam os sistemas sociais. LUHMANN destaca, nesta conjuntura de fatores, que a modernidade marca o alvorecer da sociedade funcionalmente diferenciada.

Neste contexto, a tese passa a registrar que LUHMANN chega a falar de um “sentido antigo de justiça”⁸ (LUHMANN, 1999: 378), como *Muster von Perfektionsbegriffe* (modelos

⁷ Sobre este aspecto da pós-ontologia no pensamento de LUHMANN e de sua relação com a corrente epistemológica denominada de ‘construtivismo radical’, remete-se o leitor a Helga GRIPP-HAGELSTANGE (1995: 10-14). Essa pós-ontologia luhmanniana é questionada, por ex., por PREWO, RITSERT & STRACKE (1973: 33-35). Este questionamento crítico guarda pertinência com a distinção *sistema/ambiente*, em que o ambiente apresentaria como uma *realidade*, o que pressuporia uma natureza ontológica do mundo (*Welt*) como lado externo dessa mesma diferenciação.

⁸ Ou seja, do tratamento dado ao tema na evolução do direito natural, desde seu surgimento, como bem analisa Anton-Hermann CHROUST (194: 72), quando assevera que: “*From its very inception Natural Law has been primarily the quest for the ultimate meaning of law and justice.*”. Em outras palavras, da busca de uma justiça com critérios fixos e estáveis, justiça certa e perfeita.

conceituais de perfeição), expressão inspirada no *Perfektionsbegriff der Vernunft* (conceito de perfeição racional) de LEIBNIZ, o qual teria persiste em graus variados até mesmo nos dias de hoje em correntes do jusnaturalismo.

É defendido no Capítulo III que o projeto teórico de LUHMANN produz um profundo e radical questionamento dessa ideia jusnaturalística da justiça como ‘perfeição’. Este questionamento é objeto de detida análise na tese, pois constitui uma proposta teórica fundamental para a compreensão da ‘justiça sistêmica’ na moldura autopoietica do direito. O que, como se demonstra na tese, é objeto de incompreensões (DREIER, 1981); talvez por falta de domínio da inovadora e também em certo grau da hermética terminologia luhmanniana.

Neste ponto ganha relevo no trabalho a persistente proposição de LUHMANN de que a modernidade traz consigo a superação dos postulados do direito natural, com a consolidação da positivação do direito, quando ele chega mesmo a propor a ideia de que o direito não se funda mais na ordem natural do mundo (LUHMANN, 1999: 374), mas na verdade se realizaria no próprio sistema social, ou seja, o direito seria uma construção sócio-histórica e, portanto, evolucionária.

A adoção por LUHMANN de uma teoria evolucionária⁹ no campo das ciências sociais o leva, paralelamente, a utilizar a metáfora do ‘horizonte’ para explicar o processamento do aumento da complexidade das relações e dos fenômenos sociais pelos sistemas sociais de função. Com essa complexidade crescente também assume importância o resultante problema da contingência.

Não sem razão, dentro dessa moldura teórica e conceitual, o título principal desta tese (‘horizontes da justiça’) utiliza o termo *horizonte*, o que decorre do fato de LUHMANN (1994: 36, 92, 105, 114ss, 283, 314ss) ter incorporado em seu pensamento esse elemento conceitual da fenomenologia de Edmund HUSSERL (2002; 1995: 24, 46, 53, 56, 63, 65ss, 75, 88, 104, 134, 136, 153, 155, 157ss)¹⁰.

Em HUSSERL a expressão ‘horizonte’ surge ligada ao aspecto da intencionalidade – na qual se tem que a consciência é sempre dirigida a um estado de coisas (*Sachverhalt*)¹¹ - que torna possível a constituição do *Sinn* (sentido) daquilo que é percebido pela consciência no ato intencional.

⁹ Idealizada originalmente por Donald T. CAMPBELL (1974).

¹⁰ A expressão *horizonte*, na verdade, passou a ocupar uma posição conceitual proeminente nas correntes fenomenológicas derivadas ou influenciadas de modo direto pelo pensamento husserliano, como se pode verificar em Martin HEIDEGGER (2006: pp. 15-19) e em Maurice MERLEAU-PONTY (2009: 77-83).

¹¹ Sobre o conceito de *intencionalidade* utilizado por Husserl em suas reflexões filosóficas, veja-se o estudo de Dermot MORAN (2000: 110-118), no qual este autor observa que o conceito em questão tem sua origem no pensamento de Franz BRENTANO. Sobre a intencionalidade de BRENTANO, leia-se o minucioso trabalho de Franz Josef BRECHT (1948: 23-27).

Tanto que HUSSERL (1995: 142) emprega a expressão *Sinneshorizont* (horizonte do sentido) para expor sua ideia de que há certos aspectos do objeto percebido que não se deixam captar diretamente.

O ‘horizonte’ seria constituído, então, por estes aspectos do objeto que em dado momento não são diretamente captados, mas que ficam abertos a outras possibilidades, por meio das quais possam ser apreendidos pela percepção em posteriores atos de reflexão (MORAN, 2000: 161-162). Em outros termos, o ‘horizonte’ se afigura como abertura para a construção de novos sentidos (*Sinnen*) em relação ao mesmo objeto.

LUHMANN incorpora o termo ‘horizonte’, preservando em grau elevado suas origens fenomenológicas, porém dando à expressão um sentido mais complexo ao inseri-la no contexto de sua teoria dos ‘sistemas constitutivos de sentido’ (LUHMANN, 1994: 105) e da questão da *Selbstreferenz* (autorreferência) que caracteriza os sistemas sociais autopoieticos – isto sem deixar de fazer referência expressa à fenomenologia de HUSSERL¹².

De modo persistente, LUHMANN utiliza a metáfora do ‘horizonte’, haurida da fenomenologia husserliana, para descrever uma das características de seu conceito de justiça, que se liga à necessidade de adequação social do sistema jurídico, o qual se coloca diante de um processo seletivo do direito válido exposto a um amplo horizonte do direito possível (LUHMANN, 1981: 376). Neste contexto, inclusive, busca-se uma das formulações luhmannianas sobre a ideia da justiça que é apresentada como *mutante* na tese, como resultado da combinação da “adequada complexidade” com a “fórmula de contingência” do sistema jurídico.

A tese explora teoricamente estes ‘horizontes’ possíveis de sentido do vocábulo ‘justiça’ na sociologia jurídica e na teoria do direito de Niklas LUHMANN. ‘Horizontes’ caracterizados por grande contingência e exposto a grandes complexidades emergentes do sistema geral da sociedade.

No que tange ao fenômeno da positivação do direito, observa-se na tese a contingência da própria validade de todas as normas jurídicas que, por sua vez, torna-se uma realidade social pela *alterabilidade* do direito (LUHMANN, 1999: 375).

Como consequência da positivação do direito, a tese propõe que a ideia da alterabilidade (*Veränderlichkeit*) do direito ocupa posição de realce na sociologia jurídica de LUHMANN por representar seu principal instrumento de crítica ao jusnaturalismo centrado na busca de uma estabilidade cosmológica de raiz metafísica (‘vetero-europeia’). O que se

¹² Sobre a relação da teoria de LUHMANN com a fenomenologia de Edmund HUSSERL, leia-se Armin NASSEHI (2012: 13-18).

coloca na tese como busca jusnaturalística de referências estáveis (imutáveis/eternas) para demonstrar a possibilidade de determinação de critérios *universais* do justo ou do injusto (ideia da justiça).

Pela análise do conceito de adaptação (*Anpassung*), a presente tese de doutoramento desenvolve proposta de destautologização (*enttautologisierung*)¹³ da asserção de LUHMANN de que a alterabilidade do direito, de fato, dá-se como processo de seleção do direito válido a partir de um horizonte de um direito possível, em cuja determinação de modo muito complexo chega-se novamente ao direito válido como condição da possibilidade de um novo direito. E como se expõe no desenvolvimento dos Capítulos II e IV da tese, esta tautologia está diretamente ligada à questão da justiça na teoria sistêmica luhmanniana, por refletir na possibilidade de uma justiça *mutante* no direito.

Este aspecto adaptativo ou *mutante* se liga à percepção de LUHMANN do sintoma da ‘perda da função do direito’ (*Funktionsverlust*), o que para ele pode estar associado à ideia de que a justiça tenha perdido seu significado operativo e com ele sua normatividade. Neste particular, bom observar que LUHMANN ainda está a falar da justiça “vetero-europeia”, como ‘conceito de perfeição’ (*Perfektionsbegriff*), com suas raízes jusnaturalísticas.

A tese também analisa a relação entre a hipercomplexidade assimétrica do ambiente e a complexidade interna do direito, como questão de limites da justiça do direito, como incapacidade do sistema jurídico de recepcionar todas as pretensões e os ‘anseios’ sociais por uma sociedade mais justa. Essas pretensões precisam ser de maneira autosseletiva (autopoietica) admitidas ou não pelo sistema jurídico, por necessário reconhecimento de que o direito, como sistema de *função*, não pode ser sobrecarregado com valores sociais disseminados que não apresentem condições de ser objeto de uma comunicação jurídica congruente, por meio de estruturas programático-decisórias e de conceitos dogmáticos (conceitos jurídicos) *adequados* à produção de *redundância* e *recursividade*. Por este aspecto, a tese adota a premissa luhmanniana de que o sistema jurídico tem limites ‘cognitivo-operacionais’ que se colocam como *filtro* entre operações do sistema e eventos de seu ambiente. Sem esta filtragem cognitiva, a operacionalidade encontraria elementos de *disfuncionalidade* pela absorção indiscriminada de uma carga insuportável (improcessável) de informações provenientes do ambiente social.

No Capítulo III da presente tese se incursiona também, ainda que de forma sintética, nas teorias jurídicas que concebem ou uma justiça normativo-positivista preestabelecida

¹³ Expressão muito frequente nos textos luhmannianos, que é explicitada de forma minudenciada no corpo da tese.

(apriorística) como dever ser (positivismo dogmático) ou como ser (como pura eficácia, no realismo jurídico), como também serão observadas algumas formulações extrajurídicas (filosóficas, econômicas ou políticas) sobre a justiça. Todas essas propostas de compreensão da ‘justiça’ serão observadas como possíveis elementos geradores de incompatibilidades e disfuncionalidades das decisões do sistema do direito em face da função social exercida pelo direito na sociedade hodierna.

Descortina-se o Capítulo IV da presente tese com a análise, em decorrência dos estudos do capítulo antecedente, do contexto em que LUHMANN chega à concepção – em sua teoria dos sistemas autopoieticos – da “adequada complexidade” e da “fórmula da contingência”, como elementos conceituais aptos a substituir a semântica tradicional da justiça na dogmática jurídica moderna.

Neste trabalho é proposto, então, que a justiça (como ideia do justo) seja vista como adaptabilidade da função decisória do direito às circunstâncias estruturais da sociedade, por meio da diversidade e da variabilidade de conformações de sua dogmática e de seus programas normativos decisórios (normas jurídicas positivadas) ao ambiente social.

Dáí começaria uma possível superação da concepção do direito - de viés jusnaturalístico - como instrumento da justiça **ideal**, como valor estável, passando para um sentido funcional (função social do direito), abandonando-se a justiça como ideia de perfeição¹⁴ (*Perfektionsbegriff*).

A tese analisa como se daria a referência sistêmica da “adequada complexidade” e da “fórmula de contingência” como relação do sistema jurídico como *unidade* (*Einheit*), o que impede a adoção de um conceito ético de justiça, como norma de ação, nem em sentido jusnaturalístico, como um modo *externo* de justificação.

Colocando a tese diante de um dos paradoxos fundamentais do sistema jurídico, introduz-se a proposição de LUHMANN (1999: 388) de que o problema da justiça seja visto a partir do pressuposto de que um mesmo sistema (o jurídico) tem que decidir uma

¹⁴ Reportamo-nos ao excelente estudo sobre os filósofos pré-socráticos de Robin WATERFIELD (2009: 92-94) quando ele observa o conceito de *harmonia* no pensamento pitagórico, em sua formulação na doutrina da Harmonia das Esferas. Neste contexto, WATERFIELD (2009: 92) também anota que em ANAXIMANDRO emerge a ideia da *simetria do universo*. Essas concepções da harmonia e da simetria do mundo e do universo inspiraram o pensamento humano e a ciência até tempos recentes e que vem sendo dissolvidas com o advento da física *quântica* (HEISENBERG, 1958). Não se pode deixar de referir ao fato de que os movimentos e progressos da física apontam para a *harmonia* como ilusão cosmológica; o que não poderia deixar intacta qualquer tentativa de também partir-se do pressuposto de uma possível justiça como *perfeição* ou como possível distribuição *harmônica* dos bens sociais. Em outros termos, basta vermos as mais proeminentes teorias modernas relativas à justiça distributiva (RAWLS, NOZICK, WELZER, dentre outros) para constataremos que em uma análise comparativa das perspectivas adotadas se descortina um campo fértil para o conflito, ainda que somente de ideias.

multiplicidade de casos e, ainda, *desparadoxizar-se* na forma de uma *decisão do indecidível*¹⁵.

No trabalho também se analisa que a ideia da justiça leva à introdução de um nível adicional de abstração, no qual se coloca a apreciação crítica da estrutura na teoria do direito, na qual o critério da justiça surge como ‘elemento regulativo’ para a análise e crítica da estrutura conceitual e programático-decisória, mas não mais como uma *norma decisória* diretamente aplicável. Desta maneira, preservar-se-ia no sistema jurídico a alta indeterminação dos conceitos clássicos de justiça, sem uma determinação *a priori* de uma ideia de perfeição da justiça.

No texto se acolhe a ideia de LUHMANN, no sentido de que a ideia da *imperfeição* impulsiona a construção de uma estrutura conceitual adequada que não exclui e nem pode excluir *absolutamente* a possibilidade da produção de eventual injustiça pelo direito. Ponto em na tese se coloca a relação entre justo e injusto como elemento de auto-observação (interna) do sistema jurídico. Nesta auto-observação, o injusto não está excluído do direito, pois faz parte da história jurídica como elemento necessário para o aperfeiçoamento do processo funcional da produção do justo.

Dá a importância de reconhecer a contingência como necessidade de generalização e de reespecificação e controle dos pontos de vista seletivos, que na dogmática jurídica são identificados como conceitos, princípios e normas (programas condicionais do direito, na terminologia luhmanniana).

Na presente tese, observa-se que a “complexidade adequada” do sistema jurídico em torno de suas decisões passa a exigir consistência *interna* no sistema, como produto da autodescrição como subsistema dotado de uma *função* na sociedade moderna, o que constituiria o discurso jurídico-funcional da justiça.

Formula-se na tese que a justiça ou ideia do justo agora se coloca como elemento contingente, na “fórmula de contingência”, por trazer à tona a questão da própria adequação do sistema jurídico a um sistema social em constante evolução, ou seja, coloca-se como *símbolo da unidade* do sistema, ao lado do símbolo operativo sistêmico da ‘validade jurídica’ (*Rechtsgeltung*).

Essa percepção da impossibilidade de pensar-se a questão da ‘justiça’ em sua formulação clássica, que se funda no projeto ideológico de poder assegurar, de forma

¹⁵ A questão da *indecidibilidade* no pensamento de LUHMANN tem sua formulação a partir das conclusões das pesquisas e estudos matem de Kurt GÖDEL (1992), em sua célebre obra *On formally undecidable propositions of principia mathematica and related systems*.

generalizada, a validade universal de uma decisão como um critério de verdade¹⁶ ou de perfeição (estabilidade ou imutabilidade) (LUHMANN, 1983: 15-16).

A aplicação da coerção decisória (*Entscheidungszwang*), que decorre do princípio do *non liquet*, aos juízes e tribunais, como elementos situados no centro do sistema jurídico (LUHMANN, 1995: 297-337), suscita a questão de como se poderia, desta forma, exigir de um sistema que tem de assegurar-se a possibilidade de decidir todos os casos a ele submetidos e que, simultaneamente, possa garantir a ‘justiça’ (no sentido de perfeição) de seus processos decisórios.

Eis aí um dilema que é tratado de forma direta nesta tese doutoral, qual seja o da determinação *transcendente* da decisão do sistema jurídico como ‘justo’, colocando-se no centro da análise a observação de LUHMANN (1995:317) no sentido de que a ‘legitimação’, como valor transcendente ao direito, não pode exercer qualquer função no interior do sistema jurídico.

Propõe-se a constatação a impossibilidade de determinar-se uma ‘legitimação’ ou ‘justiça’ que transcenda os limites do sistema jurídico encontra seu fundamento na autopoiese do próprio sistema, em seu fechamento operacional e da necessidade de processamento e **controle seletivo**, pelo sistema, das crescentes irritações sistêmicas produzidas *pela e na* hipercomplexidade crescente que emerge no ambiente social. Estuda-se também no trabalho que LUHMANN aponta a falta de condições operativas e cognitivas de que o sistema jurídico incorpore uma hipercomplexidade desestruturada que se insere em inevitável **policontextualidade** (LUHMANN, 1991: 666) resultante, por sua vez, das multifacetárias teorias e concepções que se propõem como a forma (ideologicamente) *correta* de ver e aplicar a ‘justiça’.

O último capítulo da tese também dedica especial atenção à multiplicidade de conceitos ‘corretos’ do *justo*, o que permite a compreensão da dimensão da ‘legitimação’ e da ‘fundamentação’ da justiça em LUHMANN, levando-a a consequências radicais em face da análise construtivista e evolucionária (SCHMID, 1987) do sistema jurídico e, também, pela exploração do conceito dos acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*).

Paralelamente, leva-se a efeito o desenvolvimento do conceito de abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*) e de seu papel no modo como o sistema jurídico reage às irritações do

¹⁶ A questão da ‘verdadeira justiça’ como motivo de inquietação na atividade do jurista é bem colocada por Goffredo TELLES Jr (2001: 358), quando observa que: “Mas o que, no espírito do sincero jurista, paira, com certa frequência, e, às vezes, é um tormento: é a indagação da consciência sobre se o deferimento requerido, mesmo quando fundado em normas jurídicas, constitui realmente, ou não constitui, um ato de *verdadeira* justiça”.

ambiente em um processo de aprendizado autorreferencial (LUHMANN, 2008: 64), no qual o direito cria, recria e extingue programas decisórios que abrem caminho para novos horizontes da justiça.

É igualmente objeto de perquirição o como a multiplicidade de concepções e de conceitos de justiça, na filosofia, na sociologia, na teoria política, na teoria econômica, afora aquelas próprias da teoria geral do direito, trazem à tona o paradoxo fundamental da “indecibilidade” de um sistema submetido a uma **coação decisória** (*Entscheidungszwang*) (LUHMANN, 1999: pp. 374-381) e de sua correlação com a contingência e a complexidade da sociedade moderna, ou pós-moderna (LYOTARD, 1974). Sociedade que, em virtude dessa modernidade, já não pode mais contar com parâmetros estáveis (onticidades) e conceitos metafísicos e que, por isso, depara-se com a impossibilidade de adoção de critérios estáveis ou fixos de justiça.

O quadro proposto na tese faz emergir a necessidade da análise de alternativas teóricas, como a que se apresenta nas concepções não convencionais da “adequada complexidade” e da “fórmula de contingência” propostas por LUHMANN. Ponto em que se assoma o paradoxo de um direito que paralelamente à ideia de ser um direito justo, depara-se com a função de no núcleo do sistema (na jurisdição) tornar ‘decidível’ o ‘indecidível’ (LUHMANN, 1993: p. 229), em que a do *justo* exerceria somente o papel de ocultar esse paradoxo fundamental do sistema jurídico.

Por fim, na tese se depara com a inquietante indagação formulada por Niklas LUHMANN (1999: 417): „*Wieviel Gerechtigkeit kann eine Gesellschaft sich leisten?*“¹⁷.

¹⁷ Tradução livre: “Quanta justiça uma sociedade pode produzir para si?”.

CAPÍTULO I - O DIREITO E A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

1. O direito em sua concepção funcional-estrutural

1.1. Noções preliminares de estrutura, sistema e direito: o ‘funcional-estruturalismo’ de Niklas Luhmann

A questão da compreensão do direito como uma estrutura sempre gerou estudos dentro dos mais diversos matizes teóricos, apresentando uma preponderância da visão estruturalista sobre o *approach* funcionalístico (BOBBIO, 2007: 48-57), o qual já vinha há tempos encontrando ampla acolhida nas ciências sociais, como, por ex., no campo da pesquisa sociológica.

No que tange à perspectiva estrutural e de sua dificuldade de classificação, é bom registrar que o termo ‘estrutura’ é um termo *pleonástico*, no dizer de Mario LOSANO (2002: 146), o qual ainda assevera que ele “*può essere cioè eliminato o sostituito con un sinonimo senza che ciò ostacoli la comprensione del testo*”.

Por não constituir objeto da tese, a classificação ou estudo dos conceitos de estrutura na sociologia geral ou na sociologia do direito será objeto da síntese necessária à compreensão do significado que na teoria dos sistemas de LUHMANN assume o termo ‘estrutura’.

Importante ressaltar que LUHMANN, ao construir sua teoria geral dos sistemas, é influenciado pelo clima cultural dominante no período inicial de seus trabalhos, nas décadas de 1960 e 1970, no qual ganham maior popularidade teorias em torno da cibernética, com os

estudos pioneiros de Norbert WIENER (1954) e William Ross ASHBY (1952), com a pesquisa de sistemas baseados na *auto-organização* e na ideia da homeostase¹⁸. ASHBY chega a focar seu interesse na construção de uma máquina que fosse capaz de aprender. Com essas ideias, além de outros conceitos que não guardam interesse direto para a tese, foi lançada a base da *cibernética de primeira ordem*.

Essas novas fronteiras do pensamento científico acabaram por influenciar a peculiar concepção de sistema e estrutura no pensamento de LUHMANN em sua fase inicial, principalmente os conceitos de auto-organização e de recursividade.

Em momento posterior, a cibernética de primeira ordem evolui para uma *cibernética de segunda ordem*¹⁹, desenvolvida nas pesquisas de Heinz von FOERSTER (1982), com a introdução da figura do *observador*, o que acaba por conduzir a epistemologia a extremos e dá origem ao *construtivismo epistêmico*. Essa concepção de von FOERSTER produziu impacto considerável na produção teórica de LUHMANN, o qual incorporou os conceitos de auto-observação (*Selbsbeobachtung*) e de autorreferência (*Selbstreferenz*)²⁰ em sua teoria dos sistemas como elemento de construção das estruturas e operações dos sistemas sociais.

LUHMANN (1994: 599-600) insere, portanto, a ideia da referência (ou autorreferência) em seu conceito de estrutura sistêmica. Daí que a autorreferência, a auto-observação e a recursividade das operações sistêmicas se conectam no estabelecimento da estrutura do sistema funcional. Isto decorre também do fato de que para LUHMANN a estrutura do sistema é necessária para o entrelaçamento (seletivo) das operações sistêmicas, mas que não implica que a realidade do sistema de função dependa – o que vale também para o sistema jurídico - de qualquer idealidade estável (onticidade).

Esta visão nos coloca diante do paradoxo da relação simbiótica entre operações do

¹⁸ Isto é a capacidade de do sistema de reagir a uma influência externa retornando à situação originária de equilíbrio

¹⁹ Nas palavras do próprio Heinz von FOERSTER (2003:289) a *cibernética de segunda ordem* deve ser assim entendida: “It may be argued that over the centuries since Aristotle, physicians and philosophers again and again developed theories of the brain. So, what’s new of today’s cyberneticians? What is new is the profound insight that a brain is required to write a theory of the brain. From this follows that a theory of the brain, that has aspirations for completeness, has to account for the writing of this theory. And even more fascinating, the writer of this theory has to account for her or himself. Translated into the domain of cybernetics; the cybernetician, by entering his own domain, has to account for his or her activity. Cybernetics then becomes cybernetics of cybernetics, or **second-order cybernetics**”.

²⁰ Acresça-se que a autorreferência para Luhmann (1987a: 59) quando inserida no instrumental analítico da teoria dos sistemas é observada como paradoxo em que aquela se apresenta como “complexidade indeterminável” (*unbestimmbare Komplexität*).

sistema e estrutura sistêmica, que muito tem a ver com as concepções que LUHMANN veio a desenvolver sobre a questão da justiça, como será estudado oportunamente.

LUHMANN chega a propor que nas operações do sistema, a auto-observação e a autorreferência se apresentam como relacionadas ao fenômeno da diferenciação (*Ausdifferenzierung*) sistêmico-funcional, o qual tem intrínseca relação com o elemento central de sua teoria, no sentido de que a sociedade se constitui como um sistema de *comunicação*. Comunicação²¹ que se estabelece, por sua vez, como processos de redução da complexidade²² (excedente de possibilidades) por meios comunicativos generalizados (*Kommunikationsmedien*)²³, nos quais são erigidos os limites daquilo que pode ser comunicado dentro de determinado sistema de função²⁴.

Desta forma, para LUHMANN a concepção do direito, como sistema regido por código comunicativo especializado em questões jurídicas, já não é o de uma estrutura normativa *estável* de modo rígido ou pré-estabelecida como ordenamento jurídico *positivo* constituído como conjunto ou complexo de normas (jurídicas) – como predominantemente se o tem concebido nas concepções positivistas na teoria geral do direito -, mas sim uma ‘função

²¹ Importante deixar anotado que o conceito de *comunicação* de Niklas LUHMANN (1990a: 86-98) é muito peculiar, pois para ele a comunicação é **improvável**. A tese luhmanniana da improbabilidade da comunicação se funda em três pontos: (a) no isolamento e na individualidade da consciência humana; (b) na impossibilidade de ‘chegar’ ao receptor da mensagem; (c) na improbabilidade de sucesso, pois mesmo que se chegue ao receptor e este entenda não há segurança de que ele aceite a comunicação. Por esses motivos LUHMANN desloca o problema da comunicação do plano intersubjetivo (sistema de interação = interação entre presentes) para o dos sistemas sociais constituídos por meio de meios simbólicos generalizados de comunicação (LUHMANN, 2005d: 217-220). Os sistemas sociais (comunicativos) servem para a “*information to be stored up for absent people of unknown proportions and for situations not yet exactly determined*”. Por esses motivos, LUHMANN (1991: 31) declara de forma categórica que: „*Der Mensch kann nicht kommunizieren; nur die Kommunikation kann kommunizieren. [...] und Kommunikation ist Kommunikation im sozialen System der Gesellschaft*“ - Tradução livre: “O ser humano não pode comunicar; somente a comunicação pode comunicar. [...] e a comunicação é comunicação no sistema social da sociedade”.

²² A questão do aumento da complexidade nos processos comunicativos dentro da sociedade é bem analisada por Wolfram K. KÖCK em seu texto *Autopoiesis and Communication* (KÖCK, 1980: 90-112). No desfecho desse texto, ao analisar o problema dos testemunhos prestados em juízo, o autor chega à conclusão que na comunicação social há uma constante variabilidade em **como** a *verdade* e a *realidade* são construídas. Esse *construtivismo* de KÖCK se aproxima em muitos pontos com a teoria dos sistemas e o *construtivismo epistemológico* de LUHMANN (1990: 119-137).

²³ Esses meios simbolicamente generalizados de comunicação se referem ao *código binário comunicativo* dos sistemas funcionais (LUHMANN, 2005: 212-254). No caso do sistema econômico, temos *dinheiro x não-dinheiro*. No sistema jurídico: *lícito x ilícito (válido x inválido)*. No sistema da religião: *crer x não crer*.

²⁴ Esclareça-se preliminarmente que *sistema de função* ou *sistema funcional* deve ser entendido como resultado da diferenciação introduzida com a modernidade, em que a sociedade deixa de ser considerada uma totalidade ou um todo dotado de um centro, afastando a teoria da dominação, como acentuam Jiří PŘIBÁŇ e David NELKEN (2001: 03). Esta descentração do sistema social cria núcleos *diferenciados* de comunicação, tais como o *sistema econômico*, o *sistema jurídico*, o *sistema da educação*, o *sistema da religião*, dentre outros. Cada um deles especializados *funcionalmente* em torno de um código binário de comunicação e que tomam por base a diferenciação entre *sistema/ambiente*. A diferenciação funcional, em síntese, pressupõe que cada sistema funcional coloca à disposição do sistema social suas próprias tipologias na solução especializada de problemas que apresentam relevância para a sociedade (CORSI, BARALDI & ESPOSITO, 1997: 67-69).

social’ especializada conectada a programas decisórios ²⁵, que correspondem aproximadamente aos conceitos tradicionais de ‘normas’ (LUHMANN, 1993: 211-21) ou uma estrutura normativa (LUHMANN, 2005: 50). Um direito *funcionalmente* encarregado de produzir comunicações dotadas de sentido jurídico, como, exemplificativamente, no caso das decisões judiciais. Tanto que LUHMANN (2005: 53) registra de forma explícita que: „Über die Art, wie Systeme ihre Probleme lösen läßt sich zumindest eine zusammenfassende Aussage machen“ *durch Strukturbildung*“²⁶.

Nesta moldura teórica, a estrutura do sistema funcional se liga a uma perspectiva de solução de problemas do sistema pelo sistema, problemas estes inseridos dentro de sua função no sistema social.

Como se pode constatar, o conceito de estrutura na teoria luhmanniana não está ancorado em ideias tradicionais, como, por exemplo, de uma mera relação entre partes e todo (LUHMANN 2005: 49) ou mesmo a uma concepção ontológica (de uma *substantia*), mas sim colocado em acepção inovadora.

Tanto que LUHMANN nega qualquer proeminência ao conceito de estrutura ao também rechaçar a possibilidade de qualquer ‘estruturalismo’²⁷ em sua teoria (LUHMANN, 1994: 377). A estrutura para nosso autor não se pode satisfazer em sua definição com a ideia de uma ‘relação entre elementos’ (LUHMANN, 1994: 383-384), mas sim como ‘escolha a partir de uma multiplicidade de possibilidades combinatórias’ ou como ‘delimitações das relações admitidas no sistema e pelo sistema’²⁸.

Deste modo, a estrutura em LUHMANN deixa de ostentar qualquer forma de rigidez²⁹,

²⁵ O conceito de ‘programas’ na teoria geral dos sistemas e na sociologia jurídica de LUHMANN será objeto de estudo analítico em tópico específico nesta tese.

²⁶ Tradução livre: “Sobre a maneira como os sistemas solucionam seus problemas pode-se de forma resumida afirmar: por meio da formação de uma estrutura”.

²⁷ Nicola ABBAGNANO (2007: 441) sintetiza a ideia geral de ‘estruturalismo’ ao dizer que: “Entende-se por esse termo todo método ou processo de pesquisa que, em qualquer campo, faça uso do conceito de *estrutura*...”. Deve ser deixado claro que, por outro lado, quando se menciona o funcional-estruturalismo de LUHMANN, o termo ‘estruturalismo’ transcende o campo do movimento nascido no ambiente cultural francês do pós-guerra, nos anos 50 e 60, que deu ao mundo o *estruturalismo científico* (Claude LÉVI-STRAUSS), o *semiológico* (Michel SERRES) e o *historicizado ou epistêmico* (Jacques DERRIDA; Pierre BOURDIEU; Michel FOUCAULT), como esclarece François DOSSE (2007: 25-26).

²⁸ LUHMANN (1994: 385) registra que: „Die Selektion von Einschränkungen wirkt somit als Einschränkungen von Selektionen, und das festigt die Struktur“. (Tradução livre: “A seleção de limites atua, por conseguinte, como limites de seleção, e isso consolida a estrutura”).

²⁹ Ao trazermos o problema da estrutura para a teoria do direito, cabe menção a teoria pura de Kelsen em que o sistema jurídico surge uma ‘ordem jurídica’, como um sistema de normas que estabelecem um *dever ser* (*Sollen*), o qual traduz a ideia de uma totalidade estrutural dotada de alto grau de invariabilidade e de rigidez

mas passa a apresentar uma invariância *relativa* (LUHMANN, 1994: 385). O ponto de vista passa a ser o da *interdependência* ou invariância *dinâmica*, no qual para nosso autor a estrutura ultrapassa a simples referência a relações, visto que para ele as estruturas do sistema devem ser vislumbradas como complexo de expectativas, no qual as incertezas são substituídas por certeza, no horizonte temporal³⁰ (LUHMANN, 1994: 399; 417). O estabelecimento da estrutura é assim materializado na produção de redundância e submetido à adaptabilidade *seletiva* resultante da contingência, em que se depara com expectativas sociais não invariáveis, de modo absoluto, que apontam para a preservação ou para a alteração estrutural³¹ em perspectiva adaptativa do sistema social ao seu ambiente intrassocial³².

Este modo de pensar a estrutura sistêmica ganha contornos mais inovadores com a introdução da ideia da *autopoiese* em sua sociologia geral, consolidada com a publicação em 1984 de *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, a qual preparou o terreno para interessantes consequências à sociologia do direito de Niklas LUHMANN.

Essas consequências jus-sociológicas podem ser observadas em *Das Recht der Gesellschaft*, publicado em 1993. Esta obra marca de modo maduro e consistente a estrutura sistêmica jurídico-autopoiético radical de LUHMANN, trazendo consigo uma terminologia nova e em certo grau hermética, aspecto que angariou grandes resistências oriundas da doutrina tradicional e de sua maneira de pensar o direito³³; o que talvez injustificadamente persista até os dias de hoje.

(KELSEN, 1994: 61-66). Tal modo de pensar se contrapõe ao estilo de produção teórica de LUHMANN, como se verá claramente ao tratarmos no pensamento deste autor da *autopoiese* e da concepção – ou concepções – de justiça e de sua íntima relação com a questão da contingência e da complexidade.

³⁰ A concepção luhmanniana de *estrutura* guarda alguma relação com o conceito de Milan ZELENY (1981: 5), o qual assevera que: “A *particular spatiotemporal arrangement of particular components through which the underlying organization is realized in a given space and at a given point in time.*”.

³¹ Em sua sociologia jurídica, LUHMANN coloca este mesmo problema na forma de uma *doppelte Selektivität* (dupla seletividade), na qual a estrutura é descrita por meio de sua função (LUHMANN, 1987a: 40).

³² A expressão ambiente intrassocial aqui é utilizada para expressar a ideia de que sendo a sociedade para LUHMANN um sistema de comunicação, somente aquilo que pode ser objeto de comunicação pode integrar o ambiente social. Por esse motivo é nesse mesmo espaço intrassocial que se encontram os sistemas funcionais *comunicativos* especializados da sociedade, os quais por sua constituem autopoieticamente seus respectivos ambientes (MINGERS, 1995: 146). Por outro lado, como bem acentua John MINGERS (1995: 146) LUHMANN trabalha com a ideia de que a sociedade não pode se comunicar *com* seu ambiente físico, como ambiente natural, por ex. Ou seja, há eventos que ocorrem no mundo físico, como a poluição, que só passam a “afetar” a sociedade quando se tornam objeto da comunicação. Nas palavras do próprio LUHMANN (1989: 117), essa questão fica assim formulada: “*Society cannot communicate **with** but only **about** its environment according to its capacity for information processing*”.

³³ Podemos mencionar, exemplificativamente, a crítica de Werner KRAWIETZ (1992: 247-301) a aplicação da teoria dos sistemas à teoria do direito por Niklas LUHMANN.

Já no que diz respeito à relação entre *estrutura* e *função* – daí nós termos utilizado anteriormente a expressão *sistema funcional* -, é despidiindo mencionar o quanto de influência que esse modo ‘estrutural’ de teorizar a natureza do direito exerceu sobre a dogmática jurídica no decorrer do século XX. Dentre os pensadores que participaram do desenvolvimento da teoria do direito no período mencionado, deparamo-nos com Hans KELSEN e sua defesa da ideia de que somente se poderia apreender a natureza do direito positivo pela análise de sua estrutura³⁴, libertando-o de juízos de valor (KELSEN, 1934: 61). Nesta moldura teórica, o mesmo autor afirma, de forma explícita, que não é a finalidade (*Zweck*) da ordem jurídica que deve ser tomada em consideração, senão aquela mesma ordem em si mesma. KELSEN pertence, como será analisado mais adiante, a um positivismo normativo-estrutural.

Enquanto isso, teorias *funcionalistas*³⁵ eram então desenvolvidas na sociologia, como a de Robert K. MERTON (1967: 73-138) e a de Talcott PARSONS (1951: 11; 167-177). Por outro lado, há também quem aponte que, no campo da teoria geral do direito, H. L. A. HART já teria buscado aplicar em sua teoria das normas *primárias* e *secundárias* um modo peculiar de junção do estruturalismo e do funcionalismo³⁶.

Contudo, de forma explícita, é nos estudos sociológicos de Talcott PARSONS (1951: 20-21) que surge a ideia do estruturalismo-funcional, em que se postula que ao lado do estudo da categorização das estruturas dos sistemas sociais – de seus modos de diferenciação estrutural, de seus graus de variabilidade - também se coloca como indeclinável o estudo de seus processos dinâmicos em que aquelas estruturas se relacionam com o conceito de função,

³⁴ Tal proposta teórica de Hans KELSEN se encontra assim colocada (KELSEN, 1934: 17): „*Sie [realistische Rechtstheorie] verpflichtet, als das positive Recht seinem Wesen nach zu begreifen und durch eine Analyse seiner Struktur zu verstehen.*”

³⁵ As origens do *funcionalismo* remontam aos modelos biológicos que já em Herbert SPENCER começaram a ser utilizados na teoria sociológica. Este aspecto é identificado por Walter BUCKLEY (1967: 13), que assevera que: “*the present-day functionalism in sociology represents the modern version of the biological model*”. BUCKLEY inclui, neste contexto, a figura de PARSONS. LUHMANN sempre refutou a ‘analogia’ de modelos biológicos em sua teoria, o que será devidamente analisado quando se estudar o conceito de *autopoiese* na teoria de LUHMANN e sua relação com a introdução originária do termo na teoria biológica de MATURANA e VARELA.

³⁶ Norberto BOBBIO (2007: 48-49) faz interessante nota sobre a peculiaridade da teoria de H. L. A. HART, ao registrar que: “*Herbert L. A. Hart, autore dell’opera di teoria del diritto che [...] parte da un’analisi delle carenze funzionali degli ordinamenti primitivi per approdare a una determinazione del concetto di diritto – l’ordinamento è un composto di norme primarie e secondarie – in cui in cui lo strutturalismo celebra i propri trionfi. È vero che in HART analisi funzionale e analisi strutturale sono strettamente congiunte: l’ordinamento giuridico è fatto così, cioè ha quella determinata struttura, perché, solo in quanto è fatto così, elimina le carenze funzionali degli ordinamenti primitivi. La struttura specifica dell’ordinamento giuridico adempie una funzione specifica che è quella di assicurare certezza, mobilità ed efficacia al sistema normativo*”. Contudo, de certa forma, o próprio LUHMANN (1995: 109) não endossa essa posição.

assumindo a forma de uma relevância *funcional* do processo. Deste modo, Talcott PARSONS promove uma fusão teórica entre estrutura e função (TREVES, 2002: 293).

Como a expressão *funcionalismo* também é extremamente equívoca (FEBBRAJO, 1975: 30-32) no campo da sociologia e também porque essa questão não constitui o objeto central de estudo da presente tese, neste passo, faz-se necessária, porém, por necessidade metodológica, a adoção de uma determinação posto que sintética de *função*.

Para tal propósito, utilizaremos a definição apresentada por LUHMANN (2005: 31; 1994: 83-91)³⁷ em que a *função* - inserida no que ele denomina de análise funcional - deve ser entendida, de modo conciso, como um esquema comparativo de ações concretas que produzem diferentes soluções a determinados problemas do sistema³⁸.

Colocado o problema da *função* exercida pelos subsistemas da sociedade em termos gerais na teoria de LUHMANN, pode-se dizer que aquela surge da necessidade de redução da complexidade do ambiente social que deve ser realizada de modo *funcionalmente especializado*, com estabelecimento de um sistema de comunicação também especializado em torno de códigos binários que funcionam como critério de seleção do que pode ser objeto de comunicação dentro de determinado subsistema, como, no caso do subsistema do direito, de temas jurídicos. O que, como observa FEBBRAJO (1975: 48-50), também traz a correlação entre estrutura e função sistêmica e o problema da *contingência*, que será estudado em tópico específico deste trabalho.

Em outros termos, *função* na teoria dos sistemas de LUHMANN surge como resultado da diferenciação social, em que a sociedade deixa de ostentar um centro e passa a tratar e processar a busca de soluções emergentes para os problemas da sociedade geral (*Gesamtgesellschaft*) por meio de seus sistemas parciais. Tanto que LUHMANN (1997: 36-44) postula a concepção de uma sociedade moderna ‘policontextual’ que permite uma multiplicidade de descrições de sua complexidade. Descrições produzidas autopoieticamente pelos sistemas funcionalmente diferenciados.

³⁷ Há, por óbvio, outras propostas de definição do que seja *função*, como a de Luís Recaséns SICHES (2008: 401) de que: “*la función es la puesta en práctica continuada de unas actividades que se consideran valiosas y que pueden y aun deben ser proseguidas de modo continuado por tiempo indefinido.*”. O mesmo autor, em sua filosofia do direito, dentro da função do sistema jurídico coloca a produção de *certeza e segurança* (SICHES, 2006: 220-221).

³⁸ Em suporte a nossa leitura, confira-se o verbete de BARALDI, CORSI & ESPOSITO (1997: 61).

No que tange ao sistema jurídico, é conveniente trazer à baila a ideia da *função* exercida pelo direito no sistema social. Para LUHMANN não se pode considerar o direito primariamente como uma ordem coercitiva, pois a função do sistema jurídico surge da necessidade de estabilização de expectativas³⁹, ou seja, como mecanismo social de facilitação de expectativas⁴⁰ que se ligam a uma demanda de segurança e de congruência, as quais se materializam por meio de uma atividade seletiva consistente na escolha de expectativas de comportamento que se devem generalizar nas dimensões social, temporal e fática (LUHMANN, 2008: 100)⁴¹, produzindo certo grau de previsibilidade, ainda que ocasionalmente estas expectativas podem vir a ser frustradas⁴², colocando-se aí a questão das sanções como modo de desincentivo aos comportamentos que desapontam as expectativas juridicamente selecionadas.

Por outro lado, após esse esforço sobre a ideia luhmanniana em torno da função sistêmica, cumpre anotar que na compreensão do projeto da sociologia geral de Niklas LUHMANN – também com reflexos diretos em suas sociologia e dogmática jurídicas - surge o ‘funcional-estruturalismo’ que se centra na ideia de que a *função* antecede à *estrutura*.

Esta concepção teórica propõe em primeiro lugar o aparecimento de uma demanda funcional voltada à solução de problemas emergentes da sociedade, em torno da qual se forma uma estrutura sistêmica especializada para fazer face a essa demanda. Em outros termos, é a função que determina a mudança ou a preservação de estruturas, dando um caráter dinâmico

³⁹ Neste contexto, LUHMANN (1995: 135) propõe – com relação ao conceito de norma – que: „*Die Norm verspricht nicht ein Normgemäßes Verhalten, sie schützt aber den, der dies erwartet*“ (Tradução livre: “A norma não traz a promessa de um comportamento de acordo com a norma, porém ela protege aquilo que ela tem como expectativa”).

⁴⁰ No arcabouço da teoria luhmanniana o conceito de expectativa exerce papel crucial, no qual expectativa deve ser entendida como condensações de referências de sentido que apontam como deve ser tratada uma perspectiva de ordenação de determinada situação no futuro, como sintetizam BARALDI, CORSI e ESPOSITO (1997: 44). Em outras palavras, as expectativas constituem meio de orientação (previsibilidade) em face da contingência (incerteza e variabilidade) do mundo (LUHMANN, 1987a, 234-240).

⁴¹ Essas três dimensões de generalização de expectativas são esclarecidas por Niklas LUHMANN (1999c: 56) nos seguintes termos: „*Man kann vielmehr Möglichkeiten der Generalisierung in drei verschiedene Richtungen verfolgen: zeitlich – als Sicherung gegenüber einzelnen Abweichungen und Enttäuschungen; sachlich – als Sicherung gegen Zusammenhanglosigkeit und Widersprüchen; sozial – als Sicherung gegen Dissens*“ (Tradução livre: “Pode-se antes perseguir as possibilidades de generalização em três direções diversas: temporal – como segurança contra os desvios isolados e as decepções; fática – como segurança contra a incoerência e contradições; social – como segurança contra o dissenso”).

⁴² No desenvolvimento subsequente da tese será objeto de estudo a dicotomia que se estabelece na sociologia jurídica de LUHMANN entre expectativas *normativas* e *cognitivas*.

ao projeto teórico luhmanniano, abrindo espaço para um processo evolucionário da sociedade (LUHMANN, 1994: 575)⁴³.

Em sentido diverso, encontra-se o estruturalismo-funcional de Talcott PARSONS⁴⁴ (1951: 202-203; 483-486), segundo o qual as estruturas sociais vigentes é que determinam, com alguma rigidez, a manutenção de determinadas funções sociais. A estabilidade das estruturas se tornam determinantes para o estabelecimento das funções do subsistema social, deixando o aspecto da ‘dinâmica social’ em segundo plano. Neste contexto, o referido autor (PARSONS, 1951: 203) assume, ao falar sobre a necessidade de uniformização e estabilização das motivações dos atores sociais, que:

It is this circumstance which, in the present state of knowledge, gives the ‘structural’ analysis of the social system a certain priority over its “dynamic” or motivational analysis”.

Na verdade, o estruturalismo-funcional rendeu a PARSONS a pecha de teórico conservador (FEBBRAJO, 1975: 29-30).

Por sua vez, no prisma de seu ‘funcional-estruturalismo’, LUHMANN apresenta o sistema jurídico como subsistema⁴⁵ autopoietico⁴⁶ da sociedade, que executa função social especializada, regida por código binário simbólico-comunicativo próprio – que se manifesta fundamentalmente como direito x não direito e lícito x ilícito.

Ao referir-se ao código binário simbólico-comunicativo do sistema jurídico, vem à

⁴³ A questão da evolução sistêmica e do dinamismo das programações funcionais do sistema será objeto de análise no contexto da teoria da justiça de LUHMANN, em tópico próprio nesta tese.

⁴⁴ Darío Rodríguez MANSILLA (2005: XII-XIII) preleciona a propósito que: “Parsons subordina el concepto de función al de estructura, lo que llevará a una forma de construcción teórica que limita sus propias posibilidades de expansión explicativa [...]. A partir de esta crítica, LUHMANN define su postura teórica como funcional-estructuralismo la que, a diferencia del estructural-funcionalismo parsoniano, no considera que ciertas estructuras deban ser sostenidas por funciones requeridas, sino que es la función – [...] – la que antecede a la estructura.”. Lição semelhante encontramos em Alberto FEBBRAJO (1975: 29), a elucidar que: “LUHMANN attribuisce al proprio approccio la denominazione ‘funzionalismo strutturale’ per sottolineare la contrapposizione allo ‘strutturalismo funzionale’ di Parsons.”.

⁴⁵ Na teoria dos sistemas sociais, LUHMANN estabelece a concepção de que a sociedade é constituída por seus subsistemas e que, deste modo, não se pode referir à sociedade como uma totalidade em sua essência, mas sim pela diferenciação e especialização funcional-comunicativa dos sistemas parciais que a formam (LUHMANN, 2005: 172-193).

⁴⁶ O conceito e as implicações da *autopoiese* para o sistema jurídico serão tratados no decorrer deste capítulo da tese.

tona outro aspecto relevante da estrutura e da função dos sistemas sociais em Niklas LUHMANN que se refere aos processos comunicativos da sociedade, em que os processos diferenciados de comunicação conduzem à diferenciação funcional entre os subsistemas sociais e suas estruturas (LUHMANN, 1994: 210).

Estes subsistemas ou sistemas de função diferenciados se constroem *funcional-estruturalmente*, ou seja, como núcleos comunicativos que por meio de seus códigos simbólico-comunicativos regulam a direção e o alcance dos processos de comunicação social (LUHMANN, 1984: 226), como mecanismo de redução da complexidade do ambiente por meio do estabelecimento de estruturas sistêmicas aptas a lidar com a necessidade de generalização das expectativas sociais que necessitam ser estabilizadas.

Para exemplificar, no direito essa função comunicativa do sistema se expressa no fato de que o sistema jurídico deve ser visto como uma conexão de operações que se realizam como uma estrutura sistêmica e que como operações sociais devem ser adicionalmente assinaladas como comunicações sobre questões jurídicas (LUHMANN, 1995: 40-41). Aspecto que se liga intimamente à questão da própria *autopoiese* do sistema jurídico.

1.2. Delineamento das ideias de função e prestações dos sistemas sociais: distinção

Merece também estudo a distinção fundamental entre *função* e *prestações* dos sistemas sociais na teoria de Niklas LUHMANN, pois ela se insere no eixo argumentativo da análise da ideia deste autor sobre a justiça a ser explorada analiticamente nesta tese.

Na sua formulação do conceito de função⁴⁷, LUHMAN se reporta aos trabalhos do fundador do funcionalismo na antropologia social, o polonês Bronisław Kasper

⁴⁷ Ao referir-se ao conceito de função, LUHMANN (2000b: 116) deixa claro que ele abstrai dele em sua teoria todo e qualquer uso matemático, teleológico ou empírico no campo das ciências causais.

MALINOWSKI⁴⁸, e a seus estudos em torno da função do rito e de sua relação com o que LUHMANN (2005: 17) passaria analisar como *equivalência funcional* (*funktionale Äquivalenz*) e de sua abertura ao fato de que o sistema na formação de uma estrutura voltada para a resolução de problemas *do sistema pelo sistema*, como ações do sistema (*Systemhandlungen*), também pode contar com **outras possibilidades** funcionais de solução desses mesmos problemas. Essa ampliação do horizonte de possibilidades do sistema na solução dos problemas relacionados a sua função significa, para LUHMANN (2005: 11-38), uma ruptura do funcionalismo com as por ele denominadas *ciências causais*.

Os equivalentes funcionais como classe de possibilidades equivalentes ampliam a capacidade do sistema de resolver mais problemas, pois ao se retirar a função do sistema de uma relação de *causa* (*Ursache*) e *efeito* (*Wirkung*) em que os problemas se apresentam como faticidade do caso isolado, descortina-se um nível de abstração em que se apresentam possibilidades *comparativas* (*Vergleichsmöglichkeiten*) (LUHMANN, 2005: 44), que podem servir para a descoberta de *funções latentes* (*Entdeckung latenter Funktionen*) (LUHMANN, 2005: 45).

A teoria funcional se apresenta, na forma que lhe dá LUHMANN (2005: 50), como teoria da relação entre *sistema* e *ambiente* e que postula o abandono da predominante formulação de relações humanas baseadas na busca da atribuição de uma finalidade (*Zweck*) determinada a uma dada ação, numa conexão entre *meios* e *fins* em estruturas categóricas, inseridas em tipologias de ação, supostamente invariantes. Neste modelo estaria pressuposto que causas iguais resultariam em determinados efeitos, na forma de *inputs* e *outputs* (LUHMANN, 1991: 277).

Porém, como propõe LUHMANN (2005: 60), o sistema não pode adquirir uma racionalidade (sistêmica) a partir de uma ação ou ações isoladamente consideradas, pois ele deve ganhar sua racionalidade em nível mais abstrato como sistema mais complexo de ação. Neste nível de abstração o sistema se torna racional⁴⁹ quando os interesses estão tão generalizados que mesmo diante de condições ambientes mutantes possam produzir uma condução satisfatória dos problemas que devem ser solucionados na estrutura do próprio sistema. A abstração dos fins isoladamente considerados passa a permitir várias alternativas

⁴⁸ Sobre a relação entre o trabalho de Malinowski e a teoria dos sistemas, em sua versão parsoniana, recomendável a leitura de Talcott PARSONS (1968: 53-70).

⁴⁹ O conceito de racionalidade sistêmica (*Systemrationalität*) será desenvolvido no capítulo II da presente tese.

de ação, ou seja, o sistema se abre a novas possibilidades e descobre novas funções até então latentes.

LUHMANN contrapõe-se, então, a uma *racionalidade da ação* (*Handlungsrationaltät*) que assume uma racionalidade episódica (*Episodenrealität*) que não pode contribuir para a generalização das possibilidades de conduta em uma racionalidade sistêmica (LUHMANN, 1991: 582; KING & THORNHILL, 2005: 133-135). Observa-se que LUHMANN aponta o fato de que a *ação* como episódio *isolado* e *efêmero* levaria à absurda conclusão de que uma vez cessada esta o sistema deixaria de existir ou ficaria ‘suspense’, quando na verdade a existência do sistema repousa na recursividade de suas operações, a qual pela autopoiese prossegue e repousa sobre horizonte sempre aberto a novas sequências de múltiplas operações recursivas, na perspectiva do modelo luhmanniano de distinção binária entre *sistema* e *ambiente*.

Na verdade, LUHMANN não exclui de sua teoria a ideia da ação, mas simplesmente postula o fim de um conceito de ação interpretado onto-teleologicamente, numa relação causal entre *meios* e *fins*.

Assim, da ação se passa para a ideia da operação do sistema – como sistema de comunicação -, daí porque para LUHMANN a *função* do sistema se coloca na relação entre este e a sociedade, no forma da dicotomia *sistema/ambiente*, e, assim, como uma unidade⁵⁰ (LUHMANN, 1995: 156) que resulta da diferenciação sistêmica. Também porque, como já observado, a função sistêmica se liga à compreensão luhmanniana de que a sociedade é um sistema de comunicação e não uma *koinoníai* de homens, papéis (*Rolle*) ou de ações (LUHMANN, 2005: 174), dentre outros conceitos.

Desta maneira, a sociedade passar a ser vista como unidade paradoxalmente baseada na diferenciação sistêmica, como um grande sistema comunicativo (LUHMANN, 1988a: 18) que se forma em torno de núcleos diferenciados de comunicação (especializada) em torno de núcleos constitutivos de *sentido* (*Sinn*)⁵¹ que dão origem aos subsistemas sociais.

⁵⁰ No sentido de que o sistema só pode existir como *unidade diferenciada* em um ambiente, o qual marca a distinção entre o interno e o externo, o sistema e o que não é sistema (ambiente).

⁵¹ Não obstante não se tratar de objeto de estudo específico na presente tese, o conceito de “sentido” (*Sinnbegriff*) exerce papel de grande relevância na teoria luhmanniana. Portanto, deve ser registrado que “sentido” (*Sinn*) no pensamento assume uma acepção peculiar que, em forma sintética, contrapõe-se às ontologias tradicionais, pois para LUHMANN (1997a: 44) é uma pressuposição operativa do sistema social e de seus subsistemas funcionais porque o sentido surge como fruto das operações do próprio sistema e “não como uma qualidade do mundo resultado de uma criação”. Em outros termos, o sentido é uma construção realizada no interior do sistema por meio da auto-observação (*Selbstbeobachtung*) e da autodescrição (*Selbstbeschreibung*) e

Depara-se aqui com um dos paradoxos luhmannianos em que se apresenta uma *unidade* baseada na diferenciação (LUHMANN, 2005: 187-189) e não na tentativa de *totalização* dos processos sociais de comunicação que constituem e integram o sistema geral da sociedade⁵².

Por meio da *função*, como síntese de uma multiplicidade de possibilidades, que são produzidas a partir de pontos de vista comparativos (LUHMANN, 1994: 405), o subsistema social contribui de modo *diferenciado* para o processo comunicativo social estabelecendo estruturas dotadas de invariância relativa e que, deste modo, servem para a *redução da complexidade do ambiente* (LUHMANN, 1994: 50), tendo nesse aspecto sua *função* no plano mais genérico.

Sobre a redução da complexidade ambiental e sua inserção na *função* do sistema parcial da sociedade, KNEER & NASSEHI (2000: 40) sintetizam que:

*Das menschliche Vermögen der Komplexitätsaufnahme ist angesichts der möglichen Zustände und Ereignisse der Welt ständig überfordert. Zwischen der äußersten Weltkomplexität und den menschlichen Bewußtsein klafft eine Lücke. Exakt an dieser Stelle treten soziale System in Funktion. Sie übernehmen die Aufgabe **der Reduktion von Komplexität**. Soziale Systeme vermitteln also zwischen der unbestimmten Komplexität der Welt und der Komplexitätsverarbeitungskapazität des einzelnen Menschen.*⁵³

De toda a exposição até aqui desenvolvida, pode ser percebido que os conceitos de *estrutura* e de *função* não podem ter sua diferenciação extraída de modo a afastar a profunda imbricação entre ambos, daí porque LUHMANN postula a natureza *funcional-estruturalista* de sua teoria, em confronto com o *estrutural-funcionalismo* parsoniano, ou funcionalismo de manutenção de estruturas (LUHMANN, 2006: 12-17). Convém, neste ponto, recordar o acima analisado de que as estruturas sistêmicas luhmannianas estão inseridas, ao contrário das de

que este sentido não pode se socorrer de referências ou parâmetros fixos (ontológicos) hauridos de um mundo estável como uma *universitas rerum* ou de substâncias e ideias preexistentes. O mundo não é uma fonte de sentido, mas sim de informações que necessitam ser processadas pelo próprio sistema. Assim, segundo LUHMANN, o sentido resulta de uma distinção entre *sistema* e *ambiente* que está na base das operações autopoieticas do sistema, o que será desenvolvido na sequência deste estudo. Em suma, sentido é uma construção interna do sistema, como processo seletivo de informações advindas das alterações do estado de coisas que se apresentam no *ambiente* (fora do sistema), aptas a causar irritação (estímulo) nas operações sistêmicas.

⁵² Niklas LUHMANN e Raffaele de Giorgi (2003: 24-30) utilizam o termo “sistema social complexo” para descrever este paradoxo da unidade na diferenciação.

⁵³ Tradução livre: “A capacidade humana de absorção da complexidade está sempre sob grande exigência em face dos possíveis eventos e estados do mundo. Entre a exterioridade extrema da complexidade do mundo e a consciência humana se abre uma lacuna. Exatamente neste lugar entra a função dos sistemas sociais. Eles assumem a tarefa da *redução de complexidade*. Os sistemas sociais criam a mediação entre a complexidade indeterminada do mundo e a capacidade individual de processamento da complexidade do ser humano”.

PARSONS, em um contexto de estabilidade ou invariabilidade *relativa*, o que aponta para característica dinâmica da teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN que será devidamente explorada em sua relação com a questão da justiça na teoria deste autor.

Já no que tange às *prestações* deve ser anotado que estas estão referidas a operações de um subsistema que se dirigem a outros sistemas parciais da sociedade. A diferença entre *função* e *prestações* pode ser assim representada:

- **Função:** *sistema funcional* $\Rightarrow$ *sistema social*.
- **Prestações:** *sistema funcional* $\Rightarrow$ *sistema(s) funcional(ais)*.

Como já registrado no item antecedente, no caso do sistema jurídico, sua função está na estabilização contrafática de comportamentos selecionados pelo próprio sistema, colocando-os na esfera das denominadas *expectativas normativas*⁵⁴. Com relação às prestações é oportuno também anotar que LUHMANN (1995: 157) identifica, de modo analítico, como modalidades reconhecidas de prestações do sistema funcional do direito a condução (projetada para o futuro) de comportamentos (*Verhaltenssteuerung*) e a solução de conflitos (*Konfliktlösung*), sendo que ele igualmente ressalta que as prestações jurídicas se dirigem enfim à preservação de inúmeras funções sociais (como a segurança no trânsito, pelo respeito às normas de tráfego) que se operam no interior de outros sistemas funcionais⁵⁵.

Deve ser observado também que diferenciação entre *função* e *prestações* se insere no raio de ação das *equivalências funcionais* (LUHMANN, 1995: 160). Como, p. ex., os outros subsistemas sociais têm a necessidade de recorrer ao sistema funcional do direito, quando da ocorrência de desvios evidentes de comportamentos esperados (expectativas). Aliás, essa diferenciação – entre função e prestação – surge como consequência da própria diferenciação funcional dos subsistemas sociais.

⁵⁴ LUHMANN (1987a: 40-53) desenvolve em sua sociologia do direito os conceitos de expectativas cognitivas (*kognitive Erwartungen*) e de expectativas normativas (*normative Erwartungen*). As expectativas cognitivas pressupõem a capacidade de aprendizagem (*Lernfähigkeit*) em situações inesperadas em que o comportamento desviante não corresponde a uma expectativa prévia de conduta. Por sua vez, as expectativas normativas extraem sua natureza do fato de que algumas expectativas necessitam de estabilização para gerar condições de segurança e de bom funcionamento (LUHMANN, 1999c: 56-57) social. Por seu próprio nome (expectativas *normativas*) percebe-se que extraem seu sentido do conceito de norma, sendo que para LUHMANN (1987a: 43) normas “são, portanto, expectativas de comportamento contrafaticamente estabilizadas”.

⁵⁵ Neste contexto, as prestações sistêmicas serão observadas quando do estudo – no último capítulo - dos acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*) e de seu papel na canalização das irritações e estímulos intersistêmicos no contexto de uma teoria autopoietica dos sistemas.

Essa determinação dos conceitos de estrutura, função e prestação na teoria sistêmica de Niklas LUHMANN se faz necessária como ponto indispensável à compreensão *funcional-estrutural* do direito e para a introdução no tópico seguinte da complexa questão da autopoiese e de seus contornos teóricos e das críticas da introdução desse conceito surgido na biologia ao campo das ciências sociais, mais especificamente, ao da sociologia do direito.

2. A autopoiese do sistema jurídico

2.1. A ideia da autopoiese na sociologia geral de Niklas LUHMANN

O termo *autopoiese* teve sua cunhagem nos estudos desenvolvidos no campo da biologia pelos cientistas chilenos Humberto MATURANA Rumesin e Francisco Javier VARELA García e a publicação de “*Autopoiesis and Cognition: the realization of the living*” em 1980, marcando o início de sua disseminação no meio científico e acadêmico.

Desde então o termo tem sido objeto tanto de apaixonada recepção e de grande aplicação em estudos nas mais variadas áreas do conhecimento humano, quanto paralelamente de acaloradas críticas e resistências⁵⁶.

O neologismo *autopoiese* veio, por outro lado, a se formar da junção de duas palavras gregas *αὐτο* (por si) + *ποίησις* (produção ou criação) no contexto das pesquisas de

⁵⁶ Este fato é devidamente registrado por Hans Rudi FISCHER (1991: 9-13), quem ironicamente chega a dizer que: „*Das pompös klingende Wort allein strahlt magische Kräfte aus, wo es auftaucht, scheinen die Probleme von selbst zu verschwinden, ein wahrlich poetisches Zauberwort*“ (Tradução livre: “A palavra soa pomposa irradiando por si só poderes mágicos e por onde surge parece fazer desaparecer os próprios problemas, uma verdadeira palavra poética cheia de encantamento”).

MATURANA e VARELA (1991 e 1998) com foco no modo de organização dos seres vivos e na concepção correspondente de que estes se produziram a si próprios por meio de determinadas relações, como também nos estudos dos processos de cognição e de suas bases biológicas.

Portanto, coloca-se o aspecto de que a teoria da *autopoiese* tem sua gênese dentro da biologia, sendo, assim, baseada em um modelo biológico⁵⁷.

Ao transpor a ideia da autopoiese para sua teoria sociológica, Niklas LUHMANN adaptou-a a seu postulado teórico para explicar como os sistemas sociais *se produzem*, tratando a expressão autopoiese como um derivado do conceito de **produção** (LUHMANN, 1994: 40), juntamente com o termo reprodução.

O conceito de autopoiese em LUHMANN passa a ser utilizado para explicar tanto a emergência dos sistemas sociais, como também seu desenvolvimento e seus processos operativos, colocando estes aspectos dentro de uma perspectiva de evolução sistêmica (LUHMANN, 1994: 40).

A propósito da introdução da autopoiese na teoria sociológica de LUHMANN é conveniente, ainda que de modo lateral, suscitar a questão de se determinar se essa transposição conceitual constituiria uma simples analogia com o modelo biológico de MATURANA e VARELA ou, diferentemente, teria produzido uma utilização do termo em contexto diverso de pesquisa, assumindo a expressão contornos teóricos próprios.

Deve ser observado, neste ponto, que Walter BUCKLEY (1967: 8-40) aponta, ao elaborar uma sistematização dos modelos de sistemas sociais dentro de seu estudo sobre as modernas teorias dos sistemas e sua relação com a sociologia, sua constatação de que sempre houve uma tendência na utilização da metáfora orgânica (biológica) na tentativa de descrição da sociedade. BUCKLEY (1967: 11) registra que esta metáfora do organismo remonta à antiguidade, mas anota que seu uso científico sério deve ser atribuído a Herbert SPENCER, o qual concebia a sociedade como um *organismo* constituído, obviamente, por *órgãos* (SPENCER, 1905: 449-462; 491-497).

Neste passo é conveniente observar que LUHMANN rechaça qualquer analogia direta

⁵⁷ Também no campo da biologia, estudos em torno da autopoiese foram realizados por Milan ZELNY (1981: 91-115), centrando-se na questão de **como** surgem os sistemas biológicos antes de sua estruturação autopoietica e, neste propósito, apresenta o conceito de *autogênese*, no qual aponta – com base em George WALD (1954) – o sintoma de pobreza filosófica de nosso tempo em não considerar a possibilidade de uma *geração espontânea*. Tal fato se deveria a uma *crença* ainda arraigada em uma criação especial.

com o modelo biológico e do uso metafórico⁵⁸ do termo autopoiese (1987: 307-320)⁵⁹ em sua teoria porque nela aquela palavra surge em outro contexto, de natureza transdisciplinar ao incorporar outros conceitos: filosóficos, matemáticos, da lógica, da termodinâmica, além de outros de diferentes áreas do conhecimento.

Dentre tais conceitos podemos mencionar, de modo exemplificativo, o da entropia, da dupla contingência social, do construtivismo radical, da comunicação, de autorreferência/heterorreferência, de auto-observação/hetero-observação, de sentido (*Sinn*), de expectativa (*Erwartung*), de identidade/diferença⁶⁰. Tal quadro demonstra – como pensamos – que a ideia da autopoiese, apesar de não abandonar sua raiz etimológica de ‘auto(re)produção’ (LUHMANN, 1997: 97) é, todavia, colocada por LUHMANN em contexto transdisciplinar que transcende o uso do termo no campo da biologia. LUHMANN busca elaborar uma aplicação própria e adequada do termo em questão em sua sociologia, como também em sua sociologia jurídica, como veremos adiante.

Este fato não passou despercebido a N. Katherine HAYLES (1995: 95) que – em harmonia com nossa leitura a propósito – reconhece, em artigo dedicado à análise das diferenças essenciais entre Maturana e Luhmann, ressalta que:

...when LUHMANN applies autopoiesis to social systems, he is led by this history to say that social systems are alive. But in importing the claim into a different disciplinary context, he also changes its position”.

Apesar de uma postura bastante crítica em relação à ideia da autopoiese e de seus limites lógicos e epistemológicos, Danilo Zolo também reconhece que Luhmann a insere em contexto mais geral como uma mudança no paradigma da teoria geral dos sistemas, representada notoriamente por Ludwig von Bertalanffy, com sua perspectiva de diferenciação entre *todo* e *partes* (LUHMANN, 1994: 22). Para Zolo (1990: 73) Luhmann propõe “to free the notion of autopoiesis from its exclusive reference to living systems and redefines it as ‘the general form of system building using self-referential

⁵⁸ A respeito do uso sociológico do termo autopoiese, Niklas Luhmann (1987: 307) afirma que: „*Noch geht es um einen nur metaphorischen Sprachgebrauch, das heißt: um eine nur linguistische Notlösung*“. – Tradução livre: “Nem se trata de um uso metafórico, é dizer: de somente uma solução linguística provisória”.

⁵⁹ A tese da utilização metafórica da autopoiese na teoria social, obviamente aí incluindo o próprio Luhmann, por ser observada na análise crítica de Hubert Rottluthner (1998: 97-127).

⁶⁰ Conceitos que ainda serão objeto de estudo nesta tese.

closure''' em que o sistema agora surge de uma diferenciação entre *sistema* e *ambiente*.

ZOLO (1990: 75) igualmente registra que:

LUHMANN's re-elaboration of autopoiesis is based on the claim that psychic, social (and biological) systems have in common the ability of self-production and self-observation [...].

Na mesma linha, Gunther TEUBNER (1988: 221-224) também defende que a ideia da autopoiese ganha nova dimensão altamente sofisticada em Niklas LUHMANN, quando este conceitua as sociedades como sistemas de comunicação autopoieticamente organizados e coloca o questionamento de “*whether one can consider the differentiated functional system of law as being autopoietically organized within the autopoietic system of society*”.

Dá igualmente propormos que apesar de ser – inegavelmente - uma ideia surgida no campo da biologia⁶¹, LUHMANN produz uma reelaboração do conteúdo da *autopoiese* que abriu novos campos de pesquisas nas ciências sociais⁶².

Nessa perspectiva, cabe a elaboração de uma síntese do conceito de autopoiese no pensamento luhmanniano que caiba nos limites temáticos da presente tese, não deixando, todavia, de lidar com sua alta complexidade teórica e com sua relação com o sistema jurídico.

Portanto, devem ser feitos os esclarecimentos iniciais do arcabouço conceitual da Teoria dos Sistemas Sociais observando que ao radicar o conceito da *autopoiese* em sua teoria, LUHMANN formula o elemento central da reprodução autopoietica dos sistemas sociais que está na distinção entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*)⁶³. Tanto que LUHMANN chega

⁶¹ Veja-se que Walter BUCKLEY (1967: 11-17) classifica como “modelos orgânicos” as modernas teorias dos sistemas que lançam mão de analogias e metáforas orgânico-biológicas. Mas, segundo entendemos, a autopoiese em LUHMANN assume feições que não permitem uma inserção de sua teoria dos sistemas autopoieticos em uma pura metáfora biológica, dentro dos parâmetros fixados por BUCKLEY. Por outro lado, é bom registrar que BUCKLEY não dedicou qualquer estudo sobre a teoria luhmanniana precisamente porque sua obra em torno da relação da sociologia com as modernas teorias dos sistemas é publicada em 1967, ou seja, nos momentos iniciais do desenvolvimento da teoria de LUHMANN e bem antes de seu *autopoietic turn*, com a publicação de *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie* (Sistemas Sociais: delineamento de uma teoria geral) em 1984.

⁶² Uma crítica negativa à autopoiese na formulação de Niklas LUHMANN por sua ligação originária com as metáforas biológicas e de seu caráter formalista se encontra em Hubert ROTTLEUTHNER (1988: 97-127).

⁶³ Esta distinção entre sistema e ambiente, como bem ressalta LUHMANN (1994: 275-282), abre uma nova dimensão para o esquema *input/output* da teoria geral dos sistemas abertos (Ludwig von BERTALANFFY: 1969), reconstruindo-o e combinando-os em um novo nível, em que as irritações dirigidas ao sistema como uma forma de *input* passam por um filtro da autorreferência e da autodescrição do sistema. Assim, pelo fechamento

a afirmar que: „Selbstverständlich kann diese autopoietische Reproduktion nicht ohne Umwelt geschehen (LUHMANN, 1997: 67)⁶⁴“.

O ambiente (*Umwelt*) apresenta-se, em sentido fenomenológico husserliano, como horizonte, no qual se forma um emaranhado incomensurável – para o sistema - de possibilidades de informações e, com base nelas, de inesgotáveis possibilidades comunicativas⁶⁵ (LUHMANN, 1994: 66-67).

As informações passíveis de constituírem objeto de comunicação se tornaram tão multiformes e segmentadas na sociedade moderna que fizeram emergir a necessidade de sistemas sociais funcionalmente diferenciados - especializados – como subsistemas da sociedade voltados ao processamento e redução da complexidade crescente no ambiente social.

Nesta moldura, os sistemas funcionais (diferenciação sistêmica) se estabelecem diante da necessidade de processar e filtrar as informações existentes esparsamente no ambiente para, com esse processamento, reduzir as cargas de informação de infinitas para finitas (LUHMANN, 1998: 1). Os subsistemas sociais como núcleos reflexivos de tais informações emergem como núcleos de sentido (*Sinn*), nos quais se produz o encadeamento de comunicações anteriores com a produção de novas comunicações.

operacional autopoietico não pode haver um contato direto (adaptativo) com o ambiente, como se em um modelo de *importação* (*input*) e *exportação* (*output*) de unidades do ambiente para o interior do sistema e do sistema para o exterior, como esclarecem BARALDI, CORSI & SPOSITO (1997: 31).

⁶⁴ Tradução livre: “Obviamente a reprodução autopoietica não pode acontecer sem o ambiente”.

⁶⁵ A propósito da relação entre complexidade e a distinção entre ambiente e sistema, LUHMANN (1994: 47-48) esclarece que: „*Welche Beziehungen zwischen Elementen realisiert werden, kann nicht aus der Komplexität selbst deduziert werden; das ergibt sich auf jeder Ebene der Systembildung aus der Differenz von System und Umwelt und aus den Bedingungen ihrer evolutionsmäßigen Bewährung. Andererseits läßt sich in umgekehrter Blickrichtung das Problem der System/Umwelt-Differenz mit Hilfe des Komplexitätsbegriffs klären. Die Einrichtung und Erhaltung einer Differenz von System und Umwelt wird deshalb zum Problem, weil die Umwelt für jedes System komplexer ist als das System selbst. Den Systemen fehlt die ‘requisite variety’ (Ashby), die erforderlich wäre, um auf jeden Zustand der Umwelt reagieren bzw. die Umwelt genau systemadäquat einrichten zu können. Es gibt, mit anderen Worten, keine Punkt-für-Punkt-Übereinstimmung zwischen System und Umwelt (ein Zustand, der im übrigen die Differenz von System und Umwelt aufheben würde). Eben deshalb wird es zum Problem, diese Differenz trotz eines Komplexitätsgefälles einzurichten und zu erhalten. Die Komplexitätsunterlegenheit muß durch Selektionsstrategien ausgeglichen werden*”. - Tradução livre: “Não se pode deduzir da complexidade em si mesma, como as relações entre os elementos se realizam; isto resulta, em cada nível da formação do sistema, da diferença entre sistema e ambiente e das condições de confirmação de seu conteúdo evolutivo. Da perspectiva inversa, contudo, o conceito de complexidade pode ajudar a tornar clara a diferença entre sistema/ambiente. O estabelecimento e a manutenção da diferença entre sistema e ambiente conduzem ao problema de como para cada sistema o ambiente é mais complexo do que o próprio sistema. Os sistemas carecem do “requisite variety” (no termo de Ashby) que possibilita ao sistema reagir a cada estado do ambiente, é dizer, estabelecer um ambiente adequado ao sistema. Não há, em outras palavras, correspondência ponto a ponto entre sistema e ambiente (tal condição aboliria a diferença entre sistema e ambiente). Isto se dá porque o estabelecimento e a manutenção desta diferença torna-se um problema, apesar de uma diferença nos graus de suas complexidades relativas. A inferioridade da complexidade do sistema deve ser contrabalançada por estratégias de seleção. A complexidade do próprio sistema já o força a tomar decisões”.

É bastante importante, como ideia fundamental, o conceito de sentido (*Sinnbegriff*) para a teoria luhmanniana. Mas, de início cumpre advertir que se trata de conceito de grande abstração e complexidade teórica e que, portanto, não cabe sua exploração plena nos limites desta tese; o que também não significa que o conceito de sentido não deva ser minimamente esclarecido para fornecer o elemento lógico necessário ao desenvolvimento do nosso tema.

LUHMANN (1997: 44) teoriza na direção de que o sentido (*Sinn*) sempre está pressuposto para o sistema; nenhuma operação na sociedade poderia surgir sem a utilização do sentido. LUHMANN também indica que a pressuposição do sentido poderia surgir como contradição à figura teórica da autopoiese, porém ressalta que a peculiaridade do sentido como meio (meio de sentido) surge como correlato necessário ao fechamento operacional dos sistemas com *capacidade para distinguir* – de estabelecer diferenciações entre si e seu ambiente. Tanto que Detlef HORSTER (2005: 78-88) ao analisar o conceito de sentido (*Sinn*) em LUHMANN o denomina de modo extremamente adequado de *instrumento de diferenciação* („*Das Unterscheidungsinstrument ‚Sinn‘*“).

O fato é que para LUHMANN (1977: 44) o sentido emerge, seguindo o pensamento de Gilles DELEUZE (1969), como um produto das próprias operações que o utilizam, e “não como uma qualidade do mundo resultado de uma criação”⁶⁶, rompendo assim com a ontologia clássica.

Desta maneira, todo modo de orientação (de *sentido*) é „*Konstruktion, ist von Moment zu Moment reaktualisierte Unterscheidung*”⁶⁷ (LUHMANN, 1997: 44-45). É dizer, não existe sentido para os sistemas fora deles mesmos, os quais o utilizam e o reproduzem como *meio*.

Ao colocar a questão em termos abstratos, LUHMANN postula a ocorrência de uma *re-entry* – conceito teórico formulado na álgebra e na aritmética por George Spencer BROWN (1972) – que significa paradoxalmente a ‘reentrada’ de uma forma na forma ou da distinção naquilo que foi distinguido (*draw a distinction*). Em outras palavras, a diferenciação já está antevista na própria diferenciação (LUHMANN, 2006: 80), ou ainda, que a diferenciação pressupõe uma diferença preliminar (critério) que permita sua efetivação, como um corte distintivo introduzido na observação e que torna possível uma distinção posterior (nova diferenciação).

⁶⁶ Helmut WILLKE (1987: 29) traduz de modo sintético o conceito de sentido (*Sinn*) desenvolvido na teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN como forma de ordenação do mundo (*Ordnungsform der Welt*), situando-o dentro da perspectiva de superação das ontologias clássicas em que o *mundo* não mais se apresenta como resultado de esquemas homogêneos de sentido como religião ou direito natural, mas sim como produto do processo de crescente diferenciação.

⁶⁷ Tradução livre: “construção, que se reatualiza como diferenciação de momento a momento”.

Deste modo, a diferenciação entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*) se apresenta “duas vezes: como distinção produzida pelo sistema e como distinção observada no sistema” (LUHMANN, 1997: 45).

Disso resulta que os sistemas que se utilizam do *sentido* são sistemas que por seus próprios meios podem descrever e observar a si mesmos e a seu ambiente na “forma do sentido”, ou seja, identificam-se por meio de um ato de diferenciação em que o sistema é tudo aquilo que se diferencia do ambiente, o que quer significar uma reentrada (*re-entry*) da forma na forma (LUHMANN, 1997: 46). A adoção dessa perspectiva por LUHMANN é adequadamente denominado por Johann DIECKMANN (2004: 35-50) de “modelo lógico da diferença” (*Das logische Modell der Differenz*).

Nesta concepção pós-ontológica, o próprio mundo (*Welt*) permanece inobservável como aquilo que traz consigo o outro lado de todas as formas de sentido, que são indetermináveis como totalidade (mundo).

O sentido (*Sinn*) produzido *no* sistema e *pelo* sistema não está baseado em um mundo como realidade externa, mas sim nas formas de sentido que são paradoxalmente produzidas *no interior do sistema*, ou seja, o ambiente é de certa forma uma construção do próprio sistema.

A construção autopoietica (autorreprodução) do sistema se liga de modo direto ao estabelecimento de limites (*Grenzen*) entre sistema e ambiente, pois como preleciona LUHMANN (1997: 97):

*Und da diese Produktion/Reproduktion eine Unterscheidung externer und interner Bedingungen erfordert, vollzieht das System dabei immer auch Reproduktion seiner Grenzen, und das heißt: seiner Einheit. Insofern heißt Autopoiesis: Produktion des Systems durch sich selber.*⁶⁸

Sobre essa mesma questão dos limites sistêmicos que realizam a unidade autopoietica do sistema, LUHMANN (1991: 29) enfaticamente registra que: „*Die autopoietische Reproduktion erzeugt die Einheit des Systems und dessen Grenzen*“.⁶⁹

Esses limites se constituem como limites de percepção do mundo, sendo que este para LUHMANN não ostenta do ponto de vista do sistema autopoietico uma natureza ontológica, mas emerge como um incomensurável potencial de surpresas e de informações virtuais

⁶⁸ Tradução livre: “E aí exige esse produção/reprodução uma diferenciação entre condições externas e internas e com isso o sistema realiza a reprodução de seus limites, o que quer dizer: sua unidade. Na medida em que Autopoiese quer dizer: produção do sistema por meio de si mesmo”.

⁶⁹ Tradução livre: “A reprodução autopoietica do sistema produz a unidade do sistema e os limites deste.”

(LUHMANN, 1997: 46)⁷⁰.

Como consequência disso, o sistema somente pode observar aquilo que lhe é possível fazer sentido, em um processo seletivo e redutor da (hiper)complexidade existente no ambiente, o qual está ‘fora’ do sistema (como ‘mundo’). A forma ou sentido da observação já é um instrumento de diferenciação (*Unterscheidungsinstrument*) pelo qual o sistema constrói sua autoreferência (*Sebstreferenz*) em relação ao ambiente, como heterorreferência (*Fremdreferenz*). Em suma, o sistema sempre utiliza seu peculiar ângulo de observação seletiva do mundo como ambiente, seu próprio meio de observação, *seu* sentido (*Sinn*).

Reforce-se que para LUHMANN (1997: 46) a ideia de sentido (*Sinn*) não pode ser concebida partir de um mundo preexistente de coisas, ou de substâncias ou de ideias, nem mesmo como uma *universitas rerum*, pois para ele o sentido não é extraído de um estado “permanente de coisas”, nem mesmo de uma realidade estável e que existe lá fora como ontologia.

Nesse aspecto, LUHMANN se aproxima em muito do conceito de sentido de realidade desenvolvido na fenomenologia⁸⁸ de Edmund HUSSERL, como postula ZAHAVI (2003: 45)⁷¹. A realidade do mundo se coloca como um construto interno da racionalidade do sistema, como produto de suas “dimensões de sentido” (*Sinndimensionen*)⁷², as quais equivalem, como podemos ler em LUHMANN (1997: 57), ao horizonte husserliano.⁷³

Na formulação luhmanniana do conceito de sentido também se postula, partindo da mencionada perspectiva fenomenológica, que a identidade de sentido só se produz por meio

⁷⁰ Convém reproduzir o texto objeto da referência, onde LUHMANN (1997: 46) registra que para os sistemas de sentido: „... ist die Welt kein Riesenmechanismus, der Zustände aus Zuständen produziert und dadurch die Systeme selbst determiniert. Sondern die Welt ist ein unermessliches Potential für Überraschungen ist virtuelle Information, die aber Systeme benötigt, um Information zu erzeugen, oder genauer: um ausgewählten Irritation den Sinn von Information zu geben.“ - Tradução livre: “(...) o mundo se apresenta como um imenso organismo que produz um estado de coisas a partir de outros estados de coisas, e que com isso se determinam os próprios sistemas. O mundo é antes um potencial ilimitado de surpresas; é informação virtual que, apesar disso, necessita de sistemas para gerar informação. Ou melhor, para dar o sentido de informação a certas irritações selecionadas. Como resultado, toda identidade deve ser entendida como resultado do processamento de informação (...)”.

⁷¹ ZAHAVI (2003: 45) aponta que: “Para falar do sentido de realidade dentro deste contexto, como Husserl continuamente enfatiza, implica que o ser da realidade, qual seja, do mundo realmente existente, é de alguma forma excluída da esfera de pesquisa fenomenológica (...)” (Tradução livre).

⁷² Em razão da clareza do texto convém transcrever o seguinte excerto (LUHMANN, 1997, 57): „In allen Sinndimensionen kann die Welt jetzt begriffen werden als der Rahmen (oder mit Husserl: der Horizont), der ein Auswechseln der Unterscheidungen erlaubt, mit denen man Dasselbe beobachtet. Das setzt aber voraus, daß die Welt nicht mehr als Gesamtheit der Dinge und ihre Beziehungen begriffen wird, sondern als das Unbeobachtbare schlechthin, das mit jedem Wechsel der Unterscheidungen reproduziert wird.“ (Tradução livre: “O mundo pode ser compreendido em todas as dimensões de sentido como a moldura (ou como em Husserl: o horizonte) que permite a mudança das diferenciações com as quais se observa aquele mesmo. Isto pressupõe que o mundo não mais seja concebido como uma totalidade de coisas e de suas relações, senão simplesmente como o Inobservável que com cada câmbio das diferenciações é reproduzido.”)

⁷³ Dentro desse quadro teórico, como já se esclareceu na introdução deste trabalho, surge o título principal de nossa tese: “horizontes da justiça”.

de uma *recursividade*.

Tomemos como exemplo a linguagem, com referência a ela LUHMANN (1997: 47-48) assevera que a produção de sentido é obtida com o uso das palavras que podem ser utilizadas em variadas circunstâncias. A depender do contexto os objetos perceptíveis podem ser enriquecidos com a atribuição de um sentido social a partir passam a cumprir funções de coordenação, independentemente da linguagem, como no caso dos símbolos sacros, como o crucifixo cristão, a estrela de Davi judaica e o crescente islâmico, dentre outros.

Todo sentido alude a si mesmo (autorreferência) e a **outro** que lhe é distinto (heterorreferência), ou seja, de **outras possibilidades** (de sentido). Neste quadro, LUHMANN (1997: 49-50) propõe que o sentido é “(...) um contexto infinito de remissões, portanto indeterminável, que pode, contudo, fazer-se acessível e reproduzir-se de um modo determinado”⁹¹.

O *sentido* é, assim, a diferença entre atualidade e possibilidade, distinção esta, e nenhuma outra, que o constitui.

Quando trazemos essa abstração teórica para o campo do social, deparamo-nos com a postulação luhmanniana de que (LUHMANN, 1997: 50):

*Man hat demnach, wenn man über Sinn spricht, etwas Greifbares (Bezeichnbares, Unterscheidbares) im Sinn; und das heißt auch, daß mit der Sinnthese eingeschränkt wird, was dann noch über Gesellschaft ausgemacht werden kann. Gesellschaft ist ein sinnkonstituierendes System.*⁷⁴

Na produção de sentido como sua própria construção, os sistemas sociais parciais – em sua autopoiese - renovam e atualizam a distinção atual/possível⁷⁵ nas operações do sistema pela incorporação de distinções adicionais, como: sistema/ambiente; significante/significado. É dizer, os sistemas parciais da sociedade só podem observar a si mesmos e ao seu ambiente

⁷⁴ Tradução livre: “Ao falar-se de sentido se tem em mente algo tangível (caracterizável e distinguível) no sentido, o que significa também que a tese do sentido se pode restringir a tudo o que é então ainda possível se determinar sobre a sociedade. A sociedade é um sistema constitutivo de sentido”.

⁷⁵ Sobre o processamento do ‘sentido’ (*Sinn*) pelo sistema social, LUHMANN (1994: 100) esclarece que: „*Das Sinnprozessieren ist vielmehr ein ständiges Neuformierung der sinnkonstitutiven Differenz von Aktualität und Möglichkeit. Sinn ist laufendes Aktualisieren von Möglichkeiten. Da Sinn aber nur als Differenz von gerade Aktuellem und Möglichkeitshorizont Sinn sein kann, führt jede Aktualisierung immer auch zu einer Virtualisierung der daraufhin anschließbaren Möglichkeiten*“ (Tradução livre: “O processamento de sentido é antes de tudo uma constante nova formação da diferença constitutiva de sentido de atualidade e possibilidade. O sentido é uma permanente atualização de possibilidades. Pois, o sentido somente pode ser uma diferença entre justamente o horizonte atual e o horizonte das possibilidades de sentido, o que conduz toda atualização sempre também a uma virtualização, por conseguinte, das possibilidades conectáveis”).

na forma do sentido, ou seja, eles são *sistemas/núcleos constitutivos de sentido*.

Tanto que Niklas LUHMANN (1994: 151) formula com as seguintes e eloquentes palavras que: “*Das System entsteht, etsi non daretur Deus*”⁷⁶.

Exatamente neste ponto temos uma das rupturas da teoria luhmanniana com a Teoria Geral do Sistema Social de Talcott PARSONS (1968)⁷⁷, pois para o primeiro os sistemas se constituem sem que haja a necessidade de um consenso preestabelecido sobre valores⁷⁸.

Ao colocar em confronto o conceito de sentido (*Sinnbegriff*) com a semântica “vetero-europeia” da “racionalidade” e da “razão” (*Vernunft*), LUHMANN (1997: 182-184) passa a postular que não existe racionalidade fora do sistema, porque este último assume a posição da *Systemrationalität* como existência de uma racionalidade sistêmica e como produto da utilização da diferenciação (*Differenzierung*) entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*) no interior do próprio sistema pela *re-entry* (reentrada)⁷⁹, em que diferenciação entre sistema e ambiente retorna para o interior do sistema.

Para Niklas LUHMANN (1997: 184; 2005: 695) a “racionalidade do sistema” (*Systemrationalität*) significa então uma diferenciação entre ambiente (*Umwelt*) e sistema (*System*) que abandona a realidade – na acepção ontológica – como meio de testar sua ‘racionalidade’. LUHMANN (1987: 186) chega à conclusão de que a “racionalidade social”⁸⁰ não pode ser concebida como “razão universalizada” intersubjetivamente, como elemento fora dos sistemas sociais, o que nas condições da sociedade moderna – com seus sistemas funcionais diferenciados – deve ser visto como uma utopia (*Utopie*) (LUHMANN, 1997: 186).

Ainda relacionada a essa perspectiva de *racionalidade sistêmica* em cujo contexto a

⁷⁶ Tradução livre: “O sistema se estabelece, *etsi non daretur Deus*”.

⁷⁷ Convém observar que PARSONS foi professor de LUHMANN na Universidade de Harvard, de 1960 a 1961.

⁷⁸ Recomenda-se a leitura a propósito de *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie* (LUHMANN, 1994: 148-190).

⁷⁹ Este conceito teórico da *re-entry* LUHMANN extrai de George Spencer BROWN (1972), mais precisamente dos estudos deste último no campo da álgebra e aritmética. Este conceito quer significar, em interessante paradoxo, que as formas ‘reentra’ em outra forma o que gera uma distinção a partir do que foi originariamente distinguido (*draw a distinction*). Em outros termos, toda diferenciação para se tornar possível repousa numa distinção originária que permite – como já dito – de modo paradoxal que a diferença já seja produto de uma diferenciação anterior (LUHMANN, 2006: 80). Em nossas palavras, a diferenciação só é possível pela constatação daquilo que produz a diferença, ou seja, uma diferença previamente identificada como ponto de partida para uma nova distinção. Os diferentes, assim, repousam de modo igual na mesma forma que o distinguem; dois lados de uma mesma forma (diferenciação). Para maior clareza, em LUHMANN a *re-entry* estabelece a separação fundamental entre sistema e ambiente, pois nesta distinção há uma unidade, uma unidade na diferença. Sem ambiente não há sistema, pois o sistema autopoieticamente constrói para si um ambiente que torna possível a percepção dos limites (*boundaries*) que o tornam diferente do que está do lado de fora da forma, o ambiente, ou seja, tudo aquilo que pela diferenciação é percebido como fora do sistema (ambiente).

⁸⁰ Sobre estes aspectos, veja-se a crítica de Niklas LUHMANN (1997: 175) à teoria da ação comunicativa de Jürgen HABERMAS e seu consequente conceito de racionalidade.

sociedade é concebida como um sistema de comunicações diferenciadas em subsistemas funcionalmente especializados, LUHMANN (2005: 173-193; 1984: 59-72) menciona o fato de que para ele a sociedade não é constituída por homens (seres humanos), mas sim que ela resulta de acoplamentos estruturais⁸¹ entre os sistemas sociais e os sistemas psíquicos (consciências).

Recorde-se que LUHMANN (1994: 67-68) concebe que os sistemas funcionais diferenciados da sociedade não se estabelecem como uma “multiplicidade de homens”. Os seres humanos, na verdade, são por ele definidos como “sistemas psíquicos” (*psychisches System*)⁸² autopoieticos, mesmo porque LUHMANN (1987a: 286) rechaça a semântica do humanismo na teoria sistêmica, por isso não se pode falar em “razão” ou “racionalidade” social em sentido intersubjetivo ou mesmo como “racionalidade subjetiva” (filosofia do sujeito).

Seres humanos são, para LUHMANN (1987a: 155), “sistemas psíquicos” (consciência) que podem ser observados por outros sistemas psíquicos ou por outros sistemas sociais. Ou seja, o conceito de pessoas não se pode tomar como individualidade, pois aquelas são produtos de uma observação regida pela *unidade na diferenciação* entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*).

Em termos mais diretos, os seres humanos (sistemas psíquicos) estão no ambiente (entorno) do sistema⁸³. Bastante interessante é a formulação dada a esta proposta teórica por

⁸¹ Ficaremos por ora com a ideia de que os acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*) são, *grosso modo*, uma integração temporária entre unidades independentes (aqui, no caso, de sistemas autopoieticos). Todavia, essa integração não decorrem de relações diretas ou causais entre o sistema e o ambiente - aqui, mais especificamente, no sentido de outro(s) sistema(s) funcional(ais) -, mas sim ‘irritações’ advindas deste último, que se e quando *autopoieticamente* incorporadas como operações *internas* do sistema social (autopoieticas) podem produzir uma adaptação do sistema (*Anpassung*) ao ambiente. A propósito, LUHMANN (1991: 30) coloca de forma sintética que: „... *der Begriff der strukturellen Kopplung wird uns daran erinnern, daß das System laufend Irritationen aus der Umwelt registriert und zum Anlaß nimmt, die eigenen Strukturen zu respezifizieren*“. - Tradução livre: “... o conceito de acoplamentos estruturais nos faz recordar que o sistema registra as irritações correntemente provenientes do ambiente o que dá ocasião a que o sistema possa especificar novamente suas estruturas”.

⁸² Também tratados por LUHMANN (1994: 63) como sistemas baseados na consciência humana (MINGERS: 141).

⁸³ IZUZQUIZA (2008: 233-234) traduz com clareza este peculiar modo luhmanniano de pensar o “homem” ou a “pessoa”, ao dizer que: “*Unas de las afirmaciones más polémicas de la obra de LUHMANN estriba en considerar que los seres humanos no son parte, sino “entorno” de los sistemas sociales. Ello supone la descalificación de todo intento que pretenda considerar a los hombres como partes componentes de la sociedad. Como ya sabemos, tal convencimiento tiene su raíz en la teoría de los sistemas autopoieticos: para que el sistema sea tal, debe ser autorreferente y permanecer clausurado en sí mismo. (...) Dicho de otra manera, los sistemas sociales y los sistemas psíquicos son tales en tanto se encuentren en un entorno y puedan entenderse con la unidad de la diferencia con su entorno y como la particularidad de su propia reproducción autopoietica. (...) En este sentido, los hombres no son nunca “parte” de los sistemas sociales, sino tan solo “entorno” de esos sistemas. (...) LUHMANN rechazará el concepto tradicional de sujeto humano, cargado de las notas antropológicas y privilegiados en la tradición sociológica y filosófica de Occidente (...). LUHMANN piensa que*

Peter FUCHS (2003: 27) no sentido de que os sistemas psíquicos (consciências humanas) constituem o ambiente (entorno) inquestionavelmente relevante dos sistemas⁸⁴.

Esse nível alto de abstração e de generalização da comunicação social não exclui a necessária relação entre sistemas sociais e sistemas psíquicos, na forma dos acoplamentos estruturais, o que também é reconhecida por TEUBNER (1988: 229) ao asseverar que:

Social autopoiesis insists on the emergent property of social and legal communication systems. To be sure, they can exist only on the basis of an organic and psychic materiality continuum, but in their operations they are self-referentially closed.

Nesse contexto⁸⁵, podemos dizer – apesar de que essa ideia não tenha surgido de modo **explícito** em nenhum dos textos de Niklas LUHMANN – que os sistemas psíquicos são relevantes na medida em que são eles (seres humanos) os verdadeiros ‘usuários’ das estruturas comunicativas dos sistemas sociais. Daí a interessante ideia de que os sistemas psíquicos (seres humanos) podem se acoplar a vários sistemas funcionais da sociedade, como, p. ex., quando uma pessoa está conduzindo uma pesquisa científica, acopla-se com o sistema da ciência; ou então, quando atua como advogado ou juiz de direito, acopla-se com o sistema do direito; por sua vez, quando efetua uma compra e faz o respectivo pagamento está acoplado ao sistema econômico; quando tem um encontro romântico, acopla-se ao sistema da intimidade e assim por diante.

Merece observação que LUHMANN propõe como resultado histórico do advento da modernidade o *descentramento da razão* pela impossibilidade de manutenção na teoria social da ideia de um sujeito (LUHMANN, 1997: 1017-1036), seja ele metafísico, seja ele transcendental, ou mesmo, metafísico-transcendental que, na lógica do humanismo constituiria a fonte de toda racionalidade⁸⁶.

Este descentramento gerado pela modernidade coloca a questão da

el concepto “hombre” no designa nunca una realidad independiente de la observación”.

⁸⁴ Devemos registrar que LUHMANN não retira os seres humanos da sociedade, pois não há sociedade sem seres humanos, mas sim busca por um recurso teórico-retórico reformular a posição destes no sistema social da modernidade, com sua contingência a alta complexidade.

⁸⁵ Helga GRIPP-HAGELSTANGE (1995: 122) ao comentar a teoria dos sistemas de LUHMANN no que concerne ao substrato humano do sistema de comunicação que é a sociedade esclarece que: „Das ‚Verstehen‘ der Kommunikation ist selbstverständlich abhängig davon, daß Subjekte an diesen Kommunikationsprozessen beteiligt sind, es läßt sich aber nicht auf deren Verstehensleistungen reduzieren“. Tradução livre: “A ‘compreensão’ da comunicação é obviamente dependente de que os sujeitos participem dos processos comunicativos, porém essa compreensão não pode depender dos atos individuais de compreensão daqueles”.

⁸⁶ Aspecto explorado analiticamente por KING & THORNHILL (2005, 122-133).

policontextualidade⁸⁷ e do fato de que o aumento da complexidade social produziu a necessidade de uma organização baseada na diferenciação dos subsistemas funcionais da sociedade, como núcleos especializados regidos por um código simbólico – que como veremos é binário - para o processamento do sentido (racionalidade sistêmica) disponível para a autopoiese da comunicação.

Neste modelo de diferenciação, a sociedade moderna deixou de ter um centro⁸⁸ produtor do sentido e da razão, como bem retrata o tratamento que LUHMANN dispensa à ideia da realidade em *Die Realität der Massenmedien*⁸⁹ (LUHMANN, 2005: 9-18).

Neste particular aspecto, é necessário analisar que LUHMANN rejeita a semântica da teoria da ação (*Handlungstheorie*), segundo a qual toda ação pressupõe a presença de um sujeito que a pratica. LUHMANN adota esta postura teórica ao apontar que a racionalidade da ação (*Handlungsrationalität*) na teoria da ação trabalha com uma racionalidade episódica (*Episodenrealität*) que não pode contribuir para uma racionalidade sistêmica (LUHMANN, 1991: 582). A ação como episódio isolado e efêmero levaria à absurda conclusão de que uma vez cessada (a ação) o sistema deixaria de existir ou ficaria ‘suspense’, quando na verdade a autopoiese do sistema prossegue e repousa sobre uma nova sequência de múltiplas operações recursivas.

Na verdade, LUHMANN não exclui de sua teoria a ideia da ação, mas simplesmente postula o fim de um conceito de ação interpretado onto-teleologicamente, como preleciona Otto-Peter OBERMEIER (1988: 27-28), no sentido de uma subjetivação dos fins (*Zwecke*). Para LUHMANN os fins se inserem nas estruturas de expectativas dos sistemas sociais, como elementos da comunicação que se desenvolve no seio da diferenciação funcional e, portanto, como comunicações estabelecidas nos sistemas não podem ser inseridas no contexto de uma mera individualidade. OBERMEIER (1988: 26) registra essa proposta luhmanniana como passagem de uma teoria subjetiva da ação para a teoria dos sistemas de ação (*Handlungssysteme*).

Por isso mesmo, LUHMANN reconhece que a reprodução autopoietica do sistema

⁸⁷ Michael KING e Chris THORNHILL (2005: 135) observam que LUHMANN em sua *iluminação sociológica* propõe, de modo proeminente, que a sociedade funcionalmente diferenciada (moderna) se baseia em uma multirracionalidade e uma multiplicidade de perspectivas.

⁸⁸ Dag ØSTERBERG (2000: 22-23) sustenta em seus estudos sobre a teoria geral dos sistemas que LUHMANN não postula a existência na modernidade de um mundo acêntrico, mas de um mundo com um ou mais centros. A partir desta ideia de ØSTERBERG, vemos os sistemas funcionais luhmannianos como perspectiva de diversificação e de multiplicação dos centros produtores de sentido social nos dias de hoje, em uma sociedade que emerge de uma diferenciação funcional como forma de organização social.

⁸⁹ Tradução brasileira de Ciro Marcondes Filho, *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005.

depende do acoplamento estrutural (interdependência) entre sistema psíquico (consciência) e sistema social – este como sistema que utiliza a comunicação como meio de sua reprodução (LUHMANN, 1990: 3) de processamento da comunicação – ao afirmar que (LUHMANN, 1991: 38): „*Ohne Bewußtsein keine Kommunikation und ohne Kommunikation kein Bewußtsein*“⁹⁰.

Não é despidendo mencionar que os sistemas psíquicos ou de consciência exercem um papel imprescindível em um dos níveis sistêmicos da teoria de LUHMANN, qual seja no dos sistemas de interação⁹¹ – baseado na interação comunicativa face a face entre presentes⁹² - e no papel relevante que este exerce na irritação e reprodução do sistema comunicativo que é a sociedade.

Como resultado desse modo de pensar e afastando-se da semântica do ‘sujeito’, LUHMANN (1991: 33) fala em ‘pessoas’⁹³ propondo que:

*Personen sind demnach Strukturen der Autopoiesis sozialer Systeme, nicht aber ihrerseits psychische Systeme oder gar komplette Menschen. Personen müssen daher von den Einheiten unterschieden werden, die im Vollzug der Autopoiesis des Lebens oder der Gedanken eines Menschen erzeugt werden.*⁹⁴

Ou seja, deve ser assinalado que o processo comunicativo se produz e reproduz no

⁹⁰ Tradução livre: “Sem consciência não há comunicação, sem comunicação não há consciência”.

⁹¹ A ideia dos *sistemas de interação* surge na teoria dos sistemas sociais de Niklas LUHMANN inserida na tríade dos níveis sistêmicos. Estes níveis são assim classificados: (a) *sistemas funcionais ou de função* (sistemas sociais parciais), (b) *organizações formais* e (c) *sistemas de interação*. Por sua vez o sistema de interação se apresenta como a forma sistêmica mais básica e elementar porque se constitui momentaneamente no *aqui e agora* (face a face) da interação comunicativa *entre presentes* (LUHMANN, 1994: 263). Podemos citar como exemplos: o processo judicial e seus procedimentos (dentre eles a audiência), um debate em aula, dentre outros. Deve ser registrado que as organizações formais e os sistemas de função representam, na sequência, os modelos sistêmicos mais complexos.

⁹² Conveniente mencionar o estudo de André KIESERLING (1999) sobre esta interação face a face que se desenvolve nos sistemas de interação e de sua relação com o sistema social, de suas influências e consequências para este último.

⁹³ Em sentido contrário, Peter HEJL (2012: 131) ao defender que o ser humano é componente dos sistemas sociais, ao seguir um modelo biológico mais próximo das formulações de MATURA & VARELA. Por outro lado, encontramos Yves BAREL (1989: 156-158) que registra, em observação semelhante à de LUHMANN sobre a relação entre indivíduo e sistema social, que os indivíduos são irredutíveis aos seus papéis sociais, pois que eles são “*toujours potentiellement plus »grands« (et dans certains cas plus »petits« qu’ils ne sont*”. O texto de BAREL é de leitura muito útil como modelo teórico paralelo que auxilia na compreensão do tema na visão de Niklas LUHMANN, em sua teoria dos sistemas.

⁹⁴ Tradução livre: “Pessoas são, portanto, estruturas da autopoiese dos sistemas sociais, mas não são por sua vez sistemas psíquicos ou seres humanos completos. Pessoas necessitam ser, por isso, diferenciadas das unidades que são produzidas na realização da autopoiese vital ou dos pensamentos de um determinado ser humano”.

sistema abstraindo-se da existência ou da presença de seres humanos, os quais, paradoxalmente são pressupostos – como já visto - no acoplamento estrutural entre sistema social e sistema psíquico (consciência), pois somente metaforicamente se poderia falar em uma sociedade sem homens (seres humanos). O que LUHMANN quer ressaltar é que as operações do sistema são vistas pelo sistema como uma autoprodução de suas próprias estruturas e nele são reproduzidas pela forma do sentido conduzida pela lógica (comunicativa) do próprio sistema, por sua autopoiese.

Este ponto será de grande relevância para a compreensão da ideia de ‘*justiça*’ no pensamento luhmanniano, ao afastar uma justiça que deve se realizar caso a caso, na perspectiva tanto do juiz quanto do jurisdicionado, passando a uma justiça *sistêmica*, como será estudado em capítulo próprio nesta tese. Uma justiça integrada à racionalidade autopoietica do sistema jurídico.

Assim, poderemos falar mais adiante de uma justiça diferenciada funcionalmente e para tanto, temos que retomar o tema da *re-entry* acima apenas mencionado.

A *re-entry* se mostra como instrumento de autocomprovação do sentido (*Sinn*), permite que a utilização do paradoxo luhmanniano da *unidade na diferença* entre sistema e ambiente possa produzir a identificação daquelas operações que autopoieticamente possam continuar ou cessar no interior do sistema. Em outros termos: a realização da diferença (*Differenz*) pela indiferença (*Indifferenz*) em relação àquilo que não deve continuar a operar no sistema.

Aquilo que veio a ser ‘excluído’ do sistema deve ser observado como ambiente (*Umwelt*) e, desta maneira, pode o sistema observar a si mesmo em seu fechamento operacional (*operative Geschlossenheit*).

Deste modo, os sistemas autopoieticos produzem uma ‘racionalidade do sistema’, no sentido de (auto)produção autorreferencial do sistema em sua heterorreferência com o ambiente.

A autorreferência, em síntese, é a observação seletiva do ambiente (*Umwelt*), a partir de um núcleo determinado de sentido, no qual uma parcela delimitada do mundo passa a ser tematizada, ou seja, descartam-se outras infinitas informações que passam a constituir um *unmarked space*⁹⁵ – a parte do ambiente (*Umwelt*) excluída seletivamente do campo de observação do sistema autopoietico.

Nestas circunstâncias, o ‘sentido’ do ambiente (*Umwelt*) deve ser entendido como tudo aquilo que *não* está *no* sistema, nessa ideia estão inclusive os outros subsistemas da

⁹⁵ Conceito que LUHMANN extrai da obra de George Spencer BROWN em *Laws of form* (1972).

sociedade.

Quanto ao mesmo aspecto da formação dos sistemas sociais parciais, já nos deparamos acima com o fundamental paradoxo luhmanniano da unidade na diferença, que se liga à relação entre a autorreferência sistêmica e o problema da constituição da clausura operativa do sistema e de sua relação com sua autopoiese.

Para LUHMANN (1994: 59) a autorreferência é - no instrumental analítico da teoria dos sistemas - observada como paradoxo em que aquela se apresenta como “complexidade indeterminável” (*unbestimmbare Komplexität*). Esse paradoxo surge porque o sistema social autorreferencial só pode tornar-se complexo e fechar-se operacionalmente se se *desparadoxar* (*entparadoxieren*), o que se dá quando seus elementos constitutivos se apresentam como uma unidade funcional por meio do estabelecimento do contato com o ambiente (*Umwelt*), o qual por sua vez é visto pelo sistema como contato consigo mesmo (*Selbstkontakt*).

Surge, deste modo, a necessária diferenciação (*Ausdifferenzierung*) entre a autorreferência (*Selbstreferenz*) e a heterorreferência (*Fremdreferenz*)⁹⁶, que se baseia na distinção entre autodescrição (*Selbstbeschreibung*) – “componho-me disto” – e heterodescrição (*Fremdbeschreibung*) – “não me componho daquilo” – conduzida pelo próprio sistema, como registra Henk de BERG (2000: 39).

Essa operação de diferenciação faz com que o sistema passe a identificar o externo e o interno, é dizer, os elementos que estão dentro e os que estão fora, como sentido construído no fechamento operacional do sistema e, desta maneira, *desparadoxar-se*.

Essa operação gera uma reflexão (*Reflexion*), que é a auto-observação de suas próprias operações, o que conduz à formação de uma identidade sistêmica⁹⁷. Tal identidade construída no processo da auto-observação produz a diferenciação entre sistema e ambiente.

⁹⁶ KNEER & NASSEHI (2000: 99) registram que: „Die Selbstreferenz muß mit Fremdreferenz angereichert werden; dies geschieht dadurch, daß die Kommunikation als Beobachtung auf etwas anderes verweist, etwas thematisiert, über etwas kommuniziert“. Tradução livre: “A autorreferência deve ser enriquecida com a heterorreferência em que a comunicação como observação se refere a algo distinto, tematiza algo, comunica sobre algo”.

⁹⁷ São dignos também de menção dois conceitos primários que antecedem à ideia da *reflexão*, *autorreferência basal* e *reflexividade*. A *autorreferência basal* (LUHMANN, 1994: 600-601) deve ser vista como distinção básica colocada entre elemento e relação. A autorreferência basal é a forma mínima de autorreferência, sem a qual a reprodução autopoietica de sistemas temporalizados seria impossível. Mas não é referência sistêmica, pois indica os elementos e a distinção entre *elemento/relação* e não entre *sistema/ambiente*. A *reflexividade* (LUHMANN, 1994: 601), por sua vez, surge como distinção baseada num *antes/depois*. Nela a referência não é a aspectos distintivos, mas ao processo que se forma em torno deles. Esse processo fundado num *antes/depois* se realiza com a condição adicional do aumento de seletividade. Deste modo, as operações autorreferenciais devem concretizar por e para si mesmas as características que pertencem ao processo. Como a comunicação no processo comunicativo; a observação no processo de observação. Neste sentido, reafirma-se a reflexividade como característica típica de um processo.

Em termos diversos, a autorreferência (*Selbstreferenz*) gera uma operação de auto-observação⁹⁸ (*Selbstbeobachtung*) e uma autodefinição (*Sebstbeschreibung*), o que, por fim, produz a ‘reflexão’ (*Reflexion*).

Nas palavras do próprio LUHMANN (1994: 252):

*Auf der Ebene der Reflexion bestimmt das System seine eigene Identität im Unterschied zu allem anderen. Hier gewinnt das Komplexitätsgefälle die reinste, abstrakteste Form: Identität im Unterschied zu allem anderen ist im Grunde nichts anderes als Bestimmung und Lokalisierung des Komplexitätsgefälles.*⁹⁹

A relação entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*) coloca, em dados momentos, a necessidade de comunicação de sentido entre as irritações (*Irritationen*) dirigidas ao sistema, provenientes do ambiente. Essas irritações ambientais são mudanças de estado ocorridas no ambiente que acabam por gerar – em grau variável - perturbações nas operações do sistema. Todo esse processo decorre, afinal, da necessidade de redução da hipercomplexidade.

Essas perturbações, a seu turno, podem gerar, ou não, de acordo com os critérios do próprio sistema social atingido, novas possibilidades de sentido, ou seja, novas comunicações. Como exemplo, podemos mencionar decisões do sistema do direito sobre litígios em torno de relações envolvendo temas de interesse da economia (taxa de juros, efeitos dos contratos etc.), as quais apesar de serem decisões jurídicas produzem irritações no sistema econômico, sendo que para este último sistema o direito surge como ambiente (entorno) e *vice-versa*.

Para explicar tal fenômeno, LUHMANN (2006: 124) utiliza as expressões “irritação” (*Irritationen*), “estímulos” (*Reizen*) ou “possibilidade de ressonância” (*Resonanzfähigkeit*).

Deve ser esclarecido que a ressonância (*Resonanz*) na linguagem luhmanniana é resultado de uma filtragem autopoietica de estímulos advindo do ambiente, em que o sistema,

⁹⁸ Na epistemologia sistêmica de Niklas LUHMANN a ideia da *observação* assume central importância. Contudo, deve ser registrado que esse termo assume feições próprias na teoria luhmanniana, porque nela ele é entendido como um ato de seleção dentre várias possibilidades, o que pressupõe a *complexidade* daí decorrente. Como diz LUHMANN (1990a: 81) “*complexity enforces selection*”, sendo que nesse processo seletivo das possibilidades a *observação* significa o ato de distinção para a criação de informação dentre outras várias possibilidades comunicativas. A *observação* é requisito preliminar para que o sistema autopoietico possa controlar sua própria seletividade.

⁹⁹ Tradução livre do autor: “No nível da *reflexão* o sistema estabelece sua própria identidade em diferenciação a todos os outros. Aqui prevalece a forma mais pura e abstrata do nível de complexidade: identidade na diferença em relação a todos os outros com base em nada mais que na determinação e localização do nível de complexidade”.

utilizando seus limites (*Grenzen*)¹⁰⁰, produz somente interconexões extremamente seletivas, sendo que é, de modo preciso, essa seletividade de estímulos (irritações) é que permitem ao sistema distinguir-se do ambiente.

Exatamente essa possibilidade de ressonância é que permite que as irritações se convertam, por operações sistêmicas internas (autorrefentes) em informações que passam a estar incorporadas nas estruturas comunicativas do sistema funcional (LUHMANN, 1999a: 62-63).

Na construção teórica desse processo de irritação $\Rightarrow$ ressonância $\Rightarrow$ informação, LUHMANN incorpora em seu pensamento sistêmico, a proposição de Gregory BATESON (1972: 462) de que informação é uma “*difference that makes a difference*” (“diferença que faz uma diferença”). Ou seja, o sistema internaliza uma diferença, no sentido de novo estímulo (*Irritation*), que passa a fazer sentido (*Sinn*) nas estruturas internas do próprio sistema, por meio da ressonância (*Resonanz*). Deste modo, os sistemas de sentido (*Sinnsysteme*) podem, por suas próprias bases estruturais (autorreferência e autosseletividade), admitir o ingresso de novas informações.

Este quadro conduz à seguinte indagação: como os sistemas sociais processam as irritações ambientais transformando-as em informações aptas a determinar internamente (autopoieticamente) mudanças e alterações em suas estruturas?

Para elaborar uma resposta teórica a essa problema, LUHMANN (2006: 80) toma de George Spencer BROWN (1972) o conceito de *re-entry* (reentrada), segundo o qual a forma reentra na forma ou, em outros termos, a diferença da qual se extrai o critério ou ângulo de diferenciação para produzir uma nova diferença (diferença produzida por uma diferenciação antecedente).

Assim, devemos retornar à questão da irritação sistêmica na Teoria dos Sistemas, verifica-se que LUHMANN ao elaborar a base comunicativa em torno da tautologia de que a comunicação surge da comunicação (“*Kommunikation durch Kommunikation*”) (LUHMANN, 2006: 80).

No *background* desse paradoxo da comunicação, surge o tema da irritação sistêmica e da possibilidade de ressonância.

De início, cumpre observar que na teoria dos sistemas a irritação é mera possibilidade da

¹⁰⁰ Helmut WILLKE (1987: 30) ao comentar os limites sistêmicos na teoria de Niklas LUHMANN esclarece de modo claro que estes são conexões de mecanismos seletivos que estabelecem o nível preliminar de diferenciação entre sistema e ambiente, segundo os quais se determinam as interações pertinentes ao sistema e as que não o são.

ressonância (*Resonanz*); porque a irritação só pode produzir ressonância dentro do sistema “*On the basis of its own frequencies*” (LUHMANN, 1989: 16).

Essa seletividade ou filtragem sistêmica submete as irritações ambientais ao crivo do código binário (código de linguagem ou comunicativo) – positivo e negativo (sim/não), reduzindo, deste modo, a complexidade do ambiente (vista como um potencial imensurável de irritações), proporcionando o fechamento operacional (*operative Geschlossenheit*) imprescindível à reprodução autopoietica do sistema funcional.

O conceito luhmanniano de código (*Code*) sistêmico¹⁰¹ é sintetizado de forma lúcida por BARALDI, CORSI e ESPOSITO (1997: 33-34):

*Mit Code wir eine ‘Duplikationsregel’ bezeichnet, die es erlaubt, jede Einheit in seinem Beobachtungsbereich mit einer antwortenden Einheit im System zu korrelieren. (...) Auf der Grundlage der Sprache gilt dies dann auch für die Codes der unterschiedlichen Funktionssysteme (...), die sich immer auf einen binären Schematismus stützen. Binäre Schematismen sind besondere Typen von Unterscheidungen (...), die durch eine rigide Binarität unter Ausschluss von dritten Werten gekennzeichnet sind.”*¹⁰²

Nas palavras do próprio LUHMANN (1992: 184) a ideia de código sistêmico é assim sintetizada:

*Code muß daher als Unterscheidung in einer weiteren Hinsicht unterschieden werden, (...), die spezifizieren, unter welchen Bedingungen es richtig, oder unrichtig ist, etwas als wahr bzw. als unwahr zu bezeichnen.”*¹⁰³

¹⁰¹ Como exemplos de códigos binários que regem a comunicação e a racionalidade dos sistemas, podemos mencionar o do direito, *direito x não direito/lícito x ilícito*; o da economia, *dinheiro x não dinheiro*; o da religião, *crer x não crer*. Nos códigos sistêmicos mencionados percebe-se nitidamente o aspecto *positivo* e o *negativo* que servem de critérios para as diferenciações que se operam no fechamento operacional do sistema e de sua heterorreferência com seu ambiente.

¹⁰² Tradução livre: “Por código designamos a “regra de duplicação”, o que quer dizer que cada unidade se correlaciona em sua área de observação com uma correspondente unidade no sistema. (...) Na base da linguagem se valida então também o código dos Sistemas funcionais diferenciados (...), os quais sempre se estabelecem sobre um esquema binário. O esquema binário é certos tipos de diferenciação (...), os quais por meio de uma binariedade rígida são caracterizados pela exclusão de terceiros valores”.

¹⁰³ Tradução livre: “O código como diferenciação deverá, portanto, em outros aspectos diferenciar-se, é dizer diferenciar-se dos programas do sistema, os quais especificam sob quais condições se pode indicar algo como certo ou errado, ou algo como verdadeiro ou, ao contrário, como falso”.

LUHMANN (1994: 603) esclarece que por ser a comunicação codificada e se apresentar como uma “proposta de significado”, esta pode ser entendida ou não, aceita ou rejeitada, como verdadeira ou falsa, correta ou incorreta, obviamente em contexto autopoietico (autorreferencial).

O código binário serve, nesse processo autopoietico de determinação das comunicações que podem ser objeto das operações internas do sistema, à diferenciação do sistema funcional parcial por conduzir à unidade das operações sistêmicas e regular a produção da autodiferenciação (*Ausdifferenzierung*) e, deste modo, filtrando as irritações ambientais (mudanças perceptíveis de estado ocorridas no ambiente) processando-as (ou não) como informações (comunicações) relevantes para o sistema funcional.

Contudo, não há como se falar em código sistêmico sem passar paralelamente pelo estudo dos programas (*Programme*), os quais de modo paradoxal participam também das atividades autopoieticas dos sistemas de função.

Na proposta teórica de LUHMANN, os programas são meios internos que atenuam o rigor do código comunicativo do sistema, com seus valores binários fixos (um positivo; o outro, negativo). Estes **programas sistêmicos** servem à flexibilização da aplicação do código comunicativo binário com a introdução adicional de elementos **contingentes e heterogêneos** de diferenciação.

Em outras palavras, os programas sistêmicos submetem ao sistema funcional terceiros valores que serão paradoxalmente orientados e operacionalizados pela binariedade do código sistêmico. Os valores introduzidos pelos programas emergem de problemas (contingentes) que são submetidos continuamente ao processamento autopoietico do sistema com vistas à produção de soluções que generalizem e estabilizem as expectativas sociais.

Podemos tomar como exemplo uma situação extrema no sistema jurídico, podemos pensar nos *leading cases* ou *hard cases* (DWORKIN) que são submetidos à jurisdição e que demandam uma decisão *sem precedentes* com base na reformulação de programas decisórios do direito (normas – regras e princípios - e procedimentos jurídicos), o que estudaremos no Capítulo IV desta tese como a questão da *bifurcação* (*Bifurkation*).

A aplicação dos programas sistêmicos se presta à redução da unilateralidade restritiva do campo de visão do código binário, o que possibilita o surgimento de *novos* programas (operações) que permitam ao sistema ampliar *estruturadamente* sua própria complexidade e

evoluir, com o alargamento do espectro de suas operações internas. Este ponto será relevante no momento que se der início ao estudo das concepções de LUHMANN sobre a justiça e seu aspecto ‘mutante’, objeto central desta tese.

Os programas ampliam, enfim, o campo da auto-observação (*Selbstbeobachtung*) do sistema, o que possibilita a continuação da reprodução autopoietica (autorreprodução) do sistema de função, isto porque a programação juntamente com o código binário do sistema são os elementos de produção de uma comunicação especializada (LUHMANN, 1988a: 16-17) e de efetiva realização da diferenciação (*Ausdifferenzierung*) do sistema que passa, então, a apresentar-se como unidade de processamento em confronto com o ambiente (*Umwelt*).

Regidos pela racionalidade sistêmica (*Systemrationalität*) que é conduzida pelo código binário de valores do sistema, os programas funcionam como pontos de vista mais amplos e diversificados na auto-observação (*Selbstbeobachtung*) das interconexões das operações realizadas dentro do sistema. Exatamente porque o código binário do sistema não produz nenhum direcionamento operativo, senão somente orienta as operações, na medida em que ele certifica a conexão (*Zusammenhang*) de uma operação sistêmica com as outras que se seguem no interior do sistema.

Desse modo, o sistema cria sua identidade na autodiferenciação (diferenciação autorreferencial) em relação ao ambiente (sistema ↔ ambiente), com uma autorregulação e um autocontrole que mediados por programas que permitem a condução da observação das operações sistêmicas pelo próprio sistema (*Selbstbeobachtung*).

Segundo BARALDI, CORSI & ESPOSITO (1997: 139), também no direito temos como exemplo de programas as normas (regras e princípios) e procedimentos jurídicos, pelos quais, ao ser proferida decisão (sentença, por exemplo), se pode afirmar com correção (critérios autorreferenciais) qual das partes litigantes é a que “tem direito” ao bem da vida em disputa.

Outro aspecto distintivo entre o código binário e os programas está ligado à característica da variabilidade e da invariabilidade.

O código, segundo LUHMANN (1997:377), afirma não pode ser alterado, como, por ex., o código binário jurídico *direito x não direito* (ou *lícito x ilícito*), pois isso implicaria a perda da identidade sistêmica do sistema do direito. Por sua vez, nos programas reina a variabilidade, os quais se criam, recriam-se, modificam-se ou extinguem-se, porém sempre guardando a referência aos valores binários do código do sistema e, assim, submetendo valores ‘estranhos’ aos critérios valorativos do código binário, que os selecionam para propiciar a continuação da autopoiese do sistema. Ou seja, cabe aos programas dar

flexibilidade e amplitude nos pontos de vista da auto-observação do sistema.

Também desta maneira, rompe-se a tautologia autorreferencial gerada pela repetitiva aplicação do código binário.

Esta situação observada do ângulo operacional fecharia o sistema numa circularidade tautológica, que acabaria por impedir o próprio desenvolvimento (evolução) autopoietico do sistema funcional do direito.

Por isso que exatamente por meio dos programas sistêmicos é que se produz a quebra da tautologia decorrente do conceito da autorreferência fundado nos valores do código binário do sistema¹⁰⁴.

Se assim não fosse, a mencionada tautologia produziria resultado destituído de qualquer conteúdo informativo e com isso essa mesma tautologia impossibilitaria o fechamento operacional do sistema e sua autopoiese (autorreprodução).

Para exemplificar poderíamos imaginar um negócio jurídico (contrato de venda e compra) que deve ser testado pelo código do lícito x ilícito ou válido x inválido. E mesmo que se reconheça o fato de que o contrato pode ser observado também como uma operação econômica (como uma transação *pelo* e *no* subsistema da economia), ao mesmo tempo, o sistema do direito observa-o por meio de considerações jurídicas no campo do denominado *direito econômico* – resultante do acoplamento estrutural entre economia e direito.

Nesse aspecto, o contrato pode ser submetido, pelos programas do direito (leis e procedimentos jurídicos) ao crivo de seu código binário e, juridicamente, aquele pode ser *autonomamente* considerado nulo (inválido juridicamente) pelo sistema jurídico (por ex., por ilicitude do objeto ou vício da manifestação da vontade). Não obstante se venha a constar que o mesmo contrato possa apresentar-se como uma operação *economicamente* viável *pelos critérios (autopoieticos)* do sistema da economia.

Importante salientar paralelamente que cabe aos programas sistêmicos gerar a abertura do sistema às irritações provenientes do ambiente, produzindo a adaptabilidade necessária quando aquelas irritações (estímulos) encontram a acima mencionada ressonância dentro do

¹⁰⁴ Como no caso, ora tomado como exemplo, do sistema jurídico, no qual não se poderia romper com a seguinte tautologia autorreferencial: o subsistema do direito se constitui do que é direito ($D = D$); é dizer, que o sistema do direito não se constituiria do não direito ($D \neq nD$). Com a combinação do código com os programas, a autorreferência não surge como decorrência de uma única operação do sistema, em que: $D = D$ (direito é aquilo que é *autorreferencialmente* direito). Mas sim, da operacionalização (aplicação) do código (binário) sistêmico por meio dos programas.

sistema (LUHMANN, 1989: 45). Pois a reprodução (evolução) autopoietica do sistema sempre pressupõe e inclui paradoxalmente os impulsos (*Anstöße*) – como mudanças de estado (diferenças) – advindos do ambiente e que geram um constante aumento e seleção (autopoietica) de dependências externas em torno das alterações nas dimensões temporal, objetiva e social operados no ambiente do sistema funcional (LUHMANN, 1987: 296).

A análise da relação entre código e programas sistêmicos introduz outro relevante ponto da teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN: a questão da dupla contingência (*doppelte Kontingenzt*) (LUHMANN, 1994:149-190).

A ideia da *double contingency* não nasce originariamente no pensamento luhmanniano, tendo sido de fato desenvolvida por Talcott PARSONS (1968: 36-45) em sua teoria.

Talcot PARSONS (1968: 35-45) ao formular a dupla contingência (*double contingency*) concebeu-a como uma relação que se desenvolve com a atuação de *alter* x *ego*. Esta díade representa dois jogadores que se observam reciprocamente em suas seleções comunicativas, como contingência, no sentido lógico de simultânea necessidade e impossibilidade da comunicação que se baseia nas possíveis alternativas apresentadas no processo comunicativo, em que a emissão comunicativa pode ser diversa daquilo que ela aparenta (possibilidade de não ser compreendido), ou seja, pode apresentar outras possibilidades.

No entanto, no bojo da teoria dos sistemas sociais verifica-se o abandono dos contornos psicológicos e psíquicos adquiridos na teoria parsoniana, devido à adoção nele da ideia de ação e de atores/agentes ligados a expectativas estabelecidas em torno de papéis sociais (*role-expectations*)¹⁰⁵. Por sua vez, LUHMANN insere a questão da dupla contingência na moldura de seus sistemas sociais autopoieticos e passar a estudar a díade *alter* e *ego* no contexto da relação sistemas (auto)constitutivos de sentido (*sinnkonstituierende Systeme*), ou seja, sistemas autopoieticos.

Desta maneira, pode-se falar em uma dupla contingência sistêmica de LUHMANN em que a seletividade própria dos sistemas constitutivos de sentido (autopoieticos) – sejam eles sociais ou psíquicos - é contingente.

No *interplay* da dupla contingência emerge a imprevisibilidade e variabilidade da relação comunicativa, em que as expectativas de comportamento podem ser eventualmente desapontadas, colocando-se a possibilidade ou risco de compreender ou de não se compreender; de ser ou não ser compreendido. Os sistemas constitutivos de sentido ao se

¹⁰⁵ Sobre as *role-expectations*, seu conceito, o problema dos desvios, sua relação com a *basic personality*, é conveniente a leitura de Talcott PARSONS (1968: 38-40; 269-272; 226-235).

apresentarem reciprocamente como *black boxes* (LUHMANN, 1994: 156) se remetem aos seus próprios limites autoreferenciais e buscam afastar os riscos da dupla contingência não por meio de um processo de ‘tornar-se transparente’ um para o outro, mas sim pela estabilização das expectativas, não pela estabilização do próprio comportamento (LUHMANN, 1994: 157-158), sendo que de toda sorte esta é contudo pressuposta porque o comportamento deve orientar-se normalmente pela expectativa de comportamento estabilizada.

Digna de registro é a observação de KIESERLING (1999: 93) de que à forma da dupla contingência se relaciona o aumento de complexidade do sistema social concebida como uma indeterminação da complexidade social que é apta até mesmo a fazer surgir novos sistemas sociais que possam apresentar soluções a problemas emergentes. Em outros termos, a dupla contingência remete à sempre crescente necessidade de orientação do processo comunicativo com a estabilização de novas expectativas colocadas dentro de infinitas possibilidades.

Neste passo, torna-se imprescindível uma breve análise do conceito de expectativas (*Erwartungen*) no pensamento de LUHMANN, tanto pela importância para sua sociologia geral, como também para a sua sociologia jurídica.

As expectativas (*Erwartungen*) se apresentam como uma condensação de referências de sentido (*Sinn*). Estas referências de sentido servem como uma orientação de modo relativamente estável para o processo comunicativo e a projeção dos comportamentos em relação à contingência e a complexidade presente no mundo social (BARALDI, CORSI & ESPOSITO, 1997: 45).

LUHMANN (1997: 40) chega a mencionar que as expectativas ao se defrontarem com a contingência e a complexidade passam a demandar o estabelecimento de um nível de abstração reguladora e integrativa em relação às expectativas concretas formadas nos espaços também concretos de vivência, o qual se insere na função de uma estrutura (de expectativas). A estrutura em questão se insere segundo LUHMANN (1994: 139) no campo da teoria dos sistemas sociais, em que as estruturas desses sistemas podem ser definidas como expectativas generalizadas de comportamento. Neste contexto o conceito de expectativa remete a uma estrutura de referências de objetos dotados de sentido ou sentidos tematizados e que somente em forma condensada podem vir a ser utilizados (LUHMANN, 1994: 140).

Como bem acentuam a respeito BARALDI, CORSI & ESPOSITO (1997: 46), os sistemas – sejam sociais, sejam psíquicos – observam a contingência do ambiente na forma de expectativas. Assim acabam por transformar essa contingência em incerteza de expectativas,

como sua própria incerteza, pondo à mostra como se deve tratar uma perspectiva de arranjo de uma determinada situação no futuro.

O que LUHMANN propõe é que as expectativas (*Erwartungen*) servem de meio para orientar-se – no sentido de prever, prevenir e antever - em face da contingência do mundo, traduzida como incerteza e variabilidade.

Como estruturas de sentido, as expectativas são utilizadas pelos sistemas funcionais como meios de seletividade – como possibilidade de escolhas – em face do horizonte aberto de possibilidades indetermináveis e da possibilidade de generalização de sentidos comunicativos, ou melhor, comunicáveis.

A seletividade pressupõe *a priori* uma delimitação do espectro de possíveis escolhas. Neste quadro a condensação de sentidos possui a dupla função de produzir uma forma reduzida de complexidade pela seleção de possibilidades a partir do domínio generalizado que é o ambiente e que disponibilizam para o sistema limites já testados em situações antecedentes ou que sempre se repetem, criando uma memória baseada na confiança (LUHMANN, 2005: 33-37) de que determinadas expectativas serão confirmadas no porvir.

A **consistência** das operações internas do sistema depende da **previsibilidade**¹⁰⁶ de certos comportamentos, eventos ou operações, que devem ou que se esperam repetir no futuro. Dentro dessa moldura, as expectativas são mecanismo de redução dos riscos gerados pela contingência, com sua variabilidade e de imprevisibilidade.

Aprofundando-se a ideia da relação das expectativas com a estrutura autopoietica dos sistemas funcionais, depara-se com outro ponto relevante da sociologia geral de Niklas LUHMANN, qual seja o das *expectativas de expectativas* (LUHMANN, 1987a: 148-190) no contexto da *dupla contingência* e a interação comunicativa entre *alter* e *ego*.

As expectativas de expectativas emergem no momento em que *ego* tem a expectativa que *alter* tenha expectativa de que *ego* tenha a intenção de praticar ou não determinada conduta. Exemplo disso se dá quando *ego* tem a expectativa de seu amigo (*alter*) tenha a expectativa de que *ego* o convide para uma degustação de vinhos bordaleses.

Quando se observa, segundo LUHMANN, que nos sistemas sociais as estruturas de expectativas de expectativas mobilizam a formação de estruturas reflexivas em que as expectativas são extraídas de outras expectativas. Tais expectativas reflexivas se colocam a serviço das estruturas dos sistemas funcionais ao exatamente se apresentarem pressupostos da escolha dos elementos que constituirão cada unidade do que será objeto da comunicação,

¹⁰⁶ Que no caso do direito denominamos de *segurança jurídica* (*Rechtssicherheit*).

como sequência seletiva das comunicações dotadas de sentido.

A estabilização e a estruturação (generalização) das expectativas reflexivas – que são as expectativas de expectativas – estão correlacionadas com a autorreferência (*Selbstreferenz*) e auto-observação (*Selbstbeobachtung*) do sistema ao conduzir o estabelecimento de um domínio interno de complexidade estruturada, ou seja, a uma programação em torno de operações recursivas.

Nesse espaço de complexidade estruturada surgem as condições necessárias a que o sistema estabeleça seus programas funcionais que lidam com a demanda sistêmica de redução da complexidade do ambiente (entorno) do sistema. Os programas, em outras palavras, prestam-se ao aumento da previsibilidade que torna possível a reprodução (autopoiética) das operações atuais e futuras do próprio sistema funcional. Esta circunstância é percebida na vida cotidiana de todos nós, pois para que possa programar alguma atividade ou investimento é necessário que se tenha uma mínima previsibilidade de comportamentos ou ocorrências no futuro (expectativas).

As expectativas submetidas de modo absolutamente contingentes – ou seja, desestruturadas - e, portanto, imprevisíveis resultariam na paralisação das funções do sistema social parcial. Exemplo disso seria a falta de previsibilidade e a absoluta incerteza de receber e de efetuar pagamentos ou de cumprimento dos contratos no sistema da economia.

Na vida pessoal de cada um de nós se percebe uma necessidade de uma estruturação mínima de expectativas de futuro, como, para ilustrar, ao celebrar negócio na aquisição com pagamento em parcelas mensais há de se ter a expectativa de que continuarei a receber meus salários e de que provavelmente se manterá o emprego. Deste modo, também, há de ser verificado se as receitas (expectativa de receber os salários) estão dentro dos limites do orçamento pessoal (programa). Se isto não for constatado, só resta a conclusão responsável de que não como celebrar o negócio,

Por outro lado, surgem outras *expectativas de expectativas* relacionadas: *ego* deverá ter a expectativa de que *alter* - a outra parte no negócio - tenha a expectativa de que *ego* tenha a capacidade de efetuar os pagamentos mensais futuros. (isto é, tenha rendimento para tanto).

As dificuldades desse modelo surgem quando se percebe que há sempre uma margem para que de modo eventual as expectativas sejam frustradas, não obstante já estarem devidamente estruturadas. No plano dos sistemas funcionais da sociedade é suscitada a questão de como estes reagem a essas frustrações de expectativas (*Erwartungsenttäuschungen*).

Das possíveis reações à frustração das expectativas, surge a seguinte distinção: expectativas cognitivas x expectativas normativas.

LUHMANN nos brinda com duas possíveis saídas: resistir ou aprender. Em sua sociologia ele desenvolve dois conceitos, o de expectativas normativas (*normative Erwartungen*) expectativas e o outro de expectativas cognitivas (*kognitive Erwartungen*).

As denominadas expectativas cognitivas pressupõem a capacidade de apreender (*Lernfähigkeit*) em face de situações que constituem uma variação não esperada de comportamento que não corresponde à estrutura de uma expectativa de conduta previamente de conduta, ou seja, um comportamento desviante do padrão esperado.

No sistema funcional envolvido a conduta desviante pode gerar uma postura de disposição a aprender com essa ‘novidade’. Neste quadro o sistema não resistirá ao desvio. Ao contrário, ele aprenderá com a frustração e criará e se reprogramará incorporando evolutivamente novas expectativas de conduta ao repertório de expectativas de comportamento futuro.

Já nas expectativas normativas está-se diante da necessidade funcional de estabilizar no sistema social determinados comportamentos imprescindíveis ao funcionamento do sistema social, com a produção de grau mínimo de segurança gerado pela previsibilidade do comportamento. É dizer que as expectativas estão determinadas a não aprender e se utilizam de meios sistêmicos para estabilizar contrafaticamente as expectativas de conduta por necessidade prioritária de segurança e de integração social (LUHMANN, 1987: 44). Isto se dá de modo claro com relação às regras de circulação no trânsito

Vê-se, nitidamente, como a questão da prioridade de segurança social – como no caso das normas de trânsito - impõe uma estabilização contrafática (coercitiva) do comportamento normativamente esperado.

Contudo, tanto as expectativas cognitivas como as expectativas normativas devem ser vislumbradas como estratégias sociais de redução *ou* minoração (*Minderung*) dos riscos.

LUHMANN (1987: 50) levanta duas hipóteses interessantes: (a) nas expectativas cognitivas, há a possibilidade de não se aprender; (b) nas expectativas normativas, há a possibilidade de aprendizado.

Isso se deve ao fato de que da questão da redução dos riscos possa emergir a possibilidade de admitir a incorporação de novos comportamentos e, desta maneira, os sistemas funcionais aumentam sua complexidade estrutural.

Nas expectativas normativas coloca-se precipuamente a função do sistema jurídico, mas,

como se verá em capítulo próprio, o problema da justiça em LUHMANN relaciona-se em muito com a questão das expectativas cognitivas e no seu papel evolucionário no direito.

Ao se mencionar a existência de um papel evolucionário dos programas, verifica-se que há ainda outro aspecto conceitual da teoria de LUHMANN que por estar também relacionado à questão da justiça no pensamento de Niklas LUHMANN exige o esclarecimento necessário ao desenvolvimento desta tese, qual seja o conceito de *evolução sistêmica*.

De início cabe esclarecer que LUHMANN formula sua teoria da evolução sistêmica a partir da ideia de uma epistemologia *evolutória*, termo cunhado nos escritos de Donald T. CAMPBELL (1974). Tanto que LUHMANN adota a expressão *aquisições evolucionárias* (*evolutionäre Errungenschaften*) (LUHMANN, 1994: 104-105) para expressar o processo de evolução do sentido (*Sinn*) e de seu reflexos nas operações e na variabilidade das estruturas dos sistemas funcionais da sociedade. Fala-se, então, na teoria luhmaniana em mecanismos *evolucionários* em vez de processo *evolutivo*, o que demonstra a cautela de LUHMANN (TEUBNER, 1988: 228) de não ter sua teoria incluída nas correntes sociológicas inspiradas pelo denominado *darwinismo social*¹⁰⁷ - que são hodiernamente vistas com olhos críticos na teoria social.

Esta postura *evolucionária* de Niklas LUHMANN não pode ser tomada como uma mera questão terminológica, isto porque, como se verá nos parágrafos seguintes, cuida-se de uma distinção substancial na perspectiva teórica.

Neste ponto, merece menção o elucidativo esclarecimento de Gunther TEUBNER (1988: 228) a respeito do tema no sentido de que Donald T. CAMPBELL (1969; 1974) trouxe grande contribuição com a elaboração de seus mecanismos *evolutórios* da variação, da seleção e da estabilização. TEUBNER (1988: 225-226; 228) prossegue expondo que no evolucionismo social de matriz darwinista há uma preocupação ligada às unidades evolutivas (indivíduos humanos, grupos sociais, raças e outros) aliadas à atribuição de uma *direção* ao processo de mudança¹⁰⁸, enquanto que na perspectiva *evolucionária* o foco está nos fenômenos sócio-

¹⁰⁷ Boa síntese sobre este tema, encontramos em Michael RUSE (1987: 24-26), na qual esse autor aponta Herbert SPENCER como criador de uma versão própria do *darwinismo social* em que postula um sistema socioeconômico fundado em um bastante extremado *laissez-faire*, em que o governo tomaria uma postura não interventiva nos problemas sociais como decorrência da ideia da sobrevivência dos mais aptos submetidos a um constante processo de seletividade social que conduziria ao progresso da sociedade.

¹⁰⁸ Johann DIECKMANN (2004: 31) também registra outro importante ponto sobre a distinção entre a teoria evolucionista e a corrente evolutória no campo das ciências sociais que reside no fato de que a primeira (evolucionista) se centra na ideia biológica da adaptação dos organismos ao ambiente. Este ponto não exerce um papel relevante no interior do pensamento evolutório, apesar de que a questão da adaptabilidade surge criticamente em LUHMANN inserida no contexto da autopoiese em que as alterações das estruturas dos sistemas não são produto de uma causalidade *imediate* com o ambiente, mas mediadas pelos mecanismos evolutórios,

culturais e nos *mecanismos* de desenvolvimento. Por este último prisma, a evolução não pode ser mais vista como a sobrevivência dos mais aptos em sua luta pela vida, mas sim que “*Evolutionary normality is the co-existence of a rich variety of viable social-cultural phenomena*” (TEUBNER, 1988: 228).

LUHMANN incorpora os mecanismos evolutórios de CAMPBELL em sua teoria geral dos sistemas sociais (LUHMANN, 1991: 584-592; 1994: 411; 2000a: 261-263) e inclusive em sua sociologia do direito (LUHMANN 1987: 63-64)¹⁰⁹.

Por outro lado deve ser ressaltado que conceitualmente na teoria dos sistemas de LUHMANN traz a questão de como um sistema estruturalmente determinado pode alterar sua estrutura, por meio de suas próprias operações (autopoiese).

Como já visto, esta mudança estrutural se dá por meio de três mecanismos: variação, seleção e estabilização. E é no contexto desses três mecanismos (LUHMANN, 1997: 456-485) que se vislumbra aspecto ressaltado por LUHMANN, de que os três podem indicar expressões diferentes de dependência, a partir das quais o sistema passa a evoluir.

A relação entre variação, seleção e estabilização deve ser inserida na ideia de uma circularidade e não em uma causalidade linear. Essa circularidade pode ser representada pelas possibilidades de variação/alterabilidade que passam a demandar uma seletividade já estabilizada, a qual por seu turno estabiliza as modificações que se fundam nas possibilidades do próprio mecanismo tripartite (variação, seleção e estabilização), em que uma seleção certifica e assegura uma alteração operada e a estabiliza.

Esta é a mesma circularidade que permite à autopoiese (reprodução evolutiva) do sistema criar a premissa necessária para que a variação estrutural dos sistemas sociais não produza instabilidades em seu interior, ao impedir que as constantes mudanças de estado do ambiente (*Umwelt*) - que decorrem de sua hipercomplexidade (excedente de informações) que não podem ser sincronizadas com a perspectiva sempre ‘redutora’ do sistema - venham a paralisar o sistema e impedir sua evolução (estruturada). Assim, ao perceber as irritações (mudanças de estado) do ambiente o sistema pode adotar duas estratégias: a indiferença (*Indifferenz*) ou variação seletiva em suas estruturas.

pela autorreferência e pelo fechamento operacional do sistema funcional, ou seja, uma *automodificação* (LUHMANN, 1994: 477-479).

¹⁰⁹ TEUBNER (1988: 228) ao falar sobre a adoção por Niklas LUHMANN dos mecanismos evolutórios de CAMPBELL em sua teoria sociológica do direito sintetiza que ele (LUHMANN) propõe mecanismos bem definidos de evolução legal em que de modo claro se constata que no “*legal system, normative structures takes over variation, institutional structures (especially procedures) take over selection, and doctrinal structures takes over retention*”.

Colocando essa questão em outros termos, a evolução dos sistemas sociais se processa de modo autorreferencial (autopoietico) em que o mecanismo evolutivo não é acionado imediata e diretamente pelas mudanças de estado operadas no ambiente do sistema, *from outside*. Essas mudanças provêm do ambiente, mas elas são internalizadas, ou não, por critérios próprios do sistema funcional, o que traduz um fechamento operativo (*operative Geschlossenheit*), pressuposto da autopoiese.

Na sua concepção da autopoiese dentro de um *hiperciclo* o sistema social em evolução deve desenvolver (autopoieticamente), um alto grau de autonomia em relação às influências externas (TEUBNER, 1988: 229-234)¹¹⁰.

Este fechamento operativo (*operative Geschlossenheit*) não exclui a abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*), a qual permite ao sistema a percepção de que ele é um sistema em um ambiente, tanto que LUHMANN (1989: 29) afirma que: “*The environment can make itself noticed by means of communicative irritations or disturbances (...)*”.

Esta abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*) e sua relação com a o fechamento operativo (*operative Geschlossenheit*) constitui um dos mais relevantes paradoxos luhmannianos. Para desparadoxá-lo (*entparadoxieren*) há que observar que estes conceitos se referem a níveis diferentes de desenvolvimento dos sistemas funcionais da sociedade moderna.

Com vistas à preservação da autonomia das operações do sistema em sua relação com o ambiente, no nível operativo há de existir um alto grau de independência sistêmica relacionado à autopoiese o que nos faz retornar ao já aventado tema da *re-entry*.

A *re-entry*, como reentrada da forma na forma ou da diferença na diferenciação (BROWN, 1972), em LUHMANN é posta como elemento de autocomprovação do sentido (*Sinn*) por permitir o enfrentamento de outro paradoxo luhmanniano, o da *unidade na diferença* entre sistema e ambiente.

Essa *unidade na diferença* permite a produção da identificação das operações que, na forma da autorreferência (*Selbstreferenz*) e auto-observação (*Selbstbeobachtung*) do sistema, possam continuar ou não continuar a se produzir ou reproduzir em seu interior. Para LUHMANN a realização da diferença (*Differenz*) pela indiferença (*Indifferenz*) em relação àquilo que não deve continuar a operar no sistema, exatamente porque não possa ser processado pela racionalidade do sistema (*Systemrationalität*) regida por seu código

¹¹⁰ Sobre a questão do hiperciclo na visão da autopoiese de TEUBNER e sua distinção com relação a teoria autopoietica de LUHMANN, oportuna a observação de Antonella CHIOFALO (2011, 127) quando diz que: “*Pertanto Teubner, a differenza di Luhmann, ritiene che l'autopoiesi del diritto non possa identificarsi unicamente nel processo di autoriproduzione del diritto o meglio degli atti giuridici, che lo costituiscono, ma in una chiusura o autonomia graduale, fondata sulla crescita progressiva delle relazione circolari*”.

comunicativo binário (p. ex., no direito: *lícito x ilícito*). O que foi excluído do sistema deve ser observado como ambiente (*Umwelt*) e, desta maneira, pode o sistema observar a si mesmo em seu fechamento operacional (*operative Geschlossenheit*).

Na teoria sistêmica luhmanniana os sistemas funcionais passam, assim, a ser vistos como núcleos de processamento autorreferencial de sentido (*Sinn*) emergente porque eles estabelecem autopoieticamente seu critério seletivo das informações do ambiente que, em forma de uma tautologia, *passam a fazer-lhes sentido*, preservando sua heterorreferência com o ambiente.

Somente aquilo que ‘faz *sentido*’ para o sistema pode constituir objeto de suas operações e participar da formação das estruturas. Aquilo que não pode ser processado como informação pela racionalidade do sistema fica proscrito a um *unmarked space*¹¹¹ – a parte do ambiente (*Umwelt*) colocada fora do campo de observação do sistema funcional.

Uma das críticas mais comuns à teoria dos sistemas é a de que os sistemas funcionais luhmannianos estariam submetidos ao solipsismo da autorreferência autopoietica e de seu fechamento operativo com relação ao ambiente intrassocial. Este argumento é refutado pelo próprio LUHMANN (1994: 25) quando escreve que:

*Die Umwelt ist ein notwendiges Korrelat selbstreferentieller Operationen, weil gerade diese Operationen nicht unter der Prämisse des Solipsismus ablaufen können*¹¹².

Podemos notar que a pecha de solipsismo sistêmico começa a perder sentido¹¹³ quando se percebe que na proposta luhmanniana ocorre algo distinto, porque a própria autorreferência

¹¹¹ Esse *unmarked space* é expressão utilizada por George Spencer BROWN (1972), a qual LUHMANN passa a utilizar em sua teoria para indicar aquele espaço inobservável pelo sistema por escapar ao alcance dos elementos perceptivos do sistema, ou seja, por contar irritações e informações virtuais que não ser processada pelo código binário comunicativo do sistema, ou seja, não podem constituir informações na ótica da racionalidade sistêmica (autorreferencial).

¹¹² Tradução livre: “O ambiente é um necessário correlato das operações autorreferenciais, exatamente porque estas operações não podem ser processadas sob a premissa do solipsismo”.

¹¹³ Ainda que implicitamente, Gábor KISS (1986: 88) afasta qualquer forma de solipsismo sistêmico ao apontar que: *„Die Öffnung des autopoietischen Systems ist sensorisch: Damit ist gemeint, daß Umweltinformationen wahlweise in das System hereingeholt werden und daß Prozesse der Informationsgewinnung und – verarbeitung Anlässe dazu bietet, die zirkulären Vorgänge von Selbst – und Fremdbeobachtungen und von den darauf gründenden Selbst – und Fremdschreibungen des Systems zu modifizieren. Hier in diese Tiefenschicht von Wahrnehmungsweisen bzw. in diesem Verhältnis Von autopoietischer Operation und Beobachtung liegt nach neuesten Erkenntnissen die Bedingung der Möglichkeit der Konstitution von Sinn.“* - Tradução livre: “A abertura do sistema autopoietico é sensorial: com isso se quer significar que as informações do ambiente são introduzidas seletivamente no sistema, e que o processo de produção de informação se oferece como causas do processamento

deve se referir a uma diferenciação em que a diferença emerge da comparação com aquilo que é diferente (*re-entry*). Em suma: a autorreferência (*Selbstreferenz*) resulta paradoxalmente da observação de uma heterorreferência (*Fremdreferenz*) (sistema $\Leftrightarrow$ ambiente)!

O sistema funcional se estrutura em sua relação com o ambiente (*Umweltverhältnis*), do qual ele se considera dependente e no qual observa as variáveis controláveis e incontroláveis surgidas nas dimensões temporal, fática e social.

Nessa constante observação, os sistemas se utilizam de assimetrias para poderem processar autorreferencialmente os dados naturais relativos às mudanças de estado do ambiente – como fatos indetermináveis em seu número e que ocorrem a todo instante no ambiente. Deste modo, os sistemas poder internalizar aqueles dados (ocorrências)– que por seus critérios podem produzir-lhes algum sentido comunicativo.

Desta maneira, os sistemas constroem um sentido próprio para os eventos que são por eles observados no ambiente, excluindo-os ou incorporando-os autosseletivamente em suas operações internas, construindo assimetrias para reduzir a (hiper)complexidade do ambiente, em sua periferia, e assim organizar-se autopoieticamente.

Esse processo autosseletivo de observação do ambiente se produz o conceito de abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*) do sistema funcional parcial da sociedade que por meio de uma assimetriação entre sistema e ambiente que permite a redução da hipercomplexidade do ambiente, estruturando sua própria complexidade interna, como uma autossimplificação (*Selbstsimplifikation*) no sistema (LUHMANN, 1994: 39, 89, 191, 268, 406, 424, 628).

Na verdade, o sistema autopoietico sua função social em relação a seu ambiente deve atuar como um *observador de segunda ordem*¹¹⁴.

A figura do *observador* é relacionada por LUHMANN aos sistemas psíquicos (*psychisches System*), como também aos sistemas sociais (*soziale Systeme*), pois para ele a *observação* é simplesmente uma operação de diferenciação (*Unterscheidung*) e designação (*Bezeichnung*) realizada por um sistema psíquico ou por um sistema social no processamento autorreferencial de sua comunicação funcionalmente especializada. A possibilidade de um sistema ‘não-humano’ *observar*, como, no caso, de um sistema social, surge como aplicação

do fenômeno circular da auto e da hetero-observação, e sobre estas estabelece a modificação da auto e da heterodescrição do sistema. Nessa perspectiva mais aprofundada do modo de percepção no sentido de que nessa relação entre operação autopoietica e a observação repousam as condições de possibilidade de constituição de sentido (*Sinn*), para a aquisição de novos conhecimentos”.

¹¹⁴ Concepção introduzida por LUHMANN à sua teoria, originária de Humberto Maturana e Francisco Varela (1991).

nas ciências sociais das pesquisas no campo da *cibernética de segunda ordem*¹¹⁵ de Heinz von FOERSTER (1981)¹¹⁶ e que é aportada por LUHMANN a sua teoria com importante aplicação a seus sistemas funcionais.

No contexto da teoria sistêmica, a *observação de segunda ordem* (*Beobachtung zweiter Ordnung*) é apontada por LUHMANN (1997: 766) como uma consequência importante da diferenciação funcional entre os subsistemas, pela qual se dá uma ‘observação de observadores’ LUHMANN (2006: 155-156).

Na verdade, para sintetizar esse elemento de alta complexidade na teoria dos sistemas, a observação de segunda ordem permite ao sistema observar o modo pelo qual ele próprio observa sua periferia no ambiente intrassocial. Nessa perspectiva, (LUHMANN, 1997: 766) todos os sistemas funcionais observam suas próprias observações no plano da observação de segunda ordem, estabelecendo, assim, seus respectivos modos e utilizando as oportunidades de auto-observação para que possam construir sua própria realidade.

Ao referirmos à observação de segunda ordem como meio de construção da realidade *interna* do sistema, põe-se à mostra a postura construtivista¹¹⁷ da teoria sistêmica de Niklas LUHMANN¹¹⁸.

Essa observação de segunda ordem ao ser inserida no prisma de uma *auto-observação*, LUHMANN (1997: 889) propõe a existência de uma perspectiva ‘crítica’ ou reflexiva dos sistemas, na qual as operações do sistema se expõem à observação pelo próprio sistema. Como, p. ex., quando LUHMANN (1994: 127) registra o fato de que na economia os observadores se observam mutuamente por meio do mercado e dos preços ali praticados.

O que não exclui absolutamente a hetero-observação que torna possível a identificação de pontos de convergência, os quais são valores comuns ou complementares a partir dos quais poderão ocorrer os acoplamentos estruturais e as interpenetrações entre o sistema que observa

¹¹⁵ Os estudos de von FOERSTER e de John von NEUMANN resultaram na criação dos primeiros computadores.

¹¹⁶ No campo de pesquisa da aplicação filosófica da teoria *cibernética* encontramos os estudos de Gotthard GÜNTHER (2008) em torno da possibilidade de admitir-se a consciência das máquinas.

¹¹⁷ Ao comentarem o construtivismo de Niklas LUHMANN, KING & THORNHILL (2006: 207) prelecionam que: “*Constructivism is a philosophical view which offers an epistemological alternative both to ontological realism and to realism, which results in solipsism. While realism asserts that the world is ‘out there’ and perceived by an observer (or subject) more or less the way it really is and that finding truth means finding an image of reality which corresponds more accurately to what is really out there, solipsism asserts that the world is a mere invention of the observer. This invention has no correspondence whatsoever outside it and no external criterion of truth. Constructivism rejects both the image and mapping approach of realism and the pure subjectivity of solipsism*”.

¹¹⁸ Niklas LUHMANN (1991: 321-331) identifica seu construtivismo epistemológico com a denominada corrente do ‘construtivismo radical’, seguindo a esteira dos estudos de Ernst von GLASERSFELD (1997). Para um aprofundamento sobre as relações entre a teoria dos sistemas e o construtivismo de GLASERSFELD recomenda-se a leitura de Fritz B. SIMON (2011).

e outros sistemas funcionais. Esse é o particular propósito da abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*) que permite a percepção de eventuais acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*)¹¹⁹, tema que será objeto de detalhamento no último capítulo da presente tese.

Como consideração final deste tópico, deve ser anotado que todos os conceitos aqui delineados servirão de base terminológica que permitirá o subsequente estudo jus-sociológico e jusfilosófico da *autopoiese* na singular concepção do sistema jurídico de Niklas LUHMANN.

2.2. Autopoiese e fechamento operacional do sistema jurídico

Quando se adentra o tema da autopoiese em sua direta aplicação ao direito, surgem aspectos que necessitam ser explorados analiticamente para que se possa elaborar as conexões e as consequências da adoção dessa ideia por LUHMANN em sua teoria com o problema da justiça nas operações do sistema jurídico.

Este problema se vincula à perquirição preliminar de como um sistema operativamente fechado possa produzir uma justiça funcionalmente dirigida como comunicação a seu ambiente social (periferia do sistema jurídico).

Para a compreensão ou aproximação do tema, deve ser retomado aspecto acima já estudado, o de que a autopoiese na sociologia de LUHMANN pressupõe uma autorreferência que produz um enclausuramento das operações do sistema.

Neste quadro analítico, indaga-se: qual o sentido da clausura operativa do sistema jurídico? Com que grau de literalidade se pode tomar a expressão fechamento operativo (*operative Geschlossenheit*)?

¹¹⁹ Sobre a ideia dos ‘acoplamentos estruturais’ fiquemos por ora com o seguinte excerto em que Niklas LUHMANN (1991: 36) registra que: „Operative Schließung heißt nicht, daß es zu kausalen Unabhängigkeiten, zur wechselseitigen Isolierung kommt. Erreichbar ist nur, aber das genügt, daß diese [...] Systeme durch strukturelle Kopplungen verknüpft werden und sich in einer Form beeinflussen, die mit voller Autonomie im Bereich der jeweils eigenen Operationen kompatibel ist.“ – Tradução livre: “O fechamento operativo não quer dizer que se chega a independências causais, a um isolamento recíproco. Somente é realizável, o que basta, que os [...] sistemas sejam entrelaçados por meio de acoplamentos estruturais e que se influenciem de uma forma que seja compatível com sua total autonomia, no campo de suas próprias operações”.

Essa ideia do fechamento operativo é fonte de muitas incompreensões de alguns dos comentadores da teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN, pois em muitas ocasiões ela é tomada em sua literalidade sem observar o contexto teórico, sem dúvida, complexo em que está inserida.

A formulação luhmanniana do fechamento operacional do sistema jurídico passa pela compreensão inicial de que para LUHMANN (1995: 41) o direito não pode ser compreendido como uma estrutura constituída regras, normas e textos (normativos), como usualmente se o tem classificado¹²⁰, mas se deve deslocar do foco da estrutura para o das *operações*.

Partindo da premissa luhmanniana – acima já analisada – de que o sistema constitui sua autorreferência por meio de uma heterorreferência, traduzida na diferença entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*), encontramos o conceito de *operação*.

LUHMANN (1995: 50) registra que o termo *operação* se reflete em duas dimensões: a temporal (*zeitlich*) e a fática (*sachlich*). Na temporal as operações são eventos e, portanto, não detém estabilidade, apesar de que quando objeto de observação apresentam uma duração mínima e que, deste modo, não podem ser modificadas. Na fática, a operação se apresenta como produção de uma *diferença*, como, por ex., no momento da propositura de uma ação em juízo.

As *operações sistêmicas* como eventos e produção de diferença dentro do sistema são colocadas por LUHMANN (1995: 41, 44, 45) como meios produtores e reprodutores da distinção entre sistema e ambiente por meio de sua recursividade e que também na rede de *operações* (*Vernetzung*) produzem o reconhecimento de quais *operações* pertencem ou não ao sistema, em decorrência da autorreferência própria do sistema. Desta maneira, a *estrutura* na teoria dos sistemas correspondente à alta seletividade do entrelaçamento das operações que produzem a realidade do direito não em uma idealidade *estável*, como em uma estrutura de normas existentes no sistema, mas tão-somente nas operações que no interior do sistema do direito produzem e reproduzem um sentido jurídico específico („...*Operationen, die den rechtsspezifischen Sinn produzieren und reproduzieren*”).

¹²⁰ Vejamos como primeiro e célebre exemplo, o caso de Hans KELSEN (1960: 32), para quem o ‘direito’ se constitui em um “diciplinamento do comportamento humano” (*als Ordnungen menschlichen Verhaltens*), que, também, como „*Ordnung*“ (ordenamento) ele é *um sistema de normas*, pelas quais constitui sua unidade e que tem seu próprio fundamento de validade. Para Herbert Lionel Adolphus HART (1994) a ideia do direito como um sistema de normas também surge em sua não menos célebre dicotomia das *rules of obligation* e *rules of recognition*.

O sentido jurídico (*rechtsspezifischer Sinn*) que emerge, por sua vez, como consequência da formulação luhmanniana de sistema como sistema social incumbido de uma comunicação¹²¹ social *funcionalmente especializada* (LUHMANN, 1995: 40-41).

Bom que se registre que as operações que se realizam no interior do sistema se inserem no conceito de *decisão*. Essa interpretação se funda na visão de LUHMANN (1987a: 207-217) de que de modo equívoco, por influência do positivismo científico, passou-se a ver o conceito de positividade que funda na ideia de uma ‘norma positivada’, posta pelo legislador. Sem meias palavras, LUHMANN (1987a: 208) declara que: „*Das Recht stammt nicht aus der Feder des Gesetzgebers*“ (“O direito não se origina da pena do legislador”).

LUHMANN se posiciona teoricamente contra essa deficiência do conceito de positividade do direito, que conduz a um ‘decisionismo’ (LUHMANN, 1995: 38-39), sendo que este autor recoloca a questão das decisões jurídicas em um processo decisório autopoietico e autorreferente em que a validade do direito é imputada ‘juridicamente’ a essas mesmas decisões. Essa é também uma das consequências do fechamento operativo, cuja plena exploração extrapolaria os limites temáticos desta tese.

Mas deve ser ainda observado que, neste contexto, o sistema jurídico em sua autopoiese produz uma estabilidade dinâmica independente da intangibilidade ou da alterabilidade de suas estruturas, como, por ex., uma modificação normativa causada por uma mudança legislativa. O que ostenta um valor de realidade das estruturas é o encadeamento dos eventos comunicativos em que as normas jurídicas são explícita ou implicitamente citadas, interpretadas¹²² e aplicadas¹²³ em decisões (jurídicas), ainda que já tenham sido revogadas (no caso da ultratividade normativa).

¹²¹ Recordamos que acima já feita a análise, nesta tese, da peculiar concepção de *comunicação* na teoria dos sistemas de LUHMANN, em torno de sua impossibilidade e de sua operação por meio de seus três elementos: informação (*Information*), emissão comunicativa (*Mitteilung*) e compreensão (*Verstehen*) (LUHMANN, 1995: 51).

¹²² Neste ponto, dever ser mencionado o modo particular de LUHMANN ver a questão da interpretação das normas jurídicas na moldura autopoietica e da concepção das operações dos sistemas funcionais como eventos comunicativos dirigidos ao conjunto da sociedade, em sua sociologia jurídica, sendo, nesse afã, conveniente a leitura do seguinte excerto em que LUHMANN (1995: 364) preleciona: „*Man wird unterstellen dürfen, daß die Interpretation nur das in den Text hineinliest bzw. aus ihm herausholt, was sich in der Kommunikation argumentativ verwenden läßt. Würde der Text selbst schon garantieren, daß alle Leser ihn in allem Situationen gleichsinnig verstehen, bedürfte er keiner Interpretation. Interpretiert wird nicht zur Selbsterleuchtung, sondern zur Verwendung in kommunikativen Zusammenhängen, wir immer selektiv dann Ergebnisse, Gründe, Argumente vorgetragen werden und wie immer die Sicherheit, weitere Argumente nachschieben zu können, aus Inanspruchnahme und Anerkennung von Autorität beiträgt. Man unterstellt dabei, daß die an der Kommunikation Beteiligten denselben Text an Augen haben. Di Schriftform des Textes garantiert nicht unbedingt Grenzen der Kühnheit des Interpretierens, wohl aber die Einheit des sozialen Zusammenhangs einer kommunikative Episode. Sie konstituiert ein soziales Medium für das Gewinnen neuer Formen, nämlich guter Gründe für eine bestimmte Auslegung des Textes*”. Tradução livre: “Pode ser suposto que a interpretação se encontra somente dentro do texto ou, então, que do texto se extrai o que de modo argumentativo serve para a

Como eventos comunicativos, todas essas operações do sistema jurídico devem referir-se ao código binário do sistema para manter o fechamento operativo da autopoiese do sistema. Para LUHMANN o código do sistema ordena as operações do sistema jurídico, utilizando a forma de uma diferenciação binária entre *direito* x *não-direito* e, também, de distinções adicionais como *lícito* x *ilícito*, *válido* x *inválido*, *jurídico* x *antijurídico* e *constitucional* x *inconstitucional* (LUHMANN, 1995: 95), dentre outras possibilidades.

A relação entre a diferenciação (*Ausdifferenzierung*), fechamento operacional (*operative Schließung*) e código sistêmico jurídico é esclarecida por LUHMANN (1995: 60) nos seguintes termos:

*Für die Ausdifferenzierung und operative Schließung eines Rechtssystems scheinen nun zwei weitere Errungenschaften wichtig zu sein, die sich wechselseitig stimulieren, und zwar (1) die funktionale Spezifikation des Rechts, das heißt: die Ausrichtung auf ein spezifisches gesellschaftliches Problem, und (2) die binäre Codierung des Systems durch ein Schematismus, der einen positiven Wert (Recht) und einen negativen Wert (Unrecht) vorsieht.*¹²⁴

Este *código binário comunicativo* funciona como instrumento de seleção da comunicação que se pode operar dentro da racionalidade do sistema (*Systemrationalität*), ou

comunicação. Se o próprio texto pudesse garantir que todos seus leitores entendessem a mesma coisa em todas as situações, não se faria necessária nenhuma interpretação. Não se interpreta para a autoiluminação, senão para utilizar o interpretado num contexto de comunicação que contribui para o reconhecimento da autoridade – não importando o quão seletivamente se comuniquem os resultados, as razões, os argumentos e sempre a certeza de poder acrescer argumentos adicionais. Contudo, supõe-se que os que participam na comunicação têm diante dos olhos o *mesmo texto*. A forma escrita não traz garantia absoluta dos limites da ousadia interpretativa, porém garante a *unidade do contexto social de um episódio comunicativo*. A forma escrita constitui-se em meio social para a aquisição de novas formas, ou seja, boas razões para a interpretação de um texto”.

¹²³ Em postura teórica que a sua maneira reflete em algum grau uma certa ‘autopoiese’ na interpretação e aplicação das textos das normas jurídicas, encontram em KAUFMANN & HASSEMER (1992: 294) quando escrevem que: “*Así pues, para el significado de las normas son constitutivas las reglas de aplicación de las normas. Las reglas “se determinan” según como los que las aplican hagan un uso “coincidente” de la norma. Las normas sirven al efecto de indicadores. El indicador sirve adecuadamente cuando, bajo relaciones normales, cumple su objetivo. La afirmación de que hay reglas para las normas significa que en el uso de las normas cabe fijar criterios de aplicación de la norma. Los criterios de aplicación de la normas son aquellos que ante un caso concreto permiten afirmar con razón que una norma se ha cumplido. El aplicador del derecho, en la medida en que quiera aplicar la norma jurídica, es el que asume la “garantía” de que se dan los criterios de aplicación de una norma. Los caracteres del supuesto de hecho de una norma fijan la estructura básica de los criterios de aplicación cuya garantía el aplicador asume*”.

¹²⁴ Tradução livre: “Para a diferenciação e o fechamento operativo de um sistema jurídico parecem ser importantes agora mais duas aquisições, as quais se estimulam reciprocamente e, de fato, (1) a especificação funcional do direito, é dizer: a orientação a um problema social específico, e (2) a codificação binária do sistema por meio de um esquema que prevê um lado positivo (direito) e um negativo (não-direito)”.

seja, daquilo que pode produzir ressonância e sentido (*Sinn*) no processamento da autopoiese sistêmica e que se ordena na função de apresentar comunicações dotadas de conteúdo jurídico, ao generalizar congruentemente expectativas ligadas à solução de conflitos (*Konfliktlösung*) e condução de comportamento (*Verhaltenssteuerung*) (LUHMANN, 1995: 157).

Cabe deixar registrado que o *código binário* não se confunde com o conceito de norma; de forma alguma, ele é uma norma, nem mesmo uma norma superior que fecharia o sistema, como faz Hans KELSEN (1960: 8, 17, 32, 51, 54, 110, 239, 317, 325, 339, 404, 443) com sua *Grundnorm*¹²⁵ ou norma hipotética fundamental, na busca de produzir o fechamento do sistema jurídico no contexto de sua teoria pura (*Reine Rechtslehre*).

Em contraposição, LUHMANN (1995: 70) formula o seguinte:

*Der Code selbst ist keine Norm. Er ist nichts anderes als die Struktur einer Erkennungs- und Zuordnungsverfahrens der gesellschaftlichen Autopoiesis. Immer wenn auf Recht bzw. Unrecht referiert wird, ordnet sich eine solche Kommunikation dem Rechtssystem zu. Sie ist anders nichts als zugehörige erkennbar, anders nicht anschlussfähig. Das Recht der Gesellschaft realisiert sich über die Codereferenz – und nicht über eine (wir immer hypothetische oder kategorische, vernünftig oder faktische) Erzeugungsregel.*¹²⁶

Assim, é a aplicação recursiva do código binário do sistema jurídico produz a *unidade do sistema* (*Einheit des Systems*) (LUHMANN, 1991: 199). Esta recursividade traz consigo a particularidade do modo autorreferencial das operações sistêmicas como *unidades emergentes* (*emergente Einheiten*) que se formam no fechamento operacional do sistema em sua *redução independente (autônoma) da complexidade* (*eigenständige Reduktion von Komplexität*) (LUHMANN, 1995: 54).

Essa complexidade reduzida pelo fechamento operativo do sistema diz respeito à assimetria entre a complexidade construída internamente (e reduzida) pelo sistema autopoietico e seu ambiente social, no qual que se vislumbra um excedente de possíveis informações (eventos) ainda desestruturadas e não processadas, ou mesmo, na maioria das

¹²⁵ Sobre o tema da *Grundnorm* no pensamento kelseniano, de leitura altamente recomendável é a substancial contribuição de Uta BINDREITER (2003).

¹²⁶ Tradução livre: “O código em si não é norma alguma. Ele nada mais é do que uma estrutura de um processo de reconhecimento e de atribuição da autopoiese social. Sempre quando há referência ao *direito* e respectivamente ao *não-direito*, atribui-se tal comunicação ao sistema jurídico. De outro modo, será reconhecida como não pertencente e incapaz de conexão no sistema. O direito da sociedade se realiza pela referência ao código – e não por meio de uma regra de produção (seja ela uma norma hipotética ou categórica, racional ou prática) ”.

vezes, impossíveis de serem processadas para autorreferência regida pelo código binário jurídico (LUHMANN, 1988a: 17). Exemplo dessa forma de redução de complexidade, podemos encontrar na teoria do direito, no que tange à teoria dos atos e fatos jurídicos, a qual assume *contrario sensu* que existem inúmeros ou inumeráveis outros fatos e atos que não dizem respeito às operações do sistema do direito (irrelevantes jurídicos).

Essa unidade do sistema¹²⁷ (*Einheit des Systems*) é resultado da observação (*Beobachtung*). Isso decorre do fato de que uma mesma operação pode ser *observada* de modos distintos (LUHMANN, 1995: 51), como, no exemplo dos contratos, que podem ser observados como operações econômicas e como negócio jurídico.

Daí que em face dessa pluralidade de possibilidades de diferenciação e de observação, LUHMANN (1995: 51) propõe a distinção entre *operação* e *observação*¹²⁸. A observação (*Beobachtung*) em si mesma, para LUHMANN, é também uma operação, porém ela (observação) leva a cabo um novo estado do sistema, trazendo consigo a autopoiese e a diferenciação (*Ausdifferenzierung*) do sistema.

A observação utiliza, como operação, o critério *unidade x diferença* (*Einheit x Differenz*) ou, analogamente, *sistema x ambiente* (*System x Umwelt*), indicando um dos lados da forma binária de observação (interno x externo), aspecto em que LUHMANN introduz na sua teoria a terminologia de George Spencer BROWN (1972).

Ponto em que retornamos ao conceito de *re-entry* ou *Wiedereintritt* (reentrada), no qual a operação de distinção pressupõe uma distinção anterior em que a forma da distinção reentra no que foi distinguido, sendo que o sistema se auto-observa (*selbstbeobachtet*) na forma da distinção entre sistema e ambiente. Em outras palavras, é pela observação autorreferencial daquilo que constitui ou pode constituir pela submissão ao código binário das operações internas do sistema é que o sistema constrói¹²⁹ para si um ambiente (*heterorreferência*), o outro lado da forma. A isso LUHMANN denomina de *unidade da diferença* (*Einheit der Differenz*) (LUHMANN, 1991: 199, 261-267) em que pela unidade da

¹²⁷ Toda observação de cada operação isolada realizada no interior do sistema deve ser referida a uma unidade de todas as operações sistêmicas, o sistema que se observa deve observar-se como uma unidade operativa para diferenciar-se dos eventos que ocorrem como mudanças de estado no ambiente. No que tange ao sistema jurídico, cada uma de suas operações decisórias devem ser asseguradas na busca da ampla consistência do processo decisório, na medida esta consistência passa a funcionar como símbolo da unidade do sistema do direito (LUHMANN, 1995: 78).

¹²⁸ Para maior detalhamento sobre esse tema da distinção entre observação e operação, recomendável a leitura de BRASLDI, CORSI & ESPOSITO (1997: 123-128, 195-199).

¹²⁹ O fenômeno sistêmico do fechamento operativo (*operative Schließung*) do sistema funcional do direito remete a uma aplicação na sociologia jurídica da terminologia da epistemologia luhmanniana da ideia de um “construtivismo operativo” (*operativer Konstruktivismus*) (LUHMANN, 1995: 41) do sistema jurídico.

forma da diferenciação (*sistema x ambiente*), em que os dois lados da *mesma* forma se excluem como valor positivo e negativo, produzindo a separação do sistema em relação ao seu ambiente, na *re-entry* proposta por George Spencer BROWN (1972).

De modo sintético, podemos dizer que uma coisa é a operação *observada* no sistema, outra coisa é a operação que resulta da sua *observação* pelo sistema.

No caso da autorreferência do sistema, a observação surge como uma operação do próprio sistema (auto-observação [*Selbstbeobachtung*]), o que não exclui a possibilidade, **em outro contexto** (hetero-observação [*Fremdbeobachtung*]), de um observador externo do sistema funcional.

É bom que se anote que a operação de observação, no quadro teórico da *re-entry* da forma na forma, realiza-se com o auxílio “cego” da diferenciação entre *auto-observação* e *hetero-observação*, porque como diz LUHMANN (1995: 52): „... weil sie im Vollzug des Unterscheidens und Bezeichnens die dazu benutzte Unterscheidung nicht von anderen Unterscheidungen unterscheiden und bezeichnen kann“¹³⁰.

No que guarda relação direta com o sistema jurídico, LUHMANN propõe que o direito para produzir sua diferenciação funcional e seu fechamento operativo deve atuar continuamente no nível da *observação de segunda ordem* (*Beobachtung zweiter Ordnung*), em que o sistema observa o modo como faz suas observações guiadas pelo código *direito x não-direito*. Essa observação do próprio sistema jurídico de como ele mesmo observa suas operações é que torna possível a já mencionada *auto-observação* (*Selbstbeobachtung*), ou seja, de que as operações do direito se orientam por normas e procedimentos (LUHMANN, 1995: 61), os quais LUHMANN passa a denominar de programas decisórios do sistema jurídico, como se verá mais adiante.

Outro ponto que necessita ser estudado é o que refere ao fato de que LUHMANN faz distinção entre fechamento operativo (*operative Schließung*) e isolamento (*Abgeschlossenheit*) (LUHMANN, 1995: 43; 1988a: 15) do sistema jurídico, o que para ele seria impossível porque o fechamento do sistema sempre pressupõe uma heterorreferência que se encontram no ambiente (*Umwelt*). E, como já analisado alhures, só há autorreferência quando há a heterorreferência necessária para produzir uma identidade na diferença ou em outra forma de expressão, de uma *unidade da diferença* (*Einheit der Differenz*)¹³¹.

¹³⁰ Tradução livre: “... porque ela não pode ser designada ou diferenciada por outras diferenciações da distinção para esse fim utilizada na execução da diferenciação e da designação”.

¹³¹ Dentro da formulação da *unidade do sistema jurídico* (*Einheit des Rechtssystems*), LUHMANN coloca paralelamente a questão do **símbolo** dessa unidade operativa em torno do conceito de **validade** (*Geltung*) do direito, abrindo a dimensão da *abertura cognitiva* (*kognitive Öffnung*) e de suas implicações para a evolução do

O que foi até aqui analisado poderia dar a impressão de que LUHMANN ao elaborar a ideia do fechamento operativo do sistema jurídico e colocá-lo na perspectiva de uma unidade (*Einheit*) que se constitui dentro de domínio que ele mesmo define como seu ambiente, o direito autopoietico operaria em uma visão bastante unilateral, como já dito anteriormente, em uma forma de solipsismo sistêmico ou como mônada perfeita (LEIBNIZ), quando na verdade nosso autor tem como inegável a importância da existência de um ambiente para o sistema, pois não se propor o absurdo de um direito sem sociedade, sem outros sistemas sociais e sem seres humanos (sistemas psíquicos) (LUHMANN, 1995: 76).

Na verdade, esta proposta teórica somente quer dizer que as relações do sistema jurídico com seu ambiente somente pode ser produzida pelo próprio sistema por meio de suas próprias produções, na realização de suas operações internas.

Nessas operações internas o sistema cria em uma moldura construtivista em seu próprio horizonte, tanto que LUHMANN (2008: 34) declara que: „*Umwelt ist für das System der Gesamthorizont seiner fremdreferentiellen Informationsverarbeitung*“¹³². Mais adiante, LUHMANN (2008: 35) acrescenta: „*Es kann die Horizonte des beobachteten Systems so beobachten, daß erkennbar wird, was sie ausschließen*.“¹³³.

O fato é que a teoria dos sistemas também coloca a questão da intensa relação entre sistema e ambiente, pontuando-a, todavia, de outro modo, sem colocar as operações do sistema na ordem de um modelo de *input/output*, com suas implicações causais diretas com as mudanças de estado do ambiente do sistema.

A relação entre o sistema jurídico e seu ambiente, na perspectiva da autopoiese e de seu fechamento operativo, estabelece o fechamento operativo do direito, mas não afasta o fato de que possam existir perspectivas diversificadas em seu interior na forma de uma organização internalizada de um observar de seu observar (auto-observação), o que permite ao direito as oportunidades de aumento da complexidade do próprio sistema.

Neste passo, devemos começar nossa análise do fechamento operativo do sistema jurídico confrontando-o com a perspectiva da possibilidade de relações intersistêmicas, sendo bastante revelador o excerto onde LUHMANN (1995:111) postula que:

sistema jurídico (objeto do próximo tópico da tese). Por outro lado, deve ser registrado preparatoriamente que essa mesma questão da simbolização da unidade sistêmica do direito também remete ao tema da *justiça* (2004: 96).

¹³² Tradução livre: “O ambiente é para o sistema o horizonte total de seu processamento autorreferencial de informação”.

¹³³ Tradução livre: “Podem-se observar os horizontes do sistema observado, de modo que se pode reconhecer o que eles excluem”.

*Als soziales System und als Vollzug von Gesellschaft haben die Operationen des Rechtssystems Merkmale, die nicht nur im Rechtssystem realisiert werden. Das gilt für alle Merkmale, die einer Kommunikation als solcher zukommen, zum Beispiel die Aktualisierung von Sinn und die Möglichkeit, die Differenz von Mitteilungshandeln und Information zu verstehen, und es gilt vor allem für die Mechanismus der Strukturellen Kopplung von Kommunikation und Bewußtsein, für das Einfangen von Aufmerksamkeit, also für Sprache. Sofern das Rechtssystem Sprache benutzt, um zu kommunizieren, setzt es daher immer Anschlußmöglichkeiten außerhalb des Systems voraus.*¹³⁴

Rememoremos que para LUHMANN a sociedade é um sistema de comunicação, sendo que o sistema jurídico se apresenta como um *subsistema funcional* da sociedade e que, por consequência disso, o seu modo de operação é o da comunicação dotada de sentido [jurídico] (LUHMANN, 1995: 35), o que, como vimos, integra o conceito de sentido (*Sinnbegriff*) na epistemologia sistêmica luhmanniana.

Depara-se, assim, com um interessante paradoxo, pois o sistema se fecha operativamente e ao mesmo tempo utiliza a comunicação como elemento reprodutor de suas operações e se apresenta como sistema de comunicação *funcionalmente especializada* inserido em sistema social geral baseado na *comunicação*, com relação ao qual o sistema autorreferencialmente estabelece seu ambiente, como o lado externo da forma de diferenciação *sistema/ambiente*.

Nesse paradoxo, a questão do fechamento operativo (*operative Schließung*) indaga sobre o sentido que a autopoiese pode assumir nas operações internas do subsistema do direito e da comunicação extrassisêmica (com o ambiente social). Portanto, LUHMANN ao conceber o direito como um dos sistemas funcionais da sociedade também aponta que ele ostenta a peculiaridade de que a repercussão de suas operações *não se realizam unicamente no interior do sistema jurídico*, estabelecendo uma relação (*Verhältnis*) com o sistema mais abrangente da sociedade. Tanto que LUHMANN (1995: 111) escreve sobre o sistema jurídico que:

[...], daß das Verhältnis dieses Systems zum umfassenden Gesellschaftssystem mehrdeutig ist. Einerseits ist die Gesellschaft Umwelt

¹³⁴ Tradução livre: “Como sistema social e como realização da sociedade, as operações do sistema jurídico possuem características que não se efetuam tão somente no sistema jurídico. Isso vale para todas as características da comunicação, como, por exemplo, para a atualização do sentido e para a possibilidade de compreensão da diferença entre a ação de tomar parte na comunicação e a informação. Ademais, isso é válido acima de tudo para o mecanismo de concentrar a atenção, por intermédio da linguagem, no acoplamento estrutural entre consciência e comunicação. Para tal fim o sistema jurídico utiliza a linguagem para comunicar, pressupondo possibilidade de conexão fora do sistema”.

*ihres Rechtssystems, andererseits sind aber alle Operationen des Rechtssystems immer auch Operationen in der Gesellschaft, also Operationen der Gesellschaft. Das Rechtssystem vollzieht Gesellschaft, indem es sich in der Gesellschaft ausdifferenziert.*¹³⁵

Mas essa comunicação jurídica é operacionalizada no sistema do direito em forma de comunicação especializada e protegida por limites dados autopoieticamente na sociedade funcional e autopoieticamente organizada (LUHMANN, 1995: 35). O que quer significar que o subsistema jurídico nunca deixa de referir-se a seu código próprio comunicativo, ao qual se subordinarão internamente todas as operações autorreferenciais do sistema.

Colocado de outro modo, para a preservação de sua autorreferência e autopoiese, o direito constitui programas normativos dentro do seu sistema.

Entretanto, partindo da assunção de que o sistema funcional do direito, ao mesmo tempo em que se reproduz em seu fechamento operacional – como até aqui estudado – opera *dentro* da sociedade, depara-se com dois outros aspectos identificados por LUHMANN que permitem eventos de interação intersistêmica: a *abertura*.

2.3. Autopoiese e abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*) do sistema jurídico

Para principiar este ponto da tese deve ser trazido à memória que os sistemas se estruturam em sua autorreprodução autopoietica e ordenam congruentemente as expectativas com base na dicotomia estabelecida entre *expectativas normativas* e *expectativas cognitivas*, para combinar a clausura recursiva de sua autorreprodução com sua abertura para irritações (*Irritationen*) e estímulos (*Reizen*), advindos de mudanças de estado ocorridas em seu ambiente.

¹³⁵ Tradução livre: “[...] que a relação desse sistema com o sistema social mais abrangente é ambígua. Por um lado, a sociedade é o ambiente de seu sistema jurídico, por outro lado, todas as operações do sistema jurídico são porém sempre também operações dentro da sociedade, portanto operações da sociedade. O sistema do direito realiza a sociedade, ao mesmo tempo em que nela se diferencia”.

Neste momento, deve ser novamente registrado que as expectativas (*Erwartungen*) são, conforme bem sintetizam BARALDI, CORSI & ESPOSITO (1997: 44), condensações de referências estruturadas de sentido que colocam em evidência as possíveis perspectivas de arranjo de uma determinada situação/relação no futuro, situando-se em face da contingência – incerteza e variabilidade – do mundo (LUHMANN, 1987: 234-240), colocando a seletividade diante de um horizonte aberto de possibilidades e da necessidade de generalização de possíveis sentidos comunicativos.

As denominadas expectativas normativas estão determinadas a não aprender exatamente porque buscam estabilizar-se de modo contrafático, ao opor resistência e coibir as condutas desviantes (*Enttäuschungen*) e, assim, dando prioridade à segurança e à integração social (LUHMANN, 1987: 44). Deste modo, não há como negar que as *expectativas normativas* assumem particular importância no sistema jurídico, no qual a ideia de *normatividade*¹³⁶ assume posição central, como veremos mais adiante. Ainda mais quando se tem em mente que para LUHMANN (1987: 43) *normas* são expectativas de comportamento contrafaticamente estabilizadas¹³⁷.

Porém, por oportuno, deve ser feita a seguinte e necessária nota prévia de que não se pode necessariamente relacionar as *expectativas normativas* com o clássico conceito de *normas*, como formulado na dogmática e doutrina jurídicas¹³⁸, pois para LUHMANN a orientação em torno de expectativas (sejam cognitivas, sejam normativas) é uma característica geral dos sistemas funcionais sociais como estratégias sociais de redução *ou* minoração (*Minderung*) dos riscos e de absorção da incerteza (LUHMANN, 1988a: 20; 1991: 138-140), bem como elemento central ligado à produção e reprodução dos meios simbolicamente generalizados de comunicação (LUHMANN, 1997: 396).

Por sua vez, também deve ser rememorado que as expectativas cognitivas pressupõem, ao contrário das expectativas normativas, uma capacidade de apreender (*Lernfähigkeit*), diante de situações que constituem uma variação não esperada (desapontamento [*Enttäuschung*]) de comportamento que não corresponde ao conteúdo de uma expectativa prévia de conduta.

¹³⁶ Cabe aqui assinalar que para LUHMANN (1995: 61) „Mit der Normativität wir nur festgelegt, daß bestimmte Erwartungen auch dann festgehalten werden können, wenn sie enttäuscht werden.“ (Tradução livre: “Com a normatividade nós somente assentamos que determinadas expectativas também podem ser mantidas ainda quando forem frustradas”).

¹³⁷ Remetemos o leitor à precisa análise a respeito de Tércio Sampaio FERRAZ JR (2007: 102-105), em que este autor trata da concepção dos fenômenos sociais como situações normadas, estabelecendo uma relação entre elas e as expectativas normativas e cognitivas.

¹³⁸ Veja-se Tércio Sampaio FERRAZ JR. (2006; 2007: 93-252).

LUHMANN (1988a: 20) registra que o sistema jurídico em combinação com seu fechamento operativo (*operative Schließung*) adota estratégias de absorção da incerteza das projeções de futuro no campo de sua normatividade¹³⁹, por meio de orientação cognitiva de aprendizado com as frustrações de expectativas estabilizadas na comunicação do sistema. Formulado com outras palavras: o sistema jurídico opera *normativamente fechado*, mas também *cognitivamente aberto* (LUHMANN, 1995: 77) a eventos pedagógicos do ambiente.

Neste paradoxo luhmanniano, da abertura no fechamento, a teoria dos sistemas assume que o sistema parcial está imerso no ambiente social, como parte da sociedade, e que, portanto, não pode atuar em um solipsismo contrário à ideia da diferenciação *funcional* em que organiza a sociedade moderna. Tanto que LUHMANN (2008: 42) diz que:

*Die Umwelt kann sich nur durch Irritationen oder Störungen der Kommunikation bemerkbar machen, und diese muß man dann auf sich selbst reagieren*¹⁴⁰.

No que toca diretamente ao sistema jurídico, essa disposição cognitiva depende da possibilidade de que as irritações e perturbações advindas do ambiente social possam assumir o caráter de comunicação ou de algo comunicável em seu interior, ou seja, da produção do sentido (*Sinn*) na autorreferência do próprio sistema ao seu código binário e da forma de absorção dessas incertezas quando no contexto da sociedade exige-se uma estratégia de tratamento dos desvios e frustrações em face das expectativas normativamente estabilizadas no direito (LUHMANN, 1988a: 20).

Nesse contexto, quando as irritações e perturbações possam ser internalizadas por critérios autopoieticos do sistema jurídico, este mesmo sistema passa reproduzir sua normatividade adicionando elementos por seus próprios elementos e, assim, produzindo novos elementos dotados de validade normativa. Sem que com isso se possa admitir que todo

¹³⁹ O sistema do direito compartilha com todos os demais sistemas funcionais da sociedade o fato de que sua diferenciação e fechamento operativo decorrem da necessidade de redução da complexidade que se apresenta no ambiente social, a qual se estabelece em uma *assimetria* necessária em face da complexidade autopoieticamente construída e estruturada internamente pelo próprio sistema funcional parcial. Desta maneira, na proposta teórica de LUHMANN, a positivação do direito – por meio de decisões jurídicas – nasce da relação entre a programação condicional e a incerteza. Esta incerteza passa a ser eliminada – ou ao menos reduzida a normas toleráveis – por meio da normatização; é dizer, pelo estabelecimento da própria programação condicional, por meio de normas e procedimentos jurídicos.

¹⁴⁰ Tradução livre: “O ambiente somente pode se fazer notar por meio de irritações e perturbações comunicativas e com relação a elas se deve reagir por si mesmo”.

evento produzido no ambiente e que tenha relevância jurídica possa fazer derivar sua normatividade diretamente do ambiente, pois sempre se cuidará de uma autosseleção das irritações ambientais à qual o direito atribui sentido e, assim, internaliza como comunicação dotada de *sentido jurídico*, após certificá-la pelo ‘filtro’ autopoietico da autorreferência ao código binário sistêmico (*direito x não-direito, lícito x ilícito* e suas variantes).

Tanto que LUHMANN (1995: 81) se expressa com uma clareza espantosa que, apesar do fechamento normativo-operativo que caracteriza o sistema jurídico, sobre este mesmo sistema se deve admitir que:

*Auch Lernen, auch Änderung von Normen bleibt möglich, sei es intern induziert durch nicht mehr akzeptabel Rechtsfolgen, sei es extern induziert durch Veränderungen in der gesellschaftlichen Einschätzung des Sinnes spezifischen Normen.*¹⁴¹

Contudo, o mesmo LUHMANN (1995: 81) na sequência do texto coloca a advertência de que:

*Eine Öffnung für Kognition steht immer unter der autopoietische Bedingung der Einarbeitung des Einzelfalles oder auch der geänderten Norm in die laufend und wiederlaufende Entscheidungspraxis des Systems.*¹⁴²

Portanto, vemos nestes excertos que o sistema pode, com base em seus limites cognitivos, ditados pela autopoiese regida pelo código sistêmico, promover pontuais alterações em suas estruturas operativas, sem as quais o sistema ficaria estagnado e assim mergulhado em uma tautologia e encerrado em um solipsismo que implicaria em perda de sua função dirigida ao sistema social geral.

¹⁴¹ Tradução livre: “Também permanece possível aprender, como também alterar as normas, o que pode ser internamente induzido por meio de consequências jurídicas mais aceitáveis; como também externamente induzido pela avaliação do sentido de normas específicas”.

¹⁴² Tradução livre: “Uma abertura para a cognição remanesce sempre sob o condicionamento autopoietico de incorporação do caso isolado ou também da norma modificada na corrente e recorrente praxe decisória do sistema”.

Para compreender o que podem significar essas mudanças operativo-estruturais do sistema jurídico, no plano de sua normatividade e de sua autodescrição e autorreferência, necessário se faz uma incursão nos programas sistêmicos do sistema jurídico.

Segundo LUHMANN (1987a: 278), os programas (*Programme*) sistêmicos devem ser definidos como o complexo de condições de correção ou certificação das operações sistêmicas dirigidas ao desempenho de sua função social especializada (diferenciada funcionalmente) ou para a produção de resultados finalísticos.

Os programas por sua alterabilidade (*re-programação*) estabelecem critérios flexíveis de atribuição ou aplicação dos valores binários do código do sistema, de modo que possa o sistema controlar seu desenvolvimento (evolução sistêmica) e atingir uma complexidade estruturada, na forma de uma organização e de um desenvolvimento autopoietico, decorrente do incremento das possibilidades de suas operações funcionais.

No conceito de código sistêmico, vimos que os valores *positivos* (sim) x *negativos* (não) devem ser interpretados, enfim, como possibilidades (LUHMANN, 1995: 193) de ressonância e de aquisição ou rechaço de novas aquisições no sentido do aumento da complexidade interna do sistema. Os valores do código binário do sistema se apresentam como meios (*Medien*) fixos de regulação da comunicação funcionalmente especializada, enquanto os programas sistêmicos se apresentam de formas diversas, como, por ex., de normas e procedimentos no sistema jurídico, o que nos faz pensar na multidão de normas classificadas por áreas e ramos especializados do direito, cada um com sua ‘lógica’ e princípios interpretativo-aplicativos.

O código binário em sua rigidez serve, na verdade, à diferenciação do sistema autopoietico ao conduzir cada unidade das operações sistêmicas pela racionalidade sistêmica (*Systemrationalität*) do *direito* x *não-direito* (*lícito* x *ilícito*; *válido* x *inválido*; *constitucional* x *inconstitucional*). Ele rege a produção da autodiferenciação no processamento das informações (comunicações). Este é o modo pelo qual o sistema produz e reproduz (mantém) sua identidade e autodiferenciação (autorreferência) em face de ambiente.

Deve ser acrescido, por outro lado, que o código binário do sistema não produz nenhuma direção operativa, senão somente orienta as operações. Esse mesmo código verifica e ‘certifica’ a conexão (*Zusammenhang*) de uma operação com as outras que se seguem dentro do mesmo sistema.

Os programas (*Programme*)¹⁴³ sistêmicos, a seu turno, regem a autorregulação e o autocontrole porque viabilizam a condução da observação das operações sistêmicas pelo próprio sistema (auto-observação).

Por outro lado, o código binário e os programas se diferenciam pelas características da variabilidade e da invariabilidade, pois LUHMANN (1997:377) afirma peremptoriamente que o código não pode ser mudado porque tal situação implicaria a perda da identidade sistêmica. Como na (inaceitável) hipótese de o sistema passar jurídico a utilizar o código *oposição* (*Opposition*) x governo (*Regierung*), próprio do sistema político (LUHMANN, 2002: 99).

Já os programas são regidos pela *variabilidade*¹⁴⁴, porque os programas criam-se, recriam-se, modificam-se ou extinguem-se, sempre guiados pela referência aos valores binários do código do sistema.

Importante salientar que os programas é que permitem a abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*) e potencializam as possibilidades de ressonância (produção de sentido informativo/comunicativo) das irritações e estímulos ambientais. São os programas sistêmicos que promovem uma adequação da complexidade do sistema com o ambiente sem perder a identidade rigidamente garantida pelo código sistêmico (LUHMANN, 2008: 60). E é pelo resultante *interplay* entre código e programas que surge a cooperação entre fechamento normativo e abertura cognitiva que garante a autorreprodução do sistema em sua unidade sistêmica (unidade de suas operações), sendo que autorreferência neste contexto afasta qualquer ideia uma *total* autodeterminação ou uma *total* auto-observação, o que seria inadequado (LUHMANN, 1988a: 21).

¹⁴³ BARALDI, CORSI & ESPOSITO (1997: 139) reiteram o que dissemos acima de que no sistema jurídico os programas (decisórios) se apresentam como leis e procedimentos e agregam, ainda, que é por meio deles que ao ser proferida decisão (sentença, por exemplo) se pode afirmar com correção (critérios autorreferenciais) qual das partes litigantes é a que “tem direito” ao bem em disputa.

¹⁴⁴ Sobre essa questão merece leitura o seguinte texto luhmanniano (LUHMANN, 1981: 138): „Wenn unsere Annahme zutrifft, daß es bei der Positivierung des Rechts um strukturelle Variabilität und Lernfähigkeit im Bereich normative Erwartungen geht, ist zu vermuten, daß die zentralen Merkmale der Ausdifferenzierung positiven Rechts auf dieses Problem hoher Komplexität und Änderbarkeit Bezug haben müssen. In der Tat erfolgt die Absonderung des positiven Rechts von anderen Normen mit Hilfe von Kriterien, die genau dies leisten: mit Hilfe der Absicherung durch physische Gewalt und mit Hilfe von konditionaler Programmierung“ (Tradução livre: “Se nossa hipótese estiver certa, de que a positivação do direito segue em torno da variabilidade e capacidade de aprendizado no campo das expectativas normativas, é de se supor que a característica central da diferenciação do direito tem relação com o problema da crescente complexidade e da relação de alterabilidade. Este fato decorre da façanha da separação do direito positivo de outras normas, com o auxílio de critérios que são precisamente os seguintes: com a ajuda da ‘garantia’ do ‘poder físico’ e com o auxílio dos programas condicionais”).

Nesse ponto, faz-se necessária para a compreensão da ideia da abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*) a classificação dos programas em duas categorias: *programas finalísticos* (*Zweckprogramme*) e *programas condicionais* (*Konditionalprogramme*).

LUHMANN já no início de sua extensa produção teórica, ou seja, mesmo antes da introdução da autopoiese em seu pensamento, desenvolvia sua compreensão em torno dos programas dos sistemas sociais, centrando ainda em grande parte no campo da administração pública e do direito administrativo, momento em que estabelece a distinção razão das funções sistêmicas exercidas, entre programas de fim e programas condicionais ao dizer que (LUHMANN, 1973: 101-102):

*Verwaltungen [...] nehmen Information ihrer Umwelt auf, verarbeiten sie und geben sie in Form einer <Entscheidung> wieder an die Umwelt ab. Das Konditionalprogramm fixiert den Eingang des Systems, die Art der Umweltinformationen, die als **Ursache** die Entscheidung auslösen können. [...]; das Zweckprogramm regeln den Ausstoß des Systems, die **Wirkung** in der Umwelt, die das System bewirken soll.*¹⁴⁵

O fato é que temos aqui, com algumas adaptações à introdução da autopoiese, dois conceitos luhmannianos que, em sua essência, permaneceram inalterados desde sua formulação inicial, sendo que, em suma, os programas finalísticos (*Zweckprogramme*) continuaram a ser - em sua formulação ligados à ideia de produções (resultados) do sistema - como efetivação daquilo a que o sistema se propõe realizar (LUHMANN, 1999a: 101-103), dos próprios fins a que se dirige o sistema. Ou seja, o *programa finalístico* regula – como *constraints* (condições restritivas) as *operações dirigidas a fins* – as emissões do sistema direcionadas ao ambiente, consistentes naquilo que ele deve realizar (LUHMANN, 1999c: 101-102). Como exemplos, podemos citar o meio dinheiro, no subsistema da economia, o qual se reproduz e se efetiva por meio de programas de investimento ou programas de consumo que se controlam por meio dos balanços e dos orçamentos, como também as decisões e diagnósticos clínicos de um médico em relação ao tratamento do paciente.

¹⁴⁵ Tradução livre: “As administrações tomam informações de seu ambiente, processando-as e devolvendo-as na forma de uma ‘decisão’. O programa condicional fixa o acesso do sistema e o tipo de informações do ambiente que devem desempenhar como *causa* da decisão. [...]; o programa de fim (finalístico) regula a produção do sistema, os *resultados* no ambiente que sistema deve realizar”.

Contudo, faz-se necessária a exploração mais detalhada dos programas condicionais (*Konditionalprogramme*) e sua profunda ligação com as operações decisórias do sistema jurídico e com o aspecto da abertura cognitivo-sistêmica.

Neste mister, deve ser introduzida preliminarmente a ideia luhmanniana de que o sistema do direito atua por meio da constituição de processos – normas e procedimentos – dirigidos à produção de decisões, por meio de seus programas condicionais ou, mais especificamente, seus **programas decisórios** (*Entscheidungsprogramme*).

Na concepção jus-sociológica de Niklas LUHMANN, os *programas condicionais* são condições autorreferenciais restritivas – *constraints* – da solução dos problemas emergentes que no sistema do direito se estabelecem na seguinte relação:

<u>se</u>	⇒	<u>então</u>
wenn	⇒	dann

Nessa relação se coloca o vínculo que se estabelece entre determinadas **condições** (*Bedingungen*) – conjunto fático (*Sachverhalt*) – e a **decisão** (*Entscheidung*), que é produzida *condicionalmente*¹⁴⁶ pelo direito, como consequência jurídica.

Essa operação (*se* ⇒ *então*)¹⁴⁷ tem como pressuposto o exame do fato e a seleção do programa condicional (= norma ou procedimento) aplicável para, então, produzir o ato decisório (LUHMANN, 1987: 227).

¹⁴⁶ LUHMANN (1987: 227) também esclarece que: „Mit dem Bedürfnis nach Festlegung der Bedingungen richtigen Entscheidens verbindet sich sehr früh schon einen Tendenz zur **Konditionalisierung** der Rechtsnormen, die, wenn nicht in der Formulierung der Rechtssätze, so doch in deren entscheidungsmäßiger Verwendung zum Ausdruck kommt“. – Tradução livre: “Com a necessidade de fixação das condições de uma decisão adequada combina-se, já desde muito cedo, uma tendência à *condicionalização* das normas jurídicas; as quais, porém, se não na formulação dos textos, antes se expressam na aplicação de seu conteúdo decisório”.

¹⁴⁷ LUHMANN (1981: 140): „Weniger bewußt geworden ist eine zweite Eigenschaft positiven Rechts: seine konditionale Programmierung. Im Laufe der neuzeitlichen Rechtsentwicklung ist das explizit formuliert Recht durchgehend auf die Form eines konditionalen Programms gebracht worden, und das gilt auch dann, wenn Normen aus sprachlichen, darstellungsmäßigen oder Vereinfachungsgründen anders artikuliert werden. Das Recht ist seiner Struktur nach nicht mehr einfache Verhaltenserwartung und nicht mehr Vorformulierung eines guten Zieles, durch dessen Aktualisierung das Handeln sein Wesen verwirklicht, sondern es wird al konditionales Entscheidungsprogramm gesetzt, das die Bedingungen angibt, unter denen bestimmte Entscheidungen zu treffen sind. Es bringt damit ‘Tatbestand’ und ‘Rechtsfolge’ in einen Wenn-Dann-Zusammenhang, dessen Vollzug Prüfung und Selektion, also Entscheidung, voraussetzt. Ein solches Programm hat je nach Adressat ein verschiedenes Gesicht. (...) Für den Richter lautet es: Wenn der Tatbestand X und x nachgewiesen wird, entscheide y; wenn der Tatbestand X und nicht-x nachgewiesen wird, entscheide z” (Tradução livre: “Pouco se conscientiza de uma segunda propriedade do direito positivo: sua “programação condicional”. No recurso de seu recente desenvolvimento está o direito explicitamente formulado e exteriorizado

Por sua vez, a incerteza que leva ao estabelecimento dos programas condicionais está ligada às expectativas e a questão já analisada da *dupla contingência* (*double contingency* ou *doppelte Kontingen*z, em alemão), ou, em outros termos, em torno da necessidade de estabelecimento de generalização congruente de expectativas (LUHMANN, 1987: 99), que se encontra no cerne da função social do direito na teoria luhmanniana dos sistemas.

Por oportuno deve ser anotado que no campo funcional do direito está o campo fértil das expectativas normativas de condutas, como de modo categórico é proposto por LUHMANN (1999a: 117) no seguinte trecho:

Ohne Zweifel gehört das Recht in den Bereich der normativen Erwartungen. Es impliziert, daß die Erwartungen im Enttäuschungsfall nicht aufgegeben oder modifiziert sondern als Prämissen weiteres Verhaltens festgehalten werden. Als Norm zielt das Recht auf enttäuschungsfeste, gegebenenfalls kontrafaktische¹⁴⁸ Stabilisierung von Verhaltenserwartungen.¹⁴⁹

Essa função de *estabilização contrafática* de expectativas no sistema da sociedade, com vistas à produção de previsibilidade, segurança e redução das incertezas à esfera dos riscos

na forma de programas condicionais, o que é válido ainda quando as normas estejam articuladas linguística ou representativamente, em bases simplificadas. O direito é sua estrutura não mais como expectativa de conduta e não mais uma formulação prévia de um objetivo bom, que por meio da efetivação da ação sua natureza realiza, senão como regulação de um programa condicional em que, dadas as condições, concretizam-se decisões específicas. Isso traz consigo a “moldura fática” e as “consequências jurídicas” em uma relação de se/então, na qual se exerce o exame e a seleção, portanto, produzindo uma decisão. Mais ainda, conduz a uma esperada relação de se/então entre as circunstâncias fáticas e a consequência jurídica, cuja execução do exame da seleção pressupõe, portanto, uma atividade decisória. Tal programa apresenta uma face distinta conforme o destinatário. [...]. Para o juiz diz assim: Se se comprovar o quadro fático ‘X’ e ‘x’, decide-se ‘y’; se o quadro fático ‘X’ e não ‘x’ se comprovar, decide-se ‘z’”).

¹⁴⁸ As normas jurídicas como expectativas buscam a estabilização de determinadas condutas e comportamentos que, no entanto, podem ser surpreendidas por desvios ou frustração da expectativa inserida na norma. Para coibir os comportamentos desviantes surge a frequente dicotomia entre *norma* e *sanção*. LUHMANN (1987: 54, 57-58, 60-61) registra que esta clássica dicotomia serve para encobrir as outras possibilidades de solução dos desapontamentos das expectativas normativas, dentre eles a possibilidade de o sistema incorporar as ‘surpresas’ das condutas das condutas como eventos pedagógicos em que a abertura cognitiva do sistema jurídico é estimulada e pode, assim, incorporar os desvios a seu repertório normativo, por processos autoreferenciais, como já amplamente estudado acima nesta tese. Neste ponto, LUHMANN se contrapõe, ainda que sem negar a função da sanção no sistema jurídico, à relação dedutivo-aplicativa da sanção quando da violação de uma norma (*Unrecht* ou *Delikt*) estabelecida por Hans KELSEN (1960: 40-41).

¹⁴⁹ Tradução livre: “Sem dúvida o direito pertence ao domínio das expectativas normativas. Isso implica em que as expectativas não cedem ou se modificam diante da frustração, senão se afirmam como premissas de condutas posteriores. Como norma o direito se direciona à estabilização contrafática de expectativas de conduta”.

liga-se às prestações¹⁵⁰ do direito dirigidas ao ambiente social e neste aos demais sistemas de função e sistemas psíquicos (seres humanos).

Nesse operar condicionalmente, ocorre de modo típico uma interação entre o fechamento operativo (*operative Schließung*) e a abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*), que com propriedade LUHMANN (1995: 84) assim descreve:

*Die typische Form, in der normative Geschlossenheit und kognitive Offenheit kombiniert werden, ist die des Konditionalprogramms. Sie verlangt, daß normative Entscheidungsregeln (die ihrerseits **nur systemintern** begründet sein dürfen) so formuliert werden, daß eine Deduktion der Entscheidung aus Fakten (die ihrerseits kognitiv ermittelt werden müssen) möglich ist: Wenn die Tatsache a vorliegt, ist die Entscheidung x rechtmäßig; wenn nicht, dann nicht. Das Vorschreiben der Form von Fakten, die diesen Auslöseeffekt haben, geschieht durch Formulierung der Normen, also durch systemintern Operationen.¹⁵¹*

Daí que essa abertura para os fatos decorrentes dos programas condicionais (*Konditionalprogramme*) demonstra que o fechamento operacional (autopoietico) dos sistemas parciais não trabalha com o pressuposto de que não existe o ambiente do sistema (LUHMANN, 2000: 372), mas operam também com uma abertura cognitiva que permitem a evolução do sistema, pelo processamento interno das irritações (estímulos ou impulsos) provenientes desse mesmo ambiente.

Nessa relação contingente, inserida na função que determina a natureza cognitiva ou normativa, a determinação de sentido (*Sinn*) a ser produzida autopoieticamente no interior do sistema passa a ser expressa simplesmente numa qualidade da expectativa.

Essa qualidade de expectativa, em suma, tem sua base no modo como o sistema jurídico em sua normatividade absorve determinadas incertezas contingentes com respeito a situações emergentes e se estrutura na perspectiva da estabilização congruente de expectativas em sua

¹⁵⁰ A distinção entre *função* e *prestação* dos sistemas funcionais da sociedade já foi analisada no primeiro capítulo desta tese, ao qual remetemos o leitor.

¹⁵¹ Tradução livre: “A forma típica na qual se combinam o fechamento normativo e a abertura cognitiva é a do programa condicional. Ela reclama que a regra normativa de decisão (que de sua parte somente *internamente* deve ser fundamentada) deve ser assim formulada de modo que uma dedução da decisão seja possível a partir dos fatos (que de sua parte devem ser intermediados cognitivamente): se a situação fática a se apresenta, então a decisão x é juridicamente adequada; se não, então não. A prescrição da forma a partir dos fatos que liberaram esse gatilho ocorre por meio da formulação das normas, por meio, portanto, de operações internas do sistema”.

relação com o ambiente (redução de complexidade), do qual é dependente e no qual observa as variáveis controláveis e incontroláveis surgidas nas dimensões temporal, fática e social.

Pela autopoiese, na constante autorreferência e auto-observação, os sistemas se utilizam da assimetria entre sistema e ambiente para processar dados naturais, como ocorrências de momento a momento no ambiente social, nas dimensões fática e temporal. Cuida-se, então, de uma estratégia avançada do sistema social parcial de absorção da incerteza como resultado da cooperação do fechamento normativo com a abertura (cognitiva) e na capacidade de ressonância (*Resonanzfähigkeit*) nas estruturas sistêmicas como condição de uma autorreprodução constante do sistema jurídico.

O sistema jurídico autopoietico defronta-se, na esfera de sua função e de suas prestações dirigidas ao ambiente social, com a dimensão *funcional* do conceito de justiça na teoria de Niklas LUHMANN, como será analisado no último capítulo desta tese.

2.4. Autopoiese e autonomia do sistema jurídico

O mesmo paradoxo da abertura no fechamento nos conduz a outra questão igualmente importante, a de buscar uma compreensão sintética ou ao menos um delineamento do significado autopoietico do fechamento normativo do sistema jurídico e de sua eventual conexão com a ideia da autonomia do direito, como premissa para o desenvolvimento do tema central da tese.

A questão da relação entre direito e sociedade tem sido analisada por diversos ângulos, tanto que na evolução histórica encontramos teorias baseadas na concepção do direito como instrumento burguês de dominação político-econômica de classe¹⁵², como foi colocado por ENGELS e MARX¹⁵³ no célebre “Manifesto Comunista”. Também como instrumento de

¹⁵² Sobre o tema, leia-se a reformulação da relação do direito na economia política de raiz marxista em Evgeny B. PASHUKANIS (1983).

¹⁵³ A respeito do direito no arquétipo da superestrutura marxiana, merece leitura o artigo de Alan WATSON (1985: 39-67).

dominação *racional*, como proposto por Max WEBER (2008: 1034-1062)¹⁵⁴, fundada em um direito supostamente *racional*.

Nos denominados *Legal Critical Studies*, de inspiração teórica marxista, coloca-se a arraigada crítica do direito como instrumento de preservação das estruturas capitalista de mercado, como em Mangabeira UNGER (1976: 60, 62, 63-64, 68-70, 151-152, 170-176).

No direito brasileiro, encontramos a preocupação com a dominação política pelo direito em Pontes de MIRANDA (1983: 192) com seu princípio da *redução do 'quantum' despótico na elaboração do direito*¹⁵⁵.

Já na sociologia germânica atual, encontramos a figura de Jürgen HABERMAS (1998: 166-207) e sua proposta de uma reconstrução da conexão entre direito e política (poder político), em torno de uma teoria ético-discursiva vinculada à ideia da legitimação pela *livre* participação nos procedimentos (legislativos) de criação de direitos. Obviamente, uma legitimação, em sua origem, externa ao sistema jurídico, o que contrapõe à ideia da autopoiese¹⁵⁶.

Contudo, LUHMANN (1987; 1990: 227-245; 1995: 63-75) busca de forma radical afastar-se de qualquer concepção de sistema jurídico que suponha qualquer grau de *unidade* ou *vinculação estrutural* entre direito, política e economia, com a formulação de sua teoria autopoietica do sistema jurídico, cujos elementos conceituais foram estudados na seção anterior.

De início, cabe anotar que o próprio LUHMANN (1995: 63) registra seu afastamento das concepções tradicionais de autonomia do sistema jurídico, em que esta é vista em termos literais (*wörtlich*) como **autolimitação** (*Selbstlimitierung*), de modo a vislumbrar a autonomia do direito como garantia da independência dos juízes e eventualmente dos advogados como liberdade de **pressões externas** („*Freiheit von äußeren Pressionen*“). LUHMANN rechaça essas visões que partem da perspectiva das pessoas (juízes e advogados) que operam no sistema e não do ponto de vista do próprio sistema e de suas operações.

LUHMANN (1995: 65) sobrepõe à ideia da autonomia o conceito da autopoiese, tornando aquela primeira mais rígida (*gehärtet*). Na *autonomia autopoietica* - em uma

¹⁵⁴ Luís Recaséns SICHES (2008: 232) anota que: “la llamada **dominación racional** por Max Weber, la cual “descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal). Tal es el tipo de control ejercido por las autoridades jurídicas sobre todo en los países civilizados de la cultura occidental moderna, principalmente por los **funcionários legítimos**”.

¹⁵⁵ Em linhas gerais esse princípio pontiano apresenta alguma estranha relação com a proposta habermasiana, que mereceria exploração em outro trabalho; mesmo porque cronologicamente antecede à elaboração do sociólogo germânico.

¹⁵⁶ Esse posicionamento de HABERMAS será estudado como crítica à autopoiese.

expressão por nós cunhada - o sistema se utiliza da autorreferência e da heterorreferência para estabelecer um domínio comunicativo especializado no qual o próprio sistema passa a determinar que as comunicações que podem se constituir dentro da autorreprodução autopoietica do sistema são somente aquelas ordenadas pelos valores *direito x não-direito* do código binário jurídico. Somente deste modo, as comunicações se podem tornar recursivas no sistema jurídico.

Um ponto que recebe particular tratamento dentro da sociologia e da teoria do direito de Niklas LUHMANN é o da *modificação* ou da *alteração* do direito. Tradicionalmente e de modo predominante se tem atribuído ao sistema político, pela mudança legislativa do conteúdo textual das normas jurídicas, o papel de fundamental causador de alteração direta e linear da estrutura do sistema (como estrutura de normas criadas pelo legislador), colocando a mutabilidade do sistema jurídico *desde fora*.

Porém, LUHMANN vislumbra a norma, como elemento textual posto pelo legislador, em um contexto jus-sociológico. Por este prisma, o texto legislado torna-se ponto de partida de múltiplos eventos comunicativos (LUHMANN, 1995: 364) dentro do sistema jurídico, sendo esses eventos de comunicação jurídica fruto de operações decisórias, baseadas em uma interpretação aplicativa que somente pode ser aprendida e recordada em um contexto específico, porque „*das Rechtswissen nicht paragraphenförmig geordnet ist*“¹⁵⁷.

Neste quadro, o texto legal se insere na comunicação do sistema jurídico dentro de um processamento da incerteza, isto porque a comunicação sobre o direito conduz rapidamente à incerteza exatamente porque se mostra como certeza somente em *forma condicional* (LUHMANN, 1995: 68), por meio dos já estudados *programas condicionais* e de seu elemento de *normatividade* e da relação deste com a abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*).

Em outro texto, LUHMANN (1990c: 217) esclarece que:

*Die selbstreferentielle Komponente kommt dadurch zustande, daß auch die Interpretation normative Bindungen zu erzeugen versucht – und nicht einfach nur über den Text redet.*¹⁵⁸

Assim, fica mais clara a proposta teórica de LUHMANN de que a positivação do direito emerge da conexão entre programação condicional e o processamento condicional da

¹⁵⁷ Tradução livre: “... o conhecimento jurídico não se ordena na forma de parágrafos...”.

¹⁵⁸ Tradução livre: “O componente autorreferencial aparece pelo motivo de que também a interpretação tenta produzir vínculos normativos – e não só simplesmente falar sobre o texto”.

incerteza¹⁵⁹. Esta incerteza resulta de decisões, como comunicações do direito sobre questões jurídicas. A necessária redução da incerteza passa a níveis toleráveis por meio da normatização, em que o sistema jurídico estabelece suas programações condicionais e as aplica recursivamente em suas decisões¹⁶⁰ como normas e procedimentos jurídicos com vistas a estabilizar, de forma congruente, expectativas de comportamento no sistema da sociedade, ou seja, exercer sua função sócio-sistêmica.

O aumento da autonomia (autopoiética) do direito decorre da aguda diferenciação sistêmica que surge paradoxalmente da recíproca dependência do ambiente e da independência da autorregulação de sua função (LUHMANN, 1981: 440).

O que LUHMANN deixa latente é que, inegavelmente, o texto legislativo deriva das operações legiferantes dentro da função do sistema político (LUHMANN, 2002: 83-88), qual seja a da *produção de decisões coletivamente vinculantes*. Porém, LUHMANN (1995: 122) observa que a especificação funcional do sistema político, em sentido mais lato na produção de decisões vinculativas, também extrapola a função meramente legislativa e opera em um espaço, ao menos inicialmente, extrajurídico, como, nos exemplos daquele autor, da declaração de guerra e da celebração da paz.

O importante é que para LUHMANN (1995: 122) há uma referência recíproca entre o sistema jurídico e o sistema político, o que não pode ser interpretado como uma unidade sistêmica jurídico-política¹⁶¹, senão tão-somente como um *acoplamento estrutural* (*strukturelle Kopplungen*)¹⁶² entre os dois sistemas em questão.

Esse acoplamento estrutural se torna possível por meio da aquisição evolucionária das “Constituições” (*Verfassungen*) (LUHMANN, 1990d) e na forma do Estado de Direito (*Rechtsstaat*). Bom anotar que para LUHMANN (2002: 390-391) a ideia do Estado de Direito

¹⁵⁹ Deve ser recordado que, como estudado anteriormente nesta tese, a incerteza é uma decorrência da hipercomplexidade do ambiente que se insere na função geral dos sistemas funcionais: *redução da complexidade*.

¹⁶⁰ Com referência à relação entre decisão e normatividade, LUHMANN (1990a: 231) diz: “*In this case, the reference to the normative framework of the law serves to establish circularity within the system: decisions are legally valid only on the basis of normative rules because normative rules are valid only when implemented by decisions*”.

¹⁶¹ Em contexto teórico diverso, Jürgen HABERMAS (1998) propõe contrariamente que: “*Diese Abhängigkeit von der Politik erklärt auch den instrumentellen Aspekt des Rechts. Während Moralnormen stets Selbstzweck sind, dienen Rechtsnormen auch als Mittel für Politische Ziele*” (Tradução livre: “Esta dependência da política explica também o aspecto instrumento do direito. Enquanto as normas morais já são um fim em si mesmas, as normas jurídicas servem também como meio para escopos políticos”). LUHMANN (1988:32), diversamente, observa que a capacidade autopoiética de regeneração normativa do direito, de sua capacidade de adaptação, impede que o direito se reduza a um simples instrumento de implementações burocráticas do poder político. Daí a correlação entre autopoiese e autonomia do sistema jurídico defendida por LUHMANN.

¹⁶² O conceito de acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung*) será analiticamente descrito no último capítulo da vertente tese.

não pode significar a unificação de direito e política porque funcionalmente considerado o Estado é uma *unidade fictícia*, uma rede de imputações que é utilizada pelo direito e pela política de modos distintos. Essa mesma rede serve como instrumento de observação da política pelo direito e do direito pela política, porém cada um deles pela autorreferência respectiva.

Essa referência ao código de cada sistema produz uma autorreferência que culmina, como já alhures mencionado, em seu fechamento operacional, produzindo a diferenciação autopoietica do sistema político e do sistema jurídico como *sistemas separados*, em razão das comunicações especializadas que se operam em seu interior.

Só para se ter uma ideia, esse aspecto nos remete novamente ao código que rege a comunicação autorreferencial do sistema, daí observar o registro de LUHMANN (2002: 99) de que o código do sistema político é simbolizado pelos valores binários *governo x oposição* e sua variante basal *detentores do poder x submetidos ao poder*. Obviamente, este é um código incompatível com as operações condicionais do sistema do direito.

O outro aspecto é que há uma nítida separação entre os programas *condicionais* do direito e os programas sistêmicos da política voltados para a *fixação de propósitos e objetivos*, o que faz surgir a dimensão da pressão social (eleitoral) sobre o governo em face da não consecução dessas metas. Por sua vez, o sistema jurídico por seus programas condicionalizados se *imuniza* aos efeitos negativos do desapontamento das expectativas.

Convém, neste sentido, transcrever a constatação de John PATERSON (2006: 19) de que:

For Luhmann, the issue is that whereas law operates on the basis of conditional programmes, politics operates on the basis of purposive programmes. Whereas a conditional programme immunises, as it were, the legal system against the potentially negative effects of disappointed expectations, purposive programmes stand or fall on the basis of whether the expectations they generate are met.

O próprio LUHMANN ao falar da condicionalização da normatividade do direito em sua positivação¹⁶³ registra (1988a: 28) que:

¹⁶³ Em outro texto, LUHMANN (1990a: 228) retoma o tema da positivação do seguinte modo: “Therefore, given the general regime of functionally differentiated society, all law becomes positive law which, of course, is not necessarily statute law but can also be created by courts and by contract”.

The “natural” order of the genesis of law is reversed. It is not the norm projection which tests itself against its in the event of conflict but conflict is, so to speak, conjured up out of nothingness in the expectation that orientation will form law from it. [...]
[...]. It is well known that the establishment of law by judges has not died out and is perhaps becoming even more important.

Dentro dessa relação ‘genética’ entre conflito e decisão (na qual se avulta a centralidade da função dos tribunais¹⁶⁴ no sistema do direito), o acoplamento estrutural entre política e direito serve à canalização das irritações e estímulos recíprocos, sendo que a legislação neste contexto coloca para o sistema jurídico, por seus tribunais, uma grande exigência de liberdade interpretativa. Nesta exigência entra a consideração da *justiça* (*Gerechtigkeit*), mormente quando se constata o aumento da produção legislativa.

Deste modo, a legislação permanece, como assevera LUHMANN (1995: 229), em manifesta contradição com a exigência de um modo de decidir *consistente*, exatamente lá onde se modifica o direito.

Esse ponto merecerá detida análise no capítulo III, quanto estudarmos os conceitos de justiça formulados por LUHMANN no decorrer do desenvolvimento de sua teoria jurídica e de sua sociologia do direito.

Por ora, podemos concluir fazendo o registro de que a proposta autopoietica de LUHMANN está em conexão com o problema fundamental de compreender como o direito pode, ao receber estímulos e irritações, em especial pela via das mudanças legislativas, transformá-los por sua abertura cognitiva em oportunidade de modificação de suas estruturas normativas, ao internalizá-los em suas operações decisórias pela submissão à autorreferência sistêmica e aos correspondentes critérios e pontos de vista dogmáticos¹⁶⁵ e condicionais¹⁶⁶ (ligados a mudanças dos estados da sociedade no ambiente) submetidos simultaneamente a um fechamento operativo e a uma abertura cognitiva.

¹⁶⁴ Ver com referencia a essa questão, o texto *Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem* (“A posição dos tribunais no sistema jurídico”) (LUHMANN, 1995: 297-337).

¹⁶⁵ Os pontos de vista dogmáticos integra um dos níveis produtores da unidade do sistema, como se lê em LUHMANN (1990a: 235): “*The unity of the legal system requires an integration of changes on both levels: court decisions and legal dogmatics New conceptual developments or new dogmatic rules have to wait for stimulating cases and cases can be aggregated into types of problems only if the conceptual development is sufficiently advanced*”.

¹⁶⁶ É dizer, submeter o estímulo ou irritação à racionalidade do sistema (*Systemrationalität*).

Ou seja, abre-se a dimensão problemática para um observador externo do sistema do mecanismo de incorporação das mudanças legislativas à normatividade interna do direito autopoietico também como produto da interpretação e aplicação **da legislação e dos contratos** em suas decisões, sem absorver as aspirações políticas de justiça, nem sempre possíveis de serem internalizadas ou mesmo conduzidas pela lógica comunicativa jurídica do *lícito x ilícito, válido x inválido, jurídico x antijurídico*, enfim, pelo código do *direito x não-direito*.

Essa questão permitirá uma reflexão teórica nesta tese sobre uma possível necessidade de *imunização* do sistema jurídico aos valores do código *justo x injusto* como resultado de seu fechamento operacional em relação às multifacetárias concepções e pretensões de *justiça* presentes no ambiente social da sociedade moderna ou pós-moderna.

2.5. Autopoiese e seus críticos

Os aspectos inovadores decorrentes do projeto teórico luhmanniano de ruptura com a tradição do pensamento ‘vetero-europeu’, alhures anteriormente analisado nesta tese, sempre atraíram muitos críticos e, por outro lado, vários entusiasmados seguidores. Não foi diferente com a sociologia do direito de LUHMANN que à luz de seus contributos à teoria geral do direito e à dogmática jurídica igualmente despertou discussões que promoveram uma revisão da visão do papel e da função sistema jurídico na sociedade moderna, ou para alguns, pós-moderna (LADEUR. 1995).

Dentre os mais importantes críticos da teoria autopoietica do direito, sem dúvida, encontramos a figura de Jürgen HABERMAS, o qual inclusive desenvolveu sua teoria da ação comunicativa que serviu de base para sua compreensão ético-discursiva do direito, consolidada em sua obra *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* de 1981 (com citações nesta tese da edição de 1998).

HABERMAS (1998: 67-72, 74, 80) dirige observações críticas à jus-sociologia autopoietica-funcionalista de LUHMANN, ressaltando que: (1) a autopoiese resulta na expulsão do âmbito do direito tanto do sujeito quanto do mundo da vida (*Lebenswelt*) e na

desconsideração da auto-compreensão dos atores sociais; (2) a regulação do direito na sociedade se torna metafórico, porque a lei assume uma forma de reação indireta ao problema das relações sociais; (3) as expectativas normativas obscurem a dimensão deontológica da validade normativa (como formulações do *dever-ser*; (4) a comunicação (jurídica) fica privada de seu significado de “integração social” e assume uma natureza ‘especial’; (4) o direito perde sua justificação e sua relação com o ‘mundo da vida’ (*Lebenswelt*); (5) a ausência de plausibilidade de separar o direito da política e dar-lhe *status* de um subsistema independente da sociedade.

Como já estudado no desenvolvimento conceitual da autopoiese esses elementos de crítica devem ser confrontados com as proposições de LUHMANN de que: (1) os seres humanos como consciências (sistemas psíquicos) dotados de autonomia autopoietica e, portanto, irreduzíveis à síntese de uma metassubjetividade transcendental, motivo pelo qual são colocados no ambiente do sistema, mas podem ser ‘incluídos’ a todo tempo por meio de seu acoplamento estrutural com as comunicações especializadas no sistema, mas de fato não há um mundo da vida na teoria dos sistemas luhmanniana que permita uma interação fora das comunicações sistêmicas, pois quem se comunica já está ‘acoplado’ a algum sistema; contudo os sistemas de consciência podem irritar e provocar indiretamente mudanças nas estruturas do sistema funcional; (2) a sociedade de LUHMANN é policêntrica e não pressupõe qualquer primazia a um dos subsistemas funcionais na função de centralizar a integração social, sempre há a diferenciação funcional que gera uma pluralidade de visões; (3) a comunicação jurídica pressupõe a estabilização de expectativas normativas que não puderam ou não podem ser garantidas pelos equivalentes funcionais dos outros subsistemas de função (descentração do controle de expectativas); o direito se ‘justifica’ por meio de operações autorreferenciais, pois não há qualquer forma de ontologia que garanta uma justificação sempre estável e imutável na dimensão temporal, o direito ‘tem que decidir’ (*Entscheidungszwang*); (5) a positivação do direito repousa em suas próprias decisões (auto)referenciada a seu código comunicativo de diferenciação (*direito x não-direito* ou *licito x ilícito*), o que lhe dá autonomia para se ocupar da auto-observação da adequação social de sua função e se *imuniza* das pressões externas, em uma construção datada de alta consistência teórica.

Convém ampliar um pouco mais a questão e, ainda que de modo sintético, apontar que LUHMANN em seu artigo *Quod omnes tangit...: Anmerkungen zur Rechtstheorie von Jürgen Habermas* (1993c) formula suas contracríticas a HABERMAS demonstrando, diante do

quadro de evolução e de aumento da complexidade social¹⁶⁷, a *implausibilidade* da proposta central de um discurso ético e participativo em que *todos os atingidos* deveriam ter acesso a uma esfera pública em que se garantisse “condições ideais de fala” (*ideale Sprechsituation*), no contexto de uma política deliberativa.

LUHMANN (1993c: 38) refuta a tese de HABERMAS porque este retira a questão de que a produção de uma decisão (deliberação) repousa no nível operativo da produção das comunicações (de modo autorreferencial) e coloca-a no estabelecimento de condições racionais de coordenação das ações, que na visão luhmanniana seria utópico e não realizável no plano empírico. Mais grave ainda, a proposta habermasiana repousaria na prévia coordenação *transcendental* dos pensamentos de todos os sujeitos, o que significaria a determinação dos pensamentos de que todos os atingidos (ou a maioria deles) pensam sobre a mesma coisa e querem a mesma coisa e, ainda, a pressuposição de raiz jusnaturalística de uma lei ou princípios morais que garantissem uma condição ideal de fala e o afastamento de graus diversos de consenso e de dissenso.

LUHMANN (1993c: 42) continua suas observações sobre a teoria ético-discursiva do direito o fato de que HABERMAS ao mencionar o fato de que este autor se concentra na dimensão social e ‘para o tempo’, isto porque a idealização pressuporia que as condições permanecem as mesmas na medida em que a ação comunicativa é usada e reutilizada, na dimensão temporal. O que coloca, para LUHMANN, a questão da seletividade da comunicação que se reconstrói, quando “condensam-se identidades” e que se reafirma quando *estas devem ser generalizadas na forma de expectativas*, para aí sim coordenar as ações.

LUHMANN (1993c: 46) inclusive ironiza a posição de HABERMAS ao afirmar que este mesmo sabe que um discurso com todos os atingidos não é possível em nenhum procedimento jurídico e emerge, assim, como uma ficção legal, o que bem demonstra a crescente ‘procedimentalização’ de todos os problemas substanciais do direito. Mesmo porque HABERMAS utiliza uma forma de “externalização” do paradoxo legalidade/legitimidade no rumo de uma democracia política. Porém, ele se esquece de que o legislador se diferencia do juiz pelo fato de que aquele tem a possibilidade de não decidir, enquanto que o juiz não tem a possibilidade da ‘*não-decisão*’. Como ficaria a questão do consenso no direito: sem entendimento (consenso), sem decisão? Como ficam os bons argumentos de ambas as partes?

¹⁶⁷ Inclusive, como propomos, pelo aumento demográfico e do surgimento de uma sociedade submetida a pressões conducentes a um inevitável pluralismo, muitas vezes resistido e reprimido de forma violenta.

No que tange à questão da argumentação no direito (argumentação jurídica) e sua relação com uma ética discursiva baseada no consenso se coloca diante de um terrível paradoxo quando se constata que há bons argumentos de ambas as partes que serviriam como bons fundamentos para decisões em sentidos contrários, que se coloca então em cenário de *aumento* ou de *redução de complexidade*.

LUHMANN (1993c: 52) devolve a acusação que lhe é comumente feita de teórico do liberalismo ao demonstrar que a teoria discursiva do direito de HABERMAS se insere em uma formulação clássica do liberalismo, com acento renovado nas ideias de *igualdade* e *liberdade* mescladas na forma de um ‘entendimento’ (*Verständigung*), em que o momento crítico proposto pela teoria se apresenta como “idealização dos desideratos” que não anuncia as reformas institucionais fundamentais para a realização de um direito baseado em um discurso sob a égide de “condições ideais de fala” (*ideale Sprechsituation*).

O problema todo da teoria discursiva do direito repousa em uma ideia que remete a uma “idealização da presença” (LUHMANN, 1993c: 48) e do *consenso*¹⁶⁸, em um paradoxo que põe à mostra o charme utópico¹⁶⁹ da teoria da HABERMAS, com seu “...*quod omnes tangit...*”.

Nas considerações de HABERMAS sobre o arcabouço teórico luhmanniano¹⁷⁰ fica latente sua objeção ao seu caráter supostamente ‘acrítico’ em face da ‘realidade social’, além de seu pragmatismo formalista e conservador. Porém, concordamos com a lição de Ottfried HÖFFE de que a teoria de LUHMANN não contém um desejo de estabilizar as condições existentes¹⁷¹, isto porque não se pode esquecer que ele propõe uma legitimação das operações jurídicas pela institucionalização de procedimentos no sistema do direito em que se permite a

¹⁶⁸ Sobre a questão do *consenso* dentro da proposta ético-discursiva de HABERMAS e seu confronto com pensamento de LUHMANN sobre o funcionalismo, altamente relevante é a crítica *pós-moderna* de Jen-Fraçois LYOTARD (1979: 98-108), à qual remetemos o leitor.

¹⁶⁹ Neste ponto, é conveniente registrar que para LUHMANN (1993c: 53): „*Utopien sind Paradoxien im strengen Sinne*“ (“as utopias são paradoxos em sentido estrito”).

¹⁷⁰ Deve ser aqui anotado que HABERMAS (1998: 67) também ataca o construtivismo e a epistemologia sistêmica de LUHMANN ao propor que este autor teria feito a transposição do caráter monádico da concepção husserliana da consciência subjetiva para o nível dos sistemas funcionais, recursivamente fechados. Contudo, quer parecer-nos que HABERMAS não adquiriu uma perfeita compreensão da abertura cognitiva dos sistemas funcionais que lhes permitem a percepção do ambiente e de suas mudanças de estado, ou seja, pelo paradoxo da autorreferência (*Sebstreferenz*) na heterorreferência (*Fremdreferenz*), o qual afasta qualquer solipsismo sistêmico. Para maior clareza sobre esse debate, remetemos o leitor à refutação a críticas desse jaez pelo próprio LUHMANN (1994: 25).

¹⁷¹ Esse posicionamento é também sustentado, apesar de que com outros argumentos, por KING & THORNHILL (2005: 217-220).

abertura cognitiva do sistema a uma adaptabilidade ao sistema social, por meio de uma simultânea redução da complexidade do mundo (HÖFFE, 172-173).

As críticas de HABERMAS¹⁷² aqui apenas delineadas exemplificativamente, como também as objeções e respostas de LUHMANN, não podem ser esgotadas no campo temático desta tese, mas bem servem para demonstrar o percurso do conhecido como ‘debate Luhmann-Habermas’ que se inicia de forma marcante com a obra conjunta *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie* (1974).

Em outra frente, aplicação da ideia da *autopoiese* aos sistemas sociais, feita por LUHMANN, foi incompreendida e contestada por MATURANA e VARELA (1994: 18-21)¹⁷³, criadores do termo. Os dois biólogos chilenos não concebem como a sociedade poderia ser autopoietica sem subjugar o indivíduo à autopoiese social, pois para eles o sistema social é baseado em uma ampla autonomia do indivíduo o que não se coadunaria com a reprodução totalizante de uma sociedade hipoteticamente autopoietica, em um modo que lembraria os regimes totalitários. Uma das linhas de refutação a essa proposição de um *totalitarismo autopoietico* de MATURANA & VARELA pode ser claramente extraída da ideia luhmanniana da diferenciação sistêmica, com um sistema social *policêntrico* formado por sistemas de comunicação *especializada* em uma sociedade *diferenciada funcionalmente*.

Também na linha da crítica da adoção do termo *autopoiese* fora do contexto das teorias biológicas, mencionamos Hubert ROTTLEUTHNER (1988: 112-123) e sua objeção à aplicação do termo *autopoiese* na teoria jurídica, o que fez LUHMANN inserir-se em uma tradição de uso de metáforas biológicas nas ciências sociais.

Para ele LUHMANN se filia uma linha da tradição de pensamento jurídico que optou pela adoção de metáforas biológicas, mencionando inclusive SAVIGNY e o uso que fez da expressão ‘conexão orgânica’ (ROTTLEUTHNER, 1988: 103), as quais podem produzir uma ‘ambivalência política’ (1988: 110) nas ciências sociais. No caso da autopoiese, ROTTLEUTHNER (1988: 122-123) ressalta que essa ideia afasta a causalidade entre o sistema e a sociedade, deixando de fora a dependência da mudança legal em face da mudança social ou dos reflexos da base econômica na superestrutura legal, como resultado do caráter eminentemente formal do conceito, em sua opinião.

¹⁷² Recomendável para aprofundamento dessa controvérsia a leitura de HABERMAS (1990: 368-385) sobre uma suposta apropriação da ‘filosofia do sujeito’ pela teoria sistêmica de LUHMANN.

¹⁷³ Este fato também foi devidamente registrado por João D. FONSECA (2008: 87-89).

Quer parecer-nos que ROTTLEUTHNER não alcançou a compreensão da proposta autopoietica de LUHMANN para o sistema jurídico em que se coloca, como já estudado, a questão da autonomia autorreferencial do sistema e da organização policêntrica da sociedade funcionalmente diferenciada em seus subsistemas. A simples observação da utilização da expressão ‘superestrutura’ por ROTTLEUTHNER (1988: 122) serve para a constatação das raízes marxianas/marxistas de seu pensamento, nas quais o direito exerce uma função central na manutenção da dominação da estrutura político-econômica capitalista, o que nos remete ao tópico anterior da autopoiese como autonomia ou imunização do sistema jurídico, onde posicionamos a teoria jurídica de LUHMANN em contexto diverso.

De forma mais direta, Cary WOLFE (1998: 72-79) elabora sua crítica a LUHMANN em torno de sua possível postura pró-liberalismo e o faz ao tomar como um dado óbvio o capitalismo o mundo ocidental, ao propor as figuras do ‘observador’ e da ‘observação de segunda ordem’ – ambas já analisadas nesta tese.

WOLFE (1998: 73) chega a invocar o pensamento de Danilo ZOLO (1990: 62-63) de que as implicações da *autopoiese* na construção de uma teoria reflexiva (autorreferencial e autodescritiva) do direito daria suporte a uma política ‘neoliberal’, transformando-se em um paradigma de políticas de desregulamentação econômica, por exemplo.

Voltamos, em face desta linha crítica, às correntes de matriz marxiana/marxista e sua percepção do direito como instrumento de dominação e de manutenção da superestrutura do modo capitalista de produção. Nada mais incompatível com a concepção luhmanniana do direito, pois como LUHMANN (1988a: 30) observa qualquer discussão em torno de uma *delegalization*, por meio de composições amigáveis ou arbitramentos sempre traz de volta a questão jurídica, quadro em que esta fica somente ‘reprimida’. Mais ainda, de modo veemente LUHMANN rechaça (1988a: 32) a possibilidade de redução do direito a um mero instrumento de implementação burocrática do poder político e, por extensão, como podemos propor, do poder econômico.

Em uma sociedade *policêntrica*, como a vislumbrada por LUHMANN, com sua diferenciação funcional e a reflexividade própria de cada sistema, nunca se pode afastar os acoplamentos estruturais e interpenetrações, que aumentam a irritação entre os subsistemas sociais, em que o sistema jurídico por meio de seus programas condicionais estabelece *constraints* à lógica meramente econômica ou política por introdução de expectativas sociais *congruentemente generalizadas* por meio de suas decisões.

Para sintetizar o rechaço de uma possibilidade de ‘direção’ ou ‘controle’ de um sistema social sobre o conjunto da sociedade¹⁷⁴, seja pelo direito seja pela economia, ou por ambos, colaciona-se a o registro de Helmut WILLKE (1987):

Das liberalistische Konzept gesellschaftlicher Selbstorganisation reicht nicht mehr aus, weil Funktionen und Leistungen der spezialisierten Teile der Gesellschaft Prozeß- und Handlungsketten in Ganz setzen, die von der jeweiligen Bereichen selbst nicht mehr kontrolliert werden können. Zugleich steht inzwischen außer Frage, daß eine zentralisierte Planung gesellschaftlicher Prozesse faktisch nicht möglich ist, weil weder das Politische System noch irgendein anderes Teilsystem der Gesellschaft in der Lage ist, die steuerungsrelevanten Variablen und Faktoren als Aktionsparameter selbst zu gestalten¹⁷⁵.

Curiosamente, a teoria autopoietica do direito também é interpretada, como bem apontam KING & THORNHILL (2005: 217), como uma teoria antiliberal porque suas concepções centrais entram em confronto com os princípios (liberais) de codeterminação social, liberdade de social (com forte acento na *ação ou iniciativa individual*) e sociedade civil. O que para os mencionados autores somente demonstra que os escritos de LUHMANN trouxeram um amplo efeito irritante à teoria social contemporânea.

Por fim, ao se mencionar os escritos de LUHMANN, deve ser feito o apontamento de que muitas críticas têm sido dirigidas a seus textos em geral no sentido de imputar-lhes um caráter obscuro (LOSANO, 2002: 240-247).

Sobre essa questão, comungamos com LOSANO (2002: 246-247) a opinião no sentido de que os textos luhmannianos não são de fato obscuros, mas que, na verdade, colocam o leitor diante de um desafio, pois o expõem a uma terminologia difícil, inovadora e de início não cativante, mas cujo enfrentamento se impõe para ter acesso ao instigante pensamento de LUHMANN e de sua escola¹⁷⁶, sendo que o mesmo LOSANO conclui

¹⁷⁴ No mesmo sentido, leia-se Johann DIECKMANN (2004: 155).

¹⁷⁵ Tradução livre: “O conceito liberal de auto-organização não é mais satisfatório porque as funções e as prestações dos ramos especializados da sociedade colocam em movimento um encadeamento de processos e de ações que não podem ser mais controlados pelas áreas respectivas. Igualmente fica, entretanto, fora de questão que não é mais possível um direcionamento (controle) geral da sociedade no sentido de um planejamento global dos processos sociais, seja porque nem o sistema político esteja, nem qualquer outro sistema parcial da sociedade, em situação de conformar as variantes e os fatores de controle como seus próprios parâmetros de ação”.

¹⁷⁶ Novamente trazemos à colação Mario LOSANO (2002: 247) quando ele ironicamente faz um elenco de autores *difficéis* – alguns deles também geralmente considerados *obscuros* -, no qual figuram KANT, HEGEL e o pós-estruturalista DERRIDA.

dizendo: “*una sfida però irrinunciabile perché risponde a un’ esigenza epistemologica della teoria generale dei sistema*”.

O mesmo Mario LOSANO (2002: 246) ao referir-se ainda às dificuldades da leitura dos textos luhmannianos – dificuldades que para ele são indevidamente interpretadas como obscuridade – depara-se continuamente com um duplo risco: (a) o da precipitada refutação (*rifiuto*) e (b) o do mal-entendido (*fraintendimento*).

No caso da obra de LUHMANN, como pensamos, os dois riscos estão constantemente presentes, pois, sem dúvida, os textos luhmannianos exigem muita paciência do leitor para revelarem seu conteúdo inquietante e provocativo. Exatamente aí reside o grande desafio da presente tese, fazer uma leitura da ideia da justiça em Niklas LUHMANN e de sua possível contribuição à teoria geral do direito e à jusfilosofia.

Não obstante reconhecermos que há uma injustificável tendência de atribuir-lhe um caráter tecnocrático, pragmático e conservador¹⁷⁷, aqui não se adentrará este infundável debate¹⁷⁸ sobre a determinação da posição política de LUHMANN¹⁷⁹, ante a necessidade metodológica de nos atermos aos estritos limites temáticos desta tese debate no corpo desta. Todavia, registramos nosso vislumbre em sua teoria de um caráter *subversivo* do pensamento tradicional, seja sobre a sociedade seja sobre o direito e sua função, como também de sua *justiça*.

2.6. Observações conclusivas

¹⁷⁷ Em relação às críticas em torno do suposto ‘conservadorismo’ de LUHMANN em sua teoria dos sistemas, convém transcrever uma importante observação teórica de Gregory BATESON (1972), o qual diz: “[...] *we know that when we talk about the process of civilization, or evaluate human behavior, human organization, or any biological system, we are concerned with self-corrective systems. Basically these systems are always conservative of something*”. Sem dúvida o sistema funcional luhmanniano possui, nesta perspectiva, ‘algo de conservador’, pois ao mesmo tempo em que *reduz a complexidade do ambiente (mundo)*, também *estabiliza* as expectativas (*Erwartungen*) por ele selecionadas, constituindo, entretanto, este é o ponto, uma estabilidade *dinâmica* por sempre permanecer aberto a ‘mudanças’; porém nunca na forma de uma ‘revolução’, de uma ruptura radical que possa produzir uma *desestabilização* destrutiva de suas funções, das quais depende a reprodução do sistema da sociedade.

¹⁷⁸ Deve ser anotado que o rótulo ‘conservador’ é em si questionável quanto a seu exato sentido, como observa Odo MARQUARDT (1989: 14-15) dentro de sua perspectiva cética.

¹⁷⁹ Que seria um tema suficientemente complexo e vasto para outra tese.

O estudo descritivo-analítico da autopoiese que foi desenvolvido neste tópico possibilitou demonstrar toda a complexidade de sua adoção na teoria sociológica de Niklas LUHMANN e de suas implicações no modo heterodoxo em que este autor produz uma descrição da sociedade moderna.

Neste cenário autopoietico e, portanto, autoreferente, autodescritivo, fechado em suas operações, mas aberto cognitivamente ao ambiente que se descortina uma visão da justiça no sistema jurídico e de suas (im)possibilidades funcionais. Sem dúvida, uma concepção da justiça despida de utopias e que, portanto, coloca o problema diante de seus paradoxos, ou melhor, de seus vários paradoxos. Como será estudado a partir dos capítulos II e III desta tese, a justiça luhmanniana coloca o direito diante de seus limites, o que, para nós demonstra que o pensamento de Niklas LUHMANN se apresenta, em seu conjunto, como uma *filosofia dos limites*¹⁸⁰. E os limites são uma realidade que talvez não estejamos acostumados a pensar, talvez porque isso seja extremamente perturbador ou porque preferamos as utopias, simplesmente porque elas os ignoram.

Por fim, nesse horizonte teórico, não passa despercebida a alguns dos estudiosos de LUHMANN a radicalidade de seu pensamento (MOELLER, 2012) e, assim, por via de consequência o aspecto também radical de sua visão da justiça que propomos explorar nesta tese.

¹⁸⁰ Reproduzimos passagem de Bertrand RUSSEL (1949: 189), na qual este anota que o tratamento que LEIBNIZ dedicou ao conceito de perfeição pode ser sintetizado no argumento de que: “*Every quality which is simple and absolute, positive and indefinable, and expresses its object without limits, is a perfection*”. Como se pode observar, a leitura de RUSSEL sobre a *perfeição* no pensamento leibniziano indica uma clara contraposição à ideia luhmanniana de que não há, na verdade, garantias de perfeição em uma sociedade que se depara com *limites de racionalidade sistêmico-comunicativos* resultantes da diferenciação funcional consolidada na modernidade. Como consequência, fica o perturbador sintoma da superação da semântica social focada na suposição (para LUHMANN, ilusória e hoje inaceitável) da existência de um centro de produção de sentido, nas formas tradicionais ou religiosamente legitimadas de governo (LUHMANN, 2005a: 236) que atuavam como ‘garantes’ de referências estáveis de raiz metafísica ou cosmológicas, no sentido clássico do pensamento “vetero-europeu”. Referências estas resistentes a processos de transformação cultural, social e política, que caracterizavam as sociedades pré-modernas. Neste sentido, leia-se *Gesellschaft* (LUHMANN, 2005a: 173-193).

CAPÍTULO II – SISTEMA JURÍDICO, COMPLEXIDADE SOCIAL E CONTINGÊNCIA

1. Sistema jurídico e complexidade social

1.1. O direito e a crescente complexidade no ambiente social

Não há como adentrarmos o tema da justiça em Niklas LUHMANN sem reelaborar e compreender o sentido próprio que este autor dá, em sua teoria, ao termo *complexidade* e de sua relação com sua teoria do direito e sua sociologia jurídica.

Obviamente, não se pode tentar compreender a questão da complexidade no sistema social luhmanniano a partir do uso comum da palavra¹⁸¹.

A propósito, LUHMANN (2005d: 255) observa que complexidade é um conceito muito usado, mas de conteúdo indefinido, porém sugestivo de seu possível significado. Em sua aplicação no campo científico-acadêmico o vocábulo tem apresentado diferentes usos e heterogêneas aplicações¹⁸².

Este quadro de escassez de usos conceituais teóricos suficientes e determinados leva LUHMANN a buscar uma determinação epistemológica que permitisse uma aplicação da

¹⁸¹ Edgar MORIN (2005: 103-104) aponta que o paradigma da simplificação (disjunção e redução) de DESCARTES, apesar de ainda forte em nossa cultura, vem enfrentando uma batalha contra seu domínio travada pela ideia da complexidade. Para esse autor (MORIN, 2005: 103), “*Le paradigme de complexité viendra de l’ensemble de nouvelles conceptions, de nouvelles visions, de nouvelles découvertes et de nouvelles réflexions qui vont s’accorder et se rejoindre*”.

¹⁸² Como nos exemplos dados pelo próprio LUHMANN (2005: 255), na psicologia (“complexidade cognitiva”) e nas ciências formais.

ideia de *complexidade* em sua teoria dos sistemas. Neste projeto, LUHMANN (2005d: 255-256) parte em busca de características determinantes como meio de mensuração de esforços para a aquisição de conhecimentos em quadros fáticos complexos com a operacionalização das necessárias reduções no processamento de informações. O que para ele não conduz a um completo esclarecimento teórico do conceito, mas tão-somente a sua compreensão operativa.

Deste modo, dentro do prisma da generalização remanesce, porém, o “clássico problema da unidade da multiplicidade” (*Einheit der Mannigfaltig*) (LUHMANN, 2005d: 256), no qual o objeto complexo deve ser visto como multiplicidade e unidade, *simultaneamente*.

LUHMANN vai buscar na história conceitual a ideia de *complexum/complexio* como problematização de como modular e, assim, de como representar o complexo *simultaneamente* em vários níveis. Na tradição do pensamento europeu, nosso autor encontra essa modulação como *complexio contingens*, como possibilidades teóricas, ou *complexe significabile*, como modulação teórico-epistemológica. Também se coloca o conceito de complexidade em parte como questão da harmonia categorial de *ser* e *saber*, por meio da apreensão da **totalidade do conteúdo**, para depois reaparecer como pressuposto da problematização, o que faz circularmente retornar ao problema da *unidade do complexo*.

Emerge daí, para LUHMANN (2005d: 256), a questão da *perfeição*¹⁸³ em que se pretende colocar o objeto (complexo), o qual em sua multiplicidade e diversidade (*multitudo et distinctio*) é levado a uma **unidade ordenada**, seja pela vontade de um Criador transcendente (LUHMANN, 2005d: 59) ou pela função representativa de um *sujeito transcendental*. Estes elementos transcendentais seriam a garantia da *unidade* do objeto complexo o que tornaria possível determinar se as afirmações sobre ele não se contradizem, portanto, como pré-condição do princípio da não-contradição. Contexto que serve de ponto de partida para „*kosmologische Erklärungen, über deren Grundlagen die Wissenschaft nicht voll disponieren kann*“¹⁸⁴ (LUHMANN, 2005d: 256). Mesmo porque, para LUHMANN, não há recurso a garantias externas (1997: 144).

LUHMANN (2005d: 257) aponta que com o aparecimento de desenvolvimentos conceituais em novas experiências e pesquisas¹⁸⁵ passou-se a pensar a *unidade do complexo*

¹⁸³ Retomaremos, no último capítulo da tese, ao tema da *perfeição* e de sua relação com o *Perfektionsbegriff* (LEIBNIZ) e com a ideia da *justiça como perfeição*, extraindo daí as implicações que ele traz para as conclusões que serão produzidas neste trabalho.

¹⁸⁴ Tradução livre: “... explicações cosmológicas sobre cujos fundamentos a ciência não pode dispor totalmente”.

¹⁸⁵ Nicola ABBAGNANO (2011: 170) registra em seu *Dizionario di Filosofia* que a escola da *epistemologia complexa* produziu uma mudança de paradigma em que a ideia da complexidade passou a ser inserida no contexto geral de recursividade, circularidade, autorreflexão, auto-organização, contingência, ordem e desordem,

somente como uma forma de enfocar *relações* e não mais como *concentração essencial*. Como, exemplo, LUHMANN apresenta o conceito de “complexidade cognitiva” (*kognitive Komplexität*) desenvolvido na psicologia, no qual a complexidade do sistema se operacionaliza em situações, sendo que, deste modo, é conceituada como potencial existente e estruturalmente à disposição. Ou seja, a complexidade do sistema se apresenta como um potencial que em determinados *contextos* (setores e situações) pode ser *mais* ou *menos* ativado.

Colocado em outros termos, a estrutura dos sistemas complexos permite-lhes a escolha de agir de modo complexo ou simples; em uma situação de baixa complexidade fica somente a possibilidade do estabelecimento de relações simplificadas com o ambiente.

A partir destas reflexões teóricas, LUHMANN passa a elaborar sua própria compreensão da ideia da complexidade, em que (LUHMANN, 2005d: 257) não se pode mais ignorar que as tendências e experiências evolutivas na física e na matemática demonstram que a complexidade deve ser vista como “quadro fático multidimensional mensurável” e que tem como resultado o fato de que não é possível agregar complexidade à *unidade* sem a consequente perda de informação. Assim, ao agregar elementos novos à complexidade deve-se previamente decidir sobre a finalidade de ingresso deles e avaliar quais informações serão perdidas e a que custo.

O que LUHMANN passa a tomar em consideração é a frequente e distinção total entre o *número de elementos* de um determinado sistema e o *número e variedade de possíveis relações*.

Para ele, nos grandes sistemas se coloca a questão da relação entre os elementos em uma *interdependência*, nem como ordem nem como caos, mas sim dentro de um processo de seletividade (LUHMANN, 2005d: 257). Essa *seletividade* de suas próprias **possibilidades de relacionamento** com tudo o que está para fora dele (ambiente), os sistemas são confrontados com a necessidade de diferenciarem-se de seu entorno.

Essa seletividade de suas possibilidades não é regida pelo acaso, numa produção *ad hoc*, e continua LUHMANN a observar que isso se deve à circunstância de que os sistemas, para se estabelecer necessitam da fixação de limites (*Grenzen*) em face de seu entorno, devem ser invariavelmente mantidos. Isto é obtido por meio de *estruturas* que garantem a capacidade de contato das seleções e que as dirigem em um processo não arbitrário. Desse modo, o estabelecimento de interdependências permite o processo básico (*Grundvorgang*) da

rompendo com o que Edgar MORIN (2005) denomina de “estatuto ontológico do sujeito”. ABBAGNANO relaciona entre os teóricos desse amplo movimento multidisciplinar: Norbert WIENER, Heinz von FÖRSTER, Edgar MORIN, Humberto MATURANA, Francisco VARELA, Henri ATLAN, Ilya PRIGOGINE e, também, o próprio Niklas LUHMANN.

complexidade em que se formam as conexões em face de excessos combinatórios e seleções estruturais, com o aumento da seletividade dessa mesma estrutura.

Como já visto em tópico anterior, a estrutura dos sistemas luhmannianos não são estruturas de natureza ontológica e, desta maneira, essas estruturas não se formam de modo rígido, mas apresentam uma invariância *relativa* (LUHMANN, 1994: 385), no modo de uma *interdependência* ou invariância *dinâmica*, abandonando a simples referência a relações e conexões fixas (relacionalidade completa) entre elementos. A estrutura dos sistemas sociais é, para LUHMANN, um complexo de expectativas observadas no horizonte temporal¹⁸⁶ (LUHMANN, 1994: 399; 417), no qual se dá a seletividade de elementos que em dado momento atua no sistema.

A seletividade estrutural aumenta na medida em que se dá uma combinação de *especificação* e *negação*. Com o aumento da seletividade estrutural a contingência e a não arbitrariedade também crescem na forma de um repertório *limitado* (*begrenzt*), como domínio de possibilidades que também coloca à disposição um espaço de manobra (*Spielraum*) *reduzido* (*einschränkt*).

A partir daí, LUHMANN começa a vislumbrar a complexidade não como uma simples quantidade de relações estruturais tornadas possíveis, senão como sua *seletividade*, situada entre a determinação positiva do tamanho da estrutura e do correspondente efeito negativo, o de eliminação de possíveis elementos (*negação*).

LUHMANN (2005d: 259) sobre a unidade da complexidade sintetiza que: „*Die Komplexität hat ihre Einheit also in der Form einer Relation: in der Relation wechselseitiger Ermöglichung von Elementmengen und reduktiven Ordnungen*“¹⁸⁷. Mais adiante, LUHMANN arremata: „*Als Einheit eines Systems ist Komplexität in sich selbst relationaler Natur*“¹⁸⁸.

Neste momento, integra-se ao conceito de complexidade o de *referência sistêmica* (*Systemreferenz*) em que o crescimento da complexidade passa a exigir não somente um aumento do número de elementos da estrutura, senão uma forte seleção estrutural, na forma de *emergenten Eigenschaften* (propriedades emergentes) (LUHMANN, 2005d: 69) do sistema, com a qual se realiza a corrente *redução de complexidade* em face de *outras variadas possibilidades*.

¹⁸⁶ A concepção luhmanniana de *estrutura* guarda alguma relação com o conceito de Milan ZELNY (1981: 5), o qual assevera que: “A particular spatiotemporal arrangement of particular components through which the underlying organization is realized in a given space and at a given point in time.”.

¹⁸⁷ Tradução livre: “A complexidade tem sua unidade, portanto, na forma de uma *relação*: na relação recíproca de tornar possíveis quantidades de elementos e ordens redutivas”.

¹⁸⁸ Tradução livre: “Como unidade de um sistema a complexidade é em si mesma de natureza relacional”.

A referência sistêmica, como autorreferência (LUHMANN, 1994: 508-509), indica a complexidade do sistema na forma de um duplo direcionamento negativo (LUHMANN, 2005d: 261): (1) uma seletividade de estruturas imanente ao sistema em relação às possibilidades combinatórias dos elementos; (2) a descontinuidade entre sistema e ambiente.

Os elementos do sistema, por sua vez, não independem de seu manejo seletivo para sua qualificação como tal, pois na definição de elemento, LUHMANN (1994: 42) se contrapõe à posição tradicional que quer atribuir ao elemento um caráter substancial e ontológico. Para ele, o elemento é, portanto, aquilo que funciona no sistema não mais como unidade destacável de uma estrutura, isto porque o sistema somente pode se constituir e modificar por meio de seus elementos (LUHMANN, 1994: 43; 1997: 138), pela organização seletiva da autopoiese do sistema.

Em mais um dos seus paradoxos, LUHMANN (1994: 49) afirma: „*Nur Komplexität kann Komplexität reduzieren*“¹⁸⁹. Esse paradoxo pode ser *entfaltet* (desdobrado) pela formulação de que o ambiente é sempre mais complexo do que o sistema (LUHMANN, 1994: 48). Esta formulação, como se pode perceber, coloca o problema da complexidade em dois planos: (1) a complexidade como *Innenhorizont* (horizonte interno) e (2) como *Umwelthorizont* (horizonte do ambiente) (LUHMANN, 2005D: 262). Ou seja, como plano interno e externo da complexidade.

Quando tomada da perspectiva interna do sistema a complexidade traz consigo a questão da auto-observação (*Selbstbeobachtung*) e da sua conexão com o estabelecimento de uma estrutura na determinação de quanta complexidade *interna* o sistema pode suportar. Este aspecto levanta o problema da *hipercomplexidade*, na qual um sistema busca captar-se por meio da orientação em torno de sua própria complexidade.

Esse modo de o sistema orientar-se, LUHMANN (1994: 37) denomina de *hipercomplexidade*, que é a tentativa do sistema de auto-observar (*selbstbeobachten*) e de determinar-se como nada mais que ele mesmo. Nesta operação, a auto-observação é conduzida como forma de planejamento do sistema que produz um quadro de possibilidades de reação que não é dado previamente. Estabelece-se uma diferença entre planejamento e observação do planejamento que não pode ser eliminada (LUHMANN, 1994: 638).

Nos sistemas hipercomplexos sua autorrepresentação (do sistema no sistema) só pode ser percebida como contingente em sua abertura para o futuro, porém o sistema “deve desistir de colocar a auto-observação como uma certeza inquestionável e sem critérios” (LUHMANN,

¹⁸⁹ Tradução livre: “Somente a complexidade pode reduzir a complexidade”.

1994: 638). Diante disso, LUHMANN (1994:638) formula que: „*Die Selbstbeobachtung führt als Planung zur Selbstbeschreibung und wird dadurch selbst beobachtbar*”¹⁹⁰. A auto-observação pressupõe em um metanível, no qual *o sistema observa seu modo e seus critérios de observação* (observação de segunda ordem).

Claudio BARALDI e Giancarlo CORSI (BARALDI, CORSI & ESPOSITO, 1997: 95) bem sintetizam a questão da hipercomplexidade, prelecionando que:

*Die Relevanz der Beobachtung für die Konstruktion der Komplexität wird besonders im Begriff der Hyperkomplexität hervorgehoben; von Hyperkomplexität spricht man dann, wenn Komplexität auch die Folgen ihrer Beobachtung mit einschließt. Sie ist das Ergebnis einer Beobachtung zweiter Ordnung [...], das heißt der Einbeziehung des beobachtendes System in die Beobachtung (eine Gesellschaft ist zum Beispiel hyperkomplex, wenn sie die Auswirkungen ihrer Beobachtungen in der Umwelt beobachtet).*¹⁹¹

Colocando em nossos próprios termos, o sistema se observa por meio da observação das irritações que seu modo (critérios) de observar dirige ao ambiente, como prestações resultantes de suas operações.

Daí que uma pura consideração dos aspectos internos do sistema ligados a sua complexidade não é suficiente, pois há uma bilateral interdependência que se estabelece de maneira *assimétrica*¹⁹² entre o sistema e seu ambiente.

Nessa unidade na multiplicidade, o conceito de complexidade coloca-se em uma *dupla* aplicação: (1) no uso **por** um correspondente e pressuposto sistema de referência; (2) no uso **em** face do ambiente. Assim, a assimetria deve ser vislumbrada na relação entre o sistema e o ambiente, como diferença entre dois gradientes de complexidade diversos. Assim, por óbvio, o ambiente se apresenta como grandeza maior do que a complexidade do próprio sistema de referência. Desse modo, surge um dos mais importantes conceitos de ambiente em

¹⁹⁰ Tradução livre: “A auto-observação leva como planejamento à autodescrição e que se torna, assim, observável em si mesma”.

¹⁹¹ Tradução livre: “A relevância da observação para a construção da complexidade fica ressaltada de modo especial no conceito de hipercomplexidade; fala-se de hipercomplexidade então quando a complexidade inclui suas consequências de sua observação. Ela é o resultado de uma observação de segunda ordem [...], é dizer a inclusão do sistema que observa na observação (uma sociedade é, por ex., hipercomplexa quando ela observa as realizações de suas observações no ambiente)”.

¹⁹² Assimetria em que o sistema se apresenta como *unidade* e o ambiente também como unidade (LUHMANN, 2005d: 263).

LUHMANN (2005d: 264): „*Ein System ist seine Differenz zur Umwelt, ist eine grenzdefinierend, grenzerhaltende Ordnung*“¹⁹³.

Não pode haver, desta maneira, uma correspondência ponto a ponto do sistema com o ambiente, pois LUHMANN (1997: 135) assevera que o fechamento operacional do sistema pressupõe que este renuncie a uma correspondência com todas as possibilidades que se formam no ambiente, o que reflete uma tendência evolucionária na construção de sua própria complexidade (*Eigenkomplexität*). Deste modo, LUHMANN (1994: 47) assevera que falta ao sistema a *requisite variety* formulada por William Ross ASHBY (1958: 206, 245), que lhe permitiria uma perfeita adequação (ponto a ponto) a toda circunstância de seu ambiente, como em modelo de *input* e *output*.

Todavia, o sistema pode aumentar sua complexidade interna diante do aumento da complexidade do ambiente. O aumento da complexidade de um sistema pode estimular um aumento da complexidade nos outros sistemas que o observam (BARALDI, CORSI & ESPOSITO, 1997: 96) a partir do ambiente social.

Podemos construir um exemplo que bem demonstra essa relação, qual seja o do aumento da complexidade dos subsistemas sociais da intimidade e da família. Hoje em dia se constata uma relativa abertura do sistema social para aumento do estabelecimento de relações homoafetivas, com a convivência ou união estável entre pessoas do mesmo sexo, de crianças sob os cuidados de casais do mesmo sexo (formados inclusive em virtude de separações e divórcios de relações heteroafetivas anteriores) e, também, da questão da transsexualidade.

Todos esses fenômenos operados no ambiente social refletem um permanente aumento da complexidade do sistema social, como ambiente do subsistema funcional do direito, e que se traduzem constantemente em conflitos que demandam uma solução pelo sistema jurídico, como, por ex., em questões sucessórias e no estado das pessoas. Esses quadros conflitivos já provocaram e ainda provocam grandes irritações e estímulos no sistema jurídico, o qual teve e ainda terá que alterar os aspectos normativos e dogmáticos de suas estruturas. Surge daí a necessidade de estabelecimento de novos programas condicionais (decisórios) para dar

¹⁹³ Tradução livre: “Um sistema é sua diferença em face do ambiente, é uma ordem que define e mantém limites”.

solução a conflitos emergentes no campo da orientação sexual¹⁹⁴, com grandes reflexos na reestruturação da complexidade interna do próprio direito¹⁹⁵.

O sistema constrói para si um ambiente com qual se permite relacionar e, deste modo, pode reduzir a complexidade colocando limites a uma relação aberta a um fator externo de contingência, não na forma de uma transcendência, mas somente no sentido de que o sistema deve adquirir desse ambiente uma complexidade *determinável*. Ou seja, todo ambiente se estabelece relativamente a um sistema.

Isto exatamente porque o sistema precisa operar na base do estabelecimento de um ambiente determinável em horizontes caracterizados por permanente indeterminação (horizontes mutantes), como contingência da própria *realidade*. Em outros termos, *reduzir a complexidade externa* por meio de uma distinção com dois lados: atualidade (*Aktualität*) x potencialidade (*Potentialität*) (LUHMANN, 1997: 142).

Essa complexidade *externa* – é dizer, do ambiente – não se coloca para o sistema em relações arbitrárias, porque ela é construída de um modo bem diferente, porque não conhece limites. Contudo, para o sistema o ambiente deve ser percebido como *horizontes estruturados* em que se diferenciam possibilidades determináveis e indetermináveis, estas últimas colocadas como irrelevantes, como *blind spot* (*blinder Fleck*) do sistema.

Em cada nível de desenvolvimento das relações entre sistema e ambiente surgem chances e oportunidades de racionalidade sistêmica (*Systemrationalität*), na qual o problema da ‘racionalidade’ repousa em última análise no entrelaçamento de seleções, cuja necessidade varia de acordo com a complexidade do ambiente (horizontes).

Portanto, por essa racionalidade sistêmica (*Systemrationalität*)¹⁹⁶ é que o subsistema funcional coloca a *ação* (*Handlung*), ou melhor, a possibilidade de uma *ação* no metanível da

¹⁹⁴ Nos Estados Unidos da América esse tema tem causado grande perturbação nas estruturas do sistema jurídico, levando-o a graves impasses, com repercussões não só do direito de família, mas também no direito constitucional em face dos problemas federativos da autonomia legislativa de seus Estados-membros (alguns Estados reconhecem o casamento homoafetivo, outros não), como se pode estudar com detalhes em BALL, RUBENSTEIN & SHACTER (2011).

¹⁹⁵ Só para fazer uma demonstração das pressões que se formaram para a dogmática jurídica nos últimos anos, basta pensar no conceito jurídico de casamento em face do fenômeno de uma homoafetividade aberta e pública. Vale a pena citar, por curiosa, a observação datada de 1970 de Luís Recaséns SICHES (2009: 59) de que: “Por ejemplo: el matrimonio podrá contraerse sólo entre personas de diferente sexo”. Hoje essa concepção está em vias de superação. Em alguns países essa superação já se deu, como na Argentina em que a Corte Suprema reconheceu a viabilidade constitucional do casamento de pessoas do mesmo sexo (*cf.* R. 90. XLIV. «RECURSO DE HECHO» Rachid, María de la Cruz y otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ medidas precautorias). No direito argentino, a partir de então, introduziu-se o conceito do matrimonio igualitário em sua dogmática do direito constitucional.

¹⁹⁶ Sobre esse particular aspecto, deve ser lida a crítica de Niklas LUHMANN (1997a: 177-178) ao modelo teórico da Ação Comunicativa de Jürgen HABERMAS (1987) e de sua formulação de uma ideia de “consenso racional” (*Verständigungsrationalität*).

comunicação¹⁹⁷ – sendo a sociedade vista por LUHMANN como um grande sistema de comunicação -, por meio das estruturas de expectativas do subsistema à disposição do indivíduo (*psychisches System*) que pode então se acoplar estruturalmente ao sistema comunicativo que, curiosamente, em seus escritos iniciais, LUHMANN (2005a: 60) também denominava de *Handlungssysteme* (sistemas de ação). Assim, a ação se desloca do plano da ‘razão subjetivada’ para uma ‘ação’ como elemento recursivo e *condensado de sentido* na estrutura do subsistema social, como uma *expectativa*, uma estratégia de superação da *dupla contingência* entre *alter* e *ego* que, por meio de uma complexidade estruturada, *reduz a complexidade da autopoiese da comunicação social*.

LUHMANN (2005d: 268) ressalva, contudo, que essa reformulação ‘sistêmica’ da racionalidade não pode excluir o fato de que a produção de seleções não possa ser “criticamente tematizada” (*kritisch zu thematisieren*), o que faz emergir o problema da consistência das inúmeras seleções.

Sobre esse problema, LUHMANN (2005d: 269) aponta que:

*Über Techniken der Rationalisierung müssen dann diese durch der Strukturwandel anfallenden Folgen kompensiert werden, zumindest in einem Umfang, der dem System weiterhin einen Ausgleich heterogener Umweltbeziehungen ermöglicht. Dafür ist nicht Identität des jeweils Bevorzugten oder dessen Begründung durch immer gleiche Werte entscheidend, sondern die Konsistenz der Negationsleistungen: daß man nicht abweist oder verbaut, was man im nächsten Moment doch wollen möchte oder anerkennen muß.*¹⁹⁸

A contingência do ambiente, ao ser posta de forma estruturada, como horizonte do sistema, faz emergir a questão de *se* e *como* se tornam possíveis decisões quando se colocam

¹⁹⁷ Convém mencionar que Wiliam REHG (1996: xx) na introdução à tradução inglesa de *Facticity and Norms* de Jürgen HABERMAS, utiliza a expressão “*anonymous macrolevel*” para descrever essa mesma proposta luhmanniana.

¹⁹⁸ Tradução livre: “Sobre as técnicas de racionalização devem suas consequências ser compensadas então por meio de mudanças estruturais, no mínimo na extensão em que o sistema mais adiante torna possível uma compensação em relações heterogêneas com o ambiente. Por isso não é crucial a identidade correspondente às preferências e sua fundamentação sempre por meio dos mesmos valores, senão a consistência das funções de negação: que não se rejeita nem obstrui o que no momento seguinte se pode querer ou se deve reconhecer.”.

restrições (constraints) de modo mais numeroso, e que, não obstante, necessitam ser observadas.

Em outro enfoque, LUHMANN (2005d: 269) menciona as técnicas de acesso escalonado a grandes quantidades de decisões por meio de “decisões sobre as premissas das decisões”. Esse acesso se tornaria possível pela escolha de “estruturas organizacionais compatíveis com um modo racional de produção de decisões”, como também “na escolha de estratégias de decisão”. Este modelo permitiria garantir a consistência de vindouras decisões mesmo sem que se saiba o seu conteúdo antecipadamente, em uma abertura estruturada para um futuro ainda incerto, na forma da uma *temporalização da complexidade (Temporalisierung der Komplexität)*¹⁹⁹.

Essa temporalização da complexidade se reflete na circunstância de que o sistema utiliza o tempo para ampliar a sua complexidade interna, promovendo sua adaptação à irreversibilidade do tempo, com a ampliação de uma seleção ordenada em face de diversas possibilidades de entrelaçamento de elementos, uma após a outra, que podem promover a alteração do padrão direcionado para exigências externas. O que ocorre na forma de uma abstração de estruturas que ainda torna essa temporalização possível; seja por meio de repetição (recursividade) ou por alterações colocadas à disposição, em uma dinâmica produzida endogenamente. O tempo produz uma demanda de condicionalização da interdependência entre reprodução e resolução (liberação) de elementos (LUHMANN, 1994: 76-80).

No quadro teórico da complexidade *temporalizada*, o sistema jurídico se coloca diante do problema do estabelecimento recursivo de uma estrutura constituída de elementos normativos (programas condicionais) e de elementos dogmáticos²⁰⁰ dotados de relativa estabilidade, tornando o direito *previsível* – ainda que de modo não absoluto –, reduzindo a complexidade do mundo pela estabilização de expectativas. Por outro lado, de modo paradoxal, o sistema do direito deve se posicionar como *observador de segunda ordem* e

¹⁹⁹ Necessário anotar o exemplo trazido por LUHMANN (2005d: 269) em torno da praxe decisória dos tribunais: como estes não podem deixar de prestar a jurisdição, são forçados a decidir e, por isso, buscam minimizar os efeitos dessa vinculação na exclusão das decisões de caso isolados isomorfos para, desta forma, aumentar a parcela de casos não admissíveis em forma de decisão para produzir uma provável consistência das exigências decisórias de casos futuros e ilimitados. Ou seja, por meio de estratégias operacionais para reduzir a complexidade do sistema. Para maior clareza, podemos mencionar no direito processual brasileiro os mecanismos da repercussão geral no STF (artigos 543-A e 543-B do CPC) e do incidente de processos repetitivos no STJ (artigo 543-C do CPC), ambos surgidos por pressão dessas cortes para melhorar *seu fluxo decisório*.

²⁰⁰ Cabe consignar que LUHMANN (1974a: 18-20) desenvolve uma de suas teses sobre a dogmática que nos interesse no aspecto ora tratado, qual seja o de que a dogmática ocupa uma posição dentro do sistema jurídico de reduzir a indeterminação das regulações legais, como também para aumentar essa indeterminação quando ela generaliza e problematiza as normas para a inclusão de *outras possibilidade de decisão*.

observar suas próprias observações (é dizer, o modo como observa) com vistas a possibilitar a percepção autopoietica dos resultados de suas observações no ambiente social. Nesse *observar-se* o sistema se depara com sua própria complexidade (interna) e sua *assimetria* com a complexidade de seu ambiente, no qual onde estão os outros subsistemas sociais que também o observam, e com a inarredável necessidade de ampliação de seus horizontes para, assim, incluir *outras possibilidades decisórias*.

Deste modo, o direito como subsistema social se defronta com a contingência que estimula a ampliação de sua capacidade de questionamento de suas prestações sistêmicas, ou seja, suas decisões como comunicações autorreferenciais regidas pelos valores de seu código binário (*direito x não-direito; lícito x ilícito; válido x inválido; constitucional x inconstitucional*) e da necessidade de adaptar-se coevolutivamente ao seu ambiente, incluindo em suas estruturas *dinamismo, mutabilidade e flexibilidade*.

O direito, como sistema funcional, fica na contingência de situar e de colocar em questão suas estruturas presentes tanto na dimensão *fática* (*sachlich*), em que se apresentam os problemas de regulação do ingresso de novos problemas emergentes no ambiente, quanto na dimensão social (*sozial*), à qual se relacionam problemas de diferenciação sistêmica e a interdependência do sistema com seu ambiente, quanto também na dimensão temporal (*zeitlich*), em que se coloca a distinção entre processo (*Prozeß*) e estrutura (*Struktur*), ou seja, em seu aspecto dinâmico²⁰¹.

Contexto em que se inserirá mais adiante a questão da justiça como *fórmula de contingência e complexidade adequada do sistema jurídico*.

1.2. Os limites sistêmicos de processamento da complexidade ambiental

Diante do que até agora estudado, a operacionalidade dos sistemas funcionais luhmannianos em sua reprodução autopoietica depende de seu fechamento operativo (*operative Schließung*), como premissa de sua *funcionalidade*, o que remete ao plano geral da

²⁰¹ Sobre as dimensões da complexidade, reportamo-nos ao trabalho de Helmut WILLKE (1987: 61-71).

função dos subsistemas sociais, qual seja, o da redução de complexidade por meio de uma seletividade estruturada.

Como LUHMANN constrói a premissa teórica de que a sociedade é constituída com base na comunicação, o que também já foi visto acima nesta tese, a atividade redutora de complexidade traz consigo a referência do sistema *parcial* ao sistema social *geral* que forma seu *ambiente*. Ambiente em que estão inseridos todos os sistemas parciais de *comunicação simbolicamente especializada*, como, no que nos interessa neste estudo, o próprio sistema jurídico, em sua reprodução autopoietica na forma de *comunicação especializada sobre temas jurídicos*, na forma de *decisões*.

No que tange ao sistema jurídico, não é nova a questão dos limites da comunicação jurídica, basta recordarmos a teoria dos *atos jurídicos*. Ora se há *atos jurídicos*, há *atos não-jurídicos*²⁰², dicotomia que reflete o código binário luhmanniano do sistema do direito *direito* x *não-direito*.

Nessa relação entre o *não-direito* e o *direito* é que se coloca o limite *cognitivo* do sistema jurídico, aí que reside a questão de sua *abertura cognitiva* (*kognitive Öffnung*) e a relação desta com a *contingência* do próprio sistema e a *contingência assimétrica* que emerge no ambiente social. Exatamente porque no ambiente se processam outras comunicações regidas por outros e variados códigos comunicativos (por ex., *crer* x *não-crer*, *governo* x *oposição*, *pagar* x *não pagar*, *dinheiro* x *não-dinheiro*) que se referem a outros sistemas especializados de comunicação; o que, inequivocamente, demonstra a extrema complexidade que emerge no ambiente do sistema jurídico.

Todavia, esse mesmo ambiente é o pressuposto para a existência do próprio sistema. O ambiente (*Umwelt*) ou entorno do sistema parcial, como já tratado nesta tese, faz-se sentir por irritações e impulsos (*Irritationen und Anstöße*) e que, conforme anota Helmut WILLKE (1987: 69), são “rompidos” pelo modelo interno do mundo exterior (*Außenwelt*) que o sistema de maneira autopoietica constitui simbolicamente para si. Moldura em que não ficam excluídas as interdependências, descontinuidades e indiferenças que toda e qualquer concepção solipsista do sistema funcional ou mesmo sua inserção em um modelo monadológico *à la* LEIBNIZ.

²⁰² Pontes de MIRANDA (1983: 5-6) produz lição doutrinária de extrema lucidez, ao asseverar sobre os *atos* que: “Todo fato é, pois *mudança* no mundo. O mundo compõe-se de fatos, em que novos fatos se dão. O mundo jurídico compõe-se de fatos jurídicos. Os fatos, que se passam no mundo jurídico, passam-se no mundo [...]. Para uso nosso, fazemos modelos de fatos, inclusive de fatos jurídicos, engastando-o no mundo total. [...] **Os fatos do mundo, ou interessam ao direito, ou não interessam.** Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam”.

Estas breves reflexões nos fazem retornar, então, à questão dos limites do sistema em sua *abertura* (cognitiva) no *fechamento* (operativo) que caracteriza a relação autopoietica do sistema com a complexidade do ambiente e que abre caminho para o tópico em que estudaremos a contingência e sua intrínseca conexão com o problema da complexidade, para, a partir daí, observarmos as possibilidades de seu controle por meio de interpenetrações entre sistemas e de acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*), o que nos tornará possível elaborar, de modo completo, os limites do sistema jurídico de processamento da complexidade ambiental e de sua inevitável contingência.

Esses elementos conceituais quando estudados em seu conjunto nos permitirão, enfim, adentrarmos o centro do debate luhmanniano sobre a justiça.

2. Autopoiese do sistema jurídico, contingência e hipercomplexidade do ambiente

2.1. A semântica da contingência na teoria social e na filosofia contemporânea: delineamento

A ideia da contingência não constitui um paradigma moderno ou pós-moderno como se poderia de início imaginar, neste aspecto começamos esta análise invocando o estudo de Peter VOGT (2011), em que este autor realiza profundo revolvimento do tema à luz da história conceitual.

Neste mesmo trabalho surge a observação de que a ideia da contingência já estava presente em ARISTÓTELES, em seu conceito do possível ou de possibilidades, o que faz com base em *De Interpretatione* ou Hermenêutica (ARISTÓTELES, 1995: 25-38). Por outro lado, VOGT (2011: 49-50) registra Aristóteles não utiliza o termo contingência porque lhe é

posterior e de procedência latina. Mas o que ele propõe é que a ideia de Aristóteles utiliza a lógica interna do conceito de contingência, qual seja a de modalidade. Em outras palavras, os termos são diversos (possibilidade e contingência), mas que basicamente correspondem a uma mesma ideia.

Em seu estudo histórico conceitual, VOGT (2011: 49) aponta como possível origem do termo *contingência* na tradução feita pelo retórico, gramático e filósofo romano Gaius Marius Victorinus do mencionado *De Interpretatione* (*Περὶ Ἑρμηνείας*) ou Hermenêutica de ARISTÓTELES em que a palavra grega *endechomenon* (*ενδεχόμενο*) foi vertida para o latim como *contingens*²⁰³.

Na mesma esteira, da ideia de contingência como correlato de modalidade no conceito de lógica modal, encontramos Kurt WUCHTERL (2011: 25-34), o qual também correlaciona a contingência ao conceito de necessidade (*Notwendigkeit*) e de possibilidade (*Möglichkeit*), observando a complexidade constitutiva da ideia. WUCHTERL (2011: 56-66) inclusive indica que o termo contingência passou a ter aplicação disseminada em vários ramos do conhecimento, como na teologia, na filosofia da religião e na sociologia, momento em que inclusive passar a fazer um estudo da utilização do termo por LUHMANN em sua teoria, ponto a que retornaremos em subtópico próprio.

Pertinente, neste momento, observar a anotação também de Peter VOGT (2011: 57-59) de que LEIBNIZ (1996) em momento histórico posterior utilizou a ideia da contingência em sua *Teodiceia*²⁰⁴.

Contemporaneamente, o termo contingência está associado ao advento da modernidade e de sua proposta de superação das cosmogonias, das cosmologias e das ontologias clássicas, o que tem exercido forte influência sobre a filosofia e as ciências sociais. Na teoria social se tem analisado o sentido da contingência pela observação da passagem da sociedade pré-moderna para a sociedade e, para alguns, como François LYOTARD, da moderna para a pós-moderna.

Neste sentido, merece menção Odo MARQUARDT (1989: 17-18) que em seus estudos filosóficos aponta que:

²⁰³ A questão da adequada utilização do termo *contingens* por Gaius Marius VICTORINUS em sua tradução do grego para o latim do vocábulo *enchomenon* é também estudada criticamente por Peter VOIGT (2011: 49-53).

²⁰⁴ Expressão cunhada pelo próprio LEIBNIZ a partir das palavras gregas *θεός* – Deus – e *δίκη* – justice –, que de modo literal significa justiça, que significa, literalmente, "justiça de Deus". Nicola ABBAGANO (2011:)

[...] fate was displaced, theologically and metaphysically, by the absolute principle of the One God, this displaced fate promptly returned – at the latest, after the “end of God”, which gave rise to modernity – in the form of our lack of disposition over what is pre-given, and our lack of disposition over consequences. To depend on contingencies – that is, to have a fate – is unavoidable for humans beings, on account of their mortality.”

Hans JOAS (2011: 11) também menciona que o contexto da contingência se insere hoje na “atmosfera de uma pós-modernidade”, no sentido de uma perda de uma crença em metanarrativas (*Meta-Erzählungen*), quer teológicas quer evolucionistas.

Do processo de reconstrução da história da estrutura social pré-moderna na Europa, alguns estudiosos, como Markus HOLZINGER (2007: 45-46), têm colocado no centro dos temas ligados à transição social para a modernidade o fato de que uma das características das sociedades pré-modernas era sua estabilidade²⁰⁵, em que a contingência se apresentava somente como „*ein Spielraum im Rahmen einer festen Ordnung*“ (HOLZINGER, 2007: 46), ou, então, como história estática e não dinâmica (BAUER & MATIS, 1988: 23).

Em outro contexto, Richard RORTY (1989) traz a semântica da contingência a sua filosofia pragmatista, colocando-a como contingência da própria linguagem, da individualidade (*selfhood*) e da comunidade liberal.

Na sociologia do tempo, a contingência surge como elemento central em Hartmut ROSA (2005: 123-124), pois para ele o aumento das opções e, assim, da contingência imprimiu uma mudança *ritmo da vida* em sociedade.

A semântica da contingência também produz efeitos na sociologia da moda, como bem analisa Elena ESPOSITO (2004: 43-45) ao propor que a moda realiza “*un controllo contingente della contigenza*”.

Hans JOAS (2011: 11) bem sintetiza a posição hoje ocupada pela ideia da *contingência* na filosofia e nas ciências sociais contemporâneas, quando assevera que: „*In den letzten Jahren ist das Thema „Kontingenzenz“ geradezu zu einem Modethema geworden*“²⁰⁶.

JOAS também registra que o já mencionado Richard RORTY, juntamente com Reinhart KOSELLECK, na teoria da história, Zigmunt BAUMAN e Niklas LUHMANN, na sociologia, como teóricos que insistem no tema da contingência.

²⁰⁶ Tradução livre: “Nos últimos anos o tema da “contingência” se tornou por assim dizer um tema da moda”.

Por sua vez, Markus HOLZINGER (2007) ao concluir seu estudo sobre as dimensões da contingência como conceito dominante na teoria social moderna, demonstrando que sua semântica gira em torno das ideias de *pluralidade* ou *pluralismo*, *multiplicidade*, *heterogeneidade* e de *senso de possibilidades*.

Na busca de uma sistematização sobre este tema, Michael MAKROPOULOS (1997: 101-145) identifica quatro tendências críticas da contingência na modernidade, elencando-as como: (1) desmoronamento da realidade (como perspectiva ‘construtivista’), (2) expectativa de uma totalidade (artificial), (3) abertura para possibilidades e (4) ontologia com lugar nenhum (*Nirgendwo*).

Ao concluir esse delineamento, passamos ao estudo da semântica da contingência em Niklas LUHMANN e que no pensamento deste autor esta ideia se apresenta centralmente como abertura para possibilidades, apesar de que em graus diferentes também pode ser inserida nas outras tendências elencadas por MAKROPOULOS, acima aventadas.

2.2. A semântica da contingência em Niklas Luhmann

Quando passamos ao estudo da semântica da contingência no pensamento sistêmico de Niklas LUHMANN, deve ser feito, de início, o registro da importância do termo, pois se cuida de elemento conceitual sem o qual não se pode chegar a uma boa compreensão de seu projeto teórico, muito menos de sua compreensão da relação da ideia da justiça em sua visão funcional-estrutural do direito²⁰⁷.

Não menos relevante é a anotação da estreita conexão entre *contingência* e *complexidade* na teoria sociológica luhmanniana e, por conseguinte, a proposta de que o aumento da complexidade traz consigo, de modo paralelo, o aumento da contingência, tanto que LUHMANN (1987a: 31) deixa isso bem claro ao dizer que:

²⁰⁷ O funcional-estruturalismo de LUHMANN, devemos recordar, já foi estudado no tópico inicial desta tese, ao qual se remete o leitor.

*Unter **Komplexität** wollen wir verstehen, daß es stets mehr Möglichkeiten gibt, als aktualisiert werden können. Unter **Kontingenz** wollen wir verstehen, daß die angezeigten Möglichkeiten weiteren Erlebens auch anders ausfallen können, als erwartet wurde*²⁰⁸.

Mas este excerto também nos dá um vislumbre inicial de que a ideia da contingência se coloca, para LUHMANN, no horizonte das experiências em que, com o aumento da complexidade e da consequente diferenciação funcional na sociedade moderna, abre-se para a circunstância de que “também pode ser possível de outro modo”.

No decorrer de sua obra, a expressão „*auch anders möglich sein*“ se torna, para Niklas LUHMANN, em verdadeiro *Leitmotiv* de sua proposta de compreensão do termo contingência. Nesta constante abertura para *outras alternativas possíveis*, emerge igualmente a ruptura teórica de LUHMANN com as ontologias e epistemologias clássicas com sua característica *estabilidade*, para uma *dinâmica evolutória* das experiência e, ainda, por colocar a experiência social na perspectiva abstrata dos sistemas parciais de função da sociedade, em que estão implicados (LUHMANN, 1987a: 191) „...*teilsystemische Möglichkeitshorizonte, die sich nicht mehr durch gemeinsame Glaubensvorstellungen und gemeinsame Außengrenzen der Gesellschaft integrieren lassen*“²⁰⁹. Ou seja, já não há mais elementos cosmológicos ou ontológicos que possam garantir transcendentemente a estabilidade ou permanência das estruturas sociais e de suas correspondentes expectativas, o que nos faz rememorar a proposta pós-ontológica de LUHMANN, nesta tese já mencionada, de que os sistemas se formam *etsi non daretur Deus* (1994: 151). Enfim, não é mais possível o que Jean CLAM (2004: 57) denomina „... *einer symbolistischen Kanonisierung der Invarianten*“ (“... de uma canonização simbólica das invariâncias”).

A sociedade se depara com um „*Vermehrung der Möglichkeiten des Erlebens und Handelns nimmt auch die Kontingenz des Erlebens und Handelns in der Gesellschaft zu*“²¹⁰ (LUHMANN, 1987a: 191), sem que possa contar com nada mais do que ela mesma, nem mesmo com uma *natureza* imutável, seja ela racional ou divina.

²⁰⁸ Tradução livre: “Por *complexidade* queremos entender que já há mais possibilidades do que se pode atualizar. Por *contingência* queremos compreender que as possibilidades que se apresentam de experiência adicional podem também ser diferentes do que foi esperado”.

²⁰⁹ Tradução livre: “... horizontes de possibilidades específicos dos sistemas parciais que não se podem mais integrar por meio de representações de crenças e de limites externos”.

²¹⁰ Tradução livre: “...aumento das possibilidades de experiência e de ação também aumenta a contingência da experiência e da ação na sociedade”.

De modo algo poético, LUHMANN (2005a: 240) formula essa contingência como: „Das „Feste“ wir dann auf das „Fließende“ gegründet“ (O “firme” então devemos fundar sobre o “fluido”).

Por este prisma, o que resta são os horizontes fenomenológicos do possível, plenos de possibilidades que aumentam as dificuldades de processamento da vivência e da ação, desafiados pelo ininterrupto avanço da complexidade, o que descortina a necessidade de aumento da *elasticidade*²¹¹ (LUHMANN, 1987a: 191) dos sistemas funcionais da sociedade na produção do estabelecimento abstrato de estruturas redutoras de complexidade que tornem possível a comunicação sem os riscos paralisantes da *dupla contingência* (*Doppelte Kontingen*z), a mesma comunicação, que para LUHMANN, constitui a base do sistema social, como já devidamente estudado.

Em outro momento, LUHMANN (1994: 46-47) registra que a complexidade deve ser entendida como uma *seleção forçada*, esta, por sua vez, deve ser entendida como *contingência*. A *contingência* deve ser entendida como *risco*. É dizer, a contingência traz o risco de não ser possível encontrar a forma mais favorável de seleção, porque esta é *forçada* em razão da complexidade.

Neste quadro, a análise funcional – proposta por LUHMANN (1994: 83) - utiliza o estabelecimento de relações com fim de compreender o presente como contingente, colocando comparativamente a relação entre problema e sua solução em face da necessidade de redução da complexidade, onde surge como questão central a indagação por “equivalentes funcionais” (*funktionale Äquivalenten*), ou seja, por “outras possibilidades” (*andere Möglichkeiten*) de solução de problemas emergentes. Daí LUHMANN (1994:84) coloca a contingência como elemento de seu método *funcional*²¹² de natureza fundamentalmente *comparativa*.

LUHMANN chega a propor o retorno do conceito de contingência a suas origens na teoria modal, em que este se apresenta como exclusão da necessidade (*Notwendigkeit*) e impossibilidade (*Unmöglichkeit*). Contingente é, então, algo nem necessário nem impossível, ou seja, como algo que se apresenta como *de outro modo possível*, indicando assim objetos no “horizonte de possíveis variações” (LUHMANN, 1994: 152).

Neste ponto, emerge a relação entre a contingência e a autoreferência, como elemento central da ideia da autopoiese, e da consequente seletividade forçada pela assimetria

²¹¹ Para expressar essa mesma ideia, Jean CLAM (2004: 51) utilizada a bela expressão „*institutionelle Plastizität*“ (“plasticidade institucional”). Walter BUCKLEY (1998: 81) também usa o termo *plasticity*, em contexto análogo. Já KNEER & NASSEHI (2000: 151) colocam, a propósito, os termos *Formenvielfalt* (multiplicidade de formas) e *Flexibilität* (flexibilidade).

²¹² Digna de leitura é crítica de Karl LARENZ (1975: 174-175) sobre o *método funcional* luhmanniano.

estabelecida entre a complexidade do ambiente e a complexidade dinamicamente estruturada no interior do sistema funcional, em que o sistema perde a abertura para o arbitrário e adquire sensibilidade para o *determinado* e *certo* (LUHMANN, 1994: 185), ou melhor, o que se determina como certo pela autopoiese do próprio sistema, por seus critérios autorreferentes de *seleção de seus elementos*.

Deste modo, percebe-se que apesar de as situações se transformarem de momento a momento e com elas se deslocarem outras possibilidades, a complexidade contingente do ambiente passa a se apresentar como horizontes (*Umwelthorizonte*) fenomenológicos em que o mundo se apresenta como *temas* e *assuntos*.

Sobre estes temas e assuntos postos sob a pressão da constante mudança de circunstâncias no ambiente, o sistema é levado a **decidir seletivamente** por seus parâmetros autorreferenciais (autopoiéticos) para estabelecer as expectativas que serão estabilizadas, ainda que de modo relativo, nas estruturas do sistema funcional. A decisão se coloca diante das alternativas contidas não somente na norma, mas combinatoriamente na contingência que emana do quadro fático, porque toda opção percebida também se relaciona com a possibilidade de ser de outro modo, precisamente como contingência dos fatos e de sua possível interpretação.

Esta situação traz consigo duas formas de contingência, a contingência *aberta* e a contingência vista como um *poderia-também-ter-sido-de-outro-modo* (*Auch-anders-möglich-gewesen-sein*), o que serve para chegar a uma *unidade da decisão* (*Einheit der Entscheidung*) (LUHMANN, 1994: 402), como unidade de uma *forma* de diferenciação entre o *agora possível* e o *possível em outro momento e outras circunstâncias*.

Essas duas formas de contingência são transmitidas como *unidade de uma diferença* (*Einheit der Differenz*), na esteira da teoria de George Spencer BROWN (1972) e de se conceito de *re-entry*, já estudada acima. Por esse motivo LUHMANN (1994: 402) afirma que a semântica de “decisão” é necessariamente *ambivalente*, pois para ele as definições frequentes de “decisão” se colocam como uma ação de escolha que somente se referem a um aspecto parcial da integralidade dos fatos.

LUHMANN ressalta que essa complexa estrutura binária (uma *forma* com dois *lados*, um positivo e outro negativo) do ato de decidir se apresenta como transformação da *contingência* e deixa claro que a diferença das alternativas decisórias podem mudar *durante* e *após* a decisão. Essa decisão pode destituir velhas expectativas e incluir novas expectativas para manter sua contingência, é dizer trocar os polos em que o positivo, como possibilidade selecionada em decisões anteriores, passa para o negativo, agora como possibilidade excluída.

Desta maneira, a decisão pode mudar sua “qualidade” antes, durante e depois da decisão e reestruturar os horizontes de expectativas e, assim, os participantes (observadores) podem manter diversas opiniões sobre o decidido sem fazer com que a decisão perca seu caráter decisório. Como coloca LUHMANN (1994: 403), „*Die Entscheidungssituation bleibt konstituiert, ihre Definition kann noch geändert werden*“²¹³.

Este quadro de alternativas tanto na dimensão social e temporal da complexidade social aponta então que o espaço de manobra de variações possíveis indica uma natureza *relativa* da decisão, isto porque a redução de complexidade se coloca como função dos sistemas parciais em geral. Não se podendo, neste contexto, olvidar que as *funções* sistêmicas são „... *immer Synthesen einer Mehrzahl von Möglichkeiten. Sie sind immer Gesichtspunkte des Vergleichs der realisierten mit anderen Möglichkeiten*“²¹⁴ (LUHMANN, 1994: 405).

Nessa correlação entre complexidade e contingência, a função sistêmica introduz um direcionamento para a formação da unidade do sistema, pois a função serve à produção da autodescrição de um sistema complexo, o que confere “expressão” (*Ausdruck*) à identidade e à diferença a esse mesmo sistema. Neste mecanismo, permite-se uma autossimplificação com o paradoxal ingresso de complexidade estruturada no sistema, ou seja, uma dupla função, que se realiza com a paralela renúncia a uma “plenitude concreta” da autodescrição (LUHMANN, 1994: 406).

Em outros termos, a produção de uma unidade do sistema não quer significar uma estabilidade ou uma concretude na forma das velhas ontologias, mas sim a contínua produção da autopoiese do sistema que passa pelo processo de diferenciação entre sistema e ambiente, com a consequente autodescrição e a autossimplificação com que o sistema constrói assimetricamente sua complexidade *interna* num gradiente menor comparativamente à complexidade do ambiente social, ainda não estruturada, em que alguns acontecimentos ficam fora do *Fragehorizont* (horizonte de questionamento), ou, como propõe George Spencer BROWN (1972), ficam em um *unmarked space*, ou naquilo que LUHMANN denomina de *blinder Fleck* (*blind spot*) do observador (LUHMANN, 2005d: 223).

Esta diferença autorreferente e autodescritiva baseada em certo grau de *indiferença*, inserida no *unmarked space* ou *blinder Fleck*, resultante da necessidade de produção de redução de complexidade também traz à tona outro aspecto da função do sistema parcial, qual seja como forma de produção de *redundância* e, portanto, de segurança, trazendo

²¹³ Tradução livre: “A situação decisória permanece constituída, sua definição pode ainda ser mudada”.

²¹⁴ Tradução livre: “...sempre sínteses de uma multiplicidade de possibilidades. Elas são sempre pontos de vista comparativos do que foi realizado com outras possibilidades”.

previsibilidade ligada à estrutura de expectativas, porém deixando aberto, de outro modo, o desempenho da função dos chamados “equivalentes funcionais” como repertório de outras formas possíveis de solução de problemas emergentes, como possíveis *decisões*.

Deste modo, impõe-se ao sistema, diante do que acontece faticamente no ambiente sem trazer consigo mais ou melhores fundamentos, decisões estruturais que produzam um aumento da variedade do sistema como desafio de reformulação das redundâncias que ficam, por meio da orientação cognitiva do sistema, a denominada *abertura cognitiva* (*kognitive Offenheit*).

Por meio das redundâncias o sistema funcional cria o que denominamos, com base em LUHMANN, de *estabilidade dinâmica* de suas estruturas, porém paralelamente surge a necessidade de *variedade* estrutural para que o sistema desempenhe de forma *socialmente adequada* sua função, ou seja, de forma não solipsista, o que significa que a semântica da *contingência* em LUHMANN sempre conduz o sistema a adotar mecanismos autopoieticos de mudanças estruturais que absorvam a contingência como forma de redução da complexidade proveniente do ambiente.

Emerge, assim, o necessário cuidado do sistema com sua *adequada complexidade*, por meio da observação de segunda ordem (*Beobachtung zweiter Ordnung*) o sistema questiona seu modo como observa suas operações e de como exerce sua função dentro do sistema da sociedade.

Tanto o tema da *adequada complexidade* quanto o da *fórmula de contingência* trazem consigo o problema da justiça *funcional* nas decisões do sistema jurídico, ou na terminologia de Jean CLAM (2004: 65) como *adäquate Lösungen* (soluções adequadas), à luz da leitura que queremos imprimir-lhe nesta tese.

Enfim, a semântica da contingência em Niklas LUHMANN surge como um „*anders sein können*” (poder ser de outro modo), o que aumenta a demanda sobre o sistema de situar sua complexidade, seu *Innenhorizont* (horizonte interno) de possibilidades, na perspectiva de adequação coevolutiva com seu ambiente, o *Umwelthorizont* (horizonte do ambiente), por meio de acoplamentos estruturais e interpenetrações sistêmicas, na qual o sistema supera a dimensão *conservadora* de suas estruturas e passa a ser um instrumento dinâmico de processamento de dados ‘naturais’ de seu ambiente, sem sobressaltos ‘revolucionários’²¹⁵,

²¹⁵ O termo “revolução” é utilizado no sentido de mudanças abruptas e radicais nas estruturas do sistema, o que implicaria em paralisação das operações sistêmicas, com possíveis consequências graves para o funcionamento do sistema geral da sociedade.

mas sim dentro de uma dimensão evolucionária, por meio dos mecanismos de *variação, retenção e estabilização*.

No que diz respeito ao sistema jurídico, esses dados ‘naturais’ se manifestam como desvios de comportamentos que frustram as expectativas estabilizadas como *normas* em suas estruturas.

São exatamente essas ‘surpresas’ ou ‘frustrações’ os fatores contingentes de perturbação e de irritação que permitem visualizar - ao serem colocadas frente a frente com a *função* social do direito (estabilização congruente e contrafática de expectativas) e com as *prestações* do sistema jurídico de “solucionar de conflitos” (*Konfliktlösung*) e de “controlar comportamentos” (*Verhaltenssteuerung*) – o papel exercido pelos *conflitos* como elementos *exógenos* de estimulação da sensibilidade do sistema jurídico para a afluência de “novas intenções de sentido” (CLAM, 2004: 49) e que o colocam diante do problema autopoiético de eventualmente ter que aprender e incorporar ‘novidades’ em suas estruturas.

Nessa moldura, a contingência funciona como gatilho dessas transformações que abrem ao sistema jurídico os *horizontes da justiça*, como estudaremos no capítulo final desta tese.

2.3. A questão do controle (*Steuerung*) da complexidade e da contingência social pelo sistema jurídico e suas relações com a diferenciação sistêmica da sociedade moderna

Neste contexto teórico de *complexidade* e *contingência* em que nos coloca o pensamento luhmanniano, merece ser feita uma breve incursão sobre a questão do *controle* (*Steuerung*) social pelo sistema jurídico e seus problemas na teoria sistêmico-autopoiética.

A observação do aumento da complexidade social introduzida pela modernidade com a aceleração dos impulsos de transformação política e econômica desde o advento da revolução industrial com a superação do modelo pré-moderno baseado na segmentação e, posteriormente, de estratificação social (BARALDI, CORSI & ESPOSITO, 1997: 65-71) não escapa aos olhos encontram suas primeiras formulações no pensamento de Émile Durkheim

(2007), em seu trabalho sobre *La division du travail social*, e também pela reestruturação do conceito de classe (*Klassenbegriff*) formulados por Karl MARX em sua diferenciação dicotômica entre *capital/trabalho*, como observa LUHMANN (1985: 123).

Por outro lado, Niklas LUHMANN (1995: 154-155) anota que neste contexto se tem colocado dentro da função do sistema jurídico²¹⁶ o papel de integração social e de inclusão dos indivíduos na sociedade, atribuindo-lhe, deste modo, um grau hierárquico bem alto, e por outro, dentro de uma perspectiva crítica como mecanismo conservador das estruturas dominantes, que pode ser visto no modelo marxiano em que o direito se relaciona com seu arquétipo da superestrutura (WATSON, 1985).

Mas o fato é que LUHMANN promove uma reviravolta neste panorama teórico ao conceber a sociedade na moldura da *diferenciação funcional* com na base na diferenciação entre sistema e ambiente. Deste modo, como já acentuado nesta tese, a sociedade deixar de ser tanto uma associação de homens, no contratualismo (HOBBS; SPINOZA; PUFENDORF; LOCKE ROUSSEAU), quanto uma estrutura orgânica (SPENCER), em que se parte de uma perspectiva de *todo e partes* (*Teile und Ganz*). A sociedade não é mais, para LUHMANN, um todo ontologicamente estabelecido, mas que a sociedade se realiza por meio de seus sistemas comunicativos *funcionalmente especializados*.

O direito e o sistema jurídico passam a ser concebidos como um *subsistema* da sociedade cuja função se coloca na estruturação de uma comunicação social *especializada*²¹⁷ em temas e assuntos jurídicos, como mecanismo de produção de uma generalização de expectativas normativas regida pela lógica autorreferencial de um código binário comunicativo próprio (licito x ilícito, juridicamente válido x juridicamente inválido, direito x não direito), que conforma a *racionalidade do sistema* (*Systemrationalität*)²¹⁸.

LUHMANN (1994: 22) sempre retorna à premissa de que sua teoria se baseia na substituição da diferenciação entre *todo e partes* pela diferença entre *sistema e ambiente*. Não existe um *locus* que centraliza a comunicação social, isto porque LUHMANN ao ironicamente falar de um sistema geral da sociedade assevera que este utiliza „*sich selbst als*

²¹⁶ Ideia que para LUHMANN deriva da concepção de Talcott PARSONS sobre o sistema do direito, o qual dentro de seu célebre esquema <AGIL>, em que a letra I remete à função de *integration*, na qual o direito exerce papel central ao assegurar a coesão social por meio de normas sociais, que, por vezes, apresentam-se como *leis*. O direito atuaria dentro deste modelo como elemento de combate a tendências desintegradoras da estrutura social.

²¹⁷ BARALDI, CORSI & ESPOSITO (1997: 63) colocam a questão de forma solene ao asseverar que: „*Es gibt also keine Kommunikation außerhalb der Gesellschaft*“ (“Não há portanto nenhuma comunicação fora da sociedade”).

²¹⁸ Com pertinência ao tema da *racionalidade sistêmica*, remetemos o leitor ao tópico 2 deste capítulo.

*Umwelt für eigene Teilsystembildungen und erreicht auf der Ebene der Teilsysteme dadurch höhere Unwahrscheinlichkeiten...*²¹⁹.

Para LUHMANN (2008: 134) seria inútil buscar uma unidade da sociedade, na forma de centros de controle (*Steuerungszentren*). Mas que com a ajuda da diferenciação sistêmica se pode perceber que a formação de subsistemas serve ao estabelecimento de uma “nova expressão para a unidade de todo o sistema” (*„neuer Ausdruck für die Einheit des Gesamtsystems“*), exatamente porque a sistema em si mesmo não se especializar em uma única função, ou seja, em um único código comunicativo binário, o que implicaria em um estreitamento dos horizontes fenomenológicos da sociedade.

Como exemplo, LUHMANN (2008: 134) cita que nem mesmo o sistema político poderia exercer o controle centralizado da sociedade, porque este sistema tem como operação específica interpretar a sociedade como relação de consenso e de exercício da força, o que se apresenta como fórmula assaz abrangente com horizontes para condições sociais e consequências que dificilmente podem se tornar transparentes para o próprio sistema, como complexidade já reduzida.

Por outro lado, na mesma moldura teórica de concepção de uma sociedade descentrada²²⁰ e agora com base em Helmut WILLKE (1987: 163), podemos observar que nas sociedades altamente desenvolvidas há um aumento da demanda por controle (*Steuerung*), mas que, paradoxalmente, os instrumentos tradicionais de controle, como o Estado e o Mercado, não podem ser mais expandidos sem enfrentar de modo adequado a aceleração do aumento da complexidade pelas transformações surgidas em vários campos da vivência social (orientação sexual, problemas de inclusão e de exclusão social, novas tecnologias, dentre outros), o que constitui o agravamento dessa problemática relação.

Ao prosseguir em sua análise, WILLKE aponta que nem mesmo o conceito liberal de auto-organização é mais suficiente porque as funções e realizações das partes especializadas da sociedade não mais podem ser controladas, nem mesmo no efetivo e cabal encadeamento de processos e de ações dentro de suas áreas, por força da contingência. Ele conclui daí que um planejamento social abrangente como controle centralizado e geral da sociedade não seja

²¹⁹ Tradução livre: “... a si mesmo como ambiente para a formação de seus próprios sistemas parciais e alcança no nível dos sistemas parciais uma alta improbabilidade...”.

²²⁰ Jürgen HABERMAS (1990: 357-358) registra de modo crítico esta postura teórica luhmanniana ao identificá-la, dentro de seu prisma teórico, como uma desintegração com o ‘mundo da vida’ (*Lebenswelt*). Nessa questão da desintegração do ‘mundo da vida’ e da visão de HABERMAS dos subsistemas da sociedade como mônadas é que repousa um dos focos centrais de conflito entre os dois teóricos. Contudo, buscamos demonstrar acima que os sistemas funcionais autopoieticos não implicam em um solipsismo sistêmico e que, por meio de canais cognitivos, permitem uma coevolução sistêmico-social que será analisada no derradeiro capítulo desta tese, com vistas postas na relação desse elemento coevolutivo e a ideia de justiça de LUHMANN.

mais faticamente possível, ainda que se tente fazê-lo por meio da política ou qualquer outro sistema parcial da sociedade (como, por ex., o sistema jurídico), em razão de que nenhum sistema pode exercer um controle de todos os fatores e variáveis relevantes que conformam os parâmetros da ação e da comunicação e, portanto, da *complexidade desestruturada* do ambiente social.

Este ponto nos faz retornar ao problema da *complexidade* e da necessidade de sistemas comunicativamente especializados e incumbidos de sua *redução* na sociedade funcionalmente diferenciada. Agora a constituição de sistemas funcionais parciais e sua evolução para sistemas autopoieticos colocou, nas fases mais recentes de formação da sociedade moderna, o problema do controle no *interior* do sistema funcional em que por uma forte seletividade de irritações advindas do aumento da complexidade do sistema social, visto como seu ambiente, o sistema constrói uma estrutura *dinâmica e flexível*²²¹ que lhe permite que as instabilidades estruturais abram as portas à *variação* que pode conduzir a uma *adequada complexidade* em face do ambiente social, no processamento da contingência.

Em sua preocupação teórica em torno do aumento da complexidade²²² na sociedade moderna, LUHMANN registra que os sistemas funcionais *parciais* (*soziale Teilsysteme*) se ocupam primacialmente da redução de sua própria complexidade, pois se tornam sistemas *policontexturais* (*polykontexturale Systeme*)²²³, em que se fragmentam internamente os sentidos formados no sistema em diversos contextos (LUHMANN, 1988b: 126-127). Ou seja, os sistemas se deparam com o problema de seu próprio controle (*Selbststeuerung*) e da já analisada impossibilidade de formação de estruturas internas que sejam capazes de absorver e processar de modo simétrico *toda* a complexidade desestruturada do ambiente, como *mundo social*, o que pressuporia sua eficiente *redução* por meio da autopoiese. Este quadro de *assimetria* entre ambiente acaba com qualquer possível pretensão de uma ‘colonização’ do sistema social geral por um de seus sistemas parciais.

No caso da função redutora da complexidade pelo sistema jurídico depara-se com sua especialização e foco nas *expectativas normativas* que resistem contrafaticamente aos desvios,

²²¹ Walter BUCKLEY (1998: 85) observa, em seu texto *Society as a complex adaptive system*, que: “In dealing with the sociocultural system, however, we need yet a new concept to express not only the **structure-maintaining** feature, but also the **structure-elaborating and changing** feature of the inherently unstable system. The notion of “steady state”, [...], approaches the meaning we seek if it is understood that the “state” that tends to remain “steady” is **not to be identified with the particular structure of the system**. That is, [...], in order to maintain a steady state the system may change its particular structure”.

²²² Curioso notar a complexidade do próprio conceito de complexidade em LUHMANN (1997: 136). Este fato é anotado por Moritz RENNER (2011: 94), o qual menciona que este conceito ainda carece de uma definição mais clara.

²²³ LUHMANN utiliza o termo criado por Gotthard GÜNTHER (1958) para indicar uma fragmentação dos sentidos na modernidade.

com o fito de manter um quadro de segurança e de preservação de estruturas sociais que se encontram no ambiente do sistema, ou seja, estruturas de outros sistemas sociais que nele se encontram. Mas, como ressalta Moritz RENNEN (2011: 99), o problema da complexidade somente se torna mais agudo pela introdução por LUHMANN (2005b: 63-88), em artigo datado de 1970, do termo *Weltgesellschaft* (sociedade mundial), o que em linguagem corrente se tem atualmente denominado de *globalização*.

Sem grandes esforços imaginativos, não há dúvida que o fenômeno da transnacionalização de capitais, do advento e disseminação da *internet*, dos eventos desportivos planetários, do acesso fácil por via eletrônica à mídia internacional, do comércio internacional e de outros fatores correlatos trazem dia após dia novos desafios que promovem um exponencial aumento da complexidade e da contingência na sociedade, o que torna praticamente impossível uma ideia de controle dos eventos da comunicação social de forma preponderante, muito menos centralizada, por meio do sistema jurídico.

Há focos de ‘crise’ no campo, por exemplo, do direito tributário que ainda não conseguiu criar, ao menos no Brasil, uma estrutura ‘normativa’ apta a dar solução a conflitos tributários²²⁴ em face do surgimento e avanço do denominado *e-commerce* (comércio eletrônico) e, também, à questão do adequado tratamento dos crimes cibernéticos e da *liberdade de expressão* na rede mundial de computadores (*internet*). Esses problemas demandam *simultaneamente* soluções político-legislativas e científicas (tecnologias) que não se restringem unicamente ao campo funcional do sistema jurídico e sua racionalidade sistêmica (*Systemrationalität*) regida pelo código lógico-comunicativo binário do *direito x não-direito*.

No paradigma da sociedade funcionalmente diferenciada²²⁵ somente podemos vislumbrar a produção de um ‘controle social’ (*‘soziale Steuerung’*) *compartilhado* entre os sistemas parciais de função em que o intercâmbio com os eventos ambientais - portadores de

²²⁴ Exemplo importante é a edição do Protocolo ICMS nº 21/2011, no âmbito do CONFAZ (Conselho de Política Fazendária), que em face da ausência de uma previsão constitucional e legal (norma geral) de regulamentação da distribuição de receitas entre o Estado onde se situa o sítio eletrônico (loja virtual) e o Estado onde está situado o consumidor final. Esse Protocolo foi firmado por parcela dos Estados brasileiros que se identificam como Estados ‘importadores’ de mercadorias adquiridas pela *internet*. Fato que criou novo foco de conflito federativo tributário e que levou ao ajuizamento de algumas ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. É razoável, contudo, que não se pode esperar que o sistema jurídico *disponha de meios e recursos operacionais* para, dentro de seus limites autopoieticos, dar uma solução jurídica cabal e adequada para uma questão eminentemente política, mais ainda de pacto federativo fiscal; principalmente porque o sistema político encontra dificuldades de consenso para propor uma Emenda à Constituição que dê uma estruturação ao sistema de repartição de receitas do ICMS entre os Estados-membros no *e-commerce*.

²²⁵ LUHMANN (2008: 136-137) anota que apesar das barreiras estruturais da sociedade moderna não podem ser excluídos ‘projetos’ de substituição de um sistema funcional por outro. Como exemplo, LUHMANN menciona que de modo claro se podem constatar os experimentos socialistas de ‘politização’ do sistema produtivo que tiveram que pagar o alto preço da tentativa de uma *desdiferenciação* (*Entdifferenzierung*) sistêmica.

complexidade e de correspondente contingência - é processado como uma questão de autocontrole (*Selbststeuerung*) produzida na autopoiese do sistema. Neste contexto, LUHMANN (2008: 142) observa que: “...*die Einheit der Gesellschaft ist dann nichts anderes als diese Differenz der Funktionssysteme; sie ist nichts anderes als deren wechselseitige Autonomie und Unsubstituierbarkeit*”²²⁶.

Porém, este autocontrole somente é *adequadamente* desempenhado por meio da abertura cognitiva que traz consigo a *capacidade de aprendizado (Lernfähigkeit)*²²⁷ dos sistemas, pela canalização dos estímulos ambientais por meio de acoplamentos estruturais e de interpenetrações. Pois, não há sistema sem ambiente, nem ambiente sem possibilidade de irritações e estímulos à capacidade cognitiva do sistema funcional.

A questão do controle (*Steuerung*) da complexidade e da contingência se torna um problema de interdependência e de coevolução sistêmica, é dizer de adaptabilidade dos sistemas ao ambiente. Deve-se aqui, porém, ter em mente que a sociedade se apresenta para o sistema, a partir de sua autorreferência específica, como ambiente intrassocial e com este os demais sistemas funcionais parciais que dependem reciprocamente das prestações especializadas de outros sistemas, inclusive *daquele sistema* que os observa como *ambiente*.

Momento em que passamos ao estudo da complexidade e da contingência e de seu processamento autopoietico por intermédio dos acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*) e das interpenetrações (*Interpenetrationen*), o qual servira de preparação para a análise, no capítulo III, da *formula de contingência* do sistema jurídico, como uma das concepções luhmannianas em torno da ideia da *justiça*.

2.4. Complexidade, contingência e acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*)

Niklas LUHMANN ao construir sua teoria dos sistemas funcionais autopoieticos elabora a ideia de que os sistemas não se comunicam com seu ambiente. Para admitir essa

²²⁶ Tradução livre: “...a unidade da sociedade nada mais é do que a diferença de seus sistemas funcionais; ele é nada mais que sua autonomia recíproca e sua insubstituibilidade.

²²⁷ Walter BUCKLEY (1998: 101-105) também observa este aspecto dos “processos cognitivos” dos sistemas em relevante análise que abre uma abrangência teórica relevante para a compreensão de sua importância nos estudos da sociologia.

possibilidade, como vimos anteriormente, teríamos que pressupor o modelo sistêmico baseado no modelo de *input* e *output* do paradigma da teoria geral dos sistemas (BERTALANFFY *et al.*), o que LUHMANN rechaça em razão do elemento autopoiético de sua teoria que se baseia no fechamento operativo (*operative Schließung*), como elemento central.

Quanto aos sistemas autorreferenciais, LUHMANN (1988b: 18) assevera que a sociedade: “*is a recursively **closed system**, which can neither derive its operations from its environment nor pass them on to that environment*”. Porém como já observamos nesta tese, essa proposta luhmanniana não pode ser vista, em uma interpretação superficial, como uma visão solipsista ou autista dos subsistemas funcionais da sociedade.

Em um estudo mais amplo dos textos luhmannianos, depara-se com a ideia de que o ambiente social (que contém os outros subsistemas sociais) “*kann sich nur durch Irritationen oder Störungen der Kommunikation bemerkbar machen, und diese muß dann auf sich selbst reagieren*” (LUHMANN, 2008: 42).

Isto quer significar, segundo nossa leitura, que não existe uma comunicação *direta* entre os subsistemas funcionais, que fica obstada pela autorreferência específica de cada um deles que constitui a base lógico-comunicativa do sistema segundo seu código binário na constituição dos elementos comunicativos das estruturas sistêmicas, mas sim uma *comunicação indireta* de estímulos capazes de produzir sentido na autorreferência *de outro* sistema funcional autopoiético.

Como vimos falando desde o tópico imediatamente anterior não há um sistema que possa representar exclusivamente a unidade do sistema geral da sociedade, pois admitir o contrário implicaria na negação da *diferenciação funcional* surgida com a modernidade, pois no quadro de aumento da complexidade e da contingência social fica difícil conceber um subsistema funcional pudesse operacionalizar todas as perspectivas que se diversificam no horizonte geral da sociedade. Seja ele o sistema da política seja ele o do direito.

Porém, fica em aberto a indagação em torno de como então poderia existir uma mínima coordenação das estruturas comunicativas da sociedade. Em face deste questionamento é que introduzimos os conceitos de *acoplamento estrutural*²²⁸ e de *interpenetração* nesta tese, o que servirá em momento oportuno para demonstrar a complexidade social do próprio conceito de *justiça*.

²²⁸ Expressão originária da teoria biológica de Humberto MATURANA e Francisco Varela (1998: 75), cuja ideia é, por estes autores, assim sintetizada naquele contexto de pesquisa: “*We speak of structural coupling whenever there is a history of interactions leading to the structural congruence between two (or more) systems*”.

De início, observemos que LUHMANN (2006: p. 269) esboça o conceito de acoplamento estrutural do seguinte modo:

*Der Begriff der strukturellen Kopplung liegt [...], der zwei Systeme gleichzeitig betrachtet und sich die Frage stellt, wie sie miteinander verbunden sind: wie es überhaupt möglich ist, dass ein System, obwohl es autopoietisch ist – das heißt, obwohl es sich mit eigenen Operationen reproduziert und das entweder tut oder anderenfalls aufhören muss zu operieren, also aufhören muss zu existieren –, in einer Umwelt funktioniert.*²²⁹

Em outro texto, LUHMANN (1994a: p. 302) acresce que:

*In anderen Forschungszusammenhängen tauchen Begriffe wie >>coupling<< oder >>bonding<< auf. Sie bezeichnen eine zeitweilige Verknüpfung von unabhängigen Einheiten. Dabei steht die Perspektive eines Beobachters im Vordergrund. Sie dringt nicht in das Innere der Einheiten ein, kann aber feststellen, daß sie sich gelegentlich zusammenschließen, in mehreren Variablen gleiche oder komplementäre Werte²³⁰ annehmen oder auch bei bestimmten Anlässen wie ein einheitliches Systems wirken.*²³¹

²²⁹ Tradução livre do autor: “O conceito de acoplamento estrutural [...] se deve a que dois sistemas se contemplam e se perguntam como estão eles ligados entre si: como é absolutamente possível que um sistema, apesar de autopoietico – o que quer dizer, apesar de ele se produzir em suas próprias operações e determinar aquelas que devem cessar de existir ou, conseqüentemente, deixar de operacionalizar-se – possam funcionar em um ambiente”.

²³⁰ Deve ser advertido que o termo *valores* (*Werte*) na terminologia luhmanniana assume acepção própria, a qual não se confunde com as teorias contemporâneas que utilizam o termo em contextos distintos, como, por ex., em Robert ALEXY (1984: 127-129) em que o vocábulo se insere em contexto axiológico. Para LUHMANN os valores (*Werte*) se colocam como elemento funcional da comunicação que se produz na sociedade e que lhe fornece uma ‘base comum’ colocada para além de toda contingência, o que afasta qualquer discussão em torno da orientação por eles produzida. Os valores são, em sentido luhmanniano (LUHMANN, 1997: 340) meios de comunicação simbolicamente generalizados, como também observa Giancarlo CORSI (BARALDI, CORSI & ESPOSITO, 1997: 207-208).

²³¹ Tradução livre do autor: “Conceitos como “coupling” e “bonding” vem à superfície como outros contextos de pesquisa. Eles indicam uma integração temporária de unidades independentes. A perspectiva do observador, portanto, se coloca de frente. Ela não penetra as unidades, mas pode estabelecer que elas se combinem ocasionalmente e, assim, adotem os mesmos valores ou valores complementares diante de muitas variáveis, ou até operem como sistema unificado em ocasiões específicas”.

Para sintetizar a idéia do acoplamento estrutural, Luhmann recorre ao conceito de *Interpenetration* (interpenetração) entre dois sistemas autopoieticos, em função de que ocasionalmente executam operações sobre os mesmos valores ou valores complementares, que em certas situações fazem que os sistemas operem de modo “unificado”.

O conceito da *Interpenetration* foi assim sintetizado por BARALDI, CORSI & ESPOSITO (1997: p. 189):

Man spricht von Interpenetration [...], wenn die strukturelle Kopplung in einem Verhältnis der gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Systemen stattfindet, von denen jedes nur dann existieren kann, wenn die anderen auch existieren. Die betreffenden Systeme entwickeln sich dann ko-evolutiv²³².

O acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung*) deriva da circunstância de que, em dados momentos, ao serem observados de fora, ou seja, por um *observador externo*, os sistemas se apresentem unificados e em coevolução interdependente. Este fenômeno decorre de eventual compartilhamento de valores *mútuos* ou *complementares*. Assim, apesar de se desenvolverem autopoieticamente em sua autorreferência e em seu correspondente fechamento operacional, os sistemas envolvidos criam e recriam programações a partir de suas próprias operações. Em certas situações, para a manutenção da preservação das estruturas e operações, esses mesmos sistemas se colocam diante da contingência de operarem em conjunto e se interpenetrarem, formando o acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung*) por necessidade de ‘sobrevivência operacional’.

Correlaciona-se a essa ideia a concepção de LUHMANN de que o sistema geral da sociedade se desenvolve e se reproduz na realização dos sistemas funcionais autopoieticos e seus acoplamentos estruturais, os quais geram as necessárias irritações recíprocas.

²³² Tradução livre do autor: “Fala-se de interpenetração, se o acoplamento estrutural tem lugar na proporção da mútua dependência entre os sistemas, da qual cada um somente pode então existir se o outro também existir. Os referidos sistemas se desenvolvem então coevolutivamente”.

Os sistemas parciais, pelo processo de admissão ou de exclusão das irritações advindas do ambiente, somente podem evoluir conjuntamente na forma do *structural drift*²³³, o qual viabiliza a criação de estruturas sociais coordenadas. Neste ponto, o próprio LUHMANN (1995: pp. 494-495) anota que:

*Auf diese Weise kommt es dazu dem, was Maturana <structural drift> nennt, nämlich zu koordinieren Strukturentwicklungen, in unserem Themenbereich etwa zu Trends in Richtung Wohlfahrtsstaat, Positivität des Rechts und dezentral an Hand von Bilanzen und Budgets gesteuerter Wirtschaftsentwicklung. Die Funktionssysteme für Politik, Recht und Wirtschaft (von anderen war hier nicht die Rede) reizen jeweils ihre Möglichkeiten aus, und die intensive reziproke Irritation sorgt dafür, daß ausreichende Kompatibilität erhalten bleibt.*²³⁴

Por outro lado, exemplos importantes de acoplamentos estruturais mencionados por LUHMANN são o do sistema jurídico com o sistema político por meio da Constituição (*Verfassung*) (2000: 391), do sistema jurídico com o sistema econômico por meio dos contratos (*Verträge*). Estes exemplos são esclarecedores da função dos acoplamentos, pois, no caso específico da Constituição, temos uma canalização constante de irritações entre política e direito em torno de temas políticos *em sua origem* que passam a ser temas de *decisões jurídicas*, como no caso dos elementos de direito eleitoral constantes fundamentalmente do modelo de democracia (direta ou indireta) e dos modelos de sistemas eleitorais, regrados no texto constitucional, dentre outros temas.

Os acoplamentos estruturais como canais de amplificação das irritações (*Irritationen*) e estímulos (*Reizen*) que os sistema se dirigem reciprocamente e que são por eles vistos, por sua perspectiva autorreferencial, como eventos produzidos no ambiente social capazes de promover ressonâncias (*Resonanzen*)²³⁵ em suas operações autopoieticas.

²³³ Expressão retirada por Niklas LUHMANN da teoria biológica de Humberto MATURANA (MATURANA & VARELA, 1980), que a cunhou no campo da biologia, a qual se aplica à ideia dos desenvolvimentos estruturais coordenados (ontogenéticos).

²³⁴ Tradução livre do autor: “Desse modo, chegamos ao que Maturana denomina de *structural drift*, isto é, a desenvolvimentos estruturais coordenados – como, por exemplo, no que tange ao nosso tema: tendências no sentido do Estado do bem-estar, no rumo da positividade do Direito e ao desenvolvimento dirigido e descentralizado da economia com a ajuda das finanças e orçamentos. Em todo caso, os sistemas funcionais da política, do direito e da economia – para não falarmos de outros – irritam suas possibilidades, enquanto que a irritação recíproca e intensiva assegura a manutenção de uma compatibilidade satisfatória”.

²³⁵ O conceito de ressonância (*Resonanz*) na teoria dos sistemas de LUHMANN se refere à possibilidade de que um evento ambiental possa ser percebido como irritação ou estímulo capaz de ser internalizado pelo subsistema

Esses estímulos ou irritações sensibilizantes da percepção autorreferente do subsistema, no nosso caso especificamente do sistema jurídico, servem de mecanismos de ativação de sua abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*), o que representam no campo temático desta tese uma possibilidade de sensibilização do sistema para necessidade de processamento redutor da complexidade e da contingência como elementos relacionados à questão da justiça na visão de Niklas LUHMANN, quer seja dentro de sua formulação como *adequada complexidade*, quer seja como *fórmula de contingência*.

No contexto temático desta tese, os acoplamentos estruturais surgem como mecanismos de ampliação do que denominamos nesta tese de *horizontes da justiça*. O que será detidamente estudado no capítulo III deste trabalho, sendo que por ora nos ocupamos somente de seus delineamentos conceituais.

social, ao ser admitido como evento dotado de sentido (*Sinn*) comunicativo na autorreferência regida pela racionalidade do código binário e que, assim, são incorporados nas operações sistêmicas, podendo gerar a alteração de suas estruturas.

CAPÍTULO III - A JUSTIÇA E SUA FORMULAÇÃO CONCEITUAL NA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

1. Para além de uma justiça jurídica

1.1. Justiça como tema generalizado nos sistemas sociais

De início, torna-se despicienda qualquer tentativa detalhada de demonstração de que o tema relacionado à busca da ideia da justiça é de natureza universal. A justiça emerge como questão fundamental desde os primórdios do pensamento político na Grécia Antiga, os filósofos clássicos se ocuparam da temática do justo, como PLATÃO²³⁶ em a *República*, como também ARISTÓTELES em a *Política*.

No desenvolver do pensamento humano várias concepções da justiça surgem em diversos contextos, porém sempre conduziram a paradoxos e aporias, em razão dos quais nunca se alcançou uma formulação dotada de determinação ao menos satisfatória de seu conteúdo de sentido – formal ou material - e de sua própria teleologia, bem como de sua aplicação uniforme.

Fala-se em justiça distributiva, comutativa, corretiva, metafísica (KANT: 1999), jusnaturalista (MARITAIN, 2001: 25-38), juspositivista (KELSEN, 1962: 357-444), utilitarista (MILL, 2001), teológica (WITTE, 2012), procedimentalista (RAWLS, 1971; 2003), neokantiana (STAMMLER, 1925), substancial, igualitária (VITA, 2007), política (HÖFFE, 1989), comunitarista (MACINTYRE, 1981), social, democrática, acoplada a

²³⁶ Sobre a questão da justiça em PLATÃO, remetemos o leitor ao estudo de Devin STAUFFER (2001).

análise econômica do direito (*Law and Economics*)(POSNER, 1983; 2005), dentre outras.

Este espectro de variedade conduz a uma óbvia constatação de que a história da semântica conceitual do ‘justo’ ou ‘justiça’ normalmente se inseriu em contextos histórico-ideológicos que se reproduziam em diversas correntes de pensamento tanto filosóficas, quanto políticas e econômicas.

Tanto que Robert RAINER (2002: 719) chega a registrar que: “*Justice is a paradigmatic example of an ‘essentially contested concept’, combining issues of analysis and evaluation in such a intertwined ways that no amount of debate is likely to achieve a final resolution*”.

Observável também é que a disseminação do questionamento em torno de um conceito ou ideia de justiça permeia vários ramos do conhecimento humano e áreas de pesquisa. Neste sentido, merece nota o estudo de Guido PFEIFER (2012: 15-33) sobre a justiça a partir da perspectiva da história do direito no antigo oriente em que ele registra que o direito e a justiça se diferenciam na tradição mesopotâmica (sumérios e babilônios).

Apesar de que, aponta PFEIFER (2012: 32), existam dificuldades de uma perfeita reflexão sobre a tradição jurídica da antiga mesopotâmia, os estudos históricos podem constatar que a questão da justiça nela apresenta-se em três dimensões, a religiosa, política e social; ou seja, nesse quadro os juízes ao aplicar o direito não se baseavam em sua própria autoridade, mas sim que materializavam a justiça como modelo daquelas três dimensões, que se unificava na figura do rei como senhor, que cumpria a tarefa divina (religiosa) de realizar a justiça por meio de seus atos legislativos. Em suma, a questão da justiça deslocava do foco da função do direito para o da teologia e da política, ou seja, para um ponto de referência externo ao direito. Deixando um pouco de lado a perspectiva histórica, PFEIFER (2012: 15) chega mesmo a propor que: “*Recht und Gerechtigkeit sind – jedenfalls nach heutiger Vorstellung – nicht notwendigerweise dasselbe und zumeist überlagern sie sich nur ausnahmsweise*”²³⁷.

O tema da justiça é também, então, um tema teológico e religioso, como se extrai dos estudos de Johannes EURICH (2003: 121-136) em que a justiça é vista como produção de uma orientação do sistema dos símbolos religiosos.

Mais agudo se torna o problema da justiça quando a tomamos dentro da teoria política, como bem ilustra o trabalho de Will KYMLICKA (1992), o qual se manifesta em correntes liberais, marxistas, comunitaristas, procedimentalistas, só para exemplificar.

No campo da teoria econômica do direito, surgem temas que envolvem a relação entre

²³⁷ Tradução livre: “Direito e justiça – em todo caso segundo a ideia hodierna – não são necessariamente o mesmo e no mais das vezes somente excepcionalmente se sobrepõem”.

justiça e eficiência econômica, como podemos ver em Richard POSNER (1983: 13-118) e em Klaus MATHIS (2009).

Como se depreende, o tema da justiça além de transcender o sistema jurídico, nessa transcendência manifesta toda sua alta complexidade, o que traduzido na linguagem da teoria dos sistemas de Niklas LUHMANN reflete toda a complexidade *do* ambiente social em face do que *nele* pode ser concebido como justo.

Tanto que na própria teoria do direito, há quem conceba a justiça como uma “questão oblíqua” („*Querfrage*“) (OSTERKAMP, 2004: 1) da teoria do direito, ou seja, como problema envolto em certo grau de ceticismo quanto a sua função no sistema jurídico.

Todos esses elementos externos de problematização (filosófica, econômica, religioso-teológica, sociológica, dentre outras) da questão da justiça se apresentam para o sistema jurídico como *complexidade* existente no ambiente social, o que somente pode ser captado na perspectiva de um observador externo do sistema jurídico (LUHMANN, 1986: 15)²³⁸, em que o problema do justo pode ser também ser vislumbrado como um importante *blinder Fleck* (ponto cego) do sistema autopoietico do direito.

No prisma autopoietico da autorreferência (*Selbstreferenz*) do fechamento operativo (*operative Schließung*) em que insere esse “ponto cego” (*blinder Fleck*), ao sistema do direito não lhe é possível ver que a justiça não é um problema somente do direito. Esse resultado da teoria autopoietica se relaciona com a adoção por Niklas LUHMANN da figura do observador (*Beobachter*) (MATURANA & VARELA, 1980: 8-9).

A figura do observador, por óbvio, introduz o conceito de observação (*Beobachtung*) que na teoria de LUHMANN adquire importância no estabelecimento da fundamental diferença que constitui o sistema autopoietico entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*). Essa observação se constitui para LUHMANN (1997: 537-538) como uma operação (*Operation*), ou seja, como um acontecimento real (*reales Ereignis*), como um operar fático, que como comunicação pode realizar um fechamento operacional do sistema da sociedade com a possibilidade de construir estruturas de modo divergente (contingente) em um modelo

²³⁸ A figura do *observador*, seja ele interno seja externo, se insere no contexto autopoietico da teoria de LUHMANN exatamente no ponto em que emerge o problema da auto-observação (*Selbstbeobachtung*) e da hetero-observação (*Fremdbeobachtung*), o qual é formulado por LUHMANN (1986: 45) nos seguintes termos: „*Man kann dann die unauflösbare Differenz von Selbstbeobachtung und Fremdbeobachtung zugrundlegen und fragen, was das Rechtssystem und speziell die Theorieanstrengungen dieses Systems gewinnen könnten, wenn sie es lernten, Fremdbeobachtung zu beobachten und zu erkennen, daß die ihnen vertrauten Sachverhalte soziologisch ganz anders dargestellt werden als im Rechtssystem selbst*“. – Tradução livre: “Pode-se então tomar por base a indissolúvel diferença entre auto-observação e hetero-observação e questionar que o sistema jurídico e especialmente os esforços teóricos desse sistema poderiam adquirir quando ele aprendesse a observar no modo da hetero-observação, em que suas circunstâncias confiáveis fossem representadas de modo totalmente diverso do que no próprio sistema jurídico”.

evolucionário²³⁹.

Como elemento conceitual central na sociologia e na epistemologia luhmanniana, a ideia da observação ganha uma dimensão mais profunda ao se inserir o conceito da observação de segunda ordem (*Beobachtung zweiter Ordnung*). Essa observação de segunda ordem implica em uma mudança de perspectiva, pois na observação primeira ordem se coloca a pergunta sobre o que se observa (sujeito → objeto), enquanto que na de segunda ordem emerge a indagação em torno do *como* se observa (LUHMANN, 1997: 93).

Essa passagem de o *que* para o *como* se observa traz à tona indagações sobre o modo de construção dos esquemas de observação (*Beobachtungsschema*), é dizer, de suscitar a questão da observação de um observador e do modo como ele observa (LUHMANN, 2006: 156), mais ainda daquilo que nessa esquematização ele não pode ver (*blinder Fleck*). No texto *Ich sehe was, was du nicht siehst* (“eu vejo aquilo que tu não vês”), LUHMANN (2005d: 221) registra que: „*Hier muß den Beobachter beobachten, um zu erkennen, was er beobachten und was er nicht beobachten kann*”²⁴⁰.

A observação de segunda ordem como operação de observar um observador (LUHMANN, 1997: 766) produz consequências importantes para a diferenciação funcional, isto porque coloca o subsistema social de função na situação de ter que observar-se como observador, ou, em outros termos, observar suas próprias operações (observações). Exemplificativamente, LUHMANN (1997: 766-767) afirma que no subsistema da economia os observadores se observam reciprocamente com a ajuda do mercado e dos preços nele praticados.

Mas, o mais curioso encontra-se na formulação da observação de segunda ordem em *Ökologische Kommunikation* (2008: 35), em que LUHMANN explicitamente o seguinte:

Ein System [...], das ein anderes System beobachtet, hat andere Möglichkeiten (obgleich es selbst wie jedes System seine eigene Umwelt apodiktisch setzt). Die Beobachtung eines Systems durch ein anderes System, wir nennen im Anschluß an Maturana „Beobachtung zweiter Ordnung“, kann auch die Beschränkungen beobachten, die dem beobachteten System durch seine eigene Operationsweise auferlegt sind. [...] Es kann die Horizonte des beobachteten

²³⁹ A distinção conceitual entre teoria evolucionista e evolucionária já foi desenvolvida no capítulo da presente tese.

²⁴⁰ Tradução livre: “Deve-se aqui observar o observador para saber o que ele pode e o que ele não pode observar”.

*Systems so beobachten, daß erkennbar wird, was sie ausschließen.*²⁴¹

Como vimos acima, o tema da justiça se dissemina nos sistemas sociais e não constituem um *problema de reflexão* somente do sistema jurídico.

Mas, ao observarmos a justiça também como elemento externo ao sistema jurídico podemos ter dimensão complexidade da questão e dos elementos contingentes a ela ligados. Esta complexidade e contingência das variegadas dimensões do problema da justiça, por conseguinte, não podem constituir ‘elemento’ de um único subsistema social por representar uma carga operacional insuportável.

Tomemos como um dos possíveis exemplos do problema da justiça a questão da denominada justiça distributiva no campo da filosofia política, em cujo campo de indagações se encontram as tentativas de encontrar um modelo ‘perfeito’ de sua realização, em propostas teóricas como a comunitarista de Michael WALZER (1983), com sua defesa do igualitarismo como resposta à demanda por distribuição dentro de uma ‘igualdade complexa’²⁴² dos bens na sociedade.

O fato é que tão logo se propõe um modelo distributivo que reclama ‘perfeição’ ou universalidade, este se submete a perspectivas críticas que tem por escopo demonstrar suas imperfeições, como faz Ronald DWORKIN (1985) ao apontar que a teoria de WALZER se baseia em um ideal liberal fundado em um convencionalismo. DWORKIN refuta o ‘convencionalismo’, para ele de matriz liberal de WALZER, ao asseverar que “...a theory that ties justice to conventions would not be acceptable even if it were available to us” (DWORKIN, 1985: 219).

Importando registrar que o paradigma de DWORKIN traz, por sua vez, uma insuportável carga de complexidade para o sistema jurídico ao partir da premissa da relação entre política, direito e moral ao propor que “...law is a branch of political morality” (DWORKIN, 2011: 5). Proposta que o coloca em manifesto confronto com o modelo autopoietico do sistema jurídico, o qual se funda na separação entre moral²⁴³ e direito que,

²⁴¹ Tradução livre: “Um sistema [...] que observa um *outro* sistema tem outras possibilidades (se bem que todo sistema estabelece seu *próprio* ambiente apoditicamente). A observação de um sistema por outro sistema, que nós denominamos com base em Maturana “observação de segunda ordem”, permite também observar as restrições que são levantadas ao sistema observado por seu próprio modo operativo”.

²⁴² O conceito de “igualdade complexa” de Michael WALZER (1983: 17, 18) tem como eixo central o rechaço de qualquer forma de monopólio social sobre a distribuição dos bens na sociedade, com a proposição de promoção da autonomia das esferas distributivas. Essa “igualdade complexa” se constituiria como o mecanismo social em que “...a diversity of distributive criteria that mirrors the diversity of social goods”.

²⁴³ Idêntico diagnóstico, encontramos em Norberto BOBBIO (1992: 53) ao analisar a relação entre progresso e moral ao afirmar que: “O próprio conceito de moral é problemático”.

segundo LUHMANN (1995: 78-79), estava na base do jusnaturalismo e que não transporiam um suposto consenso moral universal para o direito, mas sim uma moral controvertida em face da complexidade social.

Mesmo sem adentrar de modo profundo no debate entre DWORKIN e WALZER e as possíveis críticas no pensamento luhmanniano²⁴⁴, o que não cabe nos limites temáticos desta tese, esta breve observação serve à demonstração do quanto no campo da filosofia política o tema da justiça provoca acirradas controvérsias e dificuldades aparentemente insuperáveis com busca de soluções minimamente ‘perfeitas’. Mas, é também curioso notar que no conceito de “igualdade complexa” de WALZER aparece o termo ‘complexo’, o que indica que mesmo intuitivamente o problema da justiça se apresenta como questão de complexidade, de modo inquestionável.

Por outro lado, na análise econômica do direito (*Law and Economics*) que tenta, a nosso ver, colonizar a lógica do sistema jurídico com a lógica primacialmente econômica, o que na óptica da teoria autopoietica seria inadmissível, há importantes observações que podem estimular a abertura cognitiva do sistema jurídico²⁴⁵ ao introduzir, como fazem HOLMES & SUNSTEIN (2000), a observação que a promoção da justiça social envolve medidas que para sua implantação e desenvolvimento passam, necessariamente, pela disponibilidade de meios econômicos e, assim, do meio de reprodução comunicativa do sistema econômico: o dinheiro (LUHMANN, 1988a: 14-16). Ou seja, de um elemento que se reproduz no ambiente do sistema jurídico.

Parece óbvio este fato, mas quando se observam empiricamente decisões produzidas pelo sistema jurídico, sob o manto semântico da justiça em seu caráter distributivo ou social, percebe-se que em algumas delas não há uma consideração dos limites materiais das estruturas sociais, o que as fazem incidir em dificuldades de eficácia prática²⁴⁶ em sua

²⁴⁴ Isto para não se falar também da célebre teoria da justiça de John RAWLS (1971).

²⁴⁵ Niklas LUHMANN (1995: 23) observa que: “*Die ökonomische Analyse des Rechts rechtfertigt mithin Rechtsentscheidungen als Risikoübernahmen*” (“A análise econômica do direito justificar simplesmente as decisões jurídicas como assunção de riscos”). Enfim, a análise econômica do direito abre ao sistema jurídico a dimensão dos riscos criados por ele mesmo à sociedade, o que inevitavelmente se liga a nossa ideia de uma *justiça funcional* do direito.

²⁴⁶ Bom exemplo disso são as políticas públicas que dependem para sua concretização do bom estado e da boa gestão das finanças públicas. Se observadas do ângulo dos direitos individuais fundamentais e dos direitos coletivos essas políticas *têm de ser implementadas*. Se observadas pelo prisma dos recursos estatais e de seus limites ou, até mesmo, de sua escassez, pode-se constatar que até mesmo as ‘boas decisões’ podem encontrar limites na dimensão fática da sociedade. No Supremo Tribunal Federal há, inclusive, os Recursos Extraordinários nº 566.741, nº 570122, nº 605.533 e nº 607.582, submetidos ao regime da Repercussão Geral (artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil), que cuidam do dever de fornecimento de medicamentos pelo Estado à população. Porém, merece destaque o RE nº 657.718, também com tema dotado de repercussão geral que cuida do tormentoso problema do suposto dever de o Estado fornecer até mesmo medicamentos ainda

execução, o que faz com que o direito se depare com o risco de sua própria *disfuncionalidade*, ao serem observadas da perspectiva de um observador externo (seja do sistema econômico, científico, político, dentre outros), a partir do ambiente ou entorno sistêmico.

Como se depreende, a complexidade da questão ultrapassa a complexidade interna, ou melhor, internalizável por meio da autopoiese do sistema jurídico - com seu fechamento operativo em torno de seu código binário e da peculiar racionalidade por ele regida -, como elemento produtor de sua unidade emergente (*emergente Einheit*) que surge como produto da redução independente de complexidade (*eigenständige Reduktion von Komplexität*) (LUHMANN, 1995: 54). Esse processamento autopoietico faz com que o problema da disseminação contingente do problema da justiça *seja adequadamente reduzido* pelo sistema jurídico com vistas a permitir a reprodução de suas operações.

A questão da justiça emerge em horizontes fenomenológicos externos e internos, ou seja, como uma *policontextualidade* em um paradoxal *contexto jurídico da justiça* que combina o problema da função do justo no campo das operações sistêmicas em seu fechamento operacional e, no lado exterior da forma (Spencer BROWN), como questão que se liga à abertura cognitiva do sistema jurídico e sua capacidade de processamento seletivo das irritações e estímulos, na forma de pretensões de justiça, advindos de um ambiente em que a ideia do justo emerge sob as mais variadas formas e diversas perspectivas e em múltiplos conflitos, o que coloca a formulação de um *conceito jurídico de justiça* que seja compatível com a reprodução autopoietica do direito, tornando este tema suportável e adequado às estruturas dinâmicas do sistema do direito, promovendo uma evolução da dogmática jurídica e da coevolução coordenada e adequada com o ambiente social.

Neste quadro de reflexão teórica e ao analisar o problema da ideia de justiça em Niklas LUHMANN, Gunther TEUBNER observa que as teorias da justiça surgidas em contextos extrajurídicos - mormente aquelas construídas no interior da teoria ou da filosofia política - fazem emergir a necessidade - quando confrontadas com a proposta de um direito autopoietico - do desenvolvimento de um conceito de justiça no campo da sociologia jurídica. Tanto que TEUBNER (2008: 14) assevera lucidamente que:

Die Rechtssoziologie muss also ein Gerechtigkeitskonzept entwickeln, das der Eigenrationalität und der Eigennormativität des Rechts Rechnung trägt –

*juristische Gerechtigkeit. Das bedeutet freilich nicht, dass das Recht ein Monopol auf Gerechtigkeit besitzt. Vielmehr koexistieren in verschiedenen Gesellschaftskontexten verschiedene Gerechtigkeitskonzept, die sich nicht einem einheitlichen Prinzip fügen.*²⁴⁷

E é exatamente neste contexto de reflexão teórica e jusfilosófica em torno da construção de um possível conceito *jurídico de justiça* que se coloca o desenvolvimento das ideias luhmannianas que vislumbram a justiça como adequada complexidade inserida em uma fórmula de contingência do sistema jurídico que se relaciona diretamente com o conceito instrumental e operacional da observação de segunda ordem (*Beobachtung zweiter Ordnung*) e com a figura dos acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*).

A grande questão se assoma quando se pergunta se o conceito de justiça em LUHMANN está ligado ao problema da função do direito em sua relação com o sistema da sociedade ou às prestações do sistema jurídico na relação com os demais subsistemas que constituem o ambiente social. Esse é um dos problemas fundamentais para o qual se procurará uma formulação que apresente uma resposta algo satisfatória na sequência da presente tese.

1.2. Justiça, diferenciação sistêmica e “equivalentes funcionais”

Como estudado no tópico imediatamente anterior, o problema da formulação ou da busca de uma justiça aplicável como meio de uma ‘perfeita’ solução para os paradoxos do sistema social, de difícil equacionamento no plano prático e que, no mais das vezes, pode aparentemente resolver um determinado problema de modo isolado, seja ele ligado a questões de distributividade de bens na sociedade, à correção de mazelas sociais, ao aperfeiçoamento de instituições para torná-las – **idealmente** e, por que não, **idealizadamente** - mais justas. Porém, no plano empírico, no mais das vezes se depara com efeitos indesejáveis que também podem resultar na produção de **novos** problemas, ocasionalmente ainda mais graves.

²⁴⁷ Tradução livre: “A sociologia jurídica deve desenvolver um conceito de justiça que leve em conta a racionalidade e a normatividade próprias do direito – a justiça jurídica. Isso certamente não significa que o direito não possui um monopólio da justiça. Antes disso, coexistem em variegados contextos sociais diversos conceitos de justiça, os quais não se conformam em um princípio unitário”.

Exatamente aí que o problema da justiça pode fazer com que o sistema jurídico se depare com o risco de sua função e de suas prestações na sociedade. Tanto que no contexto da observação ou auto-observação do risco próprio do direito (*Eigenrisikos des Rechts*), LUHMANN (1995: 560) denuncia a existência de uma tendência daquele que profere decisões a uma *illusion of control* (ilusão de controle), como desconsideração ilusória dos fatores de risco, a qual é contrariada pela responsabilidade relacionada às possibilidades de controle dos riscos, colocando-se em face de se e como o direito pode aceitar seu próprio risco.

Em nossa visão, o problema do risco do direito guarda direta relação com um aspecto da mais alta significação para a função do sistema jurídico, o da *estabilização congruente e contrafática de expectativas na sociedade*. Desse aspecto emerge o tema da segurança jurídica que LUHMANN vislumbra, de certo modo, como ligado ao aspecto formal da justiça (LUHMANN, 112-113) em sua representação como princípio da igualdade (*Gleichheitssatz*), que será detidamente analisado mais adiante.

O que deve ser ressaltado por ora é que, primariamente, a questão da segurança jurídica surge como um dado da autopoiese do sistema, tanto que LUHMANN (1995: 194) afirma que:

*Rechtssicherheit muß zunächst vor allem in der Sicherheit bestehen, daß Angelegenheit, wenn das gewünscht wird, allein nach dem Rechtscode behandelt werden und nicht etwa nach dem Machtcode oder irgendwelchen, vom Recht nicht erfaßten Interessen.*²⁴⁸

Talvez aqui fique claro o sentido e o alcance da proposta autopoiética de Niklas LUHMANN de que os subsistemas adquirem sua *autonomia* autorreferente e operativamente fechada como forma de garantia de processamento *policontextual* dos problemas e conflitos sociais dentro da óptica própria de sua especialização funcional, retirando-o da concepção da suposta possibilidade de existência de um *controle centralizado e total* da comunicação social, como já vimos anteriormente na presente tese.

Essa *policontextualidade* ou *policontexturalidade* (Gotthard GÜNTHER) dos temas e

²⁴⁸ Tradução livre: “A segurança jurídica deve consistir, primeiramente, antes de tudo, na segurança de que questões, que assim se deseje, sejam tratadas exclusivamente de acordo com o código do direito, e não de acordo com o código do poder ou de qualquer outro interesse não abrangido pelo direito”.

conflitos sociais nasce na modernidade da própria diferenciação funcional como fenômeno evolutivo da sociedade, como pensa LUHMANN, o que implica que a *justiça jurídica* (OSTERKAMP) seja regida pela lógica sistêmica submetida ao código binário das *operações* do sistema jurídico. Cuida-se de uma lógica *excludente*, por ex., da lógica do poder (*Macht*) e da função político-partidária no sistema político. Marcelo NEVES (2007: 241) chega a falar em “corrupção sistêmica” quando a lógica de um sistema passa a ser aplicada *indiferenciadamente* por outro²⁴⁹, na forma de uma *alopoiese*²⁵⁰.

No prisma desta tese, qual seja o do estudo da ideia da justiça em Niklas LUHMANN, a “corrupção sistêmica” (NEVES) importa em produção de *disfuncionalidades* das decisões jurídicas quando confrontadas e submetidas a uma óptica de justiça *de fora* do sistema jurídico, ou como também observa Marcelo NEVES (2006: 138-139), de uma “...teoria da justiça como critério exterior ou superior ao direito positivo [...]”.

LUHMANN (1981, 279: 281) chega a asseverar, em uma eloquente figura retórica, a existência de uma *Flucht in die Phantasie* (*fuga à fantasia*) em que o direito se depara com disfuncionalidades *latentes* que se manifestam em textos legislativos, nos quais se encontram “parágrafos irrealizáveis” que escondem soluções simbólicas²⁵¹ para problemas políticos. Essas circunstâncias somente agudizam o problema da justiça no sistema jurídico e estimulam soluções *autorreferenciais* que tornem o texto normativo **compatível** com sua lógica sistêmica e os limites de seus horizontes *internos*, constituídos autopoieticamente.

Em outros termos, o *direito não pode ver aquilo que não pode ver*, momento em que o sistema jurídico se depara com seus limites sistêmico-cognitivos e se coloca diante de seu *blinder Fleck* (ponto cego) e da inarredável necessidade de *redução da complexidade do ambiente* como condição de produção de operações decisórias dotadas de *mínima consistência* (*jurídico-argumentativa*) e *adequação externa* (*como prestações dirigidas ao ambiente intrassocial*).

Deste modo, dentro da diferenciação funcional da sociedade moderna a justiça se *policontexturaliza na complexidade dos processos sociais* e pode, assim, paradoxalmente

²⁴⁹ Este problema faz com que reflitamos sobre o fenômeno do *ativismo judicial* e da abertura que ele gera para a aplicação indevida de códigos binários alheios ao sistema jurídico, como fator gerador de *disfuncionalidades* nas operações do direito, o que faz com que dogmaticamente se constate esses problemas, mormente à luz do direito constitucional e da função das Cortes Constitucionais como núcleos estabilizadores da comunicação jurídica. Neste contexto, merece detida leitura o trabalho de Elival da Silva RAMOS (2013).

²⁵⁰ Sobre o conceito de alopoiese e de sua relação com a autopoiese, recomenda-se a leitura de Milan ZELENY (1981: 95-96). Mas podemos citar a definição de alopoiese como “... a production of “something else” than itself...” (ZELENY, 1981: 95).

²⁵¹ Sobre a problemática dessas soluções *simbólicas* no campo do processo de produção do poder constituinte e do legislador sobre as operações jurídicas, leia-se Marcelo NEVES (2007). Sobre a natureza simbólica do próprio direito, consultar Andreas ZIELCKE (1980).

pode vir a se constituir em conceito vago e apto a causar certo estranhamento ao causar irritação heteroferencial no sistema jurídico, seja como problema econômico, político ou religioso de justiça. Ao incorporarmos o teorema da observação de segunda ordem (*Beobachtung zweiter Ordnung*) (KNEER & NASSEHI, 2000: 170-171) o sistema jurídico pode observar, por meio da abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*), os riscos que os problemas de justiça no sistema econômico ou político, como exemplos, podem representar o ingresso de riscos para as operações decisórias do sistema do direito, com perda da autorreferência e as consequentes *disfuncionalidades*²⁵² de tais operações.

O problema que se apresenta é o da integração da sociedade dentro deste panorama autopoietico de seus subsistemas, o que nos faz retornar ao assunto dos acoplamentos estruturais e da necessária interpenetração intersistêmica que permite que a autopoiese tenha sua emergência na medida em que esses subsistemas se desenvolvem, a despeito de seu fechamento operativo autorreferencial, „...*Umweltkontakte auf anderen Ebenen der Realität* [...]“²⁵³ (LUHMANN, 1994: 558).

Sobre essa mesma interpenetração, LUHMANN (1994: 558) agrega que:

*Durch Interpenetration ist es möglich, getrennt zu halten und trotzdem zu verbinden, also Systeme zu realisieren, die in Bezug auf ihre Umwelt zugleich geschlossen und offen sind.*²⁵⁴

Na interpenetração, como um mais modo mais intenso de acoplamento estrutural, há um processo seletivo de possíveis reações do sistema em face das alterações de estado do ambiente social coloca o sistema diante do conceito de “equivalente funcional” (*funktional Äquivalent*).

A ideia do equivalente funcional exerce um papel importante na teoria sociológica luhmanniana, pois se constitui um dos elementos-chave do que esse autor denomina de “método funcional” (2005a: 39-67), cuja completa elucidação refoge aos limites temáticos desta tese.

Naquilo que aqui interessa, os “equivalentes funcionais” se apresentam ao sistema

²⁵² Em síntese, as **disfuncionalidades** são realizações negativas, pois quando as realizações dos sistemas são analisadas por múltiplos pontos de vistas, aquelas não produzem somente resultados “favoráveis”, mas também consequências desvantajosas (LUHMANN, 1982: 68; 2005a: 26-27).

²⁵³ Tradução livre: “... contatos com o ambiente em diversos níveis de realidade.”

²⁵⁴ Tradução livre: “Por meio da interpenetração torna-se possível permanecer separado e apesar combinar e, portanto, realizar sistemas que são ao mesmo tempo abertos e fechados na sua relação com o seu ambiente”.

como alternativas de reação do sistema diante de seu ambiente, mais importante, de vários modos de reação em face da frustração de expectativas de comportamento. Nesta última hipótese, o sistema pode reagir com relação ao dentro de uma perspectiva *cognitiva* e incorporar *novas possibilidades de estruturação de expectativas* ou por meio de *sanções*, como uma postura defensiva de interesses relevantes na relação entre ele e seu ambiente.

Todavia, LUHMANN (2000a: 56) anota que os equivalentes funcionais suscitam o fato de que:

*Es gibt mehrere brauchbare Möglichkeiten, und die Existenzsicherheit [des Systems] stärkt sich gerade daran, daß die generelle und abstrakte Stabilisierung der Systeminteressen durch eine Erwartungsstruktur es erlaubt, zwischen mehreren Möglichkeiten zu wählen.*²⁵⁵

Aí nos defrontamos mais uma vez com esse paradoxo luhmanniano, o de que a diferenciação sistêmica (*systemische Ausdifferenzierung*) pressupõe uma autorreferência e uma autorreprodução operativamente fechada do subsistema funcional, mas não de forma solipsista, pois ao mesmo tempo ele é irritado, estimulado e sensibilizado pelas mudanças de estado por meio de uma *percepção cognitiva* aberta para o ambiente, momento em que se coloca o possível questionamento da *adequação da complexidade interna do sistema* como subsistema imerso no ambiente intrassocial. Pois, como insiste LUHMANN, não há sistema sem ambiente.

Por meio da busca de equivalentes funcionais estimulada pela abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*) sensibilizada pelas irritações ambientais como mudanças de estado ou, em outros termos, eventos sempre *contingentes*, canalizados para o subsistema funcional do direito por meio de acoplamentos estruturais e interpenetrações faz com que este sistema se confronte com a *observação de segunda ordem*, na qual ele problematiza sua própria *função* e, inevitavelmente, suas *prestações sistêmicas*, deparando-se com seu próprio risco.

Neste quadro, LUHMANN desenvolve no estágio mais maduro de sua sociologia jurídica sua compreensão da ideia de justiça como *adequada complexidade* inerida em sua

²⁵⁵ Tradução livre: “Há mais possibilidades úteis, e as garantias de existência [do sistema] são assim precisamente robustecidas na estabilização geral e abstrata dos interesses sistêmicos por meio de uma estrutura de expectativas que permite se escolha dentre muitas mais possibilidades”.

fórmula de contingência, dentro da leitura que propomos nesta tese.

2. A evolução da ideia da justiça no pensamento de Niklas Luhmann

2.1. A justiça luhmanniana: delineamentos iniciais

Ao adentrarmos o núcleo temático da presente tese, deve ser retomado o problema, anteriormente analisado, da constante crítica a uma suposta obscuridade dos textos luhmannianos decorrente do grau de abstração teórica e da adoção de uma terminologia própria, hermeticamente construída.

Neste sentido, reproduzimos a observação de Magda WIMMER (1998: 50) de que:

*Wer sich mit Luhmanns Theorie auseinandersetzen will, steht allerdings vor nicht zu unterschätzenden Schwierigkeiten. Seine Texte sind hoch abstrakt, Begriffe von ihrer üblichen Verwendung meist weit entfernt, der Stil labyrinthisch und die Theorien deshalb nur schwer zugänglich.*²⁵⁶

Apesar de ser inegável este quadro de dificuldade de ‘acesso’ aos textos luhmannianos, pensamos juntamente com Georg KNEER e Armin NASSEHI (2000: 12-13) que a superação dessa barreira produz resultados porque se pode observar a busca de Niklas LUHMANN de manter-se a certa distância do conteúdo conceitual habitual que busca tornar

²⁵⁶ Tradução livre: “Quem quiser ocupar-se com a teoria de Luhmann, fica por certo diante de dificuldades que não deve ser subestimadas. Seus textos são altamente abstratos e os conceitos bastante afastados de sua aplicação usual, o estilo labiríntico que torna o acesso à teoria bastante difícil”.

possível uma compreensão de seu pensamento sem qualquer ‘interferência’ de ideias usuais que poderiam induzir a equívocos e incompreensões ou, pior, aparentes compreensões.

Portanto, impõe-se o reconhecimento, para uma adequada busca de sistematização conceitual da ideia da justiça no pensamento de Niklas LUHMANN, da necessidade de serem revisitados e contextualizados alguns conceitos já estudados nesta tese.

Neste afã, deve ser anotado que Niklas LUHMANN ao falar da evolução do direito, dá grande ênfase ao fenômeno de sua positivação, colocando-o em um contexto peculiar que pode ser importante para a investigação do conceito de justiça em seu pensamento.

Na década de 1970, LUHMANN publica um texto nuclear em sua sociologia jurídica, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft* (Positividade do Direito como pressuposto de uma sociedade moderna) (LUHMANN, 1970: 175-202), no qual sistematiza os fundamentos de seu positivismo jurídico²⁵⁷.

Já neste texto emergem alguns pontos centrais da compreensão luhmanniana do sistema jurídico, em que a ideia a complexidade e da contingência são inseridas naquilo que LUHMANN chama de estrutura dotadas de sentido como “modelos gerais de vivência e de comportamento” (*allgemeine Muster der Erlebens und Verhaltens*), como mecanismos de redução da “complexidade das possibilidades” (*Komplexität der Möglichkeiten*). Mas, mais importante ainda é a ideia correlacionada de “variabilidade de estruturas de expectativas” (*Variabilität von Erwartungsstrukturen*) e de sua “adaptabilidade à realidade” (*Anpassung an die Wirklichkeit*) como meio de minimização dos “riscos das expectativas” (*Risikos des Erwartens*) (LUHMANN, 1970: 177).

Neste contexto teórico, retorna-se a um aspecto relevante para o espaço temático desta tese, qual seja de que a “positividade” do direito em LUHMANN não se restringe a um quadro *normativo-dedutivo*, como em Hans KELSEN (1960), mas, na verdade, a um modelo de expectativas normativas²⁵⁸ que, apesar de serem estabelecidas para ‘resistirem’ contrafaticamente, permitem o elemento *cognitivo*, de abertura para o novo, para uma eventual diferença “*that makes a difference*” (BATESON).

A positivação do direito para LUHMANN se apresenta como um necessário paradoxo *normativo-cognitivo*, em uma estabilidade que pode se tornar momentaneamente instável para se reconstruir em uma *estabilidade adaptativa* ao ambiente social. Ponto em que se coloca o

²⁵⁷ Conveniente, neste ponto, a observação do seguinte esquema produzido por LUHMANN em *Ökologische Kommunikation* (2008: 59).

²⁵⁸ LUHMANN (1970: 178) deixa bem claro que: „*Normative Erwartungen verstehen sich als lernunwillig*” (Tradução livre: “As expectativas normativas se compreendem como indispostas ao aprendizado”).

fechamento operacional do sistema jurídico, como última única e última instância dos processos de construção daquilo que em dado momento da *história do sistema* (dimensão temporal do sistema) foi *decidido* como *direito válido*. Ou seja, não obstante o sistema colher autoreferencialmente elementos *externos* (do ambiente) estes são ‘decididos’ e ‘entendidos’ por critérios exclusivos do sistema, regidos pela dogmática jurídica e pelos processos interpretativos do próprio direito. Não haveria, portanto, racionalidade – em sentido metafísico ou ontológico - que transcenda os limites autorreferentes do sistema em sua função de subsistema da sociedade que produz comunicações sobre *questões jurídicas*.

Formulando este mesmo paradoxo da *estabilidade ‘instável’* com outras palavras, tem-se que as contingências dos *horizontes externos* do sistema jurídico podem determinar, se este assim ‘decidir’ de modo autopoietico, mudanças nos *horizontes internos* desse mesmo sistema, como necessidade de aumento da complexidade no interior desse sistema como requisito de adaptabilidade à crescente e maior (assimétrica) complexidade do sistema abrangente da sociedade. Mesmo porque as mudanças das estruturas de expectativas do sistema autopoietico do direito demandam tempo, pois o sistema jurídico depende para o estímulo ou irritação de suas capacidades perceptivas (cognitivas) que haja um *conflito* já instalado na sociedade, o qual deverá ser por ele *posteriormente* tematizado.

O conflito como tematização em torno de uma perturbação comunicativa contribui para que o sistema jurídico coloque as possíveis soluções jurídicas como seletividade de temas e de possíveis soluções (LUHMANN, 1981: 110), onde se insere a *capacidade cognitiva* como seleção de possibilidades (*Möglichkeiten*) como processamento de um decidir sobre situações *contingentes*, que deixa sempre em aberto que ‘poderia ser diferente’, ou melhor, no futuro *poderá* ser diferente.

Nesta moldura, os conflitos servem à constatação de que não há como negar que o direito decide sobre fatos *ocorridos no passado*, mas que deve, para gerar segurança jurídica e confiança social (LUHMANN, 2000b) como mecanismo de redução da complexidade social, projetar suas expectativas normativas de estabilização de comportamento e de solução de conflitos para o *futuro*, um futuro obviamente contingente.

Tanto que LUHMANN (1995: 163-164) metaforicamente vê o sistema jurídico como um “sistema imunológico”, pois para este autor o direito é concebido como sistema que imuniza a sociedade, visto que uma vez encontrada a solução *adequada* (ainda que na persistência de determinadas circunstâncias), fica reduzida a possibilidade de novas infecções e também o tempo necessário para o tempo de imunização, reduzindo, por ex., o tempo de duração de um processo ou procedimento jurídico por meio da redundância e da recursividade

das operações decisórias.

Neste horizonte de futuro, o direito positivo se percebe como um direito *modificável*, apesar de em dado momento estabilizar-se por meio de *decisões recursivas* como um direito positivamente válido (LUHMANN, 1995: 38), ponto em que LUHMANN (1970: 183) assevera claramente que: „*wenn das Recht als kraft dieser Entscheidung geltend, als Auswahl aus anderen Möglichkeiten und damit als jederzeit änderbar erlebt wird*“²⁵⁹.

Exatamente aqui reside a rejeição de Niklas LUHMANN às concepções do direito natural que, para ele, partiam da assunção de que existiria uma *ordem hierárquica* das fontes do direito (*Rechtsquellen*)²⁶⁰.

Tanto que na idade média, LUHMANN (1970: 191) aponta a distinção entre *lex divina* ou *lex aeterna*, em que se coloca a questão da transcendência, e a diferenciação entre *lex naturalis* e *lex humana* ou *lex positiva*, como confronto entre *perfeição* e *imperfeição*. Assim, já no contexto do direito medieval e, de certa forma, no jusnaturalismo moderno, conta-se com a ideia transcendente de uma possibilidade de aferição da *perfeição* do direito e de sua *justiça*, de um possível direito *justo* como perfeição cosmológica, racional ou correção moral (FINNIS, 2011: 166-169; DWORKIN, 2011: 400-409)²⁶¹. E assim, em variadas perspectivas, de uma *justiça* que se poderia identificar com o *modelo de perfeição racional* (*Perfektionsbegriff*) de LEIBNIZ (1989: 20, 218, 220)²⁶², do qual LUHMANN extrai sua concepção de que o “sentido antigo de justiça” (LUHMANN, 1999: 378) se apresentava como *Muster von Perfektionsbegriffe* (modelos conceituais de perfeição), o que teria perdurado até o advento da modernidade.

²⁵⁹ Tradução livre: “... quando o direito é vivenciado como válido por força dessa decisão, como escolha entre outras possibilidades e, com isso, modificável a todo tempo”.

²⁶⁰ A formulação da hierarquia das fontes do direito (*Rechtsquellen*) é refutada por LUHMANN por ser incompatível com o fechamento operacional do sistema jurídico e sua autopoiese, como se pode ver em *Das Recht der Gesellschaft* (1995: 101-103).

²⁶¹ Deve ser anotado que John FINNIS ao tratar do aspecto distributivo de seu conceito de justiça coloca como elemento central a ideia, de conteúdo indefinido e de origem moral, de “*common good*”, que ele mesmo evita definir (FINNIS, 2011: 166). Já Ronald DWORKIN (2011: 403-405) mantém-se aferrado a sua perspectiva de uma justiça que deriva da vinculação entre direito e moral política, como elemento que permite a justificação das práticas judiciais e jurídicas em confronto com uma rede de outros valores políticos (liberdade, igualdade e outros). Em linguagem da teoria dos sistemas, podemos dizer que o sistema jurídico está submetido a uma *alopoiese* constante, em sentido contrário ao sistema jurídico autopoietico de LUHMANN. O estudo aprofundado desta distinção entre estas duas importantes visões sobre o direito, contudo, escapa aos limites temáticos desta tese.

²⁶² Costas DOUZINAS e Adam GEAREY (DOUZINAS & GEAREY, 2005: 106) mencionam que o conceito clássico de justiça: “[...], has a political and a legal aspect. Political justice explores the overall organization of the *polis* and tries to imagine the perfect constitution, the most beautiful and harmonious arrangement of the social bond. But justice or the just is also the end, both the aim and the outcome, of legal action. Justice as an ideal is never fully of this world”. Como se pode extrair deste excerto, a ideia de justiça, nas formas clássicas do jusnaturalismo, se identifica com a ideia de perfeição e de uma necessária transcendência para algo além ‘deste mundo’, desta sociedade em que vivemos, como busca de uma garantia de plenitude do justo. Enfim, como forma de um anseio utópico.

Neste passo, cabe aqui recordar o que já estudamos nesta tese como rechaço de LUHMANN a uma semântica “vetero-europeia” de matriz ora metafísica, ora racional, como racionalidade de um sujeito transcendental (idealismo), ora cosmológico-teológica. Esse estágio do pensamento europeu se caracterizava, para LUHMANN, pela tendência à construção *artificial/ideal* de ‘realidades’ estáveis e de unidade conceituais (totalizações), como, no caso ideia de homem, sociedade ou verdade, como forma de tentar controlar qualquer aumento da complexidade e da contingência social.

Dentro deste quadro semântico-conceitual “vetero-europeu”, a *justiça* é representada também como pretensão de *verdade* e de *correção* no direito natural, no qual se fazia referência à *injustiça* como *erro* (*Irrtum*) e, assim, ela (injustiça) era excluída normativamente e se afastava, como consequência, a possibilidade de ‘aprender’ (LUHMANN, 1970: 181), ao tornar absoluta e *estável* a polaridade entre *justo* e *injusto*. Ou se estava de acordo com o modelo de perfeição da verdade, ou se era excluído por ser falso e, deste modo, qualquer desvio da verdade implicava em algo **a ser corrigido** segundo um parâmetro fixo e perfeito que não permitia *variações evolutivas e adaptativas*²⁶³.

Uma justiça que parte das premissas da *complexidade* e da *contingência*, como a concebida por LUHMANN, não pode mais contar com parâmetros estáveis e seguros de uma certeza transcendente ou de uma garantia de um sujeito racional da *adequada* perfeição ou da verdade, o que torna a questão de uma *justiça jurídica* em face de um direito que se funda em uma estabilidade confrontada com sua *mutabilidade*. Em suma, de uma ‘justiça’ hoje *justa*, mas que amanhã contingentemente pode se apresentar como face da *injustiça*²⁶⁴, dentro de um processo cognitivo-evolutivo de aprendizado.

As circunstâncias até aqui observadas somente demonstram a importância de adentrarmos os domínios em que a justiça é tratada como fenômeno autopoietico do sistema

²⁶³ Em sua crítica, centrada na obra *Legitimation durch Verfahren* (1983), Otfried HÖFFE (1987: 172) observa de modo - para nós - muito lúcido sobre LUHMANN que: „*Das Recht wird als relativ selbständiges Subsystem der Gesellschaft angewiesen, das wie alle modernen Sozialsysteme lernfähig sei und die Aufgabe habe, die Komplexität einer an Möglichkeiten überreichen Welt zu reduzieren*“ (Tradução livre: “O direito se torna um subsistema relativamente autônomo da sociedade, o qual como todo sistema social moderno é adaptativo e detém a tarefa de reduzir a complexidade de um mundo extremamente rico em possibilidades”).

²⁶⁴ A expressão aqui por nós utilizada, *face da injustiça*, está colocada (só que no plural) no título do trabalho de Judith N. SHKLAR (1990) que expõe a ideia de que usualmente gostamos de olhar para a justiça sem dar a devida atenção à injustiça, tanto que SHKLAR (1990: 15) observa argutamente que: “...every courthouse boasts a statute of justice in all her dignity. Justice has been represented in an endless number of pictures. Every volume of moral philosophy contains at least one chapter about justice, and many books are devoted entirely to it. But where is injustice? [...] They take for granted that justice is simply the absence of justice, and that once we know what is just, we will know all we need do to know. That belief may not, however, be true. One misses a great deal by looking only at justice”. Ideia semelhante encontramos em John Stuart MILLS (2001: 43) ao registrar que: “...it is necessary to attempt to ascertain what is the distinguishing character of justice, or of injustice; what is the quality, or whether there is any quality, attributed in common to all modes of conduct designated as unjust (for justice, like many other moral attributes, is best defined by its opposite) ...”.

jurídico e daí extrairmos suas consequências e possibilidades de construção de um sentido *contingente* de justiça que ainda torne também possível falar-se em uma *justiça jurídico-autopoiética*.

A proposta de superação da racionalidade “vetero-europeia” de Niklas LUHMANN leva-o nas fases iniciais de sua formulação da ideia da justiça (*Gerechtigkeit*) a rechaçar qualquer função por ela exercida no interior do sistema jurídico, mormente nos procedimentos jurídicos e nas decisões neles produzidas.

Este estágio inicial²⁶⁵ do pensamento luhmanniano sobre o tema pode ser encontrado de modo central na obra datada de 1969, *Legitimation durch Verfahren* (Legitimação pelo procedimento) (aqui utilizamos a edição inalterada de 1983), na qual encontramos interessante e reveladora passagem a respeito das teorias clássicas (“vetero-europeias”) sobre o procedimento, ao dizer que (LUHMANN, 1983: 18): „*Kern aller klassischen Verfahrenslehren ist der Bezug auf Wahrheit oder wahre Gerechtigkeit als Ziel*“²⁶⁶.

Na linha de demonstração da superação do modo de pensar jusnaturalístico (“vetero-europeu”) e da passagem ao direito positivo²⁶⁷, prossegue LUHMANN (1983: 20):

*Nach alldem ist schwer zu sehen, wie anders als durch ein Vorurteil die Auffassung festgehalten werden könnte, daß wahre Erkenntnis und wahre Gerechtigkeit das Ziel und das Wesen rechtlich geregelter Verfahren seien, und wenn, wie ein solches Ziel erreicht werden könnte.*²⁶⁸

A perda de referências estáveis - sejam metafísicas ou ontológico-transcendentais – colocam em xeque as certezas artificialmente construídas, dentre elas da utilização do *justo*

²⁶⁵ Deve ser esclarecido, por outro, que não se cuida somente do estágio inicial do tratamento da ideia da justiça no pensamento de Niklas LUHMANN, mas, na verdade, de seus primeiros movimentos na construção de sua teoria sociológica sistêmica, com o estabelecimento de conceitos importantes e que se mantiveram praticamente inalterados durante sua vida acadêmica, como, por ex., o de auto-referência (*Selbstreferenz*) o da dicotomia sistema/ambiente.

²⁶⁶ Tradução livre: “O núcleo de todas as teorias clássicas é a relação com a verdade ou verdadeira justiça”.

²⁶⁷ Em *Legitimation durch Verfahren*, Niklas LUHMANN (1983: 31) também expõe sua concepção do fenômeno da positivação do direito nestes termos: „*Der Positivierung des Rechts, d.h. der These, daß alles Recht durch Entscheidung gesetzt ist, entspricht es, den Legitimationsbegriff auf die Anerkennung von Entscheidungen als verbindlich festzulegen*“. - Tradução livre: “À positivação do direito, é dizer à tese de que todo direito é posto por meio de decisão, corresponde que o conceito de legitimidade se determina com base no reconhecimento de decisões como vinculantes”.

²⁶⁸ Tradução livre: “Após tudo isso é difícil ver como poderia ser diversamente assegurada por meio de um preconceito a concepção de que o verdadeiro conhecimento e a verdadeira justiça fossem o escopo e com isso a essência dos procedimentos juridicamente regrados e, se assim, como tal meta poderia ser atingida”.

como critério de *verdade* (*Wahrheit*) ou correção (*Richtigkeit*), mormente nos procedimentos jurídicos dirigidos a produção de decisões²⁶⁹. Tanto que ainda em *Legitimation durch Verfahren*, LUHMANN (1983: 20) observa que não se pode compreender como um procedimento jurídico pudesse ter como meta a produção de uma decisão *correta* (orientada à verdade e à justiça), note-se, uma única decisão que fosse a *correta*. Isto porque para LUHMANN não haveria uma *instância* (metafísica ou transcendental [Deus?]) que pudesse conferir certeza da correção de tal decisão.

Deste modo, LUHMANN afasta e rechaça a *justiça* como elemento *transcendente* e, assim, exterior ao sistema social de interação que são os procedimentos estabelecidos no sistema social do direito que serviria como elemento de convencimento (*Überzeugung*) geral para garantir a certeza de *correção* de uma solução perfeita para a questão submetida ao crivo decisório do sistema jurídico.

Digno de transcrição é o seguinte excerto, no qual LUHMANN (1983: 21) anota que: „Ein System, das die Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Probleme garantieren muß, kann nicht zugleich die Richtigkeit der Entscheidung garantieren.“²⁷⁰

Neste trecho poderíamos, sem equivocar, fazer a substituição do termo *Richtigkeit* (correção; exatidão) pelo *Gerechtigkeit* (justiça), se mantivermos em mente a perspectiva de superação do pensamento “vetero-europeu” combatido por LUHMANN em sua teoria.

A *justiça* como *perfeição* de uma solução única, exata e correta para os problemas submetidos à função decisória do sistema jurídico, sem dúvida, ao menos em um primeiro momento, foi banida da peculiar sociologia jurídica de Niklas LUHMANN, fato este também registrado por Theo MAYER-MALY (2001: 9).

Pode-se asseverar que já nas fases iniciais do desenvolvimento do pensamento de LUHMANN sobre a questão da justiça depara-se com seu ceticismo (*Skepsis*) (TSCHENTSCHER, 2009: 148) de uma justiça *substancial* garantida por critérios de univocidade e de perfectibilidade, como unidade estável e fixa do justo, ainda que para uma questão determinada e isolada, a qual se insere em quadro de contingência e de complexidade que determinam a possibilidade de alteração do próprio direito, agora como direito positivo e,

²⁶⁹ Importante anotar a observação de Tercio Sampaio FERRAZ Jr (1980b: 4) que pode ser aplicada, apesar de ser dirigida ao aspecto da legitimidade na proposta procedimentalista luhmanniana, ao pensamento de LUHMANN sobre a justiça, quando ele assevera que: “a possibilidade de se fundar a legitimidade em valores supremos é rechaçada. Isto porque, na série regressiva das decisões, sempre topamos com um pluralismo de valores que não se fundam em verdade, mas são, ao contrário, atos de crença, admitidos como fatos”. Se substituirmos o termo legitimidade por *justiça* podemos extrair desse primoroso excerto o contexto teórico em que LUHMANN conforma sua ideia de justiça, a qual se busca delinear de modo sistematizado na presente tese.

²⁷⁰ Tradução livre: “Um sistema que deve garantir a decidibilidade de todo problema suscitado não pode, ao mesmo tempo, garantir a correção da decisão”.

portanto, modificável na modernidade. Deste modo, o que LUHMANN vislumbra é a possibilidade de nas mudanças na própria sociedade, seja na dimensão temporal, quanto na objetiva (ou fática) e social, podem produzir uma mudança na forma do direito e de sua justiça, como solução contingente de casos jurídicos.

Essa mesma postura luhmanniana de rejeição das ideias tradicionais de justiça começa a conduzi-lo, em fases posteriores²⁷¹, à construção de uma concepção de justiça mais *procedimental* do que *substancial*, para uma teoria procedimentalista do justo, como ficará mais claro no decorrer deste capítulo.

Cumprir registrar que, em face dessa relação negativa com a justiça ‘tradicional’ (“vetero-europeia”), nos primórdios do desenvolvimento de sua teoria, LUHMANN centra-se no conceito de *legitimação* e, de forma indireta, mas claramente perceptível, ele busca se afastar tanto da justiça no sentido jusnaturalístico “vetero-europeu”, quanto da ideia da justiça *política*, mormente de suas pretensões *substanciais*, de atingimento cabal do justo, fazendo-o em favor de seu projeto de modernidade²⁷² (HÖFFE, 1987: 176).

No subsequente desenvolvimento de sua teoria, LUHMANN passa a construir uma justiça *pós-ontológica* compatível com a modernidade de seu funcional-estruturalismo (estudado no capítulo I), ou seja, uma concepção do justo compatível com a função do direito e com os paradoxos dela decorrentes, dentre eles, o de *decidir o indecível*. Aspectos que serão analisados na sequência dessa tese.

Este é o cenário em que passamos a introduzir o conceito de justiça de LUHMANN, o que, ao menos de início, permite um vislumbre da peculiar de suas ideias sobre o tema e, ainda, abre caminho para o tópico seguinte em que estudaremos a justiça como *adequada complexidade* (*adequäte Komplexität*), o que prepara caminho ao descortinar de sua concepção como *fórmula de contingência*, no **interior** de um sistema jurídico submetido aos imperativos de sua própria autopoiese.

²⁷¹ Exemplo da permanência dessa atitude de negação a questão tradicional em torno da justiça reaparece em *Das Recht der Gesellschaft* (1995: 216), onde LUHMANN anota que: „Die traditionelle Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts verliert so jede praktische Bedeutung“. – Tradução livre: “A questão tradicional em torno da justiça do direito perde assim todo sentido prático“. A isso retornaremos na sequência da tese.

²⁷² Otfried HÖFFE (1987: 176) escreve a respeito da modernidade, em sua crítica dirigida a LUHMANN, que: „In der Moderne sei die Veränderung des Rechts zum laufend Betrieb, zum Routinevorgang des Staatslebens geworden, während alle unverfügbaren Rechtselemente überflüssig, sogar hinderlich seien. Nun wird nicht nur in der archaischen Geltungsform, der ‚Geltung kraft Überlieferung‘, oder in der naturrechtlichen ‚Geltung kraft Natur‘, sondern auch vom Standpunkt der Gerechtigkeit ein Moment der Unverfügbarkeit beansprucht“. – Tradução livre: “Na modernidade, converteu-se a alteração do direito em atividade corrente e procedimento rotineiro da vida estatal, enquanto os elementos indisponíveis do direito se tornaram supérfluos e até mesmo embaraçosos. Agora não se torna, somente na forma arcaica de validade do direito, da ‘validade por força da tradição’, ou da jusnaturalística ‘validade em razão da natureza’, senão também do ponto de vista da justiça pretendida como fator da indisponibilidade”.

2.2. A justiça como adequada complexidade (*adequäte Komplexität*) do sistema jurídico

Após a digressão do tópico anterior, depara-se com o questionamento sobre o sentido que a ideia de justiça assume no corpo do pensamento jus-sociológico de Niklas LUHMANN em decorrência de seu rechaço teórico aos fundamentos que caracterizam, em sua visão, a semântica das teorias tradicionais sobre a natureza e a essência do *justo*.

Precisamente aqui devemos formular a indagação se LUHMANN teria banido a ideia da justiça ou lhe dado uma nova conformação adequada aos tempos da diferenciação funcional, enfim, da sociedade moderna. O próprio Niklas LUHMANN (1995: 217) nos dá uma enfática resposta: „*Aber [...] muß das Rechtssystem nicht auf die Idee der Gerechtigkeit verzichten. Nur die theoretische Placierung dieser Idee muß neu überlegt werden*“.²⁷³

Oportuno anotar inicialmente que LUHMANN, neste panorama, não pretende construir uma teoria da justiça, *stricto sensu*, mas sim inserir de modo peculiar, a justiça dentro de sua sociologia e teoria autopoieticas do direito, mais como um elemento dentro de seu grande projeto teórico de descrição da sociedade moderna.

No que tange ao desenvolvimento da teoria dos sistemas, deve ser registrado que a construção da ideia da justiça por Niklas LUHMANN encontra sua primeira formulação mais elaborada e sistematizada em artigo publicado com o título *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, no ano de 1973, no periódico jurídico germânico *Rechtstheorie* (4/1973)²⁷⁴.

Neste texto, LUHMANN introduz sua formulação da ideia da justiça como *adequada complexidade (adequäte Komplexität)* (LUHMANN, 1981: 416), que passamos a estudar em seguida.

²⁷³ Tradução livre: “O sistema do direito não deve [...], porém, abdicar da ideia da justiça. Somente deve de novo refletir sobre o lugar dessa ideia”.

²⁷⁴ Na presente tese utilizamos o texto republicado em *Ausdifferenzierung des Rechts* (LUHMANN, 1981: 374-418).

Para a compreensão do conceito da adequada complexidade, faz-se necessário anotar que LUHMANN (1981: 374) postula uma perspectiva sociológica, em sentido diverso de uma compreensão jusnaturalista, de que o direito na sociedade moderna não se funda mais na “ordem natural do mundo”, mas, na verdade, é um produto que se faz no próprio sistema social; ponto em que se distancia de uma teoria ‘pura’ do direito, como a formulada por Hans KELSEN (1962).

Outra vez, surge aqui o *Leitmotiv* do pensamento luhmanniano em sua proposta de superação do modo de pensar “vetero-europeu”, com suas ontologias e concepções metafísicas que representavam buscas de modelos perfeitos e estáveis, como forma de ‘domar’ a crescente complexidade e a contingência que marcam o limiar da modernidade.

Conforme se pode extrair da culta pesquisa de Alessandro BONUCCI em torno da constatação que já na idade média, mais precisamente no campo da escolástica, começava-se a falar até mesmo na possibilidade de uma derogabilidade do direito natural, dentro de sua clássica distinção como *jus divinum* (imutável) em face da corrupta forma do *jus humanum* (alterável), sendo que este autor identifica o problema da contingência social como uma de suas causas, o que podemos ver no seguinte excerto (BONUCCI, 1906: 292):

L'opportunità passeggera, contingente della vita, questo pensiero teologico fa uno sforzo supremo per abbracciarla: del mondo del pensiero e della vita, esso vuole che nulla gli sfugga; per ogni particolarità più individuale della vita sociale [...]. È per via soltanto delle distinzioni sottili che un vasto sistema filosofico può giungere a comprendere quel che v'ha di più singoli nei fatti; distinzioni che sono talvolta in qualche puuto (sic) una deroga alle grande linee del sistema [...].

A transição do pensamento jusnaturalístico, com suas representações cosmológicas estáveis e fixas, para uma pré-modernidade em que os valores passam a ser estabelecidos em torno da ideia da liberdade (contingência) e de ordem, os qual abrem caminho para uma incipiente economia de mercado. Por outro lado, chama atenção o momento da passagem da ideia jusnaturalística de *virtude* para o estabelecimento de uma ordem moral baseada no individualismo. Esses elementos evolutivos são bem analisados por Leonhard BAUER e Herbert MATIS (1988: 140-186), no trabalho *Geburt der Neuzeit* (Nascimento da Modernidade).

Essa modernidade vem à luz impulsionada pelo aumento constante e crescente da complexidade que aponta para a perda da estabilidade de estruturas, crenças e processos cristalizados de modo mais elaborado na idade média, dentre estas estruturas estava inevitavelmente a do próprio direito, as quais se viram diante de um movimento de passagem de um direito natural, seja metafísico-teológico seja como manifestação de uma razão transcendentalizada, para o direito positivo.

LUHMANN traça a linha divisória entre o direito natural e o direito positivo no esquema básico *direito imutável* (eterno e perfeito) x *direito alterável*. Para ele, no fundamento deste esquema repousa a questão da validade das normas jurídicas que assume, no contexto luhmanniano, feições próprias, em virtude de sua perspectiva autopoietica, na qual ela (validade) é inserida no paradigma da autorreferência, como se verá adiante.

Agora o direito, como direito alterável, encontra sua positivação na própria contingência da validade (*Geltung*) de todas as normas jurídicas, tanto que LUHMANN (1981: 375) observa que: „*Durch Positivierung wird die Kontingenz aller Rechtsnormen gesellschaftliche Wirklichkeit und wird in der Form von Rechtsänderung praktikierbar*“²⁷⁵.

O direito positivo de LUHMANN é um direito submetido aos ditames de sua própria evolução, ou seja, de sua positivação como direito modificável.

Neste aspecto, o direito se depara com limiares evolutivos que se apresentam como horizonte de possibilidades da sociedade, como horizonte contingente, que, de forma constante, atualiza-se ao exigir seletividade de estruturas e processos (LUHMANN, 1981: 375). Como resposta à própria contingência de estruturais gerais da sociedade, sob a pressão da transformação de modos de vida, do processo econômico, do processo político, dentre outros, a alterabilidade do direito positivo passa a exigir uma teoria de um novo tipo, a qual para LUHMANN não só se presta à compreensão das mudanças sociais, mas também ao seu controle, no sentido do exercício pelo direito exercer da sua função social de *generalização e estabilização congruente de expectativas*.

No panorama mais geral da teoria do direito, no que tange ao tema da positividade do direito, não há como deixar de mencionar a célebre formulação baseada na norma legislada e no costume na Teoria Pura do Direito de Hans KELSEN (1962), ponto em que se afigura relevante o registro de que LUHMANN (1995: 38) defende, de certo modo, uma concepção oposta, segundo a qual a positividade do direito repousa, com maior clareza, no conceito de *decisão (Entscheidung)*.

²⁷⁵ Tradução livre: “Por meio da positivação torna-se realidade social a contingência da validade de todas as normas jurídicas e se torna praticável na forma da modificação do direito”.

Para LUHMANN, no primeiro momento, a direito positivo se apresenta como decisão do legislador ao criá-la em forma escrita (em termos da tradição jurídica continental europeia do *jus scriptum*), mas se positiva como direito ‘válido’ ao passar a integrar o conteúdo atual das operações do sistema jurídico (autopoiese), ganhando aplicação *recursiva* em decisões que se operam no seu interior²⁷⁶, dando-lhe sentido determinado ao aplicá-la no caso concreto²⁷⁷, ponto em que passa a apresentar certa semelhança com o realismo jurídico, na visão de Alf ROSS (1959: 280).

No modelo luhmanniano, o direito se ‘positiva’ nas decisões, assumindo estas uma dimensão dinâmica e adaptativa como operações autopoieticas produzidas *no* interior e *pelo* sistema jurídico, diferenciando-se do célebre conceito de positivismo jurídico (LUHMANN, 1987: 207-216), baseado na norma estaticamente positivada como *ordem coerciva* (KELSEN, 1962: 114).

No direito brasileiro, deparamo-nos com os estudos teórico-investigativos de Tércio Sampaio FERRAZ JR (1973, 73), nos quais encontramos excerto que entendemos ser uma formulação da autorreferência do direito, quando ele assevera que “...o direito não é apenas um discurso *sobre* normas, mas é, ele próprio, normativo”.

Em *Das Recht der Gesellschaft* (1995: 50), encontramos semelhante ideia sobre a autorreferência que está na base da positividade (autopoietica) do direito, quando LUHMANN assevera de forma circular (tautológica) que “*Nur das Recht selbst kann sagen, was das Recht ist*” (somente o próprio direito pode dizer o que é o direito), aqui já trabalhando com os famosos paradoxos *à la* LUHMANN.

Em contexto semelhante, LUHMANN coloca como relação com a positividade a questão da consistência do processo decisório-normativo *autorreferencial* (i.e. autopoietico) do direito, agora fundado em programas de decisão (*Entscheidungsprogramme*) – ou programas condicionais²⁷⁸. Programas abertos para a contingência; programas que na

²⁷⁶ Esta concepção luhmanniana foi objeto de longo texto crítico de Werner KRAWIETZ (1992, 247-301), o qual, contudo, parece não ter se dado conta do caráter radical das ideias de Luhmann sobre a ‘positividade’ do direito, expostas nesta tese, ao não ter dedicado a devida atenção aos contornos mais inovadores da teoria autopoietica, observando a proposta luhmanniana sob a óptica de uma dogmática ainda marcadamente tradicional.

²⁷⁷ Sobre este mesmo problema, Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR (1973, 76) ao falar do princípio linguístico da doutrina tradicional aponta a confusão do texto (legislado) da norma – como “imperativo acabado e dado antes do caso concreto” – ao registrar que: “Daí a tendência em confundir o texto da norma com a própria norma, ou, pelo menos, a tendência em admitir que a palavra da norma exprime, basicamente, de modo suficiente e adequado, a sua validade”. Mesma distinção é encontrada em Friedrich MÜLLER (2005: 38), ao asseverar que “o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do iceberg’”.

²⁷⁸ Acima, nesta tese (capítulo I), cuidamos dos programas condicionais do direito e analisamos que, na sociologia jurídica de LUHMANN (1987a: 227), eles se apresentam na flexível fórmula do *se* → *então* (*wenn* → *dann*).

terminologia tradicional devem ser identificados com a semântica da norma jurídica, mas em contexto peculiar.

Deste modo, segundo LUHMANN (1981: 375), torna-se insatisfatório para a ciência jurídica que a preestruturação das possibilidades decisórias para a solução de controvérsias jurídicas seja identificadas somente com a interpretação das normas jurídicas válidas (em sentido tradicional). O que a ciência jurídica deveria ter em conta é o próprio processo de positivação do direito ao considerar os vindouros níveis de legislação, como um processo de seleção contingente do direito válido a partir de um horizonte de um direito possível que por meios de determinação complexos chegaria novamente ao direito válido como condição da possibilidade de um novo direito (LUHMANN, 1981: 376).

O que, para nós, LUHMANN pretende demonstrar por meio dessa formulação é que o direito e a ciência do direito devem se abrir para a ideia da adequação da complexidade *interna* do sistema, que é estimulada pela complexidade *externa* do ambiente intrassocial. Isto porque o direito tem, em sociedades desenvolvidas, a função de generalizar expectativas que possam produzir decisões vinculativas sobre um agir contingente (LUHMANN, 1981: 377-378) que se liga a expectativas a serem estabilizadas na sociedade como *valores* em sentido *funcionalista*.

Neste ponto, assoma-se o próprio problema da validade temporal das normas jurídicas e de sua alterabilidade decorrente da positivação do direito, sendo que para LUHMANN a determinação do direito válido se liga à ideia da autopoiese do sistema jurídico como unidade da diferença entre *sistema* (*System*) e *ambiente* (*Umwelt*), o que nos faz retornar ao aspecto já delineado descritiva e analiticamente nesta tese (capítulo I) relativo ao paradoxo do fechamento operativo (*operative Schließung*) e da abertura cognitiva (*kognitive Offenheit*).

Então, quando observamos a justiça como adequada complexidade (*adäquate Komplexität*), devemos registrar que estamos diante de um conceito que apresenta uma dimensão *interna* e outra *externa*. No plano *interno* temos as operações autopoieticas (autorreferentes) do sistema jurídico e sua complexidade estrutural submetida aos imperativos da recursividade e da eventual alterabilidade.

Note-se que para LUHMANN a *validade* (*Geltung*) é um símbolo da unidade do sistema jurídico, sendo oportuno transcrever excerto em que nosso autor registra (LUHMANN, 1995: 98) que:

*Ebenso wie andere Funktionssysteme verfügt auch das Rechtssystem über ein Symbol, das die Einheit des Systems im Wechsel seiner Operationen erzeugt. [...], handelt es sich bei einem solchen Symbol nicht um eine Beschreibung des Systems, sondern um eine operative Funktion. [...] Den Begriff «Symbol» wählen wir deshalb, weil es darum geht, in der Verschiedenheit der Operationen die **Einheit** des Systems zu wahren und zu reproduzieren. Dies leistet im Rechtssystem das Symbol der **Rechtsgeltung**.*²⁷⁹

Essa unidade referida por LUHMANN decorre do fato de que o sistema ao ‘referir-se’ ao seu ambiente, como lado externo da unidade da forma de diferenciação entre sistema e ambiente (Spencer BROWN), o sistema deve operar como unidade operativa distinta e dota de autonomia em relação a *tudo aquilo que não é o sistema*, ou seja, o ambiente. Daí que desse modo o sistema pode fechar-se autopoieticamente para produzir suas próprias operações construindo suas estruturas – conceituais (dogmática jurídica), procedimentais e seus programas decisórios (programas condicionais) – e, assim, sua *complexidade interna*.

Como foi detalhadamente analisado em momento anterior, esse fechamento operativo (*operative Schließung*) não pressupõe qualquer forma de *solipsismo sistêmico*, porque somente há unidade na diferença diante da pressuposição, ao menos, de algo que seja diferente, como bem registra LUHMANN (1987a: 355) ao dizer que:

*Rein «solipsistisch» wäre es nicht möglich, da jede Operation sich an einer Differenz orientieren muß und die Herstellung der Einheit des Systems daher nur in Differenz zur Umwelt erfolgen kann.*²⁸⁰

Poder-se-ia indagar o que haveria de relevante neste excerto, mas se observarmos o contexto geral da teoria autopoietica dos sistemas poderemos atentar para o fato de que LUHMANN está a dizer que não há sistema sem ambiente, que o sistema somente pode

²⁷⁹ Tradução livre: “Assim como outros sistemas de função, o sistema jurídico dispõe também de um símbolo que produz a unidade do sistema em troca de suas operações. [...], cuida-se por esse tal símbolo não de uma descrição do sistema, senão de uma função operativa. [...] O conceito «símbolo» assim escolhemos por que se trata de garantir e de reproduzir a **unidade** do sistema na diversidade das operações. Isto é, produzido no sistema jurídico pelo símbolo da **validade jurídica**”.

²⁸⁰ Tradução livre: “Não seria possível um puro «solipsismo» porque toda operação deve se orientar por uma diferença e a produção da unidade do sistema daí somente pode ser produzida na diferença em relação ao ambiente”.

operar na percepção de que ele é um sistema em um ambiente.

O sistema jurídico recebe irritações e estímulos do ambiente, por meio de ocorrências e de mudanças estruturais, com relação aos quais ou ele pode adotar uma postura de indiferença ou admitir a produção de ressonância, por meio da filtragem²⁸¹ (1983: 59) das informações que podem levar o direito à alteração de suas estruturas internas (programas decisórios, procedimentos ou elementos da dogmática jurídica).

Deste modo, a constituição no interior do sistema do direito de irritações e estímulos ambientais que tenham conteúdo informativo, ou seja, conteúdo *jurídico* ('fatos jurídicos') deve passar pela autorreferência sistêmica conduzida pela rigidez código binário do direito (*Recht*) e não-direito (*Unrecht*), pela autodescrição (*Selbstbeschreibung*) e pela auto-observação (*Selbstbeobachtung*).

Retornamos ao paradoxo central da teoria luhmanniana – já estudado alhures -, o do fechamento autorreferencial na abertura cognitiva, o qual LUHMANN (1994a: 63) explicita do seguinte modo:

*Dies Konzept des selbstreferentiell-geschlossenen Systems steht nicht im Widerspruch zur **Umweltoffenheit** der Systeme; Geschlossenheit der selbstreferentiellen Operationsweise ist vielmehr eine Form der Erweiterung möglichen Umweltkontaktes; sie steigert dadurch, daß sie bestimmungsfähigere Element konstituiert, die Komplexität der für das System möglichen Umwelt.*²⁸²

Não podemos deixar de anotar o fato de que o fechamento operativo do sistema se traduz como reconhecimento dos *limites da capacidade de processamento de informações pelo sistema e no sistema*²⁸³, sendo que por este corte epistemológico do limite do

²⁸¹ Sobre essa «filtragem» é conveniente anotar que LUHMANN (1983: 141) assevera o seguinte: „*Positivierung des Rechts heißt mithin, daß alle gesellschaftlichen Wertungen, Normen und Verhaltenserwartungen durch Entscheidungsprozesse gefiltert werden müssen, bevor sie Rechtsgeltung erlangen können*“. (Tradução livre: “Positivização do direito que dizer simplesmente que todos os valores, normas e expectativas sociais de comportamento devem ser filtrados, por meio de processos decisórios, antes que possam atingir uma validade jurídica”).

²⁸² Tradução livre: “Este conceito de sistema autorreferencial e fechado não está em contradição em relação à *abertura ambiental* do sistema; fechamento do modo de operação autorreferencial é antes de tudo uma forma de ampliação das possibilidades de contato com o ambiente; ela aumenta com isto a complexidade do ambiente possível para o sistema, que se constitui de elementos capazes de determinação”.

²⁸³ Remetemos o leitor ao capítulo II, no qual qualificamos o pensamento de LUHMANN como uma verdadeira *filosofia dos limites*.

observável pela racionalidade binária (código binário) do sistema, o que estudamos no primeiro capítulo ao falarmos da *Systemrationalität* (racionalidade sistêmica). Os limites de percepção do sistema jurídico se veem colocados nas estruturas dogmáticas do direito. As ocorrências do ambiente necessitam corresponder aos elementos dotados de sentido (*Sinn*), auto-constituídos na autorreferência do sistema (*Selbstreferenz*)²⁸⁴, para serem capazes de produzir a *ressonância sistêmica*²⁸⁵. É a ressonância, decorrente da filtragem dos dados brutos advindos do ambiente, que resulta na transformação de ruídos, de irritações, de estímulos em **informação** no interior do sistema, no caso do direito de dados com relevância para o processo comunicativo jurídico-autopoiético, que identificamos com os *atos, negócios e fatos jurídicos*.

Sobre a função da dogmática jurídica como elemento estrutural e organizacional do sistema jurídico, LUHMANN dedicou uma de suas mais relevantes obras sobre o direito, nomeadamente a intitulada *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*²⁸⁶ (1974), em que ele postula a adoção de uma dogmática do direito que seja compatível com a função social do direito²⁸⁷; perspectiva em que a dogmática jurídica, então, poderia colocar-se em conexão com a pesquisa científica – no caso, especialmente, da ‘ciência do direito’²⁸⁸ – confrontando-se com pontos de vista *não-dogmáticos* (LUHMANN, 1974: 13) e, portanto, críticos.

Esse problema suscitado por LUHMANN (1974: 13), da observação da dogmática jurídica, com suas autoabstrações conceituais, em sua relação com a análise científica do direito, esta com seu mais alto grau de abstração, com a inserção dos debates sobre própria função social do sistema jurídico, ou seja, dos limites e das possibilidades da relação do direito com a sociedade.

²⁸⁴ Digno de menção é proposição de Niklas LUHMANN (2008: 27) de que „...ein ausdifferenziertes System kann nur aufgrund seiner Eigenfrequenzen zur Resonanz gebracht werden“ (“... um sistema diferenciado somente pode produzir ressonância com base em suas próprias frequências”).

²⁸⁵ O conceito de *ressonância* (*Resonanz*) na teoria de LUHMANN foi previamente explicitado no capítulo I desta tese, ao qual remetemos o leitor.

²⁸⁶ *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, na excelente tradução espanhola de Ignácio de Otto PARDO, publicado pelo Centro de Estudios Constitucionales de Madri.

²⁸⁷ No contexto do questionamento da rigidez que a dogmática tem assumido na doutrina tradicional, deve ser também mencionada a proposta – no campo do direito constitucional - de uma *dogmática líquida* por Gustavo ZAGREBELSKI (2009: 17-18), sendo que este autor anota sobre o tema que: “Se trata de lo que podría llamarse inestabilidad de las relaciones entre los conceptos, consecuencia de la inestabilidad resultante del juego pluralista entre las partes que se desarrolla en la vida constitucional concreta. La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar los demás. [...] la formulación de una dogmática rígida no puede ser el objetivo de la ciencia constitucional”.

²⁸⁸ LUHMANN (1974a: 13) fala da diferenciação entre dogmática jurídica e teoria do direito (ou ciência do direito), embasada na diferenciação sistêmica entre sistema jurídico e sistema da ciência, com seus processos e suas estruturas próprias.

Neste contexto, se alçam as exigências impostas pela totalidade da sociedade ao direito, como sistema de função (social), em que, para LUHMANN (1974: 20-21), impõe-se o questionamento da dogmática do direito quando nela se defende – em suas mais variadas formas e em diversos graus - a ideia de justiça como *perfeição* ou como pretensão de uma qualidade ética da demanda por justiça (LUHMANN, 1995: 217), deixando de se ter em mente que como sistema que executa uma função especializada em relação a um ambiente (entorno) social e que deve executá-la de modo a produzir a generalização *congruente* e a estabilização de *todas* expectativas com relevância para a sociedade.

Contudo, segundo LUHMANN (1974: 21), deve ser colocada a questão de *como* ou *se* se colocaria a ideia da justiça como uma “espécie de norma de normas”, a qual serviria por si mesma para estabelecer relações (jurídicas). Mais ainda problemática seria a utilização da ideia de justiça para estabelecer uma relação entre o sistema do direito e seu ambiente (entorno) social.

Neste panorama teórico, LUHMANN (1974: 21) rechaça a possibilidade de se tratar a justiça como “normas de normas”, como uma *metanorma* do sistema como critério de ‘certificação’ da justiça das normas jurídicas, mas a coloca como de modo mais claro como “expressão de conjunto” para referir-se a uma *adequada complexidade* (*adäquate Komplexität*) do sistema jurídico, na qual se problematiza de forma direta as exigências de *consistência* decisória sobre os mais variados temas e questões *controvertidas* e sua relação com uma dogmática jurídica tradicional (colocando em termos tautológicos: *dogmatizada*)²⁸⁹, caracterizada por uma certa rigidez conceitual que ‘engessa’ a coevolução do sistema jurídica com a sociedade geral e que tem reflexos sobre uma compreensão mais lúcida e realista da ideia de justiça, ou melhor, de modo mais especializado de uma *justiça jurídica* que se diferencia *funcionalmente* de outras ideias do justo em outros contextos sistêmicos²⁹⁰.

Voltamos a um aspecto importante, o qual não se pode deixar de ter em mente, de que o direito autopoietico de Niklas LUHMANN se insere em seu *funcionalismo-estrutural* – já estudado acima – e que a estrutura variável do sistema se organiza em torno de sua *função*, qual seja a de estabilizar congruentemente as expectativas *sociais* (1981: 377-378) e de decidir vinculativamente sobre um agir contingente.

²⁸⁹ Exemplo histórico encontrado em LUHMANN (1995: 395-397) seria a denominada *jurisprudência conceitual* (*Begriffsjurisprudenz*) e a *jurisprudência de interesses* (*Interessenjurisprudenz*), as quais representam uma tecnização dos conceitos jurídicos, em uma controvérsia entre *racionalismo* e *empirismo*, perdendo a dimensão da autorreferência (*Selbstreferenz*) e sua combinação com a heterorreferência (*Fremdreferenz*), na qual emerge a questão da adequação do sistema jurídico a seu sistema (entorno) social.

²⁹⁰ Este ponto já foi devidamente analisado no tópico em que tratamos a justiça como tema generalizado nos sistemas sociais. Ou seja, a teoria dos sistemas nos permite ver concepções de justiça que extrapolam os limites sistêmicos do direito.

Nesse panorama, LUHMANN (1974: 49-50) coloca de forma direta que:

*Dabei könnte man an den Problemtitel Gerechtigkeit anknüpfen – Gerechtigkeit dann aber nicht mehr moralisch verstanden als handlungswirksame Tugend oder als Wert, sondern als Beziehung zwischen Rechtssystem und Gesellschaft, als adäquate Komplexität des Rechtssystems.*²⁹¹

Como já assinalado em vários momentos nesta tese, o projeto de LUHMANN de superação da racionalidade “vetero-europeia”, de raiz metafísico-transcendental ou ontológica, apresenta consistência na sequência histórica da construção da teoria dos sistemas autorreferenciais/autopoiéticos. No que tange à ideia da justiça, LUHMANN insiste na superação, mais ainda, na insuficiência e na *inadequação* de uma concepção na *também* jurídica de uma justiça como *perfeição*. Pois, como se poderia conciliar uma ideia cosmológica ou moralmente perfeita de justiça e, portanto, uma ideia *fixa* em seu conteúdo e alcance, com a relação do sistema jurídico com a complexidade e a contingência de uma sociedade em constante transformação? Como se absorveria a *contingência* por meio da *perfeição* (LUHMANN, 1981: 384)? Como se estabeleceria a *perfeição* em face do aumento da *complexidade*? Qual seria a possibilidade de uma relação entre *perfeição*, *complexidade* e *contingência*?

Na busca de uma resposta a essas inquietantes indagações, LUHMANN passa a perquirir sobre o sentido de uma *adequada complexidade* do sistema jurídico, partindo do ponto em que ele formula que:

*Deshalb kann nur im Sinne einer **adäquaten Komplexität** des konsistenten Entscheidens die Rede sein. Die Adäquität ergibt sich aus dem Verhältnis des Rechtssystems zum Gesellschaftssystem. Man hat in diesem Sinne auch von »Responsivität«²⁹² des Rechtssystems gesprochen. Innerhalb der Theorie*

²⁹¹ Tradução livre: “Para tanto se poderia conectar com o problema da justiça – justiça não mais compreendida moralmente como virtude atuante na ação ou como valor, senão como relação entre sistema jurídico e sociedade, como adequada complexidade do sistema jurídico”.

²⁹² A tese do direito »responsivo« é desenvolvida por Philippe NONET e Philip SELZNICK em *Law and Society in Transition: toward responsive law* (2008), sendo relevante reproduzir excerto que demonstra que, apesar de não adotarem o contexto terminológico da teoria dos sistemas autopoiéticos, aqueles autores chegam a conclusões semelhantes às de LUHMANN, ao afirmarem que (2008: 77): “A responsive institution retains a grasp on what is essential to its integrity while taking account of new forces in its environment. To do so, it

autopoietischer Systeme wäre »Irritabilität« (perturbability, Sensitivität, Resonanz) der geeignete Terminus.²⁹³

Na sequência do texto, LUHMANN (1995: 225) arremata com a seguinte nota:

Das Rechtssystem kann in seiner eigenen Komplexität zwar nicht allen gesellschaftlichen Sachverhalten Rechnung tragen. Es muß, wie jedes System im Verhältnis zur Umwelt, Komplexität reduzieren und den eigenen Komplexitätsaufbau durch hohe Mauern der Indifferenz schützen. [...]. Dem Erfordernis der Gerechtigkeit entspricht eine solche interne Komplexität allerdings nur, wenn sie mit Entscheidungskonsistenz noch kompatibel ist.²⁹⁴

Com relação aos acima mencionados “muros altos da indiferença” (*hohe Mauern der Indifferenz*), nós devemos observar primeiramente que não se trata de uma forma de cinismo teórico, senão um artifício retórico para chamar a atenção para o problema resultante da relação entre o sistema e o ambiente social que é assimétrica - como analisado no capítulo II -, é dizer que o sistema para dar consecução a sua função social deve criar uma *adequada* estrutura *interna* – na perspectiva do funcional-estruturalismo luhmanniano -, na qual ele constrói um ambiente para si, como um *modelo* de seleção de irritações advindas de um ambiente que está, obviamente, fora do sistema e é percebido como uma *assimetria*, ou seja, como *complexidade indeterminável*, em sua totalidade, pelos limites perceptivos do sistema parcial da sociedade. Não se pode deixar de ter em mente que os sistemas parciais para exercerem sua função devem, antes de tudo, *reduzir a complexidade* ambiental (LUHMANN, 1981: 103, 108, 270ss; 1995: 54, 62, 100, 225ss, 354, 441, 565ss).

builds upon the ways integrity and openness sustain each other even as they conflict. It perceives social pressures as sources of knowledge and opportunities for self-correction”.

²⁹³ Tradução livre: “Por isso nas sociedades desenvolvidas somente se pode falar em justiça no sentido de uma *adequada complexidade* do decidir consistente. A adequação resulta da relação entre o sistema jurídico com o sistema social. Pode-se falar neste sentido em »responsividade« do sistema do direito. No interior da teoria dos sistemas autopoieticos o termo mais apropriado seria »irritabilidade« (perturbabilidade, sensibilidade, ressonância)”.

²⁹⁴ Tradução livre: “O sistema do direito na verdade não pode em sua própria complexidade tomar em conta todas as circunstâncias sociais. Ele deve, como todo sistema em relação com seu ambiente, reduzir a complexidade e proteger a sua própria complexidade estrutural por meio dos muros altos da indiferença. [...]. À exigência da justiça corresponde a tal complexidade interna por certo somente se ela for compatível com a consistência das decisões”.

O aparente cinismo sistêmico da adoção de “altos muros da indiferença” também decorre da teoria epistemológica de LUHMANN, na qual surge a figura central do *observador* (*Beobachter*) e dos limites “construtivistas” deste, sendo que para LUHMANN (2005d: 222) „*Realität ist nur das, was beobachtet wird*“ (Realidade é somente aquilo que é observado), ou seja, o sistema jurídico ao observar o mundo pela lógica binária do direito x não-direito (*Recht x Unrecht*), na verdade, constrói internamente um modelo sistêmico do mundo como um emaranhado de comunicações sobre problemas e temas *jurídicos*. Os “altos muros da indiferença” se identifica, segundo nossa leitura, com o *blinder Fleck* (ponto cego) (LUHMANN, 2005d: 220-226; 1991: 85) do sistema, é dizer, aquilo que o sistema *não pode ver*²⁹⁵, por estar fora do alcance da racionalidade do sistema, binariamente codificada, como diferenciação básica entre sistema e ambiente.

Essa percepção não é nova e já vimos isso quando anotamos que a teoria dos *atos e fatos jurídicos* - sem referirmos a outros conceitos centrais e clássicos da dogmática jurídica - quando colocada no prisma e na terminologia da teoria dos sistemas, nada mais é do que um *mecanismo dogmático* de filtragem e de seleção dos eventos e das ações operadas no ambiente social que podem produzir efeitos e *sentido jurídico* no campo das operações do sistema jurídico, ou seja, mecanismo de *redução de complexidade*, o qual permite a formação, ou modificação, das estruturas do sistema jurídico (dogmáticas e operativo-condicionais²⁹⁶) que ligam à função social por ele exercida no sistema geral da sociedade.

Dessa digressão, devemos retomar a questão da concepção da justiça por LUHMANN como adequada complexidade (*adäquate Komplexität*) e de sua relação direta com a ideia de adaptação (*Anpassung*) do sistema jurídico ao ambiente (entorno) social e com o problema de sua função social na sociedade moderna.

No primeiro momento devemos delimitar o sentido da expressão ‘adaptação’ (*Anpassung*) no contexto da teoria dos sistemas autopoieticos, isto porque a ideia da autopoiese lhe dá contornos que ultrapassam o sentido ordinário em que utilizamos esta palavra.

Como foi já visto, a teoria sistêmico-autopoietica de LUHMANN se funda na relação entre sistema e ambiente, o que permite a diferenciação do sistema e de sua estruturação

²⁹⁵ Sobre esta questão em particular, remetemos o leitor ao texto *Ich sehe was, was du nicht siehst* (Eu vejo aquilo que tu não vês) (2005d: 220-222), o qual ocupa uma posição de destaque na epistemologia sistêmica luhmanniana. Para um estudo detido sobre o tema, recomendamos a leitura de *Der Blinde Fleck in Luhmanns Systemtheorie* (2013).

²⁹⁶ Chamamos atenção para o elemento teórico dos programas condicionais da sociologia jurídica de LUHMANN (1987a: 227), por ele vistos como programas de decisão do sistema do direito e que se referem ao conceito tradicional de normas e de procedimentos jurídicos.

interna, em outros termos, o estabelecimento de uma *complexidade interna* capaz de processar irritações e estímulos advindos de um ambiente que se apresenta como *complexidade contingente e indeterminável* como uma totalidade compreensível, como uma *universitas rerum*.

Na terminologia de Spencer BROWN (1972), adotada explicitamente por LUHMANN, cuida de uma *re-entry* em que diferença reingressa na forma da diferenciação: o sistema se estabelece como unidade em sua diferença com o ambiente. Daí se falar em uma *complexidade interna* de um sistema que não tem condições, por força dos limites da capacidade de processamento de informações do próprio sistema, de estabelecer uma relação *ponto a ponto* com o ambiente social (LUHMANN, 1997: 135), ou seja, o fechamento operacional do sistema determina uma renúncia à correspondência com todas as ações e eventos que se produzem no entorno social, conduzindo à tendência evolucionária de construção de sua própria complexidade (*Eigenkomplexität*).

Neste sentido, como já dissemos anteriormente, LUHMANN (1994: 47) registra que falta ao sistema a *requisite variety* (ASHBY, 1958: 206, 245), o que tornaria possível uma perfeita *adequação* (ponto a ponto) a toda circunstância de seu ambiente, como no modelo do *input* e do *output*. Daí porque LUHMANN (1995: 225) fala da construção de “muros altos da indiferença” pelo sistema, em contexto autopoiético.

Exatamente nesta *complexidade interna*, colocada diante da demanda de uma *adequada complexidade* com pertinência à função social do direito, é que LUHMANN situa sua concepção da justiça. E é assim porque no ambiente há um sem-fim de postulações e pretensões de justiça, postas em contextos religiosos, políticos, econômicos e educacionais, por ex., que podem significar pretensões *juridicamente* incompatíveis com os princípios que regem a lógica e a racionalidade do direito e que, portanto, precisam ser inseridos em determinado grau de abstração para um tratamento *adequado* de *temas jurídicos* – é dizer, dotadas de *sentido jurídico* (*juristischer Sinn*²⁹⁷) ligado à função social do direito de produzir decisões que generalizem *congruentemente* expectativas sociais. Daí porque no sistema jurídico a justiça assume um aspecto abstrato e, primacialmente, formal, com vista à produção de uma *consistência decisória*.

Tanto que a propósito, LUHMANN (1995: 227) ressalta que:

²⁹⁷ Cuida-se aqui do já estudado *Sinnbegriff* (conceito de sentido) ligado aos elementos autodescritivos e autorreferenciais do sistema no processo seletivo de irritações e estímulos ambientais que serão *internalizados* como elemento informativo segundo a racionalidade sistêmica (*Systemrationalität*) regida por sua codificação binária rígida.

Das Prinzip der Entscheidungskonsistenz ist abgekoppelt von sonstigen in der Gesellschaft kursierenden Werturteilen, zum Beispiel abgekoppelt von der Frage, ob die Beteiligten reich sind oder arm, einen einwandfreien moralischen Lebenswandel führen oder nicht, auf Hilfe dringend angewiesen sind oder nicht. Solche Gesichtspunkte zählen, wenn sie in der Programmstruktur des positiven Rechts²⁹⁸ aufgeführt sind, also als »Tatbestandsmerkmale« zu berücksichtigen sind.²⁹⁹

Quer significar este excerto que o sistema jurídico não possui condições de incorporar em suas estruturas programáticas de decisão uma plethora de situações, pretensões e demandas que o conduziriam a uma situação de grave **indecidibilidade**, ou, pior, de uma constante oscilação descisória, pois seria forçado a decidir de modo *diferente* caso a caso (decisões *ad hoc*), segundo a percepção individual de cada juiz na aplicação da regra jurídica ao conflito submetido a decisão³⁰⁰, o que, no conjunto das operações do sistema geraria uma incongruência de pontos de vistas e de decisões que em nada contribuiriam para uma *estabilização generalizada e congruente de expectativas*, o que seria percebido como uma ‘perda de função’ (*»Funktionsverlust«*) do sistema jurídico. O direito deixaria de produzir um elemento central de sua função: a segurança jurídica.

Por este ângulo de observação da justiça luhmanniana, Jean CLAMM (1997: 216) propõe a expressão *fórmula de consistência*, na dimensão da *adequada complexidade*, e diz que: “... *la justice n’atteint ce statut de formule de consistance du droit que dans un contexte de différenciation et d’autonomisation poussées du système juridique*”.

²⁹⁸ Tomemos como exemplo bem atual a questão do estabelecimento de quotas raciais para o ingresso nas universidades, em que o critério étnico – para se evitar a expressão ‘racial’ – constitui um elemento normativo central para a adequada aplicação da norma. Outro exemplo, temos na Constituição de 1988 (inciso LXXIV do artigo 5º), qual cria assegura a assistência jurídica integral aos denominados *hipossuficientes*. Não podemos excluir as possibilidades e a liberdade interpretativa que é conferida ao sistema jurídico, o qual *autopoieticamente* vai especificando seus programas condicionais ou programas de decisão a partir de textos legislativos. O que se torna importante é a estabilidade e a objetividade dos critérios de aplicação aos casos análogos.

²⁹⁹ Tradução livre: “O princípio da consistência decisória se desacopla de outros juízos de valor correntes na sociedade, como, por ex., desvincula-se da questão se os envolvidos são ricos ou pobres, se se conduzem em uma vida moralmente irrepreensível ou não, se se encontram em uma estado de necessidade de auxílio iminente ou não. Estes ponto de vista são levados em conta se estão colocados nas estruturas programáticas do direito positivo, portanto, como »características do tipo legal« a serem consideradas”.

³⁰⁰ A propósito diz LUHMAN (1995: 568) que: „*Die rechtliche Regel ist gerade nicht ein Konflikt, und wenn sie einen Anlaß bildet für weitere Konflikte, was für den Fall des Rechtssystem sehr typisch ist, entstehen neue Regeln oder zumindest neue textlich fixierte Interpretationen.*“ – Tradução livre: “A regra jurídica não é diretamente um conflito e se ela cria oportunidade para mais conflitos, o que é um caso típico para o sistema jurídico, são criadas novas regras ou, ao menos, fixadas novas interpretações textuais”.

Este mesmo contexto de avançada diferenciação e de autonomização autopoietica do sistema, emerge outro ponto relevante no pensamento de LUHMANN sobre a justiça, em sua concepção como *adequada complexidade*, qual seja do papel que a **negação** (*Negation*) desempenha no estabelecimento dessa diferenciação sistêmico-autopoietica em torno da configuração (*Gestaltung*) de uma estrutura *interna* programático-decisória que torne possível uma redução da complexidade do entorno social que propicie uma *adequada e consistente* realização social da função do sistema jurídico, o atua como uma técnica de imunização (*Immunisierung*) do sistema contra sua aniquilação³⁰¹ (perda da autorreferência e da autoconstituição).

Concordamos com CLAM (1987: 126), quando ele correlaciona a integração da justiça na “economia sistêmica”, de um lado, com a codificação (*Codierung*) e, de outro, os que são ligados à *regulação da complexidade* do sistema.

Deve ser anotado, neste contexto, que a capacidade de **negação** – ou poderíamos denominar de *exclusão* de possibilidades? – serve ao estabelecimento da capacidade seletiva (*Selektionsfähigkeit*) do sistema.

Por meio da rigidez de seu **esquematismo binário** (codificação binária), regente da racionalidade sistêmica (*Systemrationalität*), o sistema se confronta com a necessidade de operar *adequadamente*, mesmo em face de uma contradição operativa (*operativer Widerspruch*) (LUHMANN, 1994: 494), situação em que: „**mehr** Einschränkungen heißt **weniger** Möglichkeiten“³⁰².

Para maior clareza, devemos anotar que Niklas LUHMANN esclarece que não se trataria mais aí de uma contradição lógica, senão de um problema operativo do sistema, nomeadamente o problema do aprimoramento da capacidade de produzir *limitações* e de, ao mesmo tempo, deixar as *possibilidades* em aberto (LUHMANN, 1994: 494). Como resultado desse *paradoxo operativo*, surge uma „*komprimierte Unsicherheit*“ (“incerteza [ou insegurança] comprimida”) que se tornaria, por conseguinte, „*etwas fast Sicheres*“ (“algo

³⁰¹ Deve ser colacionado o seguinte excerto em que Niklas LUHMANN (1994: 507) deixa bem explicitado este ponto de sua teoria autopoietica ao prelecionar que: „*Das System immunisiert sich nicht gegen das Nein, sondern mit Hilfe des Nein; es schützt sich nicht gegen Änderungen, sondern mit Hilfe von Änderungen gegen Erstarrungen in eingefahrenen, aber nicht mehr umweltadäquaten Verhaltensmustern. Das Immunsystem schützt nicht die Struktur, es schützt die Autopoiesis, die geschlossene Selbstreproduktion des Systems. Oder um es mit einer alter Unterscheidung zu sagen: es schützt durch Negation vor Annihilation*“. – Tradução livre: “O sistema não se imuniza contra o não, senão com o auxílio do não; ele não se protege das mudanças, senão com a ajuda das mudanças contra a paralisia de uma retração a paradigmas de comportamento não mais adequados ao ambiente. O sistema imunológico não protege a estrutura, ele protege a autopoiese, a autorreprodução enclausurada do sistema. Ou, para dizer isso em uma antiga diferenciação: ele se protege por meio da negação contra a aniquilação”.

³⁰² Tradução livre: “mais restrições quer significar menos possibilidades”.

quase certo [ou seguro]) (LUHMANN, 1994: 506).

Em outros termos, vemos aí a proposta funcional luhmanniana de que o sistema deve reduzir a complexidade ambiental e, simultaneamente, processar a contingência³⁰³ dos comportamentos e das expectativas sociais projetando ao ambiente social em que operam os demais sistemas de função, uma operação *estabilizadora dessas expectativas de modo generalizado e congruente*.

Contudo, a *negação* de hoje pode ser a *afirmação* no futuro coevolutivo das expectativas sociais que são submetidos à função decisória do direito. Ponto em que se apresenta a questão das formas de diferenciação da *re-entry* de Spencer BROWN (1972), na qual toda diferenciação repousa sobre o *diferente*, o outro lado da forma, o *negativo*, como pressuposto da existência do *positivo* (os dois lados da *forma* [note-se o singular] da diferenciação). De modo mais simplificado e claro, o lado *negativo*, o lado externo da forma (excluído), pode amanhã em uma ‘virada’ passar para o lado interno da forma (incluído). Daí que o *não-direito* de hoje, mudadas as circunstâncias fáticas e as estruturas sociais, pode ser o *direito* de amanhã, em uma mobilidade histórica fundada na fórmula da *exclusão/inclusão*.

Aqui ganha relevo e importância o paradoxo da *abertura* no *fechamento*, nomeadamente o da *abertura cognitiva* (*kognitive Offenheit*) e do *fechamento operativo* (*operative Schließung*), em que, para nós, nesta tese, se coloca o problema da justiça como *adequada complexidade*, qual seja a questão da *adaptação* (*Anpassung*) do sistema ao ambiente ou entorno social.

LUHMANN (1994: 476) delinea a ideia da *adaptação* (*Anpassung*) nos seguintes termos:

*Anpassung wird normalerweise als Anpassung von Systemstrukturen an die Umwelt (und zumeist enger: an Veränderungen der Umwelt) verstanden. Mit dieser Begriffsfassung kann man formulieren, daß eine turbulente, sich häufig und unübersehbar ändernde Umwelt höhere Anpassungsleitungen des Systems, also höhere strukturelle Flexibilität erfordere.*³⁰⁴

³⁰³ Oportuno recordar o sentido de contingência em LUHMANN (1994: 47): „Dieses »auch anders möglich sein« bezeichnen wir mit dem traditionsreichen Terminus Kontingenz“. – Tradução livre: “Este »também poderia ser diferente« nós referimos pelo tradicionalíssimo termo contingência”.

³⁰⁴ Tradução livre: “Adaptação é normalmente compreendida como adaptação da estrutura do sistema ao ambiente (e ainda mais estritamente: a mudanças do ambiente). Essa conformação conceitual pode ser formulada no sentido de que um ambiente turbulento, em constante e ilimitada mudança, produz maiores exigências de *performances* adaptativas e, portanto, maior flexibilidade estrutural”.

Obviamente, na moldura de uma teoria *autopoietica*, não se poderia falar em uma *adaptação* (*Anpassung*) como reação imediata e ponto a ponto (*Punkt-für-Punkt*) a toda e qualquer mudança de estado do ambiente que ocorra a todo tempo, mas sim do aumento de sua capacidade de sua seletividade, segundo observa LUHMANN (1981: 390): „*Wir wollen die Komplexität des Rechtssystems vielmehr adäquat nennen, wenn und soweit sie mit konsistenten Entscheiden im System noch vereinbar ist*“³⁰⁵.

Para atingir essa meta de produzir decisões consistentes como decorrência de uma adequada complexidade do sistema, o direito não deve absorver as pressões sociais que demandem um aumento incontrolável de sua complexidade (interna), o que poderia desnaturar a adequação de suas possibilidades e de suas premissas decisórias, tais como a admissão de *dilemas morais*, como os analisados por Rosalind HURSTHOUSE (2000), ou de situações por ora insolúveis por falta de condições estruturais, técnicas e científicas.

Exatamente aí situamos os problemas de exigir do sistema jurídico que este opere como sistema de produção da justiça, de uma justiça como *perfeição*, utopicamente capaz de responder a todas as pretensões sociais de justiça, as quais se formam, inclusive, na perspectiva de outros sistemas, ou melhor, de outros esquematismos binários que utilizam uma perspectiva especializada (funcionalmente) *diversa* da jurídico-autopoietica.

As mais variegadas pretensões de justiça que surgem como *irritações* e *estímulos* ambientais que perturbam as frequências do sistema jurídico, mas que precisam passar pelos critérios seletivos e se submetem à possibilidade de uma *negação* de sentido³⁰⁶ no sistema jurídico, isto para que o sistema preserve sua racionalidade binária e mantenha uma *complexidade estrutural* compatível com sua capacidade de processamento de informações e de tematização que permitam a adequação e a consistência das decisões jurídicas.

O sistema necessita de tempo para alterar suas estruturas, de modo a evitar sua implosão em virtude de uma carga insuportável de demanda de aumento de complexidade. Uma reação *imediata* a todas as mudanças operadas no ambiente poderia conduzir o sistema a uma *oscilação decisória*, decidindo casos *ad hoc*, e sem o tempo necessário à reorganização de seus conceitos dogmáticos e dos seus programas condicionais (programas decisórios), como elementos variáveis e plásticos do sistema, que necessitam de estabilização e da

³⁰⁵ Tradução livre: “Queremos, antes de tudo, denominar de adequada a complexidade do sistema jurídico se e na medida em que seja compatível com um modo de decidir consistente no sistema”.

³⁰⁶ O que pode, como veremos mais adiante, ser percebido como uma *injustiça* do sistema jurídico, segundo a óptica de um *observador externo* (*Fremdbeobachter*).

consistência (recursividade) ínsita na própria ideia da *função* do direito na sociedade moderna.

Bom que se retorne ao tema do papel da dogmática no direito funcional-autopoiético, acima já visitado, de construção de uma estrutura conceitual também *adequada* e que sirva de instrumento a uma produção de decisões coerentes e aptas a prover uma solução *consistente* que possa ser recursivamente reproduzida em “casos análogos” (*»ähnliche« Fallprobleme*).

Somente uma dogmática jurídica sob constantemente reformulação mediante o acoplamento estrutural com a teoria do direito (*Rechtstheorie*), e das consequentes pressões reflexivas dessa ciência do direito – como parte do sistema funcional da *ciência*³⁰⁷ –, deve produzir uma auto-observação do sistema jurídico em face de suas operações decisórias e de sua adequação a sua função social altamente relevante e especializada. Como registra o próprio LUHMANN (1995: 276): „*Als Indiz der Konsistenz dient die dogmatische Konstruierbarkeit von Problemlösungen*“³⁰⁸.

De modo paralelo a uma dogmática jurídica, podemos dizer, flexível, o problema da adaptação do sistema jurídico a um ambiente social em turbulenta transformação e a necessidade de uma adaptação regida pela autopoiese sistêmica, LUHMANN (1995: 276) explica que:

*Man kann dies als Anpassung des Rechts an sich ändernd Bedarfslagen auffassen, aber das heißt keineswegs, daß die Umwelt das Rechtssystem determiniert. Vielmehr erkennt das Rechtssystem Defekte nur auf dem eigenen Bildschirm und kann für Abhilfen nur eigene, passende Mittel benutzen. Die Umwelt mag das Rechtssystem irritieren und Störungen im Rechtsempfinden auslösen: aber schon solche Irritationen sind systeminterne Formen der Problemstellung, und die Lösungen sind natürlich an das gebunden, was man im Rahmen des geltenden Rechts konstruieren zu können glaubt.*³⁰⁹

³⁰⁷ O estudo científico do direito, ciência do direito ou teoria do direito (*Rechtstheorie*), como ação reflexiva do direito (*Reflexionleistungen des Rechtssystems*), é visto por LUHMANN (1995: 564) como elemento inserido no sistema funcional da ciência e, portanto, fora do sistema jurídico como sistema *operativo-funcional*. Porém, LUHMANN (1995:564) coloca a relação entre dogmática (elemento conceitual-operativo do direito e, assim, interno ao sistema) e o elemento teórico-jurídico (teoria do direito) dentro de um acoplamento estrutural que canaliza de modo permanente as irritações e os estímulos recíprocos.

³⁰⁸ Tradução livre: “Como indício da consistência serve então a possibilidade de construção dogmática de soluções de problemas”.

³⁰⁹ Tradução livre: “Ao se conceber a adaptação do direito como uma necessidade em si de mudança de posições não se quer dizer, de modo algum, que o ambiente determine o sistema jurídico. Antes disso, o sistema jurídico reconhece defeitos somente por sua própria tela (perspectiva) e para remediá-los pode somente utilizar seus próprios meios. O ambiente poderia irritar o sistema do direito e provocar perturbações na sensibilidade do sistema: porém tais irritações são formas internas de problematização e as soluções estão ligadas naturalmente ao que se pode crer como possível de construir na moldura do direito válido”.

Este posicionamento luhmanniano se relaciona, de modo notório, com seu projeto de rechaço de qualquer pretensão de afirmação ou de pretensão de justiça como *perfeição*, como solução definitiva de problemas complexos e *contingentes* que se apresentem como conflitos que demandam uma decisão que *estabilize de forma congruente as expectativas sociais subjacentes à lide*.

O que observamos na proposta de justiça de LUHMANN, é que esta se constitui na forma da criação de modelos decisórios (programas decisórios) baseados analogicamente à cláusula *rebus sic stantibus*, do direito das obrigações.

Somente poderemos compreender a relação que LUHMANN faz da justiça com os programas condicionais do direito (*konditionale Programme*), mormente do reconhecimento de que a abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*) do sistema jurídico, nós poderíamos dizer assim – metaforicamente - da *antena* do sistema que capta ‘sinais’ do ambiente que precisam decodificados pela linguagem e formas jurídicas, é o elemento de flexibilidade, pois se liga à criação, por meios hermenêuticos e interpretativos de regras e princípios do direito, de modelos decisórios segundo a fórmula do *se* $\Rightarrow$ *então* (LUHMANN, 1987a: 227), já estudada nesta tese (capítulo I).

Sobre os programas condicionais, LUHMANN (1995: 84) preleciona com clareza que:

*Die typische Form, in der normative Geschlossenheit und kognitive Offenheit kombiniert werden, ist die des Konditionalprogramms. Sie verlangt, daß normative Entscheidungsregeln (die ihrerseits **nur systemintern** begründet sein dürfen) so formuliert werden, daß eine Deduktion der Entscheidung aus Fakten (die ihrerseits kognitiv ermittelt werden müssen) möglich ist: Wenn die Tatsache a vorliegt, ist die Entscheidung x rechtmäßig; wenn nicht, dann nicht. Das Vorschreiben der Norm von Fakten, die diesen Auslöseeffekt haben, geschieht durch Formulierung der Normen, also durch systeminterne Operationen.*³¹⁰

³¹⁰ Tradução livre: “A forma típica é aquela do programa condicional, que resulta da combinação do fechamento operativo e da abertura cognitiva. Ela demanda que a regra normativa de decisão (que sua vez somente deve ser fundamentada *internamente no sistema*) seja formulada de modo que seja possível uma dedução da decisão a partir dos fatos (que por sua vez devem ser intermediado cognitivamente): se se apresenta o fato a, então a decisão x é jurídica; se não, então não. A prescrição da forma a partir de fatos, os quais esse efeito de propulsão se dá por meio da formulação das normas e, portanto, por meio de operações internas do sistema”.

Chama atenção a circunstância de que, para LUHMANN, os fatos estão na raiz da produção de decisões, pois, ao contrário de Hans Kelsen (1962: 03)³¹¹ que deduzia a licitude ou ilicitude do ato como um significado determinado no conteúdo normativo, ele aponta para o fato de que as normas produzem sentido aplicativo a partir dos fatos³¹² considerados autorreferencialmente pelo sistema na operação decisória.

Digno de nota que LUHMANN (1995: 87) implicitamente critica o realismo jurídico americano³¹³ e Hans Kelsen³¹⁴ e ao dizer:

*Und allein schon deshalb dürfte, selbst wenn es sie gäbe, eine Logik nicht zugelassen werden, die von Fakten (und seien es: Fakten des vernünftigen Bewußtseins) auf Normen zu schließen erlaubt oder umgekehrt von Normen auf Fakten.*³¹⁵

Por isso mesmo, no capítulo subsequente, estudaremos esse positivismo *jus-sociológico* luhmanniano e seus reflexos em sua compreensão da justiça. Por ora, observamos a flexibilidade que impera nos programas condicionais na teoria de LUHMANN.

Por outro lado, é conveniente que se faça um importante registro de que na sociologia e na teoria jurídica de LUHMANN, o vocábulo *fato* não pode ser tomado em sentido vulgar de um acontecimento qualquer, de uma mera ocorrência no mundo fenomenológico. Na verdade, a expressão *fato* deve ser tomada no sentido jurídico tradicional de acontecimento

³¹¹ Ao tratar a norma jurídica como um *Deutungsschema* (esquema de significação), podemos observar a asserção de Kelsen (1962: 03) de que: „Das Urteil, daß ein in Raum und Zeit gesetzter Akt menschlichen Verhaltens ein Rechts-(oder Unrechts) Akt ist, ist das Ergebnis einer spezifischen, nämlich normativen, Deutung“. – Tradução livre: “O juízo de que um ato de comportamento humano situado no espaço e no tempo seja um ato jurídico ou antijurídico é o resultado de um específico significado, nomeadamente normativo”.

³¹² LUHMANN (1995: 92) é bastante explícito ao dizer que é na área da argumentação interpretativa ou na área da autocorreção legislativa que os fatos – em seus detalhes juridicamente relevantes (1995: 91) – são processados e cognitivamente transformados em *informações* que orientam os modelos decisórios do sistema.

³¹³ Para permitir uma compreensão sintética do realismo americano, conveniente reproduzir o excerto de Karl N. Llewellyn (1951: 12) quando este assevera: “We have discovered that **rules** alone, mere forms of words, are worthless. We have learned that the concrete instance, the heaping up of concrete instances, the present, vital memory of a multitude of concrete instances, is necessary in order to make any general proposition, be it rule or any other, **mean** anything at all”.

³¹⁴ Deve ser, neste ponto, registrado que a crítica do realismo jurídico americano se focava no caráter lógico-dedutivo do positivismo jurídico e suas deficiências na caracterização do fenômeno jurídico (Garlan, 1941: 8-13); o expoente desse modo de pensar o direito foi, sem dúvida, Hans Kelsen (1962).

³¹⁵ Tradução livre: “E já somente por cauda disso, ainda que houvesse isso, não se deveria tolerar uma lógica na qual fosse admitido que se inferisse dos fatos (e que sejam: fatos de uma consciência racional) normas ou, ao contrário, de normas fatos”.

datado de *relevância ou repercussão* no direito, ou seja, como *fato jurídico* ou, ainda, como *fato jurígeno*. Sendo que esse *fato* (jurídico ou jurígeno), quando agregado à terminologia da teoria autopoietica dos sistemas, deve ser entendido como mudanças de estados ou acontecimentos do ambiente capazes de produzir estímulo suficiente e apto a produzir uma *cognição* autorreferencial no sistema, como elemento dotado de sentido ou significado jurídico, isto é, de conteúdo *informativo*, mas **como operação interna do sistema** (LUHMANN, 1995: 85)³¹⁶.

As informações produzidas autopoieticamente a partir de fatos juridicamente (= autorreferentemente) selecionados como relevantes para a operação programático-decisória do sistema, em dadas circunstâncias, podem dar início a um processo evolutivo do sistema jurídico em que nele são introduzidas *inovações*, bem coloca o próprio LUHMANN (1995: 277): „*In diesem Sinne motiviert das geltend Recht selbst zur Innovation, aber auch zur Ablehnung von Innovationen im Interesse der Erhaltung von Stabilität = Konsistenz = Gerechtigkeit*“.³¹⁷

Esse aspecto da estabilidade e da consistência das decisões operadas pelo e no sistema jurídico se relaciona de maneira direta com a visão luhmanniana de que a justiça, em sua **substancialidade operativa** - que chamaremos no último capítulo da tese de *justiça funcional* – está ligada ao princípio da igualdade, o que pode ser aferido nas palavras de LUHMANN (1987a: 188)³¹⁸, ao asseverar que:

*Denn Gerechtigkeit ist letztlich ein Symbol für die Kongruenz der Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen. Sie wird, noch mythisch und schon rational, als Gleichheit definiert, Gleichheit aber bedeutet: Durchhalten der Normen in der Zeit, sachlicher Wesenszusammenhang und Konsensfähigkeit – jenes Übereinkommen, das einleuchtet und Dauer hat.*³¹⁹

³¹⁶ Talvez seja pela natureza peculiar da terminologia da teoria dos sistemas que LUHMANN evitado usar a expressão ‘fato jurídico’ pela carga tradicional que esse assume na teoria geral do direito. Fato que é bem notado, apesar de que em contexto mais amplo, por Magda WIMMER (1998: 50), conforme versado acima na tese.

³¹⁷ Tradução livre: “Neste sentido o direito mesmo se motiva para a inovação, mas também para o rechaço de inovações no interesse da preservação da estabilidade = consistência = justiça”.

³¹⁸ Devemos aqui corroborar a posição de Jean CLAM (1987: 207) de que o excerto acima colacionado sintetiza a **primeira tentativa** de interpretação da ideia da justiça por LUHMANN. Cabe recordar aqui que analisamos o rechaço inicial do papel da justiça nos procedimentos jurídico em seu trabalho anterior de 1969, *Legitimation durch Verfahren* (Legitimação pelo procedimento).

³¹⁹ Tradução livre: “Então, a justiça é por fim um símbolo para a congruência da generalização normativa de expectativas de comportamento. Ainda mítica e já racional, ela é definida como igualdade, sendo que igualdade porém significa: manutenção das normas no tempo, conexão essencial objetiva e capacidade de produção de consenso – aquele acordo que é evidente e tem duração”.

Mas antes de aprofundarmos a questão do papel do princípio da igualdade na ideia luhmanniana de justiça, o que faremos dentro do estudo da *fórmula de contingência*, não podemos deixar de analisar um ponto relativo à célebre crítica de Ralf DREIER à justiça como *adequada complexidade*, em artigo publicado em 1974 (aqui citado na republicação integral em coletânea de 1981), nomeadamente à postulação de LUHMANN de que a justiça se referiria à totalidade do sistema jurídico³²⁰.

A crítica de DREIER (1981: 280) está focada, em seus aspectos conclusivos, no fato de que a fórmula da *adequada complexidade* ao relacionar somente coma a *totalidade* do sistema jurídico traria uma solução *razoável* (*sinnvoll*) para a controvertida questão da justiça, mas insuficiente, pois: „*daß es nicht auf diese Problemfassung reduziert werden kann*“ (que ele não pode ser reduzido a essa concepção do problema).

O fato é que Ralf DREIER permanece preso a uma tradição que vê a justiça como um problema de solução *perfeita* de casos e de conflitos isolados, ou seja, coloca a necessidade de uma justiça que também atendesse a **todos** os elementos apresentados caso a caso (DREIER, 1981: 274, 275, 279, 280) e do enfoque no “juiz do caso”.

O que, para nós, escapa a DREIER é exatamente o ponto em que LUHMANN (1981: 388) chama atenção para o fato de que a sociedade moderna se caracteriza pelo aumento incontável da complexidade e que o sistema do direito para sua preservar e manter em níveis adequados e *suportáveis* o desempenho de sua função se vê diante da necessidade de criação de modelos decisórios, como precedentes ou estruturas dogmáticas, que sejam *funcionais* e, deste modo, capazes de *congruientemente* estabilizar expectativas, conduzindo comportamentos e solucionando conflitos com vistas a, se possível, *imunizar* o sistema social no futuro de novas ‘infecções’.

O grande problema do aumento de complexidade da sociedade moderna, vemos claramente no processo de aceleração (*Beschleunigung*) das estruturas temporais sociais, um

³²⁰ Por necessidade de clareza, reproduzimos o excerto de LUHMANN (1981: 388) criticado de modo central por Ralf DREIER (1981: 272), o qual se segue: „*Die Formel »adäquate Komplexität« hat diese Systemreferenz; sie bezieht sich auf das Rechtssystem als ganzes und kann weder wie der ethische Gerechtigkeitsbegriff auch als Handlungsnorm, noch in einem naturrechtlichen Sinne als Regel der Rechtfertigung bzw. Kritik einzelner Normen verstanden werden*“ (Tradução livre: “A fórmula da »adequada complexidade« detém esta referência sistêmica; ele se relaciona com o sistema jurídico como totalidade e não pode ser compreendido *nem* como o conceito ético de justiça também como *norma de ação*, *nem* em sentido jusnaturalístico como *regra de justificação ou até mesmo de crítica de normas isoladas*”).

fenômeno estudado por Hartmut ROSA (2005), no qual ele identifica três dimensões: (a) a aceleração tecnológica, (b) a aceleração da mudança social e (c) a aceleração do ritmo da vida. Esse processo, percebido empiricamente por quase todos nós, de aceleração estrutural do tempo social já coloca novas e muitas vezes insuportáveis desafios e dificuldades a uma justiça que denominamos nesta tese de *funcional*, tornando impraticável qualquer pretensão de decisões caso a caso³²¹ que pudessem processar todos os elementos fáticos ligados a uma lide isolada³²². Esta pretensão, de algum modo, representa o que LUHMANN denomina de justiça como conceito de *perfeição*.

Fiel a seu projeto de uma teoria social que possa promover a compreensão da sociedade moderna, LUHMANN (1981: 388) lança um olhar ‘misericordioso’ ao direito e indaga sobre como, neste contexto social geral, o sistema jurídico colocaria para si o problema da justiça quando tem que observar que *um* sistema é submetido ao pressuposto de ter que decidir „*mehrerer Fälle*“ (os mais diversos casos)³²³.

A percepção do problema da consistência não surge exclusivamente em LUHMANN, mas pode ser percebido em contexto teórico sabidamente distinto em Ronald DWORKIN (1986: 265), o qual ao analisar sua figura teórica do juiz *Hércules*³²⁴, afirma que:

Hercules is useful to us just because he is more reflective and self-conscious than any real judge need or, given the press of work, could be. No doubt real judges decide most cases in a much less methodical way. But Hercules shows us the hidden structure of their judgments and so lays these open to study and

³²¹ Em Fritz von HIPPEL (1964: 149-193) encontramos estudo em torno da construção de um ordem normativa baseada na *casuística* ou *linhas diretivas*, com conclusões interessantes que tornam sua leitura recomendável.

³²² Conveniente anotar que, com muita propriedade, Jean CLAM (1987: 219) diz que: “*La justice ne peut plus se rapporter, au sein du système juridique, à des décisions individuelles ni même à leur prémisses. Elle ne peut se rapporter qu’à la totalité organisée, à la structure complexe ou encore la «sélectivité du système».*”

³²³ LUHMANN (1974b: 202) em sua resposta a Ralf DREIER reafirma sua posição inicial de que uma justiça que se realiza como uma justiça sistêmico-parcial (*Teilsystemgerechtigkeit*) não pode chegar a produzir uma justiça sistêmica (*Systemgerechtigkeit*), isto porque uma justiça baseada na acumulação de todas as justças sistêmico-parciais estaria longe demais de produzir ou garantir a justiça na totalidade do sistema jurídico. Por isso, LUHMANN insiste em sua tese ao falar de uma “referência sistêmica da justiça” (*Systemreferenz von Gerechtigkeit*). Em outra obra, LUHMANN (1995: 257) novamente registra que um conceito sistêmico de justiça não está pontualmente realizado em „*Einzelentscheidungen*“ (decisões isoladas).

³²⁴ Para nós, o *Übermensch* nietzschiano (NIETZSCHE, 2005: 10-12; NIEMEYER, 2009: 355-357) foi **implicitamente** convertido por DWORKIN na figura do juiz *Hércules*, ou, como propomos, no *Überrichter* (super-juiz). Esse *Überrichter* que identificamos com o **sistema jurídico autopoietico** de LUHMANN decorre, como vislumbramos na tese, da necessidade de uma consistência decisória e que transcende o homem-juiz, como aquele que decide *caso a caso*, mas sim o operador estruturalmente acoplado (sistema psíquico do juiz → sistema autopoietico do direito) que deve se colocar como observador do caso concreto e, ao mesmo, observar os horizontes programático-decisórios do direito, no qual busca a consistência e a adequação da função estabilizadora de expectativas do sistema jurídico na sociedade moderna. Veremos isso com mais detalhe no último capítulo da tese.

criticism. [...] He works so much more quickly (and has so much more time available) that he can explore avenues and ideas they cannot; he can pursue, not just one or two evident lines in expanding the range of cases he studies but all the lines there are.

Este trecho dworkiano nos chama muito a atenção, isto porque se substituirmos o juiz **Hércules** pela ideia de **sistema jurídico** podemos extrair que, mesmo dentro de outra moldura (em que direito e moral política se combinam de modo peculiar³²⁵), bastante diversa do pensamento luhmanniano tanto na terminologia quanto nos pressupostos mais elementares, estar-se-ia a falar da necessidade da generalização de expectativas posta em modelos decisórios que tornariam possível uma recursividade que daria uma **adequada** dinâmica social à função do direito na modernidade. Observemos também naquele excerto colacionado que expressões como “*reflective*” e “*self-conscious*”, poderiam ser lidas como a “autorreferência” (*Selbstreferenz*) e “autodescrição” (*Selbstbeschreibung*) do sistema jurídico, na terminologia luhmanniana.

Tanto o juiz **Hércules** quanto o **sistema jurídico autopoietico** representariam uma espécie de, poderíamos assim dizer, **metaconsciência** constituída como um núcleo de comunicação sobre temas ligados a estabilização de expectativas de comportamento e de soluções de conflitos, que proveria os juízes com diretrizes decisórias (HIPPEL, 1964) que podemos identificar como *programas*, como modelos de decisões recursivas no sistema.

Devemos observar que neste contexto, os juízes e tribunais, como organizações no interior do sistema jurídico, deveriam colocar-se como *efetivos operadores* de um sistema que necessitam preservar operativamente a **consistência decisória** do sistema para realizar de modo *congruente* a função social do direito, bastando lembrar a justiça como “fórmula de consistência”, na leitura de Jean CLAM (1987: 216).

Essa consistência decisória, como elemento da justiça, pode ser lida em Chaïm PERELMAN (2011: 70-71) em eloquentes termos, quando ele propõe que:

La justice est conforme à un raisonnement. [...] La justice, [...], ne se conçoit pas sans règle. Elle la fidélité à la règle, obéissance au système. Elle peut se passer d'émotion, d'élan. [...] Rien de moins spontané que la justice. L'individu n'est rien pour elle: elle ne doit voir qu'un élément de l'ensemble.

³²⁵ Sobre esta particularidade do pensamento de DWORKIN sobre o direito, veja-se *Justice for Hedgehogs* (DWORKIN, 2011: 403-405).

Tout ce qui est individuel, spontané, émotif, l'application de la justice doit s'efforcer de ne pas en tenir compte.

Por outro lado, obviamente, o caso isolado não perde sua função de poder, eventualmente, representar um canal **cognitivo** (*abertura cognitiva*) para irritações sistêmicas ou estímulos ambientais que sejam aptos a conduzir à *inovação* quando, pelas estruturas dogmáticas e programático-decisórias, fosse possível perceber a insuficiência e a inadequação de conceitos³²⁶ e decisões anteriores (precedentes) às diferenças percebidas, note-se, autorreferencial e autopoieticamente ‘captadas’ pelo sistema como um *problema jurídico*, como circunstância social nova dotada de relevância jurídica. Enfim, como “*a difference that makes a difference*” (BATESON).

Esta congruência de modelos programático-decisórios (precedentes e estruturas dogmáticas) são indispensáveis ao sistema jurídico para fazer face ao aumento da complexidade do entorno social também pressionado pela aceleração das mudanças das estruturas temporais da sociedade atual (ROSA, 2005), refletidas na constante alteração legislativa e das criações contratuais (autonomia da vontade) que cria igualmente novas pressões *evolutivas* no direito.

Precisamente aqui se coloca a questão de uma autorreprodução (autopoiese) do direito pode assumir – ou tem que assumir – a forma de mudanças do direito, “*of the transference of the quality of normative validity to partially new expectations*” (LUHMANN, 1988: 17).

Como se pode verificar a decisão do caso isolado *inovador*, passa pelos mecanismos evolutivos (CAMPBELL, 1974: 413-463) da *variação* → *seleção* → *estabilização*³²⁷. O sistema processa sua autorreprodução evolutiva acolhendo, ocasionalmente e por critérios do *próprio* sistema o direito se reformula torna, autorreferencialmente, adaptativo a seu ambiente, produzindo *confiança* = *estabilização de expectativas* = *segurança jurídica*. O sistema passa por uma readequação de sua complexidade (programático-decisória e dogmática), mas sem perder de vista o conjunto de sua função social, daí porque LUHMANN fala da justiça, em uma de suas formulações, como *adequada complexidade*.

Tanto que devemos transcrever trecho, no qual LUHMANN (1987a: 198), a propósito

³²⁶ Bom exemplo dessas pressões evolutivas sobre a dogmática jurídica, encontramos no direito de família, nomeadamente sobre os conceitos de “casamento” e de “família”, o qual estão, desde o surgimento dos movimentos homoafetivos, em vias de transformação, mas não sem grandes resistências mormente aquelas advindas de setores do sistema da religião.

³²⁷ LUHMANN (1995: 277) ao adotar os mecanismos evolutivos de Donald T. CAMPBELL os coloca em seu modelo circular de evolução em que: *variação* → *seleção* → *estabilização* ⇒ *variação* → *seleção* → *estabilização* ⇒ *variação* → *seleção* → *estabilização* ⇒ (...).

do tema da justiça como *consistência* e *adequação* do sistema jurídico na realização de sua função, observa que:

*[...] Rechtsprinzip Gerechtigkeit wirkt teils als Reflexion und Rationalisierung der Unvollkommenheit des Rechts, teils auch als Auslöser neuer Rechtsentwicklungen, die wichtige Modifikationen, aber keineswegs gerechtes Recht einbringen.*³²⁸

Não podemos deixar de ter em foco que no contexto do texto transcrito, LUHMANN está a combater a ideia jusnaturalística da justiça como *perfeição*, daí que para ele sendo o direito *imperfeito* temos um direito evolutório e modificável (direito positivo) concentrado em sua *função social* (LUHMANN, 1981: 284).

Dentro dessa concepção da justiça como *adequada complexidade*, como necessidade de estabilidade e, assim, de consistência operativa do sistema como um todo, LUHMANN (1981: 391; 1995: 224) propõe uma aplicação peculiar ao princípio da *igualdade*, o que ele (LUHMANN, 1995: 224) viria a denominar de *Gleichheitsprinzip der Gerechtigkeit* (princípio da igualdade da justiça).

A concepção da justiça como ideia da igualdade, já encontramos no modelo de positivismo jurídico fundado por Hans Kelsen (1962: 360), quando este escreve que: „Wenn etwas als gültig vorausgesetzte Gerechtigkeitsnorm statuiert, daß alle Menschen gleich behandelt werden sollen, ist ein Gesetzgebungsakt, durch den Normen gesetzt werden[...]”³²⁹. LUHMANN reformula essa proposta kelseniana ao propor (LUHMANN, 1995: 223ss, 263) „daß gleiche Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich zu entscheiden seien“ (que casos iguais sejam decididos igualmente e casos desiguais, desigualmente). Portanto, LUHMANN insere o princípio da igualdade como elemento formal de sua justiça como *adequada complexidade*, ou seja, como elemento operativo do tratamento dos casos jurídicos (*Rechtsfälle*).

³²⁸ Tradução livre: “O princípio jurídico da justiça atua em parte como reflexão e racionalização da imperfeição do direito, em parte como propulsor do desenvolvimento do direito, o qual produz importantes modificações, mas que de modo algum um direito justo”.

³²⁹ Tradução livre: “Se tal norma de justiça é estatuída e pressuposta como válida, de que todos os homens devem ser tratados igualmente, cuida-se de um ato legislativo pelo qual as normas são postas, [...]”.

À primeira vista, podemos pensar que LUHMANN concebe a justiça, desse modo, como elemento meramente formal do sistema jurídico. Essa percepção é, de certa forma, real e, de outra, uma mera aparência. Esse paradoxo é desdobrado (*entfaltet*), como passamos a propor nesta tese, quando observamos que o sistema do direito realiza, como função geral dos sistemas parciais, uma *redução da complexidade* do ambiente em suas estruturas internas, em seu fechamento *operativo*, por outro lado, permanece aberto *cognitivamente*.

Pelo prisma da igualdade dos casos, sem dúvida, temos uma dimensão formal do sistema do direito, ao tratar casos iguais igualmente. Essa dimensão formal leva LUHMANN a observar como justiça o aspecto da segurança e da confiança social no *adequado* funcionamento de seu sistema jurídico, como sua *consistência decisória*. Tanto que LUHMANN (1995: 356) aponta que: „Wenn Gerechtigkeit in der Konsistenz der Entscheidungen besteht, dürfen wir daher auch sagen: Gerechtigkeit ist Redundanz“³³⁰.

Um aspecto que nos chama a atenção na igualdade como princípio de justiça ora em estudo, é aquele que se refere à necessidade de tratar *desigualmente* casos *desiguais*, momento em que surge alguma pretensão de uma *substancialidade*³³¹ na justiça luhmanniana, no sentido de adoção de *outros critérios seletivos* de solução de novos casos jurídicos (= diferentes), o que passa pela *normatividade* do direito e pelos processos hermenêuticos e argumentativos do sistema jurídico, sempre autopoieticamente regida pelo rígido critério binário do sistema que reconhece somente o código *direito (Recht)* x *não-direito (Unrecht)* (LUHMANN, 1995: 372).

Os casos *novos* e análogos³³² - *em sua peculiar diferença* - trazem a necessidade de inovações no sistema jurídico, com a demanda de agregação de *estabilização congruente* das novas expectativas neles inseridas, porém surgidas no sistema geral da sociedade³³³. Nesses casos inovadores, sua *diferença que faz a diferença* (BATESON, 1972: 462) - percebida nos limites autopoieticos da *abertura cognitiva* do sistema - serve para provocar uma reconstrução dogmática e o aumento da complexidade *interna* do sistema jurídico ao adicionar novos

³³⁰ Tradução livre: “Se a justiça repousa sobre a consistência de decisões, devemos daí também dizer: justiça é redundância”.

³³¹ Percepção algo semelhante encontramos em Gunther TEUBNER (2008: 15).

³³² Note-se, por uma questão de consistência, que aqui não se fala aqui em *casos isolados (Einzelfälle)*, mas de novos casos (diferentes), mas análogos entre si. Paradoxalmente *iguais* em suas características *diferenciadoras* de casos anteriores, os quais já estabilizados recursivamente nas operações do sistema do direito.

³³³ Essas *novas* expectativas surgem, em geral, nas operações de outros sistemas funcionais da sociedade e são introduzidas no sistema jurídico na forma de *conflitos* (LUHMANN, 1981: 92-112), ou seja, de *temas controvertidos* que demandam uma solução estabilizadora, o que sensibiliza o direito em torno de sua justiça, na *adequação contingente* de suas decisões. Este quadro não admite “critérios seletivos” invariantes. Essa seletividade não vem imposta de fora do sistema, como uma arbitrariedade, mas permite o processamento autopoietico das intenções de sentido (*Sinnintentionen*) e a ocasional integração em suas operações correntes (CLAM, 2004:49).

programas decisórios, mas que em sua *justiça* como *adequação*, *consistência* e *redundância* se referem em sua recursividade em casos futuros – nos quais as novidades se tornam *decisão igual de casos iguais*, inserindo-se no paradoxo da variedade (*Varietät*) na redundância³³⁴ (*Redundanz*).

Esse processo seletivo regido pelos três elementos da evolução do sistema jurídico (*variação* → *seleção* → *estabilização*), leva ao estabelecimento recursivo de modelos de decisão iguais de casos iguais, o que nos remete ao sistema do direito, como totalidade, como subsistema social especializado em estabilizar *normativamente* expectativas normativas, como elemento de desenvolvimento da sociedade como todo, gerando *confiança* e *previsibilidade* de comportamentos.

No que tange ao elemento *estabilização*, dentre os três mecanismos evolutórios do sistema, devemos fazer uma observação, na verdade, uma ligação com outro aspecto teórico já acima estudado neste mesmo tópico, nomeadamente o da *possibilidade de negação* característica da autopoiese sistêmica.

A *negação* (*Negation*) (LUHMANN, 1991: 306, 321, 358ss, 392, 517ss; 1994: 96, 494, 506ss, 531, 549, 575) como possível exclusão daquilo que não está apto a produzir *ressonância* no sistema, exerce o papel de *filtro* de informações advindas do ambiente, sendo, assim, recurso necessário à construção de uma estrutura interna ao sistema dotada de complexidade adequada, de complexidade suportável, dentro dos limites da boa operação de um sistema funcional, com seus “muros altos de indiferença” (LUHMANN, 1995: 225) para dados irrelevantes – segundo critérios do *próprio* sistema -, com vistas à conformação de modelos dogmáticos e jurídicos de decisões consistentes.

Ao propor uma de suas formas de ver a questão da justiça, como *adequada complexidade*, LUHMANN somente quer apontar para os limites que devem ser autopoieticamente mantidos para a preservação de um nível operacional suportável pelo direito e que propicie a produção decisões internamente adequadas e consistentes com a estrutura dogmática e programático-decisória (normativa) de um sistema jurídico que se incompatibiliza com sua função social ao produzir oscilações decisórias e desestabilizações que em nada contribuem para a formação de um horizonte social *congruente* de expectativas que descortine um quadro de segurança jurídica e de certeza do direito, sem pretensões de

³³⁴ Sobre a redundância, ainda que no paradigma da teoria da comunicação, merece aqui transcrição o escólio de Márcio PUGLIESE (2009: 21), quando este esclarece que: “As redundâncias são processos repetitivos que marcam as regras de qualquer comunicação [...]. Quando se fala de redundância, fala-se de regras, e as regras têm que ver com os códigos informativos”.

perfeição (estática), mas sim no aperfeiçoamento constante (dinâmica) de um direito paradoxalmente *variável*, mas ainda assim relativamente *estável*. Enfim, dotado de uma *adequada complexidade*.

3. A fórmula de contingência da justiça

Ao darmos início a este tópico novo, como primeiro passo, devemos perquirir o que seria para LUHMAN, em contexto geral, uma *fórmula de contingência*. Diz-se em contexto geral porque todos os subsistemas sociais estabelecem sua própria *fórmula* de observação de sua própria contingência em relação ao ambiente intrassocial.

Na busca de delimitação conceitual da *fórmula de contingência*, devemos recordar os estudos anteriormente feitos nesta tese sobre o próprio conceito de *contingência*, mormente sobre a ideia luhmanniana de que ela deve ser compreendida, em sua teoria, como um »*auch anders möglich sein*« (também ser possível de um modo diverso) (LUHMANN, 1994: 47).

Dentro deste quadro, LUHMANN (1997: 469) propõe que o aumento da complexidade da sociedade moderna traz consigo sempre “novas contingências” e com elas a imprevisibilidade ocasionada pela expansão das “possibilidades de variação” (*Variationsmöglichkeiten*), com pressões transformadoras da semântica e de suas consequências, no que poderíamos inserir o próprio conceito de justiça.

Os sistemas de função são sobrecarregados por cada vez mais possibilidades que produzem dificuldades no campo de suas seleções autopoieticas ligadas ao mecanismo da *negação*, ou, simplesmente da exclusão de irritações e de ‘pretensões’ advindas como estímulos ambientais.

Como exemplo desse fenômeno da modernidade, LUHMANN (1997: 469) menciona o caso do sistema da religião, o qual por meio da teologia busca cuidar desse “caminho perigoso” (*gefährlicher Gang*) do aumento da complexidade da modernidade em que a concepção da realidade que era válida como uma inegável “criação” (*Schöpfung*) cai, porém, em suspeita, como uma mera “construção” histórico-semântica, o que leva o sistema, como

questão de sobrevivência de sua função, a poder afirmar uma “inquestionabilidade” (*Unbestreitbarkeit*) de uma necessária fórmula de contingência (*Kontingenzformel*), como, no caso do sistema religioso, da fórmula “Deus” (*Gott*)³³⁵.

O mesmo se dá nos demais sistemas que estabelecem sua respectiva fórmula de contingência, como no sistema da economia, com sua “escassez” (*Knappheit*); no sistema político, com sua “legitimidade” (*Legitimität*); no sistema da ciência, com sua “limitacionalidade” (*Limitationalität*); e no sistema jurídico, com sua “justiça” (*Gerechtigkeit*).

Por outro lado, LUHMANN (1997: 470) ressalta que a determinação dessas “fórmulas” por cada sistema de função deixa em aberto o que elas podem significar para o sistema geral da sociedade, o que nos remete diretamente, como podemos observar, à questão da autorreferência e da autorreprodução autopoietica dos sistemas funcionalmente diferenciados.

Essas fórmulas de contingência³³⁶ trazem à luz a proposta luhmanniana de superação das cosmologias e da metafísica ontológica da tradição “vetero-europeia”, o que caracteriza a sociedade moderna colocada em face de sua contingência, transitoriedade e hipercomplexidade decorrente do aumento de possibilidades de variação, o que cria pressões estruturais que precisam ser diferenciadamente processadas pelos sistemas sociais parciais de função.

Diante desses fatores variáveis, a sociedade não mais pode orientar de maneira inequívoca seu processo de seleções estruturais – no sentido de estruturas congruentes de expectativas – confiando em uma unidade, na verdade ou no “bom”, no sentido de um “cosmo de essências” (*Essenzenkosmos*), como um “bom” modelo de ordem social a ser atingido.

Sobre este panorama da modernidade, LUHMANN (1997: 472) arremata que:

Aber dies Vertrauen in einzige-richtige, letztlich Perfektion, Ruhe, Stabilität bewirkende Selektion hatte in der Stratifikation und in der

³³⁵ LUHMANN em *Das Religion der Gesellschaft* (2000b: 150-186) observa que a ideia de “Deus” constitui a fórmula de contingência do sistema da religião, como ideia religiosa “inquestionável”, pois no contexto do código binário *crer* x *não-crer* somente representa um valor positivo o ‘crer’, dimensão da fé em que não há espaço para questionar-se a **existência** divina. Curioso notar que LUHMANN adensa a questão da fórmula “Deus” até mesmo no politeísmo e no Budismo, onde, como está proposto o afastamento de um teísmo, como aquele encontrado judaísmo, cristianismo e judaísmo.

³³⁶ Apesar de no excerto a seguir em parte colacionado LUHMANN (1982: 130) estar se referindo especificamente à fórmula “Deus”, podemos registrar que a fórmula de contingência afirma por fim „Kompatibilität jeglicher Kontingenz mit einer Art supramodaler Notwendigkeit“ (“compatibilidade com toda contingência como uma espécie de necessidade supramodal”).

*Zentrum/Peripherie-Differenzierung des Gesellschaftssystems eine heimliche Rückversicherung gehabt, die heute entfallen ist.*³³⁷

Daí que LUHMANN (1982: 81) observa que na medida em que a sociedade vai adquirindo uma maior complexidade aumenta paralelamente sua generalização, isto porque a realidade social também tem incremento de contingência, como »*auch-anders-möglich*« (também possível de modo diverso). Este problema demanda um controle de acesso a outras possibilidades, direcionamentos, o que LUHMANN denomina de “fórmula de contingência” (*Kontingenzformel*). Nesse processo seletivo, de inclusão ou exclusão de novas possibilidades, como pressuposto para o esquematismo *sim x não* da lógica autopoietica do sistema, regida pela rigidez de um código binário de valor, um positivo e outro negativo, o que LUHMANN também denomina de “racionalidade do sistema” (*Systemrationalität*), que já foi estudada nesta tese.

Merece transcrição, quando LUHMANN (1982: 82) escreve que:

*Solche Kontingenzformeln leisten eine Rekonstruktion beliebiger Komplexität und Kontingenz in Form von Reduktionen, die für das System bestimmbar sind und Selektionen und Anschlußselektionen ermögliche.*³³⁸

Ao nos confrontarmos com a perspectiva pós-metafísica e pós-ontológica de Niklas LUHMANN e de seu construtivismo sistêmico-epistemológico³³⁹ (1990b: 119-137), agudiza-se o problema de se admitir qualquer pretensão de *perfeição* como elemento de operação do sistema, o qual se depara com a contingente complexidade do ambiente, ou melhor, do

³³⁷ Tradução livre: “Entretanto, esta confiança em uma efetiva seleção como perfeição última e inequívoca, repouso, estabilidade, teve uma segurança que secretamente repousava na estratificação e na diferenciação do sistema social em centro/periferia, a qual nos falta hoje”.

³³⁸ Tradução livre: “Tais fórmulas de contingência exercem produzem uma reconstrução de qualquer complexidade e contingência na forma de reduções, as quais são determináveis pelo sistema e possibilitam seleções e seleções de conexões”.

³³⁹ O construtivismo epistemológico de Niklas LUHMANN se centra na autorreferência a na autodescrição do sistema fundada na diferenciação fundamental entre *sistema x ambiente*, como também na “cibernética de segunda ordem” em que se apresenta a operação de “observação”, na verdade, da “observação da observação” (*Beobachten von Beobachtungen*) (LUHMANN, 1990b: 133-135); ponto em que se coloca o problema da identidade do sistema e sua diferença com o ambiente e do sistema como “observador”.

aumento constante da complexidade e, portanto, da contingência, e a necessidade de o sistema executar sua função social, razão de sua própria existência. A perda da função significaria a ‘morte’ do sistema.

Poderíamos, para maior clareza, dar um tratamento semântico diferente para a ideia da impossibilidade da *perfeição*, proposta por LUHMANN, ao identificarmos essa impossibilidade como uma “perda da certeza” (*Gewißheit Verlust*) (LUHMANN, 1995: 318-319).

Sem poder contar com elementos cosmológicos, metafísicos e ontológicos que possam servir de parâmetro e de determinação ou, então, de garantia de certeza da *perfeição* de uma decisão jurídica, por ex., o sistema necessita autorreferencialmente em sua autopoiese (reprodução) de *possibilidades da racionalidade* (2005b: 268), as quais são produzidas pela redução da complexidade assimétrica (maior) do ambiente pela diferenciação entre este e o sistema e pela submissão dos impulsos ambientais ao código binário do sistema, ou seja, a um alto de *seletividade* que permita o processamento de informação e a exclusão dos ruídos (possibilidade de *negação* [de sentido]).

Ao buscarmos, aqui, ironicamente, *reduzir a complexidade* e a abstração da própria ideia luhmanniana da *fórmula de contingência*, podemos conceber a intrínseca relação que LUHMANN faz entre essa fórmula e a questão central da *assimétrica complexidade* externa ao sistema (ambiental), bem como da *abertura cognitiva* (*kognitive Offenheit*) do sistema que lhe permite captar, dentro de seus estritos limites de percepção (racionalidade do sistema [*Systemrationalität*])³⁴⁰, as mudanças operadas no ambiente, capazes de lhe produzir *sentido* (*Sinn*), vistas como necessidades de ampliação dos *horizontes* internos (LUHMANN: 1994: 185) que determinam a construção e a eventual reformulação de suas estruturas; como, no caso do direito, das estruturas dogmáticas e programático-decisórias.

Neste contexto, a *fórmula de contingência* simboliza a unidade do sistema, com os olhos postos na *função social* por ele exercida e lhe permite ver sua própria *contingência*, na qual as decisões seletivas de estruturas *no* sistema e *pelo* sistema se abrem para novas possibilidades, à contingência em sentido luhmanniano, ou seja, como um »*auch-anders-möglich-sein*« (também ser possível de modo diverso).

Este aspecto de simbolização da unidade do sistema exercido pela fórmula de contingência permite que o sistema produza “interconexões muito seletivas” (LUHMANN,

³⁴⁰ Relevante, neste ponto, a asserção de LUHMANN (1994: 185): „*Das System verliert die Offenheit für Beliebigen und gewinnt Sensibilität für Bestimmtes*“ (“O sistema perde a abertura para o arbitrário e adquire sensibilidade para o determinado”).

2008: 28) o que lhe dá capacidade de processar sua própria contingência e seu próprio risco e, assim, dando **operacionalidade** adequada a suas estruturas dogmático-decisórias ao reduzir a complexidade contingente de um ambiente social submetido a todo tempo a um processo de transformação impulsionado por inovações tecnológicas, como também pela diversificação de modos de experimentar a vida em uma sociedade cada vez mais fragmentada e despida de valores tradicionais e submetida a uma aceleração do tempo (ROSA, 2005) nos processos sociais³⁴¹.

Sem referências estáveis e diante de sua função social de produzir decisões estabilizadoras das expectativas sociais, no mais das vezes *conflitantes*, o direito é submetido a uma enorme pressão social que se não controlada e reduzida por um estrito **controle de seletividade** aguçada inserida na autopoiese do sistema jurídico (autorreprodução), regida pelo código binário fundamental que coloca o direito em sua dimensão periférica em constate irritação e atrito com o ambiente (entorno), qual seja a binariedade *direito x não-direito*, diante de que o direito pode assumir o fato inarredável de ser um sistema limitado e que não possui condições de dar soluções *perfeitas* a questões que devem ser resolvidas de modo mais adequado pela racionalidade e pelas estruturas de outros sistemas de função da sociedade diferenciada funcionalmente.

Essa visão resultante de uma auto-observação do sistema *pelo* sistema, em sua autorreferência, traz consigo a possibilidade de o sistema observar seus próprios limites e o alcance *efetivo* de suas operações, considerando o aumento das *improbabilidades* (LUHMANN, 1990a: 238) de sucesso de suas operações.

O sistema jurídico é, no campo da teoria do direito e da teoria política, submetido a uma crescente e constante crítica³⁴², o que, para nós, serve de impulso a uma visão mais realista e ‘comedida’ da função e do papel das instituições jurídicas na sociedade de nosso tempo.

Neste amplo contexto, mostra-se talvez mais adequado e mais construtivo adotar uma postura de reconhecimento, baseado em LUHMANN (1990a: 235), de que “*legal norms are never completely enforced*” e que “*Lack of justice and lack of compliance and enforcement have to be taken as normal in this world*”. De modo lúcido, LUHMANN (1990a: 235)

³⁴¹ A questão do tempo social e das figuras temporais do direito é desenvolvida de modo bem peculiar por François OST (1999), em *Le temps du Droit*.

³⁴² Célebre exemplo dessa crítica ao direito, encontramos em Roberto Mangabeira UNGER (1976; 1986), com sua escola do *Critical Legal Studies*. Esse movimento crítico do sistema jurídico é extremamente útil para confrontarmos o sistema jurídico com a sua própria contingência e com a assimetria da contingência do ambiente social. Talvez esses estudos sirvam para demonstrar aquilo que o construtivismo epistêmico-sistêmico de LUHMANN trata como aquilo que o sistema (seja psíquico, seja social) *não pode ver* (LUHMANN, 2005d: 220-226) para preservar sua *funcionalidade*.

também observa que “*In both respects, ideal and material, the legal system lacks perfection*”.

Nesta conjuntura teórica, não sem razão, LUHMANN coloca como *fórmula de contingência* (*Kontingenzformel*) do direito o símbolo da justiça, ou seja, justiça como *Kontingenzformel Gerechtigkeit* (fórmula de contingência da justiça).

Aí a justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico serve à simbolização operacional da unidade do sistema e como critério autorreferencial de sua autopoiese (autorreprodução) em que o direito se coloca face a face com sua função social. O critério da justiça se apresenta, nas palavras do próprio LUHMANN (2008a: 63), como:

Die Einheit aller Richtigkeitsbedingungen der Programme war traditionell unter dem Titel Gerechtigkeit reflektiert worden (worunter man eine Tugend oder eine Generalnorm verstehen konnte). Bei einer schärferen Differenzierung der operationsleistenden Strukturen Code und Programme muß die Rechtstheorie ihren Gerechtigkeitsbegriff präzisieren, und sie kommt andererseits die Verlegenheit, einen Einheitsausdruck für die Differenz von Recht und Unrecht formulieren zu müssen, der nicht als Metanorm, nicht als Idee, nicht als Ideal, also nicht im semantischen Bereich von Gerechtigkeit gefunden werden kann. Die Zulassung höherer Kontingenz auf struktureller und semantischer Ebene, in der Systemdifferenzierung und in ihrer Reflexion, führt zu weithin noch ungelösten Problemen einer befriedigenden Selbstdarstellung der Systeme, ganz zu schweigen von einer Theorie des umfassenden Systems der Gesellschaft.³⁴³

Esse texto - de difícil leitura a princípio – quer colocar na mesa a questão da autorreferência do sistema diante da perda do sentido *operacional* da justiça como possibilidade de determinação inequívoca de sua correção, ou, como já mencionamos nesta tese, como *perfeição*. A ‘justiça’ da decisão deve ser vista simplesmente como uma adequação desta com as estruturas *internas* (dogmáticas e programáticas) de um sistema jurídico que apresenta uma *adequada complexidade* com relação à execução em níveis satisfatórios de sua função dirigida ao sistema geral da sociedade.

³⁴³ Tradução livre: “A unidade de todas as condições de correção dos programas [decisórios] se refletiam sob o título da ‘justiça’ (pelo qual se podia compreender uma virtude ou uma norma geral). Em uma diferenciação mais nítida da estrutura operativa de código e programas deve a teoria do direito tornar mais preciso seu conceito de justiça e, por outro lado, ao se deparar com o embaraço de necessitar formular uma expressão da unidade para a diferença para o direito e o não-direito, que não pode ser encontrada como metanorma, nem como um ideal e, portanto, não no domínio semântico da justiça. A admissão de uma maior contingência nos níveis estruturais e semânticos, na diferenciação sistêmica e na sua reflexão, conduz-se aos ainda muitos problemas não resolvidos de uma satisfatória autorrepresentação do sistema, isto para não se falar de uma teoria abrangente da sociedade”.

Aqui, retorna-se ao paradoxo da abertura no fechamento, ou seja, da relação entre o fechamento operativo do sistema – que lhe permite *funcionar* em um ambiente social mutante e contingente – e a abertura cognitiva – que lhe permite produzir uma adequada *funcionalidade* fundada na reprodução *reduzida* da complexidade assimetricamente maior do ambiente.

Na operacionalização dessa redução da hipercomplexidade ambiental, o sistema jurídico deve se defrontar, na aplicação de seus programas decisórios, com os horizontes de *indeterminação* (*Unbestimmtheit*) em que se estabelecem as expectativas de comportamento e de solução de conflitos no sistema geral da sociedade moderna, submetida a um incessante aumento de complexidade e, conseqüentemente, da contingência.

Em face desses horizontes contingentes e, assim, mutáveis, o sistema jurídico deve contribuir para as operações sociais com sua árdua função de estabilização *congruente* de expectativas normativas, ou seja, com a transformação da *indeterminação* (insegurança de expectativas) em uma *determinação* (segurança de expectativas) autopoietica e autorreferencialmente possível, utilizando a incerteza (*Ungewissheit*) como oportunidade (*Chance*)³⁴⁴ *evolutiva*, no sentido da conformação e da reconstrução contínua de suas estruturas internas (dogmáticas e normativas) de modo *adequado*, submetidas a uma constante auto-observação de sua própria função e de suas prestações. Produzindo um direito *adaptável* ao ambiente social, dentro de seus limites cognitivo-operativos, coevolutivo e capaz de dar respostas *jurídicas* eficientes, abertas a inovações dotadas de sentido funcional e de uma eficácia *possível*³⁴⁵.

Este paradoxo nos permite falar, como propomos nesta tese, de uma justiça *funcional*, como um movimento pendular do sistema jurídico, em um fechar-se em suas operações (regidas pela autorreferência e por sua autopoiese) e por um abrir-se cognitivamente às irritações e estímulos advindos do sistema social geral, seu ambiente social. Para nós, com base em LUHMANN, é nesse movimento contingente que o direito se habilita a estabelecer uma adequada complexidade de suas estruturas dogmáticas e programático-decisórias e,

³⁴⁴ *Ungewissheit als Chance* (Incerteza como Oportunidade) é o título de uma coletânea de artigos, editada por Ino AUGSBERG (2009), o qual em sua introdução delineia o papel das inovações sociais e tecnológicas, em sentido amplo, contribuem para „*Flexibilität und Diversität für Wandel und damit für unterschiedliche Möglichkeiten zu erhalten*“ (“...flexibilidade e diversidade para a mudança e, com isso, adquirir diversas possibilidades”).

³⁴⁵ A cada dia que passa, assistimos o surgimento de novos focos de pressões sobre a *função* do direito e de suas prestações sociais, no campo, por ex., das novas tecnologias e da *internet* (no campo dos crimes cibernéticos, proteção da infância e da adolescência); na intimidade e na família, com a questão das uniões e dos casamentos homoafetivos e, além disso, do fenômeno da transexualidade (cirurgias de mudança de sexo). Neste último caso, temos reflexos no campo dos direitos de personalidade, no registro civil e outras conseqüências jurídicas.

assim, se afirmar como sistema parcial indispensável ao bom funcionamento da sociedade, em face da essencialidade de sua *função* na sociedade moderna, não obstante seus limites cognitivos e operativos plenamente observáveis inclusive por um observador externo do direito³⁴⁶.

A justiça contingente do direito permite, como fórmula de contingência, que o sistema se (auto-)observe como *justo*, regido pelo símbolo da justiça³⁴⁷, mas que opera sob a regência de um **código** binário rígido, o que, porém, de modo paradoxal, não exclui a *alterabilidade* (adaptabilidade) de seus **programas** decisórios diante das mudanças dos horizontes das pretensões multiformes e hipercomplexas de ‘justiça’³⁴⁸ que se disseminam em seu ambiente social e às quais o sistema jurídico não dispõe de elementos funcionais, estruturas e mesmo recursos materiais para resolver os conflitos a ele submetidos.

Com sua fórmula de contingência, o sistema jurídico deve reduzir a complexidade maior de seu ambiente de modo a proporcionar a si mesmo a construção de um horizonte *jurídico* de justiça, de um conceito de justiça adequado à função do direito, nomeadamente de uma justiça *jurídica*, como vislumbra OSTERKAMP (2004), o que para nós emergiria de uma *justiça funcional* ou de uma *justiça mutante*, caracterizada pela *variabilidade* e pela *estabilidade*, o que exploraremos no próximo e derradeiro capítulo desta tese de doutoramento.

³⁴⁶ A “*Funktionsverlust*” (perda da função) do sistema jurídico é tratada de modo direto por LUHMANN em *Das Recht der Gesellschaft* (1995: 154-156) e em *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981: 378).

³⁴⁷ Sobre esse particular aspecto, parece-nos elucidativo e relevante o registro de KING & THORNHILL (2005: 65) no sentido de que: “*Luhmann’s point is not simply that there is no way of determining in any absolute manner what constitutes justice and injustice, but also that the different forms of procedure which need to adhere to law’s image of ‘natural justice’, far from being a mask to hide gross injustices perpetrated in the name of law, becomes programmes within law, providing a spectrum through which generalized abstract notions of justice may become refracted into legal principles*”.

³⁴⁸ Inserimos o termo justiça entre aspas para chamar a atenção para o aspecto, já analisado nesta tese, de que esse vocábulo transcende o campo operativo do sistema jurídico, como referência a um tema disseminado nos sistemas sociais e que, em muitas vezes, fica para além de uma justiça jurídica. Ou seja, para além da capacidade cognitiva e operativa do direito, para além dos limites jurídicos da justiça.

CAPÍTULO IV – COMPLEXIDADE, CONTINGÊNCIA E JUSTIÇA: a justiça e sua função no sistema jurídico autopoietico de Niklas Luhmann

1. A justiça e seus problemas como paradoxo operacional do sistema jurídico

1.1. Justiça como problema de capacidade de ressonância (*Resonanzfähigkeit*) na percepção autopoietico-cognitiva do sistema jurídico

Ao dar início ao tema que abre o derradeiro capítulo desta tese, pressupomos que tenhamos acima explicitado os principais aspectos da teoria de Niklas LUHMANN de modo suficiente a permitir a compreensão de nossa leitura e de nossa proposta com relação à justiça jus-sociológica luhmanniana. Todavia, resta ainda a necessidade de aprofundamento, de modo mais direto e específico, sobre a questão dos limites do sistema jurídico quanto à adequação da ideia da justiça em suas operações autopoieticas e em sua autorreferência. Sendo que no problema da autorreferência nos deparamos com as limitações cognitivo-operativas de um direito funcionalmente especializado em uma sociedade diferenciada e submetida a um incontornável aumento de complexidade e de uma correspondente contingência de expectativas de comportamento que necessitam ser estabilizadas.

Neste momento, devemos retornar ao estudo do conceito de sentido (*Sinnbegriff*) (LUHMANN, 1997: 44ss) e recordarmos que para LUHMANN a sociedade é um grande sistema de comunicação, ou seja, constituído por comunicações que utilizam o *sentido* (*Sinn*) como pressuposto de sua reprodução, de sua autopoiese.

O *sentido* é um produto das operações funcionalmente especializadas em subsistemas

sociais que o utilizam, no qual a ‘realidade’ produzida *pelo* e *no* sistema não decorre de uma “qualidade do mundo” (*Weltqualität*), que pressuponha uma criação, uma fundação, uma causalidade (LUHMANN, 1997: 44).

Recordemos aqui que no modelo epistêmico ‘construtivista’, o mundo ao ser submetido aos limites da autorreferência dos subsistemas funcionais especializados (diferenciados) da sociedade, passa a ser vislumbrado não como uma *unisersitas rerum*, mas sim como uma *policontextualidade*³⁴⁹ (GÜNTHER, 1973; 2008)³⁵⁰, como construção do próprio sistema regida pela racionalidade sistêmica (*Systemrationalität*) de seu código binário de valores. No caso do direito, o código *direito* x *não-direito* e seus desdobramentos operacionais: *lícito* x *ilícito*; *válido* x *inválido*; *constitucional* x *inconstitucional*.

No plano do construtivismo sistêmico luhmanniano, poderíamos falar até mesmo de uma justiça *contextural*, ou melhor, de justiças *contexturais*. O fato é que devemos assumir que cada sistema funcional se depara com pretensões de justiça de suas prestações, que podem ser assim observadas por um *observador externo*, mas que pela óptica autopoiética e autorreferente própria *de cada sistema parcial* da sociedade se apresenta como problema *operacional* ligado à solução de problemas emergentes ligados a sua *função* especializada na sociedade diferenciada, como problemas submetidos a códigos binários diversos, o que gera racionalidades diversas.

No campo do código operativo fundado nos valores binários do *crer* x *não-crer*, surge como questão de fé a esperança pelo advento de uma *justiça divina* no sistema parcial da religião, só para citarmos um exemplo. Com reflexos no campo problemático da moralidade religiosa (LUHMANN, 2000b: 178-184).

³⁴⁹ Da leitura de Gothard GÜNTHER (1973; 2008) e do uso que faz do termo *policontextualidade*, concluímos que este se diferencia da expressão *policontextualidade* pela dimensão ‘construtivista’ e ‘cibernética’ desse autor e da adoção por ele dos postulados da cibernética de segunda ordem. Em nossa interpretação, podemos dizer que um observador pode *colocar-se* diante de um quadro policontextual (preexistente e externo), porém o quadro *policontextual* - ou de seja de várias *contexturas* - surge como construção do próprio observador que os utiliza como limites de seu modo de observar.

³⁵⁰ LUHMANN (1991: 666) utiliza o termo de GÜNTHER (2008), aplicando-o em seu autopoiético-construtivismo de modo a poder afirmar que: „[...] ist eine polykontexturale Gesellschaft entstanden, die eine entsprechende Welt konstruiert. [...]. In unserem Kontext soll die Polykontextualität heißen: daß die Gesellschaft zahlreiche binäre Codes und von ihnen abhängige Programme bildet und überdies Kontextbildungen mit sehr verschiedenen Unterscheidungen(...) anfängt. [...]. Wenn dies unumgänglich ist, dann fungiert eine Kontext als Rejektionsgesichtspunkt für die Unterscheidungen anderer, so zum Beispiel der Kontext Regierung/Opposition zur Rejektion der Unterscheidung wahr/unwahr. Das heißt nicht (bitte, sorgfältig lesen!), daß die Werte bzw. Bezeichnung anderer Kontext nicht anerkannt, [...]“. – Tradução livre: “[...] se estabelece uma sociedade que constrói um mundo correspondente. [...]. No nosso contexto a policontextualidade deve significar: que a sociedade contrói inúmeros códigos binários e os programas dele dependentes e sobre essas conformações de contexto inicia (...) com diferenciações muito diversas. Se se torna inevitável, então atua como pontos de vista de rejeição de um contexto para as diferenciações de outro, assim como, por ex., no contexto político governo/oposição da diferenciação baseada em verdadeiro/falso. O que não quer dizer (por favor, leiam com cuidado!) que os valores, como também, referência a outros contextos não sejam reconhecidas, [...]”.

Deste modo, admitimos que a dificuldade na determinação de uma justiça *jurídica* reside em que a questão da justiça, como visto em tópico do capítulo precedente, não constitui um tema exclusivamente jurídico, mas também encontra campo até mais fértil na filosofia política e econômica. Com isso, a justiça *do direito* não pode ser vislumbrada como uma espécie de panaceia, como uma proposta de soluções *universais* de problemas, como por ex., da estrutura distributiva da sociedade como um todo.

A todo tempo o sistema jurídico está, a partir de sua periferia sistêmica³⁵¹, em atrito com o ambiente, recebendo as irritações e os estímulos das mudanças de estados (eventos) que se desenrolam sem cessar e em cada vez mais complexos quadros fáticos.

A lógica operativa binária do sistema jurídico somente lhe permite construir internamente um ‘mundo’ visto como *temas jurídicos* que demandam uma adequada *função decisória* do direito. Parece-nos ser inegável que a *função* de generalização congruente de expectativas normativas [= estabilização] (LUHMANN, 1987a: 99) se liga, de modo direto, com o problema das *prestações decisórias* do sistema jurídico, o qual se relaciona, por sua vez, com as organizações que integram as estruturas da função judiciária.

E com relação a essa estrutura judiciária, cabe-nos registrar que LUHMANN (1995: 297-337) posiciona os tribunais³⁵² em seu *Das Recht der Gesellschaft* (O direito da sociedade) no *centro* do sistema jurídico, exatamente porque neles se centraliza a *função decisória* do direito. Esses pontos de contato entre o sistema do direito se dão de modos ocasionais ou, até mesmo, por quadros mais duradouros e coevolutivos, como no caso dos acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*), os quais serão estudados mais adiante.

Porém, são as estruturas sistêmicas periféricas que atuam como canais pelos quais as irritações sistêmicas e os estímulos ambientais são introduzidos nas esferas operacional-decisórias do direito. Exemplo desses elementos periféricos, temos as ‘petições iniciais’ das ações judiciais, pelas quais pretensões (dos mais diversificados conteúdos) são juridicamente formuladas em juízo; os contratos, celebrados na esfera da economia, no mais das vezes com

³⁵¹ Esta *periferia* do sistema se situa nas fronteiras da diferenciação entre ele (sistema jurídico) e o “*não-direito*” que se projeta para o entorno. A periferia está, assim, mais próxima topologicamente do ambiente social, ou seja, onde se encontram os outros subsistemas de função da sociedade. Cabendo registrar que, na proposta luhmanniana, todos os demais subsistemas da sociedade são percebidos como *ambiente* ou entorno de determinado sistema que se reproduz em sua autopoiese e desenvolve sua racionalidade em sua autorreferência, como referencia constante a seu código operacional binário.

³⁵² Deve ser trazida à baila a crítica de Werner KRAWIETZ (1992: 269-272), na qual ele identifica, no pensamento jus-sociológico de LUHMANN, certo caráter “estatal” nas operações do sistema jurídico inseridas em organizações oficiais, como por ex., os tribunais. Quer parecer-nos que KRAWIETZ perde de vista que a teoria de LUHMANN pretende, antes de tudo, demonstrar que as *funções jurídicas* se referem à sociedade como um todo, pois a função do direito está ligada à necessidade de estabilização de expectativas sociais, como *das Recht der Gesellschaft* (o direito da sociedade). Porém, a exploração dessa questão extrapolaria os limites temáticos desta tese.

participação de escritórios jurídicos especializados; o processo político-legislativo³⁵³ com seus ‘textos legais’³⁵⁴; os atos da administração pública envolvendo direitos dos administrados; os tratados internacionais que canalizam questões jurídicas ligadas a direitos humanos e outras garantias fundamentais.

Dentro deste contexto, não podemos desviar-nos da problemática relação entre um sistema jurídico focado em essência na sua função social e que, ainda, teria que dar conta de certificar-se da perfeição da justiça de todas suas decisões. Ou, como o próprio LUHMANN (1981: 388) formula o questionamento de que: *„Nur unter der Voraussetzung eines Systems, nämlich beim Entscheiden **mehrerer** Fälle durch **ein** System, stellt sich überhaupt ein Problem der Gerechtigkeit“*.³⁵⁵

Por outro lado, LUHMANN (1981: 389) ressalta que a positivação do direito, como direito alterável e posto por meio de decisão, trouxe para o campo jurídico uma extraordinária complexidade. Este mesmo fenômeno é identificado por Celso Fernandes CAMPILONGO (2011: 80) como “expansão do judiciário”, em decorrência da “explosão das expectativas na Justiça”. Este quadro também é rotulado de ‘judicialização’, como fazem SHAPIRO & SWEET (2002), falando-se inclusive de uma judicialização da própria política.

Indiscutível é que se diversificam e ampliam as fontes sociais de pressão sobre a função social do direito e, paralelamente, de suas prestações decisórias. E, deste modo, partindo do excerto de LUHMANN acima colacionado, o direito cada vez mais tem que decidir sobre *múltiplas* novas questões, ao deparar-se com o aumento da contingência e da complexidade social que necessitam ser *reduzidas nas estruturas internas* do sistema do direito, que precisam gerar alterações dos programas decisórios e dos conceitos da dogmática

³⁵³ Outro ponto que merece uma breve nota, é aquele ligado ao fato de que LUHMANN (1995: 228) observa que: *„[...] die Fortentwicklung des Rechts auf die Gesetzgebung übergeleitet wird und zugleich die Gerichte größere Interpretationsfreiheiten in Anspruch nehmen“* - (Tradução livre: “[...] o desenvolvimento do direito se reconcilia com a função legislativa e, ao mesmo tempo, os tribunais utilizam-se de alta dose de liberdade interpretativa”). Ou seja, é nesse espaço aplicativo-interpretativo que se desenvolve basicamente a autopoiese do sistema jurídico. Tanto que LUHMANN (1995: 256) também pontua que: *„Alles schriftlich fixiert Recht ist mithin zu interpretierendes Recht“* – (Tradução livre: “Todo direito fixado em forma escrita é simplesmente um direito a ser interpretado”).

³⁵⁴ Devemos lembrar que, ao postular o sistema jurídico como *autopoietico* e observar a relação entre direito e legislador, Niklas LUHMANN (1987a: 208) deixa bem claro que: *„Das Recht stammt nicht aus der Feder des Gesetzgeber“* (Tradução livre: “O direito não se origina da pena do legislador”). A ação legislativa e os textos normativos dela decorrentes servem de estímulo, de impulso a uma reconstrução das estruturas internas (reestruturação) do direito (dogmática e programático-decisórias), mesmo porque para LUHMANN (2005a: 227): *„Die Positivierung des Rechts bedeutet, daß die beliebige Inhalte legitime Rechtsgeltung gewonnen werden kann, und zwar durch die Entscheidung, die das Recht in Geltung setzt und ihm seine Geltung auch wieder nehmen kann. Positives Recht gilt kraft Entscheidung“* (Tradução livre: “A positivação do direito significa que a qualquer conteúdo pode ser atribuída a validade jurídica e que, na verdade, por uma decisão se coloca o direito em vigor e que esta pode de novo revogá-lo. O direito positivo vigora por força de uma decisão).

³⁵⁵ Tradução livre: “Somente sob os pressupostos de um sistema, nomeadamente o de que pelo decidir de *múltiplos* casos por *um* único sistema, coloca-se de modo geral o problema da justiça”.

(LUHMANN, 1974).

Hoje convivemos com um sistema jurídico que *deve decidir* sobre praticamente *tudo*, mas a produção de alterações regidas pela variabilidade e flexibilidade que o direito deve apresentar para exercer de *modo adequado* sua função e suas prestações, como direito da sociedade. Por outro lado, conforme já mencionamos nesta tese o trabalho de Hartmud ROSA (2005), na dimensão social aumenta a complexidade dos problemas em velocidade vertiginosa que coloca pressões sobre a dimensão *temporal* (*Zeitdimension*), sobre o tempo da produção de decisões pelo sistema jurídico (LUHMANN, 1987a: 349-353).

Este aspecto temporal tem forçado cada vez mais o direito a aperfeiçoar os mecanismos de estabilização na produção da *generalização congruente de expectativas*, sua função social na modernidade. O problema se agudiza quando os problemas e temas jurídicos chegam ao centro nuclear do sistema jurídico³⁵⁶, momento do final estágio da final estabilização das expectativas³⁵⁷ a serem congruentemente generalizadas. Nas organizações judiciárias, este núcleo sistêmico³⁵⁸ é encontrado nas Cortes superiores e nas Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais³⁵⁹.

As forças da contingência social e seus reflexos na dimensão temporal não deixam intacta a função do direito na sociedade moderna e, de modo crucial, apontam para o fato de que as estruturas atuais do sistema social, com suas inúmeras imperfeições, demandas crescentes, insuficiências de recursos materiais, problemas ambientais e ecológicos, dentre outros, não podem ser canalizadas e nem assumidas pelo sistema jurídico como pretensões de justiça, da justiça como *perfeição*.

³⁵⁶ Sobre esse particular aspecto da posição ocupada pelos tribunais no sistema jurídico, indispensável a leitura do capítulo VII de *Das Recht der Gesellschaft* (1995: 297-337).

³⁵⁷ Para estabilizar expectativas, o sistema jurídico necessita de tempo para processar informações e inovações, passando por um momento inicial de oscilação decisória sobre determinado tema ou conflito, em um movimento que vem de sua periferia para o núcleo sistêmico [1º grau de jurisdição ⇒ Cortes regionais ⇒ Cortes Superiores ⇒ Corte Suprema (eventualmente)].

³⁵⁸ Sobre a questão da necessidade de preservação do núcleo do sistema, ainda que na perspectiva da teoria do sistema geral, esclarecedora é a observação de Márcio PUGLIESI (2009: 63) de que: “Alguns autores consideram, na sua análise dos sistemas, a noção de núcleo do sistema. [...]. Mas, mais do que interesse teórico, tal noção tem um interesse prático, sobretudo para as ciências sociais. Com efeito, se o funcionamento de um sistema depende do seu núcleo, os esforços de mudança de um sistema serão infrutíferos se não se atingir o seu núcleo”.

³⁵⁹ Ao falar-se em núcleo do sistema jurídico, devemos mencionar que recentemente no Brasil surgiram mecanismos de ‘estabilização decisória’ como, por ex., a repercussão geral, no Supremo Tribunal Federal (*cf.* artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil), e o regime dos ‘recursos repetitivos’, no Superior Tribunal de Justiça (*cf.* artigo 543-C do Código de Processo Civil), inspirados em grau diversos pelo *writ of certiorari*, nos Estados Unidos da América, e a *Verfassungsbeschwerde*, na Alemanha. Despiciendo registrar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estão colocados no núcleo do sistema jurídico brasileiro. Agregue-se, ainda, que esses mecanismos de filtragem recursal também servem à proteção desse núcleo do sistema jurídico, como necessidade sistêmica (PUGLIESI, 2009: 63).

Exatamente isso nos quer ensinar a *fórmula de contingência da justiça* de LUHMANN, que o direito na busca por justiça deve se orientar pela auto-observação de suas operações, de sua seletividade e de suas escolhas normativo-programáticas, no sentido da busca de *equivalentes funcionais* (*funktionale Äquivalente*), como meios de exploração de *outras possibilidades decisórias*.

Deste modo, a relação entre direito e sociedade se coloca como problema dos limites da capacidade estrutural do sistema jurídico (estrutura interna) de absorver a contingência e a complexidade do ambiente social; como problema de ressonância ligado à necessária filtragem (*Filterung*) dos estímulos e irritações que podem ser admitidos como *temas jurídicos* (comunicações dotadas de sentido jurídico) submetidos às operações decisórias do direito.

À luz da sociologia jurídica de Niklas LUHMANN, afigura-se altamente problemático o contexto da relação entre o direito e a justiça como *perfeição* em suas raízes jusnaturalísticas clássicas, ou mesmo, em suas variantes hodiernas, como a tese de Ronald DWORKIN (1985: 112-145) da possibilidade de *one-right-answer*, de serem possíveis, enfim, respostas *corretas* e *cabais* para problemas e casos jurídicos, sem ter-se em mente o problema da *generalização* das expectativas.

O fato é que a contingência na teoria de LUHMANN, como um ‘poder ser diferente’ (*«anders sein können»*), ao contrário, aponta para a circunstância de que as respostas jurídicas se submetem a um processamento autopoietico da hipercomplexibilidade e se voltam para a formação de soluções *adequadas* o quanto possível, sem garantias de perfeição e, além disso, mutáveis no limite da capacidade quanto possível de ressonância (*Resonanzfähigkeit*) e preocupadas com a *generalização* de expectativas de comportamentos e previsibilidade de decisões.

A admissão de que o direito seja obrigado a dar respostas pautadas por uma suposta *perfeição da justiça*, pode representar problemas graves de uma *ressonância forçada*, de uma absorção *disfuncional* das perspectivas *policontextuais* da justiça, pondo o direito em face de questões que ele não pode resolver por estarem, até mesmo, fora do alcance de sua racionalidade sistêmica (*Systemrationalität*), da construção de um sentido (*Sinn*) jurídico.

Dentro deste contexto, aqui por ora simplesmente delineado, prosseguiremos nossa exploração teórica com a questão da coerção decisória (*Entscheidungszwang*), da viabilidade (ou não) da utilização dos valores binários do *justo x injusto* como elementos do código **operativo** do sistema jurídico; colocando-se estes pontos diante do problema de uma justiça *funcional* do sistema jurídico.

1.2. “Adequada complexidade” e “fórmula de contingência” e redundância: a justiça *funcional* do sistema jurídico

LUHMANN chama a atenção para o fato de que o sistema jurídico está submetido a uma coerção decisória (*Entscheidungszwang*), decorrente do princípio do *non liquet* que se aplica aos juízes e aos tribunais, que se situam no centro do sistema jurídico (LUHMANN, 1995: 297-337).

Como se poderia, então, exigir de um sistema, que tem de assegurar a possibilidade de decisão de *todos* os problemas a ele submetidos, que simultaneamente ele possa garantir ‘justiça’ (no sentido clássico) da decisão?

Mais inquietante é a observação de LUHMANN (1995: 317), no sentido de que:

*Die Gerichte müssen auch dort entscheiden, wo sie nicht entscheiden können; oder jedenfalls nicht innerhalb vertretbarer Standards der Rationalität. Und wenn sie nicht können, dann müssen sie sich zwingen, es zu können. Wenn das Recht nicht gefunden werden kann, muß es eben erfunden werden.*³⁶⁰

Neste ponto deparamo-nos com o dilema de pressupor que a ‘justiça’ da decisão pode operar como elemento de legitimação das operações decisórias do sistema jurídico, onde LUHMANN (1995: 317) registra que:

*Das Gerichte entscheiden müssen, ist der Ausgangspunkt für die Konstruktion des juristischen Universums, für das Rechtsdenken, für die juristische Argumentation. Deshalb kann »Legitimation« im Sinne einer das Recht transzendierenden Wertbeziehung im Recht letztlich keine Rolle spielen.*³⁶¹

³⁶⁰ Tradução livre: “Os tribunais deve decidir lá também onde eles não podem decidir; ou, em todo caso, não dentro de *standards* justificáveis de racionalidade. E quando eles não o podem, então devem eles se compeliem a poder. Quando o direito não puder ser encontrado, ele deve até mesmo ser inventado”.

³⁶¹ Tradução livre: “Que os tribunais devem decidir é o ponto der partida para a construção de um universo jurídico, para o pensamento jurídico, para a argumentação jurídica. *Por isso*, ‘legitimação’ no sentido de relação valorativa, que transcende o sistema jurídico, por fim não pode exercer nenhuma função no direito”.

Essa impossibilidade de buscar uma ‘legitimação’³⁶² que *transcenda* os limites do sistema jurídico encontra seu fundamento na autopoiese do próprio sistema, em seu fechamento operacional e da necessidade de processamento e controle (pelo sistema) da irritação sistêmica provocada pela hipercomplexidade imensurável e crescente existente no ambiente social. Aliás, essa hipercomplexidade desestruturada se manifesta na mais irreduzível *policontextualidade* – diferentes modos de construir ‘opiniões’ e de modos de observar e *construir* o mundo – e das idealizações ideológicas (não operacionalizáveis na função do sistema jurídico) sobre os multifacetários conceitos de justiça.

Exatamente aí, LUHMANN aponta como necessária a superação da vetusta concepção do direito como guardião da justiça como *ideal de virtude* ou como *ideia de perfeição* valorativa³⁶³, o que conduz à reflexão teórica sobre a impossibilidade operativa da semântica tradicional da ‘justiça’ no direito como tipo de perfeição racional, com os resultados negativos da idealização da ‘justiça’ no sistema jurídico.

Perscruta-se, desta forma, a impossibilidade da legitimação do direito como ‘justiça ideal’, ou mesmo da realização **perfeita** ou **consensual**³⁶⁴ de ‘sentos de justiça’ no direito, vista como consequência prática de sua operacionalização decisória, muitas vezes dependente do poder de coerção estatal³⁶⁵ (*Durchsetzungsmacht*), como acentua LUHMANN (1995: 38-39), o qual pode ser faticamente injusto a depender da perspectiva de observação, como, por ex., em Walter BENJAMIN³⁶⁶.

³⁶² Merece leitura a análise sobre a ideia luhmanniana de ‘legitimação’ levada a efeito por Karl LARENZ (1975: 176-178).

³⁶³ Merece transcrição o trecho em que Edgar BODENHEIMER (1967: 261) preleciona que: “*The dynamic and contingent elements in the notion of justice make it difficult to visualize justice as an a priori structure, an ideal essence, or an eternal immutable image (in the Platonic sense) of which human beings may have obtained a glimpse prior to their earthly lives. [...] We must conclude, therefore, that the theory of justice does not supply general philosophy with a sufficient amount of tangible evidence to support the conception of values as ideally subsisting entities*”.

³⁶⁴ Neste contexto de consenso sobre critérios de justiça, podemos inserir a teoria da Ação Comunicativa de Jürgen HABERMAS (1987) com sua proposta da possibilidade de um “consenso racional” (*Verständigungs-rationalität*), a qual recebe uma crítica severa de LUHMANN (1987a: 177-178) por seu vínculo com a semântica “vetero-europeia” e das dificuldades funcionais dela decorrentes.

³⁶⁵ Como manifestação da violência institucionalizada do Estado, sendo importante reproduzir aqui a profunda observação de Chaim PERELMAN (2011: 125) de que: “*Supposer qu’il soit possible, sans recours à la violence, d’arriver à un accord sur tous les problèmes qu’implique l’usage de la notion de justice, c’est admettre la possibilité de formuler un idéal de l’homme et de la société, valable pour tous les êtres doués d raison, et qui soit admis par ce que nous avons appelé ailleurs l’auditoire universel*”.

³⁶⁶ Walter BENJAMIN em sua obra *Zur Kritik der Gewalt* (1965: 37) registra o que para ele é o paradoxo do próprio exercício da execução forçada do direito na sua relação com a violência, quando diz: “*Als Gewalt nämlich ist, wiewohl dies auf den ersten Blick paradox scheint, dennoch auch ein Verhalten, das in Ausübung eines Rechts eingenommen wird, unter dessen Bedingungen zu bezeichnen. Und zwar wird ein solches Verhalten, wo es aktiv ist, Gewalt heißen dürfen, wenn es ein ihm zustehendes Recht ausübt, um die*

Por outro lado, LUHMANN diagnostica a procedimentalização das operações do direito, é dizer a realização do direito por meio de procedimentos jurídicos, como sistemas de interação, que permitem a criação de visibilidade das operações do sistema do direito e que viabilizam a oportunidade de os atingidos pelas decisões jurídicas de ‘influir’, com sua participação (como partes), sobre o próprio processo decisório do sistema, gerando uma *legitimação pelo procedimento*.

Daí a célebre formulação luhmanniana de que a legitimidade é „[...] *eine generalisiert Bereitschaft, inhaltlich noch unbestimmte Entscheidungen innerhalb gewisser Toleranzgrenzen hinzunehmen*“³⁶⁷ (LUHMANN: 1983, 28). Essa ‘legitimidade’ se refere aos observadores externos do sistema jurídico, como destinatários das decisões produzidas em suas operações autopoieticas.

Mas a ‘legitimidade’ se apresenta também como determinação *interna* no sistema jurídico, a qual se vincula à argumentação jurídica como consistência decisória.

De uma análise dos textos já estudados sobre o tema, percebe-se uma clara opção teórica de LUHMANN por uma separação entre ética, moral e direito; isto devido a sua visão funcional-positivista e, ainda, pela semântica luhmanniana pós-metafísica e pela adoção da perspectiva do *construtivismo cognitivo*³⁶⁸.

Como estudado, esse construtivismo parte da premissa de que o sistema constrói um ‘mundo’³⁶⁹ para si nas operações do sistema e em sua autorreferencialidade (*Selbstreferenz*), em seu fechamento (*operative Geschlossenheit*), para não incorporar de modo indiscriminado e insuportável a hipercomplexidade do ambiente, como, por ex., da multiplicidade de pretensões ético-morais de ‘justiça’, indecidíveis no direito pelo código binário jurídico do *direito x não-direito* (*lícito x ilícito*). Este aspecto nos faz voltar à teoria da *diferenciação funcional*, a qual, como estudado acima, confere à sociedade moderna seu *policentrismo*, que exclui, assim, os perigos de pretensões *totalizantes* de uma ordem moral, baseada nos valores

Rechtsordnung, kraft deren es ihm verliehen ist, zu stürzen; ...” – Tradução livre: “Também sob essas condições, não obstante, deve ser indicado como força (violência) nomeadamente também o comportamento, por mais que à primeira vista pareça paradoxal, admitido como exercício de um direito. E, na verdade, tal comportamento permite-se chamar de força (violência) quando ao ser exercido acaba, lá onde ele é ativo, por violar a ordem jurídica por força da qual aquele direito lhe foi concedido”.

³⁶⁷ Tradução livre: “[...] uma disposição generalizada de admissão de decisões ainda indeterminadas em seu conteúdo dentro de determinados limites de tolerância”.

³⁶⁸ O termo “construtivismo cognitivo” deriva da epistemologia construtivista, como, por exemplo, a de Heinz von Foerster, conhecida como epistemologia cibernética ou construtivismo radical, baseada na atividade do observador na observação cibernética de segunda ordem. O que será mais detalhado em von Foerster e Poerksen (2002).

³⁶⁹ No mesmo sentido exposto aqui e em outros momentos desta tese, merece leitura a síntese de Tobias WERRON (2012: 125-127) sobre o conceito sistêmico-construtivista de ‘mundo’ (*Welt*), demonstrando que LUHMANN parte do modelo da “unidade na diferença” entre *sistema* e *ambiente*, passando pela metáfora do horizonte (HUSSERL) e pela conexão do *unmarked space* (BROWN).

binários do *bem x mal* (LUHMANN, 2008: 389) ou, de modo mais radical, nos de *moralmente 'certo' x moralmente 'errado'*.

LUHMANN (1995: 503) também anota que a comunicação no sistema, no qual se encontram as decisões do direito, *deve ser* realizada sobre uma *decidibilidade* que deve se referir, como “bons fundamentos”, ao direito válido, para o que não satisfazem os sentimentos, desejos, interesses e preferências próprios de *cada* operador do sistema (juiz ou membro de tribunal).

É a decisão *conforme o sistema* (direito válido) que se traduz *no sistema* como racional, razoável ou ‘justa’, exatamente porque produzida na autorreferência (*Selbstreferenz*) do sistema, regida por sua racionalidade operativa (*Systemrationalität*). É dizer, pela exclusão de qualquer referência estranhas ou balizamentos (como na corrupção de código, por ex.³⁷⁰), mas antes exclusivamente pelos valores do código binário do sistema jurídico; fundamentalmente o código do *direito x não-direito*. Esse mesmo aspecto será visto, mais adiante, como uma questão de *microvisão* e de *macrovisão decisória*, conforme nossa própria terminologia.

Mas devemos acrescentar que para LUHMANN a superação da *racionalidade* ou da *razão* no sentido “vetero-europeu” surge da erosão dos fundamentos cosmológicos e metafísicos, com seus pressupostos tanto *divinos* quanto os de um *sujeito* transcendental, constatação que conduz o observador da modernidade a dar-se conta de que a “autodescrição” do sistema toma o lugar da “razão”, o que faz com o que o sistema adote meios argumentativos próprios que se apoiam e se fundam no sistema mesmo (LUHMANN, 1995: 521).

Quanto a esse ponto, LUHMANN (1995: 522) agrega o argumento de que essa esperança na *razão* “vetero-europeia”, seja ela fundada na cosmologia clássica em suas vertentes teológicas, seja na ideia de um sujeito transcendental, dentre outros, parte do pressuposto de que possam existir fundamentos decisórios “racionais” que colidam com a alta reflexividade da sociedade moderna³⁷¹.

Essa reflexividade da sociedade moderna, em LUHMANN, assume feições próprias decorrentes da premissa da *diferenciação funcional* dos subsistemas sociais especializados,

³⁷⁰ Essa corrupção de código ou “corrupção sistêmica” (NEVES, 2007: 241) já foi conceitualmente analisada em momento anterior nesta tese.

³⁷¹ Concepção semelhante, encontramos em Anthony GIDDENS (1990: 39), quando sobre a relação entre ‘razão’ e modernidade ele assevera que: “*For when the claims of reason replaced those of tradition, they appeared to offer a sense of certitude greater than provided by preexisting dogma. But this idea is persuasive as long as we do not see that the reflexivity of modernity actually subverts reason, at any rate where reason is understood as the gaining of certain knowledge. Modernity is constituted in and through reflexively applied, but the equation of knowledge with certitude has turned out to be misconceived*”.

em que a reflexão é entendida como uma “auto-observação” (*Selbstbeobachtung*) que permite ao sistema ver-se como unidade na distinção entre sistema e ambiente³⁷², base de sua autorreprodução (autopoiese).

Paralelamente, coloca-se outro elemento, é dizer o da “autorreferência” (*Selbstreferenz*), que torna operacional a ‘racionalidade sistêmica’ (*Systemrationalität*) como única garantia de uma mínima consistência dos processos ligados às estruturais dos sistemas de função na sociedade hodierna. Os sistemas reflexivamente só podem confiar em suas próprias construções e projeções de mundo, dentro dos horizontes de sua própria perspectiva funcional.

Este quadro traz uma enorme dificuldade para as prestações decisórias³⁷³, sem falar das insuperáveis dificuldades de determinarem-se suas decisões como *justas*, dentro de uma *policontextualidade* em que a ideia de justiça, em si mesma, já se encontra submetida aos poderosos efeitos desintegradores da hipercomplexidade dinâmica da modernidade, com suas *racionalidades sistêmicas funcionalmente diferenciadas* para enfrentar a crescente contingência. Essa *policontextualidade* da *justiça*, como problema *operativo* observável por ângulos divergentes, como construção específica de códigos binários especializados e submetidos a valores sistêmicos *autorreferenciais*.

Para tornar mais grave que seja este panorama de extrema complexidade e contingência, LUHMANN (1995: 317) insere o paradoxo fundamental do **problema operacional** do sistema jurídico como: „*Die Paradoxie der unentscheidbaren Entscheidung*“ (“O paradoxo da decisão indecidível”)³⁷⁴.

Retorna-se assim à questão da superação das racionalidades “vetero-europeias”, que faz com que nos coloquemos face a face com a questão tão presente no dia a dia das operações do sistema jurídico, o da necessidade de decidir questões que não comportam um grau satisfatório de ‘justiça’, seja por falta de condições fáticas e estruturais para sua realização, seja por impossibilidade de aferir o grau de ‘justiça’ da pretensão das partes envolvidas, senão também, e pior, a ‘justiça’ das pretensões de ambos os lados da mesma

³⁷² Neste mesmo sentido, confira-se BARALDI, CORSI & ESPOSITO (1997: 154-155).

³⁷³ A **prestação sistêmica** guarda referência, como já visto nesta tese, à relação entre um subsistema sistema social e outro subsistema. As prestações decisórias do sistema jurídico estão em plano mais genérico (generalizado) da solução de conflitos, as quais se tornam necessárias no momento em que os conflitos não apresentam mais condições de serem resolvidos com os critérios e diferenciações de cada um dos outros subsistemas, pelos quais eventualmente as relações controversas venham a surgir (LUHMANN, 1995: 157).

³⁷⁴ Este particular aspecto inclusive não passou despercebido a Jacques DERRIDA (2005: 38), para o qual não há justiça sem a experiência da aporia da “indecidibilidade”. Para o mencionado filósofo, sobre o conceito da Justiça para o “fantasma obsessivo da indecidibilidade” (DERRIDA, 2005: 52-57).

demanda (!).

Com a questão da “indecibibilidade” (*Unentscheidbarkeit*) retorna-se também à questão originária da multiplicidade *policontextural* de concepções e de conceitos de justiça, na filosofia, na sociologia, na teoria política, na teoria econômica, afora aquelas próprias da teoria geral do direito, como também pode ser visto em LUHMANN (1995: 374-381).

Indagações como estas apontam novamente para a já mencionada aporia da “indecibibilidade” e de sua correlação com a *contingência* e a *complexidade* da sociedade moderna, ou pós-moderna, como preferem alguns (LYOTARD, 1974). Na qual já não podemos mais contar com parâmetros estáveis e conceitos metafísicos e, assim, da própria impossibilidade de adoção de um critério estável de justiça como instrumento de realização prática (operacionalização) do direito.

Este problema, como se vislumbra nesta tese, deve ser trasladado para questionamentos e propostas teóricas que levam em consideração as perquirições em torno da própria função social e das prestações decisórias do sistema jurídico, agora colocada em face da necessidade de adaptação evolutiva às estruturas sociais existentes em certo período histórico.

Junto com a *redundância* que confere a necessária *funcionalidade operativa* do sistema em torno da manutenção em alto grau de eficiência de sua função, assoma-se, paralelamente, o problema da adaptação evolutiva no sentido de *variedade*, interdependência e generalização do direito em face das condições do ambiente social (LUHMANN, 1999: 405), propondo-se a o sistema jurídico como “máquina histórica” (LUHMANN, 1993: 107).

A proposta luhamanniana conduz a uma observação da função decisória do sistema jurídico por meio dos conceitos de *redundância* e *variedade*, como também da teoria da argumentação jurídica, da ‘justiça’ e da necessária fundamentação das decisões jurídicas (LUHMANN, 1995: 338-406).

O direito na construção de suas operações decisórias fundadas no código do *lícito* x *ilícito*, no campo penal e da responsabilidade civil, assim como o do *válido* x *inválido*, no campo do direito contratual, só para exemplificar, deve produzir decisões dotadas de *funcionalidade*, ou seja, decisões que possa refletir possibilidades estruturais, tanto de sentido quanto de exequibilidade social.

Retornando ao modo característico de LUHMANN ver o direito, este faz com que se coloque o sistema jurídico face a face com seu ‘decisionismo’ (LUHMANN, 1995: 38-39) que muitas vezes pode se manifestar sob o manto da decisão judicial fundada na ‘justiça’ do

caso concreto (microvisão decisória³⁷⁵), ou, por outro lado, como resultado da visão positivista do ordenamento válido na *pureza* de um *dever ser (sollen)* (KELSEN, 1962).

É dizer, propondo de forma arbitrária que as coisas *devam simplesmente ser* conforme o conteúdo de uma determinada, assumindo uma postura rígida e não-adaptável, dependente da panaceia da sanção jurídica.

Esta proposição se explica se for admitida a possibilidade da produção de decisões jurídicas arbitrárias (em confronto com o quadro fático-estrutural do ambiente social), dependentes da força impositivo-coercitiva (*Durchsetzungsmacht*) do direito, sobre o pretexto ou ilusões utópicas (*disfuncionais*) de efetivar a ‘justiça’. É dizer, propondo de forma arbitrária que as coisas *devam simplesmente ser* conforme o conteúdo de uma determinada norma ou *Weltanschauung*, assumindo uma postura rígida e não-adaptável (não evolucionária).

Neste particular, o pensamento de LUHMANN nos leva a questionar a proposição positivista *dedutivo-subsuntiva* da definição do direito em torno da ideia de coação (BOBBIO, 2006: 147-159), como é formulado substancialmente na Teoria Pura do Direito de Hans KELSEN (1962).

Essa reflexão teórica implica na impossibilidade de uma plácida ‘aceitação’ de que o direito sempre produza ou possa produzir decisões de maneira rígida, isto é, sem considerar em determinados casos a mudança das condições fático-normativas pela fórmula do *se* $\Rightarrow$ *então*, que qual aponta para a identificação da *igualdade* ou *desigualdade* dos casos em julgamento e que demandam a produção de decisões *iguais* ou *desiguais*, em um encadeamento *consistente* de decisões na história operativo-funcional do sistema.

A inobservância desse parâmetro sistêmico, como pretensão de produção de uma *justiça* caso a caso, paradoxalmente, produziria uma situação de ‘injustiça’ como resultado da própria aplicação do direito, ao julgar desigualmente casos iguais. O direito se tornaria uma espécie de *loteria* jurídica, a depender da sorte ou do azar, por exemplo, na atribuição de um determinado processo a um determinado juiz ou tribunal, em face de decisões confusas, aleatórias e, pior ainda, conflitantes entre si. Por isso mesmo, LUHMANN vê o direito como sistema e, a partir deste contexto teórico, nós inserimos nesta tese o problema da *microvisão* e da *macrovisão* decisória, o que ainda estudaremos em mais detalhes.

LUHMANN (1995: 38) identifica esta busca de soluções para cada caso submetido a

³⁷⁵ A expressão ‘microvisão decisória’ não se encontra na teoria de LUHMANN, mas cuida-se de um conceito que será desenvolvido de forma original no Capítulo III da tese aqui proposta.

decisão (microvisão decisória) como *illusion of control* (LUHMANN, 1995: 560)³⁷⁶, como pretensão ou autoilusão de controle jurídico de situações que estão para além do alcance operacional do sistema e que emerge como consequência de decisões que se colocam arbitrariamente em choque com as condições fático-estruturais, mas, paradoxalmente, fundadas nos mais altos - a partir de determinado ângulo ideológico - da perfeição valores éticos e políticos que conduziriam a uma suposta *perfeição da justiça*, valores que muitas conflitam entre si na forma do paradoxo fundamental da indecidibilidade, como elemento gerador de disfuncionalidades decisórias no direito.

Merece igual consideração o fato de que, segundo LUHMANN (1995: 40-41), o sistema do direito deve ser visto como um emaranhado de operações fáticas que são comunicações sociais (meios simbólicos), referidas a questões jurídicas.

Com profundos reflexos na questão da ‘justiça’ no direito, encontra-se outra inovação na teoria luhmanniana, a qual consiste em pensar o direito como operações (= *função*) e não como uma estrutura (LUHMANN, 1995: 41) fundada em uma idealidade estável (deste modo, igualmente o conceito de ‘justiça’), senão pelas operações (decisórias) que produzem e reproduzem o sentido simbólico e comunicativo (*Sinn*) próprio do direito.

As produções de sentido devem ser *congruentes* e nunca arbitrárias, o que pressupõe o desprezo às condições fático-normativas³⁷⁷ que apontam para a igualdade dos casos em julgamento e que demandam a produção de decisões iguais, o que, paradoxalmente, produziria uma situação de ‘injustiça’ como resultado da própria aplicação do direito, ao julgar desigualmente casos iguais.

Aqui está o ponto nodal da operacionalidade do sistema e da justiça como “fórmula de contingência”, em que para LUHMANN (1995: 223) esta mesma fórmula em sua forma mais geral se refere a uma tradição cada vez obrigatória como *igualdade*, não do tratamento de pessoas, como propõe Hans Kelsen (1962: 360)³⁷⁸, mas sim igualdade de *casos*³⁷⁹

³⁷⁶ A expressão *illusion of control* surge nas pesquisas experimentais da psicóloga e professora da Universidade de Harvard Ellen Jane LANGER (1999: 239-240), inserindo-se posteriormente no campo de perquirição de processos decisórios e dos efeitos neles causados pela autoilusão, como se pode estudar em Scott PLOUS (1993: 170-172).

³⁷⁷ LUHMANN (1995: 38) chega a externar sua impressão de que esta falha, que ele identifica como *illusion of control* (LUHMANN, 1995: 560), o que veremos mais adiante neste mesmo tópico - tendência a colocar a decisão arbitrariamente em choque com as condições fático-estruturais -, é resultado da insuficiência tanto do conceito de positividade do direito quanto do conceito jurídico de justiça. Aprofundaremos esta ideia mais adiante

³⁷⁸ Merece nova reprodução, o trecho em que Hans Kelsen (1962: 360) anota que: „Wenn etwas als gültig vorausgesetzte Gerechtigkeitsnorm statuiert, daß alle Menschen gleich behandelt werden sollen, ist ein Gesetzgebungsakt, durch den Normen gesetzt werden[...]“ (Tradução livre: “Se tal norma de justiça é estatuída e pressuposta como válida, de que todos os homens devem ser tratados igualmente, cuida-se de um ato legislativo pelo qual as normas são postas, [...]”).

submetidos às operações e prestações decisórias do sistema jurídico (LUHMANN, 1995: 263)³⁸⁰. A justiça se apresentaria *funcionalmente* como “regularidade” (*Regelhaftigkeit*) ou “consistência” (*Konsistenz*).

Essa “regularidade” e essa “consistência”, como aspectos *operativo-funcionais* de uma justiça formal, neste plano, sem dúvida, tornam-se bastante problemáticas quando em confronto com as três dimensões do aumento da complexidade do direito: a temporal, a material e a social³⁸¹.

A *função*, ou antes, a *funcionalidade* do direito em um quadro de crescimento incontrolável da contingência e da complexidade da sociedade moderna, ou pós-moderna (LYOTARD, 1974), poderiam ser conduzida ao beco sem saída, à aporia de uma *indecidibilidade paralisante*³⁸² ou ao direito *disfuncional*. Uma sociedade, que poderíamos também chamar de *pós-metafísica*³⁸³, na qual já não pode mais contar com parâmetros cosmológicos estáveis e conceitos metafísicos e, assim, da própria impossibilidade de adoção de um *critério estável de justiça* como instrumento de realização (operacionalização prática) do direito. A própria função do sistema jurídico se vê diante da necessidade de adaptação evolutiva às estruturas sociais existentes em certo período histórico. Adaptação evolutiva no sentido de variedade, interdependência e generalização do direito em face das condições do ambiente social (LUHMANN, 1999: 405), propondo-se a o sistema jurídico como “máquina histórica” (LUHMANN, 1993: 107), o que veremos de modo detido mais adiante.

³⁷⁹ Neste mesmo sentido, a lição de Karl LARENZ (1975: 278, 300).

³⁸⁰ LUHMANN (1995: 263) formula a ‘igualdade’ assim: „[...] *daß gleiche Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich zu entscheiden seien*“ (Tradução livre: “[...] que casos iguais sejam decididos igualmente e casos desiguais, desigualmente).

³⁸¹ Raffaele de GIORGI (1998: 238-239) sintetiza estas três dimensões, ao dizer que: “*L’accrescimento della complessità del diritto si esprime nella dimensione temporale nella possibilità di avere in tempi diversi diritto diverso, cioè nella istituzionalizzazione della trasformabilità e della variabilità del diritto [...]. Nella dimensione materiale la complessità immensamente accresciuta si esprime nel numero dei temi giuridificabili che ormai non si può più controllare e che cresce in relazione alla velocità con cui il tempo di validità possono essere cambiati, e insieme alla crescente differenziazione e especificazione dei ruoli e dei processi di filtrazione attraverso il quali passano i temi che devono essere giuridicizzati. Nella dimensione sociale, questo incontrollabile allargamento di ciò che può diventare diritto comporta la necessità di escludere della partecipazione alla produzione del diritto il maggior numero di persone sempre più diverse; questo effetto può essere prodotto solo attraverso una generalizzazione più forte nella dimensione sociale*”.

³⁸² Terry EAGLETON (2007: 15) ilustra bem a ‘indecidibilidade’ dos problemas morais na atualidade, ao dizer que: “*There are moral problems, too, to which no solution can be had. Because there are different kinds of moral goods, such as courage, compassion, justice, and so on, and because these values are sometimes incommensurable with one another, it is possible for them to enter into tragic conflict with each other*”. E, assim, como esperar-se que o direito tenha soluções *perfeitas* e *justas* em um cenário como este?

³⁸³ Importante registrar que essa expressão nos faz recordar Jürgen HABERMAS (1988), quando ele fala de um *Nachmetaphysisches Denken* (Pensamento pós-metafísico); não obstante este autor situá-lo em um contexto filosófico um tanto diverso da teoria luhmanniana, o faz como crítica à modernidade. As lições de HABERMAS são relevantes quando ele observa o advento de uma *Verfahrensrationalität* (racionalidade procedimental) (HABERMAS, 1988: 42-52) que aponta para o fato de que um pensamento pós-metafísico implica no reconhecimento da perda de referências estáveis, cosmológicas e metafísicas, como vimos demonstrando nesta tese, com consequências sobre o conceito tradicional (“vetero-europeu”) de *razão*.

No plano operativo-funcional do sistema jurídico, como bem ressalta LUHMANN (1995: 223):

*...Gerechtigkeit weder eine Aussage über das Wesen oder die Natur des Rechts enthält, noch ein Prinzip der Begründung der Rechtsgeltung, noch schließlich ein Wert ist, der das als vorziehungswürdig erscheinen ließe.*³⁸⁴

Neste quadro teórico, a “fórmula de contingência” emerge como uma abstração e como forma da justiça corresponde ao princípio formal da *igualdade* de tratamento de *casos jurídicos iguais* (LUHMANN, 1995: 223), sendo que, na sequência textual, LUHMANN explicita que:

*Die Kontingenzformel ist nur ein Schema der Suche nach Gründen oder Werten, die nur in der Form von Programmen Rechtsgeltung gewinnen können.*³⁸⁵

Em outro momento, nosso autor (LUHMANN, 1995: 224) chega a exprimir sua concepção da fórmula da contingência da justiça como “*das Gleichheitsprinzip der Gerechtigkeit*” (“o princípio da igualdade da justiça”), o que, então, permite que se faça a ligação mais clara com a justiça como “adequada complexidade” (*Adäquate Komplexität*) de um modo **consistente de decidir**, o que referenda nossa tese de que a justiça de LUHMANN se ocupa centralmente da *funcionalidade* do sistema jurídico, que não pode se socorrer em suas operações decisórias de critérios perfeitos de justiça, ou, em outros termos, pretender uma *perfeição da justiça*, em sentido “vetero-europeu”.

Claro resta que para LUHMANN (1995: 225), no cenário do que percebemos teoricamente como uma filosofia dos limites, aqui operativos, que o sistema jurídico deve

³⁸⁴ Tradução livre: “justiça nem contém uma expressão sobre a essência ou a natureza do direito, nem um princípio de fundamentação da validade jurídica, nem finalmente como um valor que pudesse dar ao direito uma aparente preferência”.

³⁸⁵ Tradução livre: “A fórmula de contingência é somente um esquema de busca de fundamentos ou valores, os quais somente na forma de programas [decisórios] podem adquirir validade jurídica”.

cumprir, como representação de sua justiça *funcional*, a redução da complexidade do entorno (ambiente) social, ao não levar em conta certos quadros fáticos da sociedade, e construir sua complexidade interna de modo a potencializar a produção de suas prestações decisórias e de sua função de generalizar de forma congruente as expectativas *dotadas de relevância* jurídica, segundo a autorreferência ‘normativa’ do direito. Ao mesmo tempo, protegendo-se por detrás dos ‘muros altos’ (*hohe Mauern*)³⁸⁶ de um certo grau aceitável de indiferença, para preservar níveis *adequados* de funcionalidade sistêmica³⁸⁷.

Essa ‘indiferença’ autopoética se traduz, a nosso ver, como uma necessidade de *distanciamento* em face das questões e conflitos, como um olhar de longe, como na tradicional ideia da *imparcialidade judicial*, o que quer significar uma ampliação do ‘horizonte observável’, ou, como o próprio LUHMANN (1987a: 188) propõe, uma „*gleichen Distanz zu allen Werten und Extrempositionen*“ (“uma igual distância em relação a todos os valores e posições extremas”).

A preocupação e o cuidado do sistema jurídico com sua *função* na sociedade moderna, com seu alto grau de diferenciação, foca-se na sua *funcionalidade operativa* que exige um fluxo decisório adequado e minimamente satisfatório, com a redução da dimensão temporal das decisões, com generalização de seus programas decisórios, submetidos a uma adaptabilidade das decisões jurídicas, que sofrem estímulos transformadores na validade jurídica daqueles programas, sendo que a propósito LUHMANN (1995:107) observa:

*Diese liegen aber nicht in den Entscheidungen des Gesetzgebers und der Gericht, sondern in breitem Umfang auch in der Gründung von Korporationen und in Verträgen, die in die Rechtslage eingreifen und sie ändern.*³⁸⁸

Aqui se manifesta o problema central do princípio da igualdade da justiça que não reside somente na proposição de que *casos iguais devem ser julgados igualmente*, mas sim

³⁸⁶ Cabe recordar ao leitor que esse problema dos “muros altos da indiferença” foi devidamente analisado no capítulo anterior nesta tese, ao qual o remetemos.

³⁸⁷ Deve ser anotado que nesta tese já demonstramos que a dogmática jurídica em sua tradição tem se utilizado de conceitos *redutores de complexidade* como, por ex., o de ato e fato jurídicos, o que pressupõe a existência de aspectos *excluídos* da observação como *atos* sem relevância jurídica, o que, ironicamente, poderíamos denominar de fatos *não-jurídicos*.

³⁸⁸ Tradução livre: “Essas repousam, porém, não somente nas decisões do legislador e dos tribunais, senão em mais ampla extensão também nos fundamentos das corporações e nos contratos que intervêm na situação jurídica e a modificam”.

que *casos desiguais sejam julgados desigualmente*. Esta questão nos remete a outro aspecto da justiça em LUHMANN, como símbolo da unidade operativa do direito, como problema de adaptação (*Anpassung*) e da abertura cognitiva do sistema e de coevolução sistêmica, ao paradoxo da *redundância* e da *reespecificação* dos programas de decisão. O que será tratado no tópico subsequente.

Da *redundância* (consistência + regularidade) normativo-operativa (*caso igual = decisão igual*), é dizer da dimensão interna do sistema, emerge essa *adequada funcionalidade* que repousa na realidade *do* sistema (construtivismo sistêmico) como princípio da justiça, no sentido de vedação da negação *funcional* da justiça (*Justizverweigerung*)³⁸⁹, como não exclusão do acesso à justiça, a qual, por outro lado, não deve ser vista como ingresso amplo de *pessoas* no sistema jurídico, mas sim da submissão de **possíveis** novos *temas* inseridos em novos *conflitos jurídicos*, os quais necessitam ser *filtrados* para aferir a relevância da questão *para* o direito, passando pelo crivo da racionalidade *autorreferente* do sistema.

Um sistema operativo do direito submetido, assim, à coerção decisória (*Entscheidungszwang*), ao *non liquet*, ao amplo acesso a sua ‘justiça’, não pode ter a pretensão de ‘garantir’ uma perfeição da justiça de cada caso decidido, mesmo porque, como já várias vezes observamos, na modernidade a justiça em sua *policontextualidade* não pode assumir uma conformação fixa e estável, pois é o direito uma *máquina histórica* (LUHMANN, 1995: 107) confrontado pela contingência e pela *alterabilidade* característica do direito positivo.

Nesta mutabilidade das circunstâncias fáticas e do próprio direito positivo, o direito válido de hoje pode não mais o ser amanhã, como o direito de ontem pode ser posto novamente em vigência hoje, o que constitui outro grande problema em tentar defender-se a tese da *perfeita adequação* da justiça jurídica em uma moldura de estabilidade cosmológico-metafísica³⁹⁰.

Retornamos ao ponto em que o questionamento de que a justiça formalmente concebida como *adequada complexidade* não pode ser solucionado com referência a decisões de *casos isolados* (*Einzelfall*), mas sim em como o sistema jurídico como um todo, confrontado com a contingência e com a complexidade do ambiente social, limita as possibilidades decisórias (LUHMANN, 1993: 392) em face da necessidade de estabilização

³⁸⁹ LUHMANN (1981: 378) aponta que as *disfuncionalidades* que impossibilitam o direito de tornar a contingência (indecidível) em algo *decidível* representaria a ‘negação da função jurisdicional’, ou, de acesso a uma justiça *funcional*, como um sintoma de “perda de função” do direito.

³⁹⁰ Giorgio del VECCHIO (1951: 26) sintetiza essa ideia de estabilidade e de harmonia que resulta da concepção naturalístico-teológica da justiça, ao dizer que: “*Si presenta così tradotto in termini teologici il concetto de la giustizia come perfezione di tutto l’essere, e unità armonica delle diversi parti [...]*”.

congruente de expectativas, ou seja, de evitar desnecessárias *oscilações decisórias* que conduzem a *disfuncionalidades sistêmicas*³⁹¹. Colocando a questão em termos mais tradicionais, poderíamos falar em necessidade de *segurança jurídica*, o que nos faz invocar a lição de Claude du PASQUIER (1948: 302), quando diz:

Le fruit de la justice formelle est la sécurité juridique (Rechtssicherheit). Si le droit positif est appliqué de façon rationnelle et équilibrée, si la stabilité règne dans la vie juridique, les justiciables savent qu'ils peuvent en toute confiance se reposer sur le droit. Si, au contraire, c'est l'anarchie que règne, si les tribunaux se montrant versatiles et capricieux, [...].

Não estamos aqui, entretanto, deixando de considerar o fato de que existem circunstâncias de que em determinado caso isolado podem surgir elementos fáticos novos e singularidades que levem o sistema jurídico a reespecificar programas decisórios já ‘consagrados’, com o fito de incorporar, de modo autorreferente e autopoietico, os estímulos e irritações advindas das mudanças de estado do ambiente (entorno) social do direito. Temos aqui, então, aquilo que no *common-law* é denominado de *leading case*, ou, até mesmo quando traz questões difíceis, de *hard cases*, para utilizar um termo de DWORKIN. Todavia, o caso *novo* quando passa a ser ‘processado’ pelo sistema de maneira recursiva, faz o sistema retornar a sua justiça operativo-formal de tratar *casos iguais igualmente*, produzindo *redundância* e estabilização congruente de expectativas ligadas ao tema decidido.

O que se põe aqui é o problema do *controle* da igualdade dos casos em perspectiva com a fórmula de contingência e a adequada complexidade. Essa questão nos remete ao tema da *argumentação jurídica* (*juristische Argumentation*) e sua problemática relação com a diversidade de casos e com a justiça, assim formulada por LUHMANN (1995: 345):

Die juristische Argumentation nährt sich von der Verschiedenheit der Fälle

³⁹¹ Essa mesma percepção encontramos, em outros termos, em Pilar GIMÉNEZ-ALCOVER (1993: 251), quando ela anota que: “*El problema de establecer un derecho que se experimenta como contingente es el de conseguir institucionalizar las posibilidades de cambio del derecho sin que con ello se vea afectada su función normativa. La respuesta es, para Luhmann, fácil y consiste en recorsar que la función de una estructura no es la de mantenerse inalterable, sino simplemente la de no ser puesta en cuestión en las operaciones que estructura, lo que no impide que en otros momentos o en otras situaciones pueda ser ella mismo objeto de una decisión y pueda ser cambiada*”.

und erreicht damit eine hohe Spezifität, die sich nicht in allgemeine Prinzipien (etwa: Gerechtigkeit) auflösen läßt. Sie erreicht hohe Problem- und Unterscheidungssensibilität, versteht sich aber in der Praxis keineswegs als »angewandte Methodenlehre« [...], sondern als am vorliegenden Fall operierendes Sichtbarmachen von Unterschieden. [...]. Dabei bildet der Analogieschluß die Brücke zwischen der Verschiedenartigkeit der Fälle.³⁹²

As “pontes analógicas” mencionadas por LUHMANN no excerto acima colacionado se referem aos limites da capacidade interna do sistema jurídico de ‘perceber diferenças’, de processar irritações e estímulos do ambiente social como possível *informação*, ou como formula Gregory BATESON (1972: 462) de informação no sentido de uma “*difference that makes a difference*” (“diferença que faz uma diferença”). Essa diferença *diferente* e apta a ser internalizada no sistema como novo estímulo (*Irritation*) é aquela que passa a fazer sentido (*Sinn*) nas estruturas internas do próprio sistema, por meio da ressonância (*Resonanz*). Esse estímulo novo deve portador de um nível de *perturbação* suficiente³⁹³ a determinar autorreferencialmente (por critérios do próprio sistema) a variação de estruturas dogmáticas e decisórias do sistema jurídico (LUHMANN, 1995: 365), incorporando-se à autopoiese aqui vista como reprodução operativamente fechada, como *redundância* na normatividade do direito.

Neste aspecto, a questão operativo-formal da justiça como *igualdade de tratamento decisório de casos iguais* a uma necessidade de que na decisão de um caso isolado com aspectos *inovadores* se produza argumentação suficiente *dirigida ao sistema*, ou como LUHMANN (1995: 365) bem coloca:

Und dann ist zu entscheiden und argumentativ zu begründen, ob der vorliegend Fall, und das ergibt sich nicht aus der Entscheidungsregel,

³⁹² Tradução livre: “A argumentação jurídica se nutre da diversidade dos casos e atinge com isso uma alta especificidade, a qual não se deixa resolver em princípios gerais (algo como: justiça). Ela atinge alta sensibilidade para problemas e diferenciação, porém ela não deve ser entendida na práxis, de forma alguma, como uma ‘metodologia aplicada’, senão como um modo operativo de tornar visível a diferenciação no caso apresentado. [...]. Lá onde a analogia constrói as pontes entre a diversidade dos casos”.

³⁹³ Exemplo disso, hoje, talvez seja a questão controvertida da homoafetividade e seus efeitos perturbadores sobre o conceito dogmático-jurídico de família, já mencionados nesta tese. LUHMANN (1995: 493) já vislumbrava este problema, colocando a questão de que o direito não pode se isolar em face valores generalizadamente (ou quase!) aceitos na sociedade, que se apresentem como desvios dos valores estabilizados *internamente* no sistema, como, por ex., na área da homossexualidade e, também, do aborto.

*sondern aus einem Vergleich der Sachlagen, sich vom vorhergehenden unterscheidet oder nicht. Man hat also nicht einfach eine eventuell auslegungsbedürftige Regel anzuwenden, sondern **hat zu entscheiden**, ob man **unterscheiden** will oder nicht; und man hat diese Entscheidung zwischen Unterscheidung und Nichtunterscheidung zu begründen.*³⁹⁴

Esse *distinguir-se* ou *não se distinguir* o caso presente dos antecedentes passa pelos canais de estabilização e de generalização do sistema, da periferia para o centro até eventualmente chegar ao seu núcleo sistêmico, por meio de procedimentos recursais que chegam às instâncias onde se encontram as organizações judiciais de cúpula que controlando os fluxos argumentativos dos níveis de jurisdição ordinária irá fixar a *igualdade* ou *desigualdade* do caso visto ou não como uma necessidade de variação e de reespecificação das estruturas dogmáticas e programático-decisórias do sistema para produzir uma nova vertente de *redundância* nas decisões.

Não é despidendo reproduzir mais uma vez, agora tentativamente elucidada, a proposta de Niklas LUHMANN (1995: 356) de que: „Wenn Gerechtigkeit in der Konsistenz der Entscheidungen besteht, dürfen wir daher auch sagen: Gerechtigkeit ist Redundanz“³⁹⁵.

Em outro momento, LUHMANN (1995: 373) reafirma essa tese, asseverando:

*Gründe sind Symbole für Redundanz. So wie Geltung die (Einheit) der Autopoiesis symbolisiert und damit sie Einheit des Systems operationsfähig macht, so operationalisierten gute Gründe die Konsistenz (oder in Wertterminologie ausgedrückt: die Gerechtigkeit) des Systems.*³⁹⁶

Por outro lado, como já mencionamos anteriormente, devemos reconhecer a

³⁹⁴ Tradução livre: “E então é para se decidir e fundamentar de forma argumentativa, se o caso presente se diferencia ou não dos precedentes, e isto não se extrai da regra de decisão, senão de comparação entre situações objetivas. Deve-se, portanto, não aplicar simplesmente uma eventual regra, necessariamente interpretativa, senão que *tem-se que decidir* se quer *distinguir-se* ou não; e tem-se que fundamentar essa decisão entre o distinguir ou não-distinguir”.

³⁹⁵ Tradução livre: “Se a justiça repousa sobre a consistência de decisões, devemos daí também dizer: justiça é redundância”.

³⁹⁶ Tradução livre: “Fundamentos são símbolos para redundância. Assim como simboliza a validade da (unidade da) autopoiese e, com isso, a unidade do sistema se operacionaliza, de modo que os bons fundamentos operacionalizam a consistência (ou na terminologia dos valores: a justiça) do sistema”.

tendência³⁹⁷ de se dotar os tribunais de instância mais elevada no sistema (Cortes superiores) - que segundo nossa leitura de LUHMANN (1995: 297-337) estão situados no centro nuclear do sistema jurídico - de mecanismos de estabilização³⁹⁸ de decisão de temas jurídicos inseridos em conflitos que demandam uma decisão jurídica ou judicial que produzindo *redundância* estabilizem *congruentemente* expectativas sociais relevantes.

A justiça como *perfeição* ou como garantia *absoluta* (= *única* decisão *correta*) da justiça de cada decisão isolada é carga improcessável pelo sistema jurídico que exerce sua função com referência ao sistema social geral na modernidade, pois nessa mesma sociedade encontra as barreiras da enorme contingência e da hipercomplexidade, ou melhor, que se reduzidas *adequadamente* podem produzir um decidir de forma vinculativa sobre uma ação contingente (LUHMANN, 1983: 377-378).

A redução da complexidade que se conforma em programas decisórios fundados na autorreferência normativa e na autopoiese do sistema jurídico garante a generalização congruente de expectativas, a qual nos conduz, como *função* do direito, a vislumbrar o aspecto operativo-formal da justiça como “fórmula de contingência” que se liga a uma “adequada complexidade”, enfim, como um *decidir igualmente casos iguais*, dentro do positivismo sociológico luhmanniano³⁹⁹, como uma representação da *justiça funcional* que aqui propomos nesta tese.

Contudo, a ideia da justiça no pensamento de LUHMANN se restringe somente a um aspecto operativo-formal da justiça? Na persecução de uma resposta a esta indagação crucial passaremos a estudar e expor o que vislumbramos como *justiça mutante* de um direito autopoietico regido pelo paradoxo de um *fechamento operativo* combinado com uma *abertura cognitiva*, como problema dos horizontes da justiça que se formam também em face da ‘fórmula de contingência’ e da “adequada complexidade”.

Momento em que se apresenta o outro lado da justiça luhmanniana, como o outro lado da forma *redundância* se coloca agora a *variedade*, sendo conveniente concluir com

³⁹⁷ O que inclusive foi objeto de consideração reflexiva por LUHMANN (1995: 229), quando ele pontua que: „Ein Ausweg könnte sein, die Kontingenzformel überhaupt für das Zentrum des Rechtssystems, für den Kernbereich der Gerichtsbarkeit vorzusehen, weil nur hier die Paradoxie der Entscheidbarkeit des Unentscheidbaren aktuell wird“ – Tradução livre: “Uma saída seria projetar a fórmula de contingência somente para o centro do sistema jurídico, para o núcleo da jurisdição, porque somente aqui o paradoxo da decidibilidade do indecidível se torna atual”.

³⁹⁸ No direito brasileiro, estes mecanismos, de introdução ainda recente, já foram referidos nesta tese, quais sejam os institutos processuais da *repercussão geral*, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em temas constitucionais, e o do *procedimento de recursos repetitivos*, no Superior Tribunal de Justiça. Algo semelhante ao *stare decisis* do *common-law*.

³⁹⁹ Esse aspecto do positivismo sociológico será estudado de forma mais direta e detida em momento posterior nesta tese.

transcrição do seguinte trecho em que LUHMANN (1995: 374) se contrapõe a um conceito ético de justiça, postulando que:

Interpretiert man dagegen das Postulat der Gerechtigkeit als Postulat der Konsistenz des Entscheidens (gleiche Fälle seien gleich und ungleiche ungleich zu behandeln), kann man Konsistenz als Redundanz auffassen und damit als die eine Seite einer Unterscheidung, deren andere, nämlich Varietät verhindert, daß es in der Welt des Rechts gerecht zugeht. Was mit der Unterscheidung von Varietät und Redundanz zusätzlich gewonnen wird, ist die Einsicht, daß die Angelegenheit noch eine Seite hat. [...]die Erfordernisse einer ausreichenden (und unter modernen Bedingungen: hohen) Varietät des Systems.⁴⁰⁰

1.3. “Adequada complexidade”, “fórmula de contingência” e redundância: *macrovisão e microvisão* decisórias na função do direito

Passamos agora à exploração do aspecto mais complexo e paradoxal da justiça de LUHMANN, a da *adequada complexidade* e da *fórmula de contingência* que exige adaptabilidade e variedade. Uma justiça que transcende o aspecto formal do princípio da igualdade dos casos submetidos às prestações decisórias do direito, como sistema de função, como subsistema social.

Outro ponto a ser considerado reside em que a especificação funcional do direito tem como vantagem converter-se em mecanismo que favorece a evolução social (= coevolução dos sistemas sociais).

Podemos citar também como exemplo da complexidade teórica da justiça luhmanniana, o fato de no volume intitulado *Die Rückgabe des zwölften Kamels* (TEUBNER: 2000), no qual está inserido um texto de LUHMANN⁴⁰¹, com o mesmo título, visto como uma

⁴⁰⁰ Tradução livre: “Interpreta-se contrariamente o postulado da justiça como postulado da consistência decisória (que casos iguais sejam tratados igualmente e diferentes diferentemente) e pode-se, assim, conceber a consistência como redundância e, com isso, como um lado de uma diferenciação em que o outro, nomeadamente o da variedade, é abertamente evitado, e que no mundo do direito se admite como justo. O que se adquire adicionalmente com a diferenciação entre variedade e redundância é a ideia de que a questão ainda tem outro lado. [...] os requisitos de uma suficiente (e sob as condições da modernidade: alta) variedade do sistema”.

⁴⁰¹ Deve ser registrado que este texto foi publicado *post-mortem*.

alegoria luhmanniana sobre a função do direito e sua relação com a justiça⁴⁰².

O problema da justiça naquele texto, segundo a leitura que a ele emprestamos, se volta à questão das prestações decisórias do sistema jurídico e de sua relação com o paradoxo fundamental da “indecidibilidade” (*Unentscheidbarkeit*) e de sua relação com a função social do direito.

A alegoria se foca no problema da divisão de seus camelos⁴⁰³ entre os três filhos de um beduíno, segundo a disposição de última vontade deste, no sentido de que Ahmed, o filho mais velho, ficasse com $1/2$, dos camelos. Enquanto que Ali, com $1/4$, e o mais jovem, Benjamin, com $1/6$.

Empobrecido o beduíno vem a falecer e deixa para serem partilhados com seus 3 filhos, nas proporções acima declinadas, somente 11 camelos. Diante do conflito entre eles sobre a correta proporção de camelos que caberia a cada um, os irmãos se dirigem ao *qadi* (juiz islâmico) e lhe submetem o caso a julgamento. Para resolver a questão, o juiz, então, empresta aos contendores um de seus próprios camelos, com a condição de que este lhe fosse ao final devolvido.

Esta solução faz com que os contendores fiquem **satisfeitos** com a decisão. Aí, exatamente aí, reside o paradoxo do 12º camelo, o camelo do juiz. Na verdade, este 12º camelo ‘integrou’ a decisão, mas ao ser devolvido os irmãos partilharam entre si, nas proporções indicadas em vida pelo pai, os *mesmos* 11 camelos⁴⁰⁴.

A ‘solução satisfatória’ do caso e que pôs fim à contenda entre os irmãos, que ficaram felizes com os *mesmos* 11 camelos, mas que, paradoxalmente receberam e teriam que *devolver* o 12º camelo, que, no fim de contas, em nada mudou as proporções que cabiam a cada um deles. Exatamente neste ponto é que Niklas LUHMANN (2000a: 03-04) coloca o questionamento de que se este 12º camelo seria necessário ou não? Seria esse 12º camelo um “camelo processual” (*Prozeßkamel*)? O juiz teria que ter esse 12º camelo? Seria ele a ‘vontade de Allah (Deus)? Seria ele a ‘legitimação’?

⁴⁰² A partir desse *mesmo texto* são naquela obra (TEUBNER, 2000) apresentadas reflexões de diversos autores e segundo diversificados matizes, nenhuma delas coincidentes. Este fato somente demonstra a complexidade e o alto grau de abstração das formulações luhmannianas ali desenvolvidas, às quais e que tentaremos dar uma interpretação, nos estreitos limites temáticos desta tese.

⁴⁰³ Não podemos deixar de anotar que encontramos em Malba TAHAN, pseudônimo do matemático brasileiro Júlio César de Melo e SOUSA, história semelhante (só que com 35 camelos), em que os irmãos se contentam com a solução aritmética dada pelo personagem Beremiz (o Homem que Calculava) (TAHAN, 1983: 21-23).

⁴⁰⁴ Curioso notar que a situação de cada um deles ficou *proporcionalmente* melhor, como pode ser observado a seguir: 11 camelos – Ahmed $\Rightarrow 1/2 = 5.5$ camelos, acaba recebendo 6 camelos. Ali $\Rightarrow 1/4 = 2.75$, recebe 3. Benjamin $\Rightarrow 1/6 = 1.83$ camelo, recebe 2. Assim, $6 + 3 + 2 = 11$. Enfim, todos acabam um algo mais, tornando a solução proporcionalmente adequada (= justa?).

LUHMANN (2000 a: 04) no decorrer desse instigante texto propugna que este 12º camelo é paradoxalmente “necessário e desnecessário” („*nötig und nicht nötig*“), e, mais adiante, observa que „*Das zwölfte Kamel vollzieht eine operative Funktion auf höchster Ebene, es macht Entscheidung möglich*“⁴⁰⁵.

Este camelo efetua uma „*eine symbolische Operation*“ (“uma operação simbólica”), na qual o “camelo simbólico” indica que: „*Jede Operation eines Systems muß sich auf Voraussetzungen stützen, die mit der Operation selbst nicht in Frage gestellt werden können*“⁴⁰⁶.

Mais importante ainda, LUHMANN postula que a “mais-valia” (*Mehrwert*) do 12º camelo não se deixa determinar, em sua função simbólica, nem mesmo logicamente, de modo indubitável. Os pressupostos dessa ‘validade’ do camelo em questão „*fluktuieren mit den Operationen*“ (“flutuam com as operações”) (LUHMANN, 2000a: 04-05).

LUHMANN (2000a: 05) prossegue asseverando que:

*Das System gibt sich die Möglichkeit der Orientierung am Kamel als fixierter Entscheidungsbedingung, obwohl es zugleich die Möglichkeit behält, mit fluktuierenden Prämissen zu operieren.*⁴⁰⁷

Neste trecho, vislumbramos a paradoxal relação entre um código binário fixo e inalterável (LUHMANN, 1997a: 376-377), o qual confere a identidade autopoietica ao sistema jurídico e permite o fechamento deste em torno de suas operações, promovendo o *fechamento operativo* (*operative Schließung*), e os programas decisórios (programas condicionais) característicos do direito, nos quais reina a *variabilidade* (*Variabilität*) (LUHMANN, 1997a: 377-378) que confere flexibilidade, *adaptabilidade* e (como fez o qadi com seu 12º camelo) *criatividade* (LUHMANN, 1988c) a esse mesmo sistema, promovendo a *abertura cognitiva* (*kognitive Öffnung*). Sobre essa intrigante relação entre *fechamento* e *abertura*, passamos a reproduzir um dos trechos – para nós - mais claros de LUHMANN

⁴⁰⁵ Tradução livre: “... o 12º camelo realiza uma função operativa em um nível mais alto, tornando a decisão possível”.

⁴⁰⁶ Tradução livre: “Toda operação um sistema deve sustentar-se em pressupostos que não podem ser colocados em questão juntamente com a operação”.

⁴⁰⁷ Tradução livre: “O sistema se dá a possibilidade de orientação no camelo como condição decisória fixa, apesar de que mantém a possibilidade de operar com premissas flutuantes”.

(1986: 14) sobre o tema:

Selbstreferentielle Systeme sind in ihrer Reproduktion geschlossene Systeme, sind in ihrer Reproduktion also auf sich selbst angewiesen. Sie sind zugleich aber offene Systeme insofern, als diese Reproduktion nur in einer Umwelt und nur unter kontinuierlich Irritation und Störung durch die Umwelt stattfinden kann [...]. In jedem Fall geht es darum, daß die Systemdynamik auf Umwelt angewiesen bleibt und ohne Umwelt zum Erliegen käme, aber nicht durch bestimmte Faktoren der Umwelt oder durch bestimmte andere Systeme dirigiert kann. In anderer Formulierung kann man auch sagen, daß die „Resonanz“ eines selbstreferentiellen System von internen Strukturen und von seinen momentanen Zuständen abhängt.⁴⁰⁸

Estas digressões luhmannianas sobre a autorreferência do sistema nos levam à reflexão da já mencionada relação, por nós proposta, entre *microvisão decisória* e *macrovisão decisória*⁴⁰⁹, o que coloca diante do juiz ou dos tribunais a questão do que denominamos de *horizontes decisórios* (*Entscheidungshorizonte*). Na verdade, um problema de argumentação e de busca de fundamentos decisórios que permitem uma ampliação do horizonte decisório, em que a *macrovisão decisória* impõe ao juiz e tribunal como um *operador no interior de um sistema*, como aquele que tem de fornecer o 12º camelo, como função simbólica *generalizada* pelo ato decisório.

Neste quadro, a decisão produzida no sistema judicial deve abandonar a ideia de que se decidem *casos isolados*, o que identificamos como *microvisão decisória*, em decisões *ad hoc*⁴¹⁰, quando, na verdade, o sistema jurídico deve operar com base em uma *macrovisão* que implica no fato de que a decisão deve, para além de decidir um conflito em um caso, aplicar os programas já ‘canonizados’ nas operações do sistema ou, na *decisão de caráter inovador*,

⁴⁰⁸ Tradução livre: “Sistemas autorreferenciais são, em sua reprodução, sistemas fechados, são em sua reprodução, portanto, relacionados com eles mesmos. Eles são, porém, ao mesmo tempo, sistemas abertos na medida em que essa reprodução somente pode ter lugar em um ambiente e somente por meio de irritações e perturbações contínuas do ambiente. [...]. Em todo caso, trata-se de que a dinâmica do sistema se permanece relacionada com o ambiente e sem o ambiente chegaria a um impasse, porém não pode ser dirigido por fatores determinados do ambiente ou por outros sistemas específicos. Formulado de outro modo, pode-se também dizer que a “ressonância” de um sistema autorreferencial depende de estruturas internas e de circunstâncias momentâneas”.

⁴⁰⁹ Deve ser esclarecido que não se trata aqui da questão da *macrojustiça* desenvolvida nos estudos de Serge-Christophe KOLM (2004) no campo da teoria política da economia, mas sim de uma questão ligada aos horizontes decisórios e suas implicações para a justiça jurídica.

⁴¹⁰ Marcelo NEVES (2013: 200-201) ao produzir crítica aos modos de aplicação de princípios na jurisdição constitucional brasileira e de seu ‘sincretismo metodológico’ falar em ponderação de princípios *ad hoc*, sem preocupação com a função de generalização congruente de expectativas que caracteriza a função do sistema jurídico na sociedade.

deve voltar-se para o futuro das operações do sistema, como preparação de estruturas argumentativas para *casos iguais que devem ser decididos igualmente*, facilitando a recursividade e ‘imunizando’ (LUHMANN, 1995: 161, 567) os mesmos conflitos em casos futuros, na justiça *funcional* do sistema *operacional* do direito, reduzindo o tempo na produção de decisões.

Exatamente nesta necessidade de consistência decisória como *adequada complexidade* do sistema do direito é que surge, de maneira mais relevante ainda, o aspecto voltado à introdução de *novas informações* que servirão para as *inovações decisórias*, nas quais emerge o ponto central deste tópico que tem como eixo analítico o problema da *adaptação* (*Anpassung*) do sistema ao ambiente, confrontada com os limites postos para a preservação da adequação de sua função (o 12º camelo) a sua autopoiese sistêmica e à proposta evolucionária luhmanniana relacionada à coevolução dos subsistemas de função.

1.4. Justiça e coevolução sistêmica: acoplamentos estruturais, interdependência e adaptação (*Anpassung*)

Neste estágio da presente tese, devemos buscar a delimitação do conceito de acoplamentos estruturais⁴¹¹ (*strukturelle Kopplungen*), anotando que eles não foram desenvolvidos originariamente na teoria luhmanniana, tanto que LUHMANN (1994: 302) aponta este fato nos seguintes termos:

In anderem Forschungszusammenhängen tauchen Begriffe wie ‘coupling’ oder ‘bonding’. Sie bezeichnen eine zeitweilige Verknüpfung von unabhängigen Einheiten. (...). Sie dringt nicht in das Innere der Einheiten ein, kann aber feststellen, daß sie nach gelegentlich zusammenschließen, in

⁴¹¹ Com respeito ao afastamento de um solipsismo sistêmico, acima mencionado, e de sua relação com os acoplamentos estruturais, em nossa leitura, cabe a transcrição do seguinte escólio de Niklas LUHMANN (1991: 36): „Operative Schließung heißt nicht, daß es zu kausalen Unabhängigkeiten, zur wechselseitigen Isolierung kommt. Erreichbar ist nur, aber das genügt, daß diese [...] Systeme durch strukturelle Kopplungen verknüpft werden und sich in einer Form beeinflussen, die mit voller Autonomie im Bereich der jeweils eigenen Operationen kompatibel ist.“ – Tradução livre: “O fechamento operativo não quer dizer que se chega a independências causais, a um isolamento recíproco. Somente basta, porém, que seja realizável que estes [...] sistemas estejam entrelaçados por meio de acoplamentos estruturais e que eles se influenciem de uma forma que seja compatível com sua total autonomia, no campo de suas próprias operações.”

*mehreren Variablen gleiche oder komplementäre Werte annehmen oder auch bei bestimmten Anlässen wie ein einheitliches System wirken.*⁴¹²

A ideia dos acoplamentos estruturais⁴¹³ surge na teoria biológica de Humberto MATURANA Romesín (2002: 16), o qual assim descreve o núcleo dessa ideia:

The same applies to the medium as a structure determined system that changes following a course that arises in the interplay of its own structural dynamics and the structural changes triggered in it by the systems that interact with it. As a consequence, in this process the structure of the living system and the structure of the medium change together congruently as a matter of course, and the general result is that the history of interactions between two or more structure determined systems becomes a history of spontaneous recursive structural changes in which all the participant systems change together congruently until they separate or disintegrate.

Os acoplamentos estruturais⁴¹⁴ emergem, quando introduzidos na teoria sociológica do sistema jurídico de LUHMANN (1995: 494-495), no seguinte contexto:

Offenbar realisiert sich das Gesellschaftssystem mit Hilfe der Differenz von autopoietischen Funktionssystem und strukturellen Kopplungen und grenzt sich dadurch von einer Umwelt ab, in Bezug auf die ganz andere strukturelle Kopplungen (nämlich die mit Bewußtseinssystemen) realisiert werden.

⁴¹² Tradução livre: “Conceitos como “coupling” e “bonding” trazem à superfície outros contextos de pesquisa. Eles indicam uma integração temporária de unidades independentes. (...). Ela não penetra as unidades, mas pode estabelecer que elas se combinem ocasionalmente e, assim, adotem os mesmos valores ou valores complementares diante de muitas variáveis, ou até operem como sistema unificado em ocasiões específicas”.

⁴¹³ Expressão correlata à de acoplamento estrutural é a de *structural drift* também cunhada por Humberto MATURANA Romesín (1980) e que se liga aos estudos sobre as bases biológicas da cognição que se refere ao desenvolvimento das estruturas coordenadas dos entes biológicos.

⁴¹⁴ O próprio LUHMANN (2006: 269) esboça o conceito de acoplamento estrutural do seguinte modo: „Der Begriff der strukturellen Kopplung liegt (...), der zwei Systeme gleichzeitig betrachtet und sich die Frage stellt, wie sie miteinander verbunden sind: wie es überhaupt möglich ist, dass ein System, obwohl es autopoietisch ist – das heißt, obwohl es sich mit eigenen Operationen reproduziert und das entweder tut oder anderenfalls aufhören muss zu operieren, also aufhören muss zu existieren –, in einer Umwelt funktioniert” – Tradução livre: “O conceito de acoplamento estrutural (...) se deve a que dois sistemas se contemplem e se perguntem como estão eles ligados entre si: como é absolutamente possível que um sistema, apesar de autopoietico – o que quer dizer, apesar de ele se produzir em suas próprias operações e determinar aquelas que devem cessar de existir ou, consequentemente, deixar de serem operadas – funcione em um ambiente”.

*Weder kann man deshalb sagen, daß die Gesellschaft sich als Summe ihrer Funktionssysteme reproduziert; noch kann man diejenigen Formen, in denen sich strukturelle Kopplungen realisieren (in unserem Bereich also: Verfassung bzw. Eigentum und Vertrag oder in Terminologie des 19. Jahrhunderts: Staats und Gesellschaft) als repräsentativ für die gesellschaftliche Ordnung ansehen. Entscheidend ist vielmehr, daß die Realisation von autopoietischen Funktionssystemen und die Einrichtung von strukturellen Kopplungen, die Irritationen zugleich steigern, dirigieren und ausschließen, nur zusammen evoluiere können.*⁴¹⁵

Na busca do papel dos acoplamentos estruturais e de um possível sentido adaptativo nas concepções de LUHMANN sobre a justiça, já analisadas nesta tese, devemos apontar que o sistema jurídico além de ser proposto como subsistema social autopoietico de função possui uma característica peculiar, qual seja o fato de que suas operações produzem reflexos *perturbadores* nas operações de outros subsistemas sociais, o que permite identificar fenômenos ligados à formação dos acoplamentos estruturais do direito com os demais subsistemas que constituem seu entorno social, seu ambiente (*Umwelt*).

As prestações decisórias do sistema jurídico se processam dentro das áreas do *direito econômico e concorrencial*, do *direito empresarial*, do *direito eleitoral*, do *direito administrativo*, dentre outros. Ou seja, o direito exerce sua função de generalizar as expectativas normativas de modo congruente na sociedade e, em razão dela, fornece suas *prestações decisórias* nos mais variados temas que passam a ser *juridicizados*, ou seja, admitidos como problemas e conflitos sociais com *ressonância* (= admissão autopoietica) nas estruturas *dogmáticas e programático-decisórias* do direito.

Posta a questão desta moldura, fica mais simples perceber que o direito recebe um alto grau de *irritação* e de *perturbação ambiental* na forma de conflitos que lhe são submetidos como casos a serem decididos. Neste momento é que se afigura importante a função geral dos sistemas sociais, a de *reduzir a hipercomplexidade ambiente a níveis operacionalizáveis nas estruturas internas do sistema*, é dizer, *reduzindo a possibilidade de disfuncionalidades sistêmicas*.

⁴¹⁵ Tradução livre: “O sistema social claramente se realiza com a ajuda da diferença dos sistemas funcionais autopoieticos e dos acoplamentos estruturais que se delimitam entre e por meio de um ambiente, como por completamente diferentes acoplamentos estruturais que venham a surgir (...). Ainda se pode, por isso, dizer que a sociedade se reproduz como a soma de seus sistemas funcionais, como também pelas particulares formas em que se apresentam os acoplamentos estruturais (em nossa área como: Constituição em relação à propriedade e ao contrato, ou, na terminologia do séc. XIX: Estado e Sociedade) como representativos da visão da ordem social. Decisivamente, de modo mais exato, no surgimento dos sistemas funcionais autopoieticos e em que a formação de acoplamentos estruturais, ao mesmo tempo em que amplia, dirige e exclui as irritações, faz com que aqueles possam evoluir conjuntamente”.

Na redução da hipercomplexidade ambiental o sistema, de um lado, fecha-se operativamente para poder continuar a reproduzir como estrutura dinâmica em suas operações e em sua reprodução (autopoiese). Mas deve ser anotado que o sistema *não exclui* simplesmente a complexidade assimétrica do ambiente (hipercomplexidade), mas, na verdade, *reduz essa complexidade*. Alguma complexidade é admitida como informação pela racionalidade autorreferente do sistema de função. Esse aspecto é indicado por LUHMANN como abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*). Parece-nos que, deste modo, ainda que em parte se *desparadoxiza* (*sich entparadoxiert*) a abertura no fechamento do sistema.

Mas ainda fica a outra questão, que representa outra parte do paradoxo, e que é ressaltada por LUHMANN (1988b: 20): o subsistema do direito utiliza a diferença estabelecida entre expectativas cognitivas e expectativas normativas, para combinar a clausura recursiva de sua autorreprodução com sua abertura em suas relações com o ambiente.

É nessa complexa relação entre o fechamento normativo-operacional do direito e as forças *adaptativas* da abertura cognitiva do sistema funcional do direito para seu ambiente⁴¹⁶ que surgem as possibilidades de formação dos acoplamentos estruturais entre o direito e outros subsistemas sociais. Como, por exemplo, entre o subsistema do direito e os subsistemas da economia e da política.

Neste contexto, quais possibilidades apresentam os acoplamentos estruturais?

A presença da ideia da autopoiese na teoria dos sistemas sociais não exclui, de modo algum, que os sistemas não possam, ou mesmo, não devam se adaptar (*sich anpassen*) ao ambiente social.

LUHMANN (2002a: 373) explicitamente coloca a questão nestes termos:

*Die Anpassung eines autopoietischen Systems an Umweltbedingungen wird durch **strukturelle Kopplungen** vermittelt, die kognitiven Prozesse des Systems nur irritieren, nicht aber determinieren können. Sie machen sich im Vergleich mit gegebenen Erwartungen, also mit selbstproduzierten, zur Reproduktion anstehenden Strukturen bemerkbar, aber nicht als Festlegung künftiger Systemzustände. Strukturelle Kopplungen sind also voll kompatibel mit der Autopoiesis der Systeme; sie schränken sie nicht ein, sie benutzen sie, um Umweltbedingungen trotzdem zur Geltung zu bringen. Eine Vielzahl von Strukturellen Kopplungen stärkt deshalb auch die Autonomie des Systems.*⁴¹⁷

⁴¹⁶ É dizer, mais especificamente, com os demais subsistemas do sistema social que estão no ambiente social do direito.

⁴¹⁷ Tradução livre: “A adaptação do sistema autopoietico às condições de seu ambiente é mediada pelos acoplamentos estruturais, que somente ‘irritam’ o processo cognitivo do sistema, mas não podem se determinar.

Colocam-se, desse modo, os acoplamentos estruturais no campo das possibilidades cognitivas do sistema, em um processo *autocontrolado* de aprendizagem, com a aquisição evolutiva de novos conhecimentos, autorreferencialmente construídos no interior do sistema.

Ou seja, os acoplamentos estruturais ao canalizarem as irritações do ambiente social pressionam aumentam a *seletividade do sistema* do (estimulado desde o ambiente) pode seletivamente transformar os estímulos recebidos, desde o ambiente, em conhecimento (cognição), o que pode gerar alteração evolutiva de seus programas, o que pode ser interpretado como uma ‘*reespecificação*’ dos programas normativos do direito voltado para o futuro das operações do sistema. Em outros termos, como uma *reprogramação normativa*.

Neste panorama, os acoplamentos estruturais permitem que o sistema do direito se acople com um ou mais sistemas e que, assim, eles ocasionalmente executem conjuntamente operações que, apesar de serem vistas como operações autopoieticas e autorreferenciais de cada um deles, isoladamente, tenham por base os mesmos valores – valores comuns – ou valores complementares, os quais em certas condições conduzem a que os sistemas operem de modo unificado. Exemplo disso são os contratos, que representam operações econômicas, mas que também se apresentam como elementos do direito das obrigações (operações jurídicas).

Quanto à operação unificada de sistemas autopoieticos, surge também na teoria luhmanniana o conceito da interpenetração sistêmica (*Interpenetration*). Este conceito foi elucidado por BARALDI, CORSI & ESPOSITO (1997: 189), nos seguintes termos:

*Man spricht von Interpenetration (...), wenn die strukturelle Kopplung in einem Verhältnis der gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Systemen stattfindet, von denen jedes nur dann existieren kann, wenn die anderen auch existieren. Die betreffenden Systeme entwickeln dann ko-evolutiv*⁴¹⁸.

Eles se fazem notar no cotejo com expectativas dadas para a reprodução de estruturas pendentes e, portanto, autoproduzidas, mas não como determinação de estados futuros do sistema. Os acoplamentos estruturais são, portanto, plenamente compatíveis com a autopoiese dos sistemas, eles não se restringem, eles se utilizam, apesar disso, para dar validade às condições do ambiente. Uma multiplicidade de acoplamentos estruturais fortalece, assim, a autonomia do sistema”.

⁴¹⁸ Tradução livre: “Fala-se de interpenetração, se o acoplamento estrutural tem lugar na proporção da mútua dependência entre os sistemas, da qual cada um somente pode então existir se o outro também existir. Os referidos sistemas se desenvolvem então coevolutivamente”.

Como visto, o acoplamento estrutural deriva da circunstância de que, em dados momentos, ao serem observados de fora, os sistemas se apresentem unificados ou coevolutivamente interdependentes, por compartilharem de valores *mútuos* ou *complementares*, de modo mais estável.

No compartilhamento destes valores (mútuos ou complementares) os sistemas aprendem e, assim, evoluem com o aumento de sua complexidade interna, pela incorporação de novos conhecimentos ao processo de reprodução autopoietica (autorreferente) do sistema.

Como vimos no capítulo I da presente tese, a dificuldade surge quando se observa como os sistemas reagem às frustrações de expectativas (*Erwartungsenttäuschungen*), ponto em que retomamos a seguinte distinção: expectativas cognitivas (*kognitive Erwartungen*) x expectativas normativas (*normative Erwartungen*). A diferença entre elas está no modo de reação: resistir ou aprender

As expectativas cognitivas implicam na capacidade de aprender (*Lernfähigkeit*) em face do desapontamento, como uma variação não esperada de comportamento que não corresponde à estrutura de uma expectativa prévia de conduta, ou seja, desviante do padrão esperado.

De outro lado, nas expectativas normativas está-se diante da necessidade funcional de estabilização de determinados comportamentos imprescindíveis ao bom funcionamento do sistema social, com a produção de grau mínimo de segurança gerado pela previsibilidade do comportamento. Estas expectativas não estão determinadas a ‘aprender’ e se utilizam de meios sistêmicos para estabilizar *contrafaticamente* (de modo coercivo) as expectativas de conduta por necessidade prioritária de segurança e de integração social (LUHMANN, 1987: 44). Todavia, tanto as expectativas cognitivas como as expectativas normativas devem ser vislumbradas como estratégias sociais de redução *ou* minoração (*Minderung*) dos riscos.

Nesta estratégia de redução dos riscos e da promoção segurança na sociedade, LUHMANN (1987: 50) aponta que mesmo nas expectativas cognitivas, há a possibilidade de não se aprender, como também que nas expectativas normativas não fica excluída, de modo absoluto, a possibilidade de aprendizado.

Nesta última situação, deve se ter em mente que paradoxalmente a redução dos riscos possa demandar, em dado momento, a possibilidade de admissão da incorporação de novos comportamentos que permitam o aumento da complexidade estrutural do sistema parcial de função na sociedade.

Como já registramos anteriormente, as expectativas normativas (*normative Erwartungen*) estão situadas de forma mais clara e principal na função social do sistema jurídico, o que, porém, não quer significar uma *rigidez* e uma *inflexibilidade* do direito o que representaria uma impossibilidade evolutivo-adaptativa nos programas jurídico-decisórios.

No capítulo I desta tese, vimos que LUHMANN busca a inspiração para a elaboração de sua teoria sistêmico-evolutória nas perquirições de Donald T. CAMPBELL (1974), com a incorporação na teoria dos sistemas de mecanismos *evolucionários* em vez de processo *evolutivo*, o que demonstra a cautela de LUHMANN (TEUBNER, 1988: 228) de não ter sua teoria incluída entre correntes sociológicas inspiradas pelo denominado *darwinismo social*, muito criticado e rechaçado na teoria social contemporânea. LUHMANN fala de *aquisições evolucionárias* (*evolutionäre Errungenschaften*) (LUHMANN, 1994: 104-105) para expressar o processo de evolução do sentido (*Sinn*) e de seus reflexos nas operações e na variabilidade das estruturas dos sistemas sociais de função.

LUHMANN incorpora os três mecanismos evolutórios de Donald T. CAMPBELL em sua teoria geral dos sistemas sociais (LUHMANN, 1991: 584-592; 1994: 411; 2000a: 261-263) e inclusive em sua sociologia do direito (LUHMANN 1987: 63-64)⁴¹⁹: variação, seleção e retenção (LUHMANN, 1997: 456-485).

Contudo, já no campo de seus subsistemas sociais de função, inseridos em sua teoria autopoietica, acresce a observação de que com relação a eles a relação entre *variação*, *seleção* e *estabilização* deve ser inserida na ideia de uma circularidade e não em uma causalidade linear. Essa circularidade pode ser representada pelas possibilidades de *variação/alterabilidade* que passam a demandar uma *seletividade* já estabilizada, a qual por seu turno *estabiliza* as modificações que se fundam nas possibilidades do próprio mecanismo tripartite (variação, seleção e estabilização), em que uma seleção certifica e assegura uma alteração operada e a estabiliza ou a exclui (não a seleciona), ainda que temporariamente.

É este *processo circular* que permite à autopoiese (reprodução evolutiva) do sistema criar a premissa necessária para que a variação estrutural dos sistemas sociais não entre em uma espiral incontrolável que produza instabilidades em seu interior, ao exercer seu poder de *negação* e, deste modo, impedir que as constantes mudanças de estado do ambiente (*Umwelt*) – submetidas a um hipercomplexo excedente de informações - venham a paralisar o sistema e

⁴¹⁹ TEUBNER (1988: 228) ao falar sobre a adoção por Niklas LUHMANN dos mecanismos evolutórios de CAMPBELL em sua teoria sociológica do direito sintetiza que ele (LUHMANN) propõe mecanismos bem definidos de evolução legal, em que de modo claro no “*legal system, normative structures takes over variation, institutional structures (especially procedures) take over selection, and doctrinal structures takes over retention*”.

impedir sua evolução (estruturada), gerando graves disfuncionalidades no subsistema social. Em outros termos, ao perceber as irritações (mudanças de estado) do ambiente o sistema pode adotar duas estratégias: a indiferença (*Indifferenz*)⁴²⁰ ou variação seletiva em suas estruturas.

A internalização *seletiva* das irritações do ambiente só pode dar-se de modo autorreferencial, a partir do momento em que produzem *ressonância*, é dizer, algum *sentido* (*Sinn*) no campo da autorreferência do subsistema pela referência a seu código valorativo binário, seu meio simbólico generalizado de comunicação (LUHMANN, 1993: 298). Esse processo autosseletivo é o que determina a transformação do ‘ruído’ ambiental em informação, como “*difference that makes a difference*”, segundo BATESON (1972: 462), como produto da ressonância (*Resonanz*).

Cuida-se de um processo **autosseletivo** e **autorreferencial** de observação do ambiente por meio de uma assimetria entre sistema e ambiente que permite a redução da hipercomplexidade do ambiente, estruturando sua própria complexidade interna, como uma **autossimplificação** (*Selbstsimplifikation*) sistêmica (LUHMANN, 1994: 39, 89, 191, 268, 406, 424, 628). Esse processo autosseletivo se orienta pela já estudada *observação de segunda ordem* (LUHMANN, 1997: 766), na qual os sistemas funcionais observam suas próprias observações, estabelecendo, assim, seus respectivos modos de *auto-observação* que lhe possibilitem construir sua própria ‘realidade’, segundo o já acima estudado ‘construtivismo’ luhmanniano, estabelecendo suas estruturas correspondentes.

Não fica absolutamente excluída uma possível hetero-observação que torna possível a identificação de pontos de convergência, os quais são valores comuns ou complementares a partir dos quais poderão ocorrer os acoplamentos estruturais e as interpenetrações entre o sistema que observa e outros sistemas funcionais.

Aí reside o particular propósito da abertura cognitiva (*kognitive Öffnung*), o de tornar possível a ‘percepção’ de eventuais acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*) entre o sistema e o ambiente, este aqui percebido pela interconexão com outro subsistema funcional da sociedade.

Esse processo de *aprendizagem coevolutiva* produzido pela observação de segunda ordem (*Beobachtung zweiter Ordnung*), pela abertura cognitiva do sistema e pelos *acoplamentos estruturais*, deve propiciar ou potencializar a coevolução coordenada dos sistemas sociais. Essas potencialidades se fazem perceber, no que interessa a esta tese, pelo

⁴²⁰ Remetemos o leitor ao momento anterior nesta tese em que estudamos os efeitos da **negação** nas operações do sistema. Tema intimamente ligado ao da *indiferença* como processo de filtragem negativa dos estímulos ambientais pelo sistema.

mais célebre exemplo de acoplamento estrutural formulado por Niklas LUHMANN, o do sistema político com o sistema jurídico, por meio da Constituição, ao defini-la como *acoplamento estrutural* entre direito e política (LUHMANN, 2002: 391).

Por sua vez, a própria ideia de evolução, na teoria sistêmica, implica em conceber como um sistema pode alterar suas estruturas, por meio da reprodução e suas próprias operações, ou seja, de sua autopoiese, sem isolar-se de modo *solipsista* de seu entorno social, seu ambiente.

Repita-se que, nesta senda, LUHMANN (1997: 456-485) indica que a mudança estrutural evolutória se dá por meio de três mecanismos sistêmicos: variação (*Variation*), seleção (*Selektion*) e estabilização (*Stabilisierung*).

Ao avançarmos no contexto desses três mecanismos, voltamos ao aspecto ressaltado por LUHMANN, de que os três podem indicar expressões diferentes de dependência, a partir das quais o sistema passa a evoluir. A relação que se estabelece entre a variação, a seleção e a estabilização⁴²¹ deve ser posta na ideia de **circularidade**, nunca como de uma causalidade linear de *fora para dentro* (*input*), mas na forma de uma ‘*autocausação*’ em que o sistema por uma seletividade autorreferente o sistema pode utilizar-se da *negação* ou da *ressonância*.

A circularidade dos três mecanismos evolutórios pode ser linguisticamente traduzida assim: as possibilidades de variação (alterabilidade) exigem uma seletividade já estabilizada, que por sua vez estabiliza as modificações que se fundam nas possibilidades do próprio mecanismo tripartite, em que uma seleção certifica e assegura uma alteração operada.

Deste modo, a instabilidade do ambiente (*Umwelt*) – decorrente de sua hipercomplexidade – não pode ser sincronizada com o sistema.

O sistema, então, pela descontinuidade entre ele e o ambiente pode assegurar o aparecimento de irritações e estímulos, diante das quais pode o sistema produzir indiferença (*Indifferenz*) ou variação seletiva em suas estruturas. A indiferença que aqui mencionamos - o que já visto anteriormente - não é sinônima de *solipsismo*, isto porque, no cenário coevolutivo, o sistema jurídico somente se percebe como subsistema social, ou seja, é um sistema inserido em um ambiente (sociedade)⁴²¹, como direito da sociedade⁴²², fundado na distinção entre *sistema* e *ambiente*.

⁴²¹ Para darmos um maior apoio ao que proporemos na sequência do texto, oportuna se faz a transcrição de excerto em que LUHMANN (1995: 375) anota que: „*Ebenso wie Redundanz ist auch Varietät eine Systemvariable. Die Differenz von Varietät und Redundanz ist eine Form, mit der das System als System-in-einer-Umwelt operiert*“. – Tradução livre: “Assim como a redundância é também a variedade uma variável do sistema. A diferença entre variedade e redundância é uma forma, com a qual o sistema opera como sistema-em-um-ambiente”.

⁴²² Essa ideia do direito como “direito da sociedade” serviu até mesmo de título de uma das obras mais importantes de LUHMANN (1995) sobre o direito.

No que guarda pertinência ao tema da coevolução sistêmica, merece também menção a concepção de Gunther TEUBNER (1988: 228) de que a semente da teoria evolutiva está ligada a três concepções: (i) a interação “cega” dos três mecanismos evolucionários: variação, seleção e retenção; (ii) a combinação de desenvolvimento ontogênico e filogenético; e (iii) a coevolução do direito, sociedade e outros subsistemas sociais.

Diante dessas três concepções, TEUBNER (1988: 234) concentra-se de modo mais detalhado na distinção entre estabilização evolucionária ontogenética e filogenética, de MATURANA & VARELA. Essa dicotomia ao ser aplicada por TEUBNER à Teoria dos Sistemas e passou a focar-se no contexto da *coevolução* do sistema jurídico em interpenetração e acoplamento estrutural com outros sistemas funcionais da sociedade.

No que tange ao processo evolutório *ontogenético* do sistema jurídico, este resulta da interação dos procedimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos. Nesse procedimento há suficiente variação e seleção. A retenção, contudo, limita-se à memória da própria interação *interna ao sistema jurídico*, como, por ex., aquela relativa “à história do procedimento concreto” (TEUBNER, 1988: 234). O sistema jurídico aí evolui por estímulos produzidos *no sistema pelo sistema*.

Por sua vez, o aprendizado *filogenético* somente ocorre quando os mecanismos de retenção atuam no nível da sociedade como um todo ou entre seus sistemas funcionais parciais, que transmitem reciprocamente eventos pedagógicos que ocorreram no laboratório experimental da interação.

Para TEUBNER (1988: 235), a influência recíproca entre os modos de desenvolvimento ontogenético e filogenético pode ser “concebida como dois ciclos comunicativos”. Por sua vez, a admissão da existência e da interação desses dois ciclos comunicativos reforça nossa tese de que a autopoiese não envolve qualquer sorte de solipsismo, pois a teoria dos sistemas sociais autopoieticos não pressupõe um total isolamento e fechamento operativo (*operative Geschlossenheit*) hermético dos subsistemas funcionais da sociedade dentro de sua própria evolução (TEUBNER, 1988: 235).

O que decorre dessa teoria é a assunção de que os sistemas aprendem entre si (filogeneticamente) e, desta forma, autopoieticamente, coevoluem. Mas paradoxalmente permanece a advertência de que é também a autopoiese⁴²³ que define os limites funcionais para uma mudança evolutiva (TEUBNER, 1988: 231).

⁴²³ Sobre a correlação entre acoplamentos estruturais, autopoiese e coevolução sistêmica merece leitura os esclarecimentos de BARALDI, CORSI & ESPOSITO (1997: 188-189).

Esse paradoxo da coevolução autopoietica e suas implicações no campo da teoria da justiça na sociologia jurídica de Niklas LUHMANN passam agora a ser explorados nesta tese, ponto em que estudaremos a justiça como *produto jurídico*, como construção operacional *do sistema pelo sistema*, para além de seu aspecto *formal*⁴²⁴ e *operativo* de produção de *redundância*. Momento em que será observado que a função de generalização congruente de expectativas não pode significar imutabilidade, rigidez ou **puro formalismo**, o que *aparentemente* resultaria do postulado da igualdade, no sentido de julgar *igualmente casos iguais*.

1.5. Complexidade, contingência, “equivalentes funcionais” e variedade (*Varietät*): a justiça *mutante* do sistema jurídico

Para buscarmos um possível sentido ‘adaptativo’ (*Anpassungsfähigkeit*) para a justiça luhmanniana, devemos retomar, em forma de síntese, à questão da relação entre complexidade e contingência e do sentido que elas assumem na teoria de Niklas LUHMANN.

Na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, LUHMANN propõe a paradoxal relação entre *redundância* e *variedade* e, ainda, do elemento complicador da alternativa da busca de *equivalentes funcionais*.

Como ponto de partida do desenvolvimento de sua teoria sociológica do direito, investigamos anteriormente o sentido que LUHMANN atribui ao fenômeno da positivação do direito na modernidade, como elemento de contingência da própria validade de todas as normas jurídicas, diante de um direito agora *alterável* (LUHMANN, 1999: 375).

Essa alterabilidade (*Veränderlichkeit*) do direito – como consequência da positivação representa o principal sintoma da inadequação do jusnaturalismo a essa realidade do direito

⁴²⁴ Stanley FISH (2011: 114-115) produz, na moldura da teoria crítica, uma objeção ao formalismo jurídico, centrado na *Reine Rechtslehre* de Hans KELSEN (1962), ao mencionar uma atratividade do formalismo em face da numerosidade dos problemas que devem ser resolvidos ou, pelo menos, aparentemente resolvidos pelo sistema jurídico. FISH assume a postura de que qualquer pureza da teoria jurídica estaria, em algum momento, contaminada pelos valores como opções *aplicativas* dos operadores do sistema. Esta crítica, em nossa visão, não se aplica totalmente a LUHMANN, pois como veremos a seguir a necessidade de *variedade* como *justiça mutante* exige um exercício cada vez mais ampliado e severo de seletividade sistêmica, por necessidade de adaptação (*Anpassung*).

moderno, com a perda irreparável de suas estabilidades cosmológicas ou de raízes metafísicas (‘vetero-europeia’), como critérios universais de reconhecimento e determinação do justo ou do injusto (ideia da justiça).

Destautologizando-se (*sich enttautologisieren*) a proposição de LUHMANN de que a alterabilidade do direito se submete a uma circularidade autopoietica, em que o direito válido é selecionado partir do horizonte do direito *possível*, a partir do se chega outra vez ao direito válido como condição da *possibilidade* de um novo direito. Circularidade em que encontramos esse verdadeiro *mantra* da autopoiese do direito.

O direito válido é uma criação e uma reprodução de um direito anterior, pressuposto em sua validade na história das operações do sistema. Nesta verdadeira autorrepresentação (*Selbstdarstellung*) do sistema jurídico já se assoma de modo implícito a ideia da contingência das próprias estruturas dogmáticas e programático-decisórias do sistema, como abertura para o futuro do sistema em sua relação funcional com sociedade, a um horizonte social evolutório, portanto, **mutante**.

Diante deste horizonte evolutório, deve ser cumprido o **ciclo evolucionário** (CAMPBELL), com seus três mecanismos: *variação* → *seleção* → *estabilização*, como acima analisado. À luz desse ciclo, a ideia de *variedade* em dados momentos deve ser introduzida no sistema jurídico, por sua abertura cognitiva, estimulado pela diversidade de *conflitos* jurídicos, das interdependências e dos acoplamentos estruturais. Este quadro evolutório, traz consigo a auto-observação do sistema como um sistema de estruturas *dinâmicas*, sem as estabilidades quase fixas ontológicas do pensamento clássico (“vetero-europeu”), permite a abertura para aquilo que LUHMANN propõe como o metanível da *observação de segunda ordem* (*Beobachtung zweiter Ordnung*), no qual o sistema *questiona-se* em torno de *seus modos e seus critérios de observação*.

O sistema ao conduzir essa auto-observação nos limites de sua racionalidade sistêmica (*Systemrationalität*), produz um ambiente como construção do próprio sistema como modelo de redução da hipercomplexidade do entorno social (ambiente), criando *parâmetros autopoieticos* de *operacionalidade*, de adequação das complexidades de suas estruturas *dinâmicas*, dogmáticas (conceituais) e programático condicionais de decisão (*se* ⇒ *então*), construindo dentro de uma complexidade *determinável* seus *horizontes* sistêmicos (em sentido fenomenológico, como já assentado nesta tese). O que pressupõe uma *forma* com dois lados distintos (Spencer BROWN): atualidade (*Aktualität*) x potencialidade (*Potentialität*) (LUHMANN, 1997: 142).

Essa mesma observação de segunda ordem permite o estabelecimento de técnicas de acesso escalonado a grandes quantidades de decisões por meio de “decisões sobre as premissas das decisões” LUHMANN (2005d: 269), o que abre as portas à dimensão da *argumentação jurídica* e sua aplicação e influência sobre os conceitos jurídicos, como modelos *comprimidos* de sentido (*Sinn*) jurídico. Isso exige o estabelecimento de estruturas organizacionais compatíveis com um modo racional de produção de decisões (estruturas do centro do sistema: juízos e tribunais) que permitam o encadeamento de decisões *recursivas* em um cenário de *temporalização da complexidade* (*Temporalisierung der Komplexität*) (LUHMANN, 2005d: 269).

Nesta análise, salta à vista a estreita relação entre *contingência* e *complexidade*, na qual se percebe como óbvio que o aumento da complexidade implica no aumento da contingência (LUHMANN, 1987a: 31), como também da complexidade interna do sistema jurídico, *como eventual necessidade de adequação*.

Este contexto conduz LUHMANN a prestigiar a *funcionalidade* do processo operativo-decisório do sistema jurídico, ampliando as possibilidades de uma adequação da *função* social do direito de com o maior alcance possível *generalizar de modo congruente as expectativas normativas da sociedade*. A aplicação da “fórmula da contingência” e da “adequada complexidade” da justiça se insere na dimensão *formal* da **redundância**, como postulação de que „[...] *daß gleiche Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich zu entscheiden seien*“⁴²⁵ (LUHMANN, 1995: 223ss, 263).

Mas o que mais nos chama a atenção e nos serve de impulso para a busca de algum sentido ‘adaptativo’ para a justiça no pensamento de LUHMANN, em que a mesma “fórmula da contingência” e a mesma ideia da “adequada complexidade” se projetam no paradoxo de um sistema que deve, ao mesmo tempo, em dadas circunstâncias, gerar *redundância* e *variedade*.

No horizonte da produção de *variedade*, o sistema se encontra com sua contingência estrutural (interna) que sofre irritações e perturbações oriundas da contingência da sociedade (externa), devendo ser recordada a formulação de LUHMANN de que essa *contingência* – em si mesma – revela-se como um „*auch anders möglich sein*“ (“também poder ser diferente”), o que se converte, em toda a sua obra, em *Leitmotiv* de sua compreensão daquele termo.

Aqui chegamos ao ponto em que a contingência como produto do aumento da complexidade social por ser lida, de forma clara, como proposta de constante abertura para

⁴²⁵ Tradução livre: “[...] que casos iguais sejam decididos igualmente e casos desiguais, desigualmente”.

outras alternativas e outras possibilidades, em que se torna visível a ruptura teórica de LUHMANN com as ontologias e epistemologias clássicas, com sua característica proposta de *estabilidade*.

Daí o motivo de termos analisado no tópico anterior os acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*) como parte da engrenagem da *dinâmica evolutória* das experiências e das vivências na perspectiva dos modelos generalizados de abstração utilizados pelos sistemas parciais de função para coordenação das condutas e da comunicação social, tanto que vale a pena transcrever de novo o trecho em que LUHMANN (1987a: 191) diz abertamente que:

[...] *teilsystemische Möglichkeitshorizonte, die sich nicht mehr durch gemeinsame Glaubensvorstellungen und gemeinsame Außengrenzen der Gesellschaft integrieren lassen*⁴²⁶.

Deste modo, a busca por uma justiça ‘adaptativa’ já não pode mais se refletir na crença em elementos cosmológicos ou ontológicos que funcionassem como ‘garantes’ da correção (*Richtigkeit*) de critérios *estáveis* e *permanentes* da *correção* da justiça de estruturas sociais e de suas correspondentes expectativas. De modo que não há mais a possibilidade “... de uma canonização simbólica das invariâncias” (CLAM, 2004: 57).

Os acoplamentos estruturais como *canalizadores* e *potencializadores* da percepção das irritações e estímulos produzidos pelo ambiente social permitem que o sistema jurídico estabeleça suas possibilidades de ‘correção’ das consequências de suas decisões para si mesmo, como problematização da adequada operacionalização de sua função, ou seja, como “transformação das interdepências externas em interdependências internas” (LUHMANN, 1974: 40), como *novas* possibilidades de decisão, como desafios da seletividade autopoiética no sistema.

Como já asseverado em outro momento nesta tese, somente permanecem os horizontes fenomenológicos do possível, prenhes de novas e inesperadas situações, com seus reflexos problemáticos sobre a estabilização das expectativas e das comunicações sociais como

⁴²⁶ Tradução livre: “... horizontes de possibilidades específicos dos sistemas parciais que não mais podem se integrar por meio de representações de crenças e de limites externos”.

processamento da vivências e da ações, desestabilizadas pelo ininterrupto aumento da complexidade, o resulta em novas exigências sobre a *elasticidade*⁴²⁷ (LUHMANN, 1987a: 191) dos sistemas funcionais da sociedade, que se projeta sobre a *adequação* da produção e da reprodução autopoietica funcionalmente especializada de estruturas capazes de reduzir complexidade, ao mesmo tempo em que propicia um fluxo de comunicação que minorem os riscos paralisantes da já estudada *dupla contingência* (*Doppelte Kontingenzen*), como expectativa de expectativas. Mesmo porque para LUHMANN não pode haver sociedade sem comunicação, que, como foi estudado nesta tese, constitui a base de todo o sistema social.

A proposta *funcional-estruturalista* de LUHMANN (1994: 83) aponta como questão central a indagação por “equivalentes funcionais” (*funktionale Äquivalenten*), ou seja, por “outras possibilidades” („*andere Möglichkeiten*”) de solução de problemas emergentes. Daí LUHMANN (1994:84) coloca a contingência como elemento de seu método *funcional* em textura fundamentalmente *comparativa*, ou seja, como algo que se apresenta sempre como *de outro modo possível*, indicando assim objetos no “horizonte de possíveis variações” (LUHMANN, 1994: 152).

A ideia da autopoiese e de sua consequente seletividade *forçada* pelos limites da racionalidade binária do sistema (código binário), defronta-se com a assimetria da hipercomplexidade ambiental (entorno social) e dinamicamente se estrutura *adequadamente* em um modelo reduzido *interno* de complexidade *funcional*, fechando operativamente para o arbitrário e desenvolvendo sua percepção para o *determinado* e *certo* (LUHMANN, 1994: 185), no sentido de selecionar *autopoieticamente* seus elementos.

Não obstante, se as circunstâncias ambientais permanecerem cambiantes e, até mesmo, voláteis, o sistema pode seletivamente, em um gesto de ‘legítima defesa’, *reconstruir* a complexidade contingente do ambiente como projeções *reduzidas* dos horizontes fenomenológicos do ambiente (*Umwelthorizonte*), reformulando-o sob a forma de *temas* e *assuntos* que passarão a integrar os processos comunicativos do sistema *sobre* seu entorno social.

Constituem-se, assim, duas formas de contingência, a contingência *aberta* e a contingência *seletiva* vista como um *poderia-também-ter-sido-de-outro-modo* (*Auch-anders-möglich-gewesen-sein*), como unidade de uma *forma* (LUHMANN, 1994: 402) de diferenciação entre o *agora possível* e o *possível em outro momento e circunstâncias*, como

⁴²⁷ Para expressar essa mesma ideia, Jean CLAM (2004: 51) utilizada a bela expressão „*institutionelle Plastizität*“ (“plasticidade institucional”). Walter BUCKLEY (1998: 81) também usa o termo *plasticity*, em contexto análogo. Já KNEER & NASSEHI (2000: 151) colocam, a propósito, os termos *Formenvielfalt* (multiplicidade de formas) e *Flexibilität* (flexibilidade).

algo deixado para *depois*, por **ora** *excluído*, mas que permanece disponível como *outra* possibilidade.

Poderíamos, ante essa exposição, afirmar que as operações decisórias do sistema autopoietico do direito são produzidas *rebus sic stantibus*, o que abre o problema da mutabilidade das decisões em contexto adaptativo, como vimos expondo. Na perspectiva luhmanniana, o direito se converte em uma “máquina histórica” (*historische Maschine*) em torno de sua fórmula da contingência da justiça, em face da qual LUHMANN (1995: 224) anota que: „*Je nach den historischen Umständen kann diese Formel dann sehr verschiedene Ausprägungen annehmen*“⁴²⁸.

Em outro trecho, que por sua relevância explicativa merece ser transcrito, LUHMANN (1994: 402) coloca a decisão no contexto da contingência decisória, asseverando que:

*Die Entscheidung ist, wenn man das so formulieren darf, vor der Entscheidung eine andere als nach der Entscheidung. Vor der Entscheidung liegen die Alternativen, die sich durch das Erwarten bilden, offen zu Tage. Es steht noch nicht fest, welche gewählt wird. Jede Option ist auch anders möglich.*⁴²⁹

Essa contingência decisória deve ser colocada no fato de que as qualidades da decisão são cambiantes porque o horizonte de alternativas (*Alternativenhorizonte*) (LUHMANN, 1994: 403) se reestrutura nas dimensões temporal, objetiva e social e, deste modo, o direito se confronta com a relatividade de suas decisões que se submetem às pressões de pontos de vistas em constante mutação na sociedade, por força, por exemplo, da expansão da semântica do pluralismo que acelera a percepção da perda das referências estáveis de valores na sociedade pós-metafísica, gerando perplexidades e posturas críticas impotentes para restabelecer um quadro *jusnaturalístico* de justiça. Os valores se convertem em construções plurais de uma sociedade plural e, acima de tudo, submetida aos imperativos da diferenciação

⁴²⁸ Tradução livre: “Segundo as circunstâncias históricas essa fórmula pode assumir conformações muito diversas”.

⁴²⁹ Tradução livre: “Se assim se deve formular, a decisão é uma outra coisa antes e depois da decisão. Antes da decisão as alternativas se apresentam expostas à luz e se constroem por meio de expectativas. Permanece sem determinação ainda qual delas deve ser escolhida. Cada opção é também possível de modo diverso”.

funcional, o que, como já mencionado, leva LUHMANN (1994: 77) a falar de uma *Temporalisierung der Komplexität* (temporalização da complexidade).

Neste contexto, o problema da justiça se torna ainda mais complexo, isto porque o formalismo da ideia de que *casos iguais devem ser julgados igualmente* se defronta com a mutabilidade das circunstâncias submetidas como *casos jurídicos* à prestação decisória do sistema jurídico, o que aponta para o eventual reconhecimento da *desigualdade do caso*, como variação que exige variedade no sistema.

Tanto que LUHMANN (1995: 114) chega, inspirado pela teoria de Spencer BROWN (1972), a falar sobre a “racionalidade” de uma diferenciação baseada na unidade da forma *igual/desigual*, propondo que:

Die »Vernunft« dieser Praxis liegt in der Handhabung der Zwei-Seiten-Form von gleich und ungleich, und das hat ihr, wie die Erfahrung zeigt, eine ständig erneuerte Verbindung von Kontinuität und Innovation ermöglicht. [...], welchen Weg die Evolution des Rechts nimmt: ihre Resultate werden mit Hilfe des Schemas gleich/ungleich ist ein Schema evolutionärer Differenzierung, und das heißt nicht zuletzt: ein Schema, das mehr Gleichheiten und mehr Ungleichheiten erzeugt. Dabei müssen die neuen Fälle, wenn sie als ungleich erkannt werden, unter eine Regel gebracht werden, die es ermöglicht, aus ihnen jeweils wieder eine Serie gleicher Fälle zu machen. Das Schema gleich/ungleich wird in sich selbst reproduziert. Es dient als Prinzip der Bifurkation des Systems. Und Bifurkation heißt immer: Aufbau einer historisch irreversiblen Ordnung. Mit dem Begriff der Gerechtigkeit wird dann die Selbstbewertung dieses Vorgehens zum Ausdruck gebracht.⁴³⁰

Na identificação *argumentativa* de *casos diferentes*, portanto, apresenta-se o momento de justificação⁴³¹ da adoção do critério e da regra que servirá de baliza e de orientação no estabelecimento de critério ou critérios decisórios para a subsequente cadeia de decisões em

⁴³⁰ Tradução livre: “A “racionalidade” dessa praxe repousa no manuseio da forma-de-dois-lados de *igual* e *desigual* e que, como a experiência demonstra, permite-lhe uma constante conexão de continuidade e inovação. [...], cujo caminho toma a evolução do direito: seus resultados são observados e refinados com a ajuda do esquema *igual/desigual*. O esquema *igual/desigual* é um esquema de diferenciação evolucionária, e que quer significar não menos: um que esquema que produz mais igualdades e mais desigualdades. Ao mesmo tempo devem os novos casos, quando reconhecidos como diferentes, submetidos a uma regra, a qual lhes permita de cada uma delas novamente estabelecer uma série de casos iguais. O esquema *igual/desigual* se reproduz em si mesmo. Ele serve como princípio da bifurcação do sistema. E a bifurcação quer sempre significar que: estabelecimento de uma ordem histórica irreversível. Com o conceito de justiça é expressada então a autoavaliação desse processo”.

⁴³¹ Sobre esse mesmo problema, veja-se Karl LARENZ (1975: 278-279).

que o caso novo será tratado, a partir daí, *igualmente*. O que faz retornar o processo decisório ao formalismo de que *casos iguais, tratamento igual*.

Contudo, esse momento da **bifurcação** (*Bifurkation*) significa para nós o marco da abertura de *novos horizontes* da justiça⁴³², o momento do *se* $\Rightarrow$ *então* da adaptação dos programas condicionais, dos programas decisórios, por meio dos quais o direito processa os fatos juridicamente relevantes e absorve a variação ambiental⁴³³. Pois, a partir deste marco, desse *Leitentscheidung* (*leading case*), o direito incorpora em seu processo operativo (decisório) fechado (*operative Geschlossenheit*) inovações autorreferencialmente selecionadas por meio da abertura cognitiva, induzidas por irritações e estímulos incorporados por meio da racionalidade binária e autopoietica do sistema.

Porém, o fechamento operativo do sistema significa sempre o encadeamento *recursivo* com decisões anteriores no mesmo sistema (*casos iguais, decididos igualmente*).

Mas a bifurcação como ponto inaugural de uma nova série decisória, como vimos no texto acima, traz consigo a adoção de novos critérios decisórios que apontam para o momento do estabelecimento *adaptativo* e *argumentativo* de um novo critério de justiça que balizará a decisão de *casos iguais* que inaugurem uma cadeia operativo-temporal de decisões.

A grande questão é a de que ao se assumir uma postura autopoietica e, portanto, de superação da ideia da justiça como *perfeição*, não se poderia falar em um critério dotado de certeza quanto a sua correção e, assim, de dotado de *imutabilidade*, ou mesmo, de *estabilidade* ante uma garantia cosmológica ou metafísica. O critério “adaptativo” de justiça para a nova série decisória de *casos* a partir daí *iguais* indica um parâmetro decisório fixado

⁴³² Dentro desta perspectiva, transcrevemos o seguinte excerto de LUHMANN (1995: 49), no qual ele preleciona que: „*Alle Repetition ist eine Sache artifizielle Strukturfixierung. Und sie sind historisch auch in dem Sinne, als sie ihre Strukturen der Sequenz ihres Operierens verdanken und daher in Richtung Bifurkation und Diversifikation evoluierten*“ (Tradução livre: “Toda repetição é uma questão de fixação estrutural artificial. E elas são históricas também no sentido de que elas devem sua estrutura à sequência de suas operações e, por isso, evoluem no sentido da bifurcação e da diversificação”).

⁴³³ LUHMANN (1974: 35) deixa bem claro que a característica da sociedade moderna se relaciona com a necessidade de orientação das expectativas face a um futuro incerto (contingente), o que faz com que a segurança jurídica se torne um valor e, ao mesmo, tempo um problema. O cidadão precisa prever as decisões do sistema jurídico, o que faz com que este mesmo sistema somente na previsão de suas próprias consequências. Por esse motivo, os fundamentos dogmáticos do sistema devem fundamentar e limitar o emprego de expectativas de consequências, selecionando-as como critérios de decisão, determinados pelos horizontes do passado e do futuro do sistema (LUHMANN, 1974: 36-37), ou seja, dos horizontes da justiça *funcional* do sistema como um passado *generalizado*, em que casos iguais são julgados igualmente. O futuro, como possibilidade de ‘correção’ pelo sistema jurídico das consequências de suas decisões para si mesmo, como problematização da adequada operacionalização de sua função, ou seja, como “transformação das interdependências externas em interdependências internas” (LUHMANN, 1974: 40), como *novas* possibilidades de decisão.

por meio da *argumentação jurídica* e de sua *justificação*, o que permite entrever na situação inovadora (caso novo) o critério normativo-principiológico⁴³⁴ adotado pelo sistema⁴³⁵.

Todavia, não se pode contar com um ‘método’ apriorístico que seja capaz de conferir ao sistema um critério de análise da seleção de critérios de justiça colocados em um elenco de critérios ‘certificados’ que possam garantir a justiça de decisão, tal como se pressupunha e ainda se pressupõe nas correntes do direito natural.

Nossa leitura, neste sentido, aponta para uma reformulação do conceito de justiça adaptativa, o qual em vários contextos jusnaturalísticos se apresenta como *decisão correta*, como decisão *justa* em sentido metafísico ou cosmológico de *perfeição*, mas que colocada diante da contingência e da hipercomplexidade da sociedade moderna só pode lançar mão de parâmetros também contingentes e mutantes que a transformam a justiça em uma “fórmula de contingência”, como variedade, como variabilidade, ou, na proposta desta tese, como *justiça mutante*.

Bom notar que a justiça vista como fórmula de contingência e como adequada complexidade, em um sistema jurídico que se manifesta na modernidade como uma máquina histórica, reflete a mudança, a partir da perspectiva de um observador externo (*externer Beobachter*), seja um sociólogo ou um cientista político, ou mesmo um teórico do direito, de uma unidade da diferenciação do justo e injusto, em que o justo de ontem se torna o injusto de hoje e o justo de hoje pode tornar-se o injusto de amanhã⁴³⁶.

Para o direito, porém, estas mudanças decorrem das bifurcações (*Bifurkationen*) (LUHMANN, 1995: 114) do sistema, em que evolutivamente os horizontes mutantes da justiça determinam mudanças autopoieticamente processadas que geram uma *variedade* no sistema, como encadeamento histórico de suas operações, em que o ilícito de ontem se torna o

⁴³⁴ Bom anotar que Lourival VILANOVA (2000: 55) registra com muita propriedade que: “A abertura por onde entram os fatos são as hipóteses fática; e suas consequências em fatos se transformam pela realização de efeitos. [...]. Sem norma e sem porção do fato que lhe serve de incidência, sem o suporte fático, não sobrevém norma”. Quer parecer-nos que este trecho traduz perfeitamente a relação do *se* $\Rightarrow$ *então* expressada por LUHMANN, ponto em que a reconstrução autopoietica e autorreferentes dos fatos ocorridos no entorno social do direito se inserem em modelos *fáticos* construídos e estabilizados seletivamente pelo sistema em suas operações decisórias *internas*. Daí o clássico conceito de *fato jurídico*, agora visto como construção e eventual *reconstrução* do mundo fenomênico (ambiente) em modelos jurídicos *mutáveis* de decisão.

⁴³⁵ Notemos que no caso do reconhecimento da união estável homoafetiva, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, o Supremo Tribunal Federal adotou, nos fundamentos de sua decisão, ou seja, como critérios *jurídicos* de justiça, a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, orientação sexual, proibição do preconceito, pluralismo como valor sócio-político-cultural, da autonomia de vontade, direito à intimidade e à vida privada.

⁴³⁶ Sem muito esforço, podemos citar como exemplos significativos a mudança do *status* jurídico da mulher casada, a qual já foi juridicamente considerada como relativamente incapaz, também o problema da escravidão e, em momento bem atual, a questão da homoafetividade, que ainda é considerada uma ‘atividade’ ilícita em alguns países teocráticos, como, por ex., no mundo islâmico (WHITAKER, 2011).

lícito de hoje, e vice-versa, no contexto operativo do sistema e da necessária invisibilização da própria indecidibilidade a que o sistema se veria submetido se admitisse em suas operações o código do *justo x injusto* como **código** operativo. Deste modo, não se deve deixar de ter em mente que a funcionalidade do direito pressupõe sua autopoiese normativa, diante da qual se questiona a justiça de acordo com o programa decisório, mas não a justiça do programa decisório, isto para manter a *decibilidade operativa do sistema*.

A justiça *funcional-operativa* – como “adequada complexidade” e “fórmula da contingência” da justiça - de LUHMANN se constitui, neste panorama, como meio para encobrir o paradoxo fundamental a que o direito é submetido ao *decidir* (operativamente) o *indecidível* (como, no nosso caso, a *perfeição da justiça*), ponto em que devemos rememorar que a fórmula de contingência presta-se ao papel paradoxal de exorcizar a indeterminação e a determinação em uma *mesma* fórmula, para que sejam processadas como se elas fossem a mesma coisa (LUHMANN, 1995: 221). Esse paradoxo fundamental necessita ser, por sua vez, invisibilizado na fórmula da contingência da justiça, como um »*self-justifying ideal*« da justiça *jurídica* (GARLAN, 1941: 124-131), como uma *introscedência*⁴³⁷ da justiça no direito.

A admissão do código binário *justo x injusto* nas **operações decisórias** do direito significaria para LUHMANN uma abertura *disfuncional* para a policontextualidade da justiça. Em outros termos, exporia as operações jurídico-decisórias à **indecibilidade**⁴³⁸ que caracteriza as discussões teóricas sobre o critério da justiça como *perfeição*⁴³⁹, eliminando o efeito de invisibilização do paradoxo fundamental que se busca banir pela fórmula da contingência da justiça, como acima visto.

Por este parâmetro, a justiça regida por critérios *internos* e, portanto, estritamente *jurídicos* (LUHMANN, 1995: 115), em que a *decisão* jurídica pode mudar sua ‘qualidade’ autopoietica no encadeamento histórico da sucessão de operações decisórias e reestruturar os

⁴³⁷ Termo criado por Gotthard GÜNTHER (2008: 64-65) para referir-se a modelos cibernéticos de autoconsciência, o que interpretamos aqui como paralelo da autorreferência de LUHMANN. Importante registrar que GÜNTHER utiliza o termo *introscedência* para afastar o modelo ontológico e metafísico e admitir a possibilidade de construção de modelos objetivos (cibernéticos) de consciência. Algo assim, como os sistemas autopoieticos de LUHMANN.

⁴³⁸ Tércio Sampaio FERRAZ JR (2010: 88-90) também constata este mesmo problema ao analisar magistralmente o *sentido da decisão jurídica*.

⁴³⁹ Muito importante é a semelhança com essa visão luhmanniana da constatação do ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, Amartya SEN (2009: ix), quando ele observa que: “*What is presented here is a theory of justice in a very broad sense. Its aim is to clarify how we can proceed to address questions of enhancing justice and removing injustice, rather than to offer resolutions about the nature of perfect justice. [...] rather than aiming only at the characterization of perfectly just societies [...]. The assumption that this comparative exercise cannot be undertaken without identifying, first, the demands of perfect justice, can be shown to entirely incorrect [...].*”

horizontes de expectativas, de maneira que os participantes (observadores externos) possam manter diversas opiniões sobre o decidido (policontextualidade da justiça) sem fazer com que a decisão perca seu *caráter vinculante*, sua *consistência* e *congruência generalizada* como uma comunicação argumentativamente (argumentação jurídica) operada no sistema jurídico. Como coloca LUHMANN (1994: 403), „*Die Entscheidungssituation bleibt konstituiert, ihre Definition kann noch geändert werden*“.⁴⁴⁰

Neste quadro de redução de complexidade e de estabilização de expectativas, as alternativas decisórias indicam, como *equivalentes funcionais*, tanto na dimensão social, objetiva e temporal da complexidade social, uma natureza funcional *relativa* da decisão e de sua ‘justiça’. Não se podendo, neste contexto, olvidar que as **funções** sistêmicas pela óptica da **fórmula da contingência** são (LUHMANN, 1994: 405):

... immer Synthesen einer Mehrzahl von Möglichkeiten. Sie sind immer Gesichtspunkte des Vergleichs der realisierten mit anderen Möglichkeiten“⁴⁴¹.

Este aspecto também traz à tona outro aspecto da função do sistema jurídico, qual seja como forma de produção de *redundância* e, portanto, de segurança, trazendo previsibilidade ligada à estrutura de expectativas, porém deixando aberto, de outro modo, o desempenho da função dos chamados “equivalentes funcionais” como repertório de outras formas possíveis de solução de problemas emergentes, como possíveis *decisões de casos novos*, aberto para a inovação do sistema, para a produção paradoxal da *variedade*, em um prisma de operacionalidade das “questões de justiça” (LUHMANN, 1974: 49).

Não só em LUHMANN observamos a operação decisória como *fator de aprendizagem*, vemos esta mesma proposição, apesar de se colocar em contexto teórico próprio, a clara lição de Tércio Sampaio FERRAZ JR (2010: 88) ao afirmar que: “Modernamente, o conceito de decisão tem sido visto como ato culminante de um processo que, num sentido amplo, pode ser chamado *aprendizagem*”.

Em outro momento, FERRAZ JR (2010: 89) agrega a seu escólio sobre a decisão no sistema jurídico, a observação de que a decisão envolve um “conjunto de alternativas”. Este

⁴⁴⁰ Tradução livre: “A situação decisória permanece constituída, sua definição pode ainda ser mudada”.

⁴⁴¹ Tradução livre: “...sempre sínteses de uma multiplicidade de possibilidades. Elas são sempre pontos de vista comparativos do que foi realizado com outras possibilidades”.

mesmo autor (FERRAZ JR, 2010: 90) chega a propor algo que em muito nos interessa aqui na análise da justiça luhmanniana, qual seja a ideia de que:

Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, que, num contexto seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores. Na verdade, o conceito moderno de decisão liberta-a do tradicional conceito de harmonia e consenso, como se em toda a decisão estivesse em jogo a possibilidade mesma de safar-se de vez de uma relação de conflito.

Quer em tudo parecer-nos que este excerto traduz de forma precisa a ideia de LUHMANN de que o caráter *inovador* de uma decisão abre uma *nova série* decisória, na qual ganha-se recursividade no encadeamento da série de decisões sobre o mesmo *conflito*, em que fórmula do *se* $\Rightarrow$ *então* passa a ser vista como formulação de uma *adequada complexidade*, ou seja, como justiça **funcional**, em que *se* as circunstâncias juridicamente consideradas na institucionalização autopoietica do conflito *jurídico* (tematização jurídico-comunicativa do conflito) são *iguais*, o caso deve ser decidido de forma redundante, *então* a ideia da justiça demanda uma solução *igual*, já estabilizada como sentido comunicativo congruente de uma expectativa normativa. O que permite a compreensão da ideia de LUHMANN (1995: 356) de que: „Wenn Gerechtigkeit in der Konsistenz der Entscheidungen besteht, dürfen wir daher auch sagen: Gerechtigkeit ist Redundanz“⁴⁴².

Por outro lado, a inauguração de uma *nova série decisória*, na forma de um *leading-case* ou *Leitentscheidung* descortina a necessidade da variedade (*Varietät*), assim, como manifestação de uma **justiça mutante**, como forma autorreferente de *adaptação* (*Anpassung*) do sistema jurídico ao entorno social, percebendo dentro de seus limites cognitivo-sistêmicos (autopoiese + autorreferência + racionalidade binária sistêmica), na forma de um positivismo jus-sociológico⁴⁴³ luhmanniano.

⁴⁴² Tradução livre: “Se a justiça repousa sobre a consistência de decisões, devemos daí também dizer: justiça é redundância”.

⁴⁴³ Talvez aqui resida uma das virtudes da visão autopoietica do direito, na qual a justiça se constitui paradoxalmente como *fechamento operativo* e *abertura cognitiva*, ao mesmo tempo como *redundância* (funcionalidade operativa) e *variedade* (capacidade autocondicionada de adaptação). Ou, como propomos nesta tese, como *justiça funcional* e *justiça mutante*.

Talvez aqui resida uma das virtudes da visão autopoietica do direito, na qual a justiça se constitui paradoxalmente como *fechamento operativo* e *abertura cognitiva*, ao mesmo tempo como *redundância* (funcionalidade recursivo-operativa)⁴⁴⁴ e *variedade* (capacidade autocondicionada de adaptação em razão do processamento informações nas circunstâncias surpreendentes)⁴⁴⁵. Ou, como propomos nesta tese, como *justiça funcional* e *justiça mutante*.

A *justiça mutante* é em si uma garantia que o direito cria para si de uma autoguiada *adaptação* sem ilusões de produção decisões perfeitas e dotadas de fixidez⁴⁴⁶. LUHMANN (1974: 49) deixa bem claro que as “pretensões de justiça” no sistema jurídico envolvem um alto grau de abstração de modelos jurídico-dogmáticos em que os conflitos juridicamente institucionalizados são decididos por critérios próprios do direito⁴⁴⁷, o que não quer significar que esses modelos decisórios sejam estabelecidos com absoluta independência das expectativas sociais, mas sim que as expectativas sociais quando dirigidas ao sistema jurídico se orientam pelas possibilidades que este sistema oferece. Nessa relação se coloca a justiça como *adequada complexidade*.

Essa justiça como *adequada complexidade mutante* se liga, então, às reduções de complexidade nas quais o direito desempenha sua função dirigida a toda a sociedade, em uma justiça que busca *equivalentes funcionais* como substituições para “absorver” (autopoieticamente) fatos concretos (LUHMANN, 1974: 51), ao estabelecer as condições do juridicamente possível. A justiça se insere como um problema de controle das descontinuidades de um *ordenamento autosubstitutivo* fundado em sua faticidade histórica (LUHMANN, 1974: 54-55).

Esta característica de *autosubstituição* fundada na facticidade histórica (variedade temporal) do sistema jurídico está em direta correlação com a “capacidade regenerativa da

⁴⁴⁴ Sobre o sentido de *redundância* no pensamento de Niklas LUHMANN (1986: 35) reproduzimos o seguinte trecho: „Redundanz ist mithin ein Maß für die Überflüssigkeit weiterer Information, für die Abhängigkeit von weiteren Überraschungen, also für Sicherheit. Unsicherheit besteht immer in der Quantität der Information, die noch fehlt, und Argument, die zeigen, daß man einen Fall wie einen anderen behandeln kann oder daß man andere Fälle anders entscheiden müßte, wenn man den vorliegenden Fall in bestimmten Weise entscheiden müßte, bilden und nutzen Redundanz“ (Tradução livre: “Redundância é simplesmente uma medida para a superfluidade de mais informação, para a dependência de mais surpresas, portanto, de segurança”). Ou seja, a incerteza repousa sempre na quantidade de informação que ainda falta, e os argumentos que mostram que um caso deve ser tratado como outro ou que outros casos devem ser decididos diversamente, se no caso presente se deve decidir de determinado modo constroem e utilizam a redundância”).

⁴⁴⁵ Leia-se a propósito LUHMANN (1995: 358-359).

⁴⁴⁶ Esta mesma percepção encontramos em Karl LARENZ (2001: 47-48) quem assevera, ao analisar a questão do ‘justo absoluto’, que: “Las ideas de un orden social absolutamente justo, realizable de golpe, con la introducción de la «mejor» constitución política o producido por si mismo como el «punto final» de una evolución, son ideales que dejar de lado, preguntándonos por la justicia realizable, que, por ello, es siempre relativa”.

⁴⁴⁷ Ou como uma “tradução” para a linguagem artificial do direito, como propõe Gunther TEUBNER (2000a: 16).

normatividade” (LUHMANN, 1988: 32), na qual o direito adaptativo e responsivo evita o descrédito de sua própria normatividade.

A proposta de uma justiça mutante faz com que o núcleo do sistema jurídico, como organização judiciária, abandone toda *illusion of control* e passa a adotar uma *macrovisão decisória*⁴⁴⁸ como horizontes da justiça criados no interior de um sistema que, como sistema parcial de especializado em sua função social passa a perceber seus limites operativos e comunicativos e que, sua justiça, como simplesmente uma *justiça jurídica*, se confronta com a policontextualidade da ideia do *justo*.

Em outros termos, podemos em alguns momentos perceber que os problemas da justiça estão para além das capacidades *cognitivas* e *operacionais*⁴⁴⁹ do sistema jurídico por dependerem do fato de que há casos em que a contingência e (hiper)complexidade do ambiente social somente podem ser reduzidas pela racionalidade de outros sistemas como, por ex., questões políticas de distributividade de bens sociais que se acoplam estruturalmente com modelos econômicos.

Neste contexto, a *justiça jurídica* submetida a um regime de *decisão forçada* (*Entscheidungszwang*), ao *non liquet*⁴⁵⁰, deve ater-se aos limites de seus programas decisórios estabelecidos em seu interior como modelos (estruturas) dogmáticos, normativos (regras) e normativo-principiológicos (princípios jurídicos), que se apresentam em *conflitos jurídicos* que demandam a generalização de interpretação *jurídico-condicional* de expectativas normativas ligadas à liberdade de empresa, livre concorrência, propriedade privada e sua “função social”; as quais estão elencadas como regras e princípios em uma Constituição que, em si mesma, já é um acoplamento estrutural entre direito e política (LUHMANN, 2002: 391).

O paradoxo fundamental do direito de decidir (*entscheiden*) o indecidível (*Unentscheidbar*) inserido em uma *coação decisória* (*Entscheidungszwang*), ou *non liquet*, estabelece um desafio gigantesco de *funcionalidade* e de *adaptabilidade*, o que coloca limites

⁴⁴⁸ No contexto desta *macrovisão decisória* situamos também a preocupação em torno de produção de disfuncionalidades por uma aplicação ‘linear’ de precedentes (*binding effect*) em que o operador do sistema decisório não se foca na averiguação de novas complexidades surgida no *caso inovador*, momento em que ganha relevância a ideia luhmanniana dos “equivalentes funcionais”, como identificação de soluções novas que estimulam a seletividade do sistema para a redução *congruente* das *contingentes* ‘novidades’ surgidas no ambiente, entorno social do direito. Sem dúvida, essa questão se agudiza em uma *era dos direitos*, como diagnostica Norberto BOBBIO (1992: 49-65), em que o problema dos horizontes da justiça se amplia.

⁴⁴⁹ No que tange aos limites cognitivos do sistema jurídico, bastante elucidativo o trecho em que Niklas LUHMANN (1995: 493) declara peremptoriamente que: *Man kann das System nur noch in seinen Eigenwerten irritieren*“ (Tradução livre: “Somente se pode irritar o sistema por seus próprios valores”).

⁴⁵⁰ Ao contrário do sistema científico e do sistema político (LUHMANN, 2002: 342), o sistema jurídico deve produzir decisões sempre que provocado (LARENZ, 1975: 279), qualquer pressuposição de que o direito possa se recusar a decidir se contrapõe ao princípio da vedação da negação da justiça (LUHMANN, 1995: 310-311); justiça, neste sentido, observada nesta tese como aspecto da *justiça funcional*.

operacionais e mesmo cognitivos ao sistema jurídico, não permitindo que este se dê ao ‘luxo’ de apresentar-se, de modo ilusório, como sistema capaz de dar soluções *justas, como perfeição da justiça*, em casos que envolvem as denominadas *tragic choices*⁴⁵¹, ou mesmo profundos *dilemas morais*⁴⁵², que trazem consigo forte carga de *indecibilidade*.

O direito deve despir-se de pretensões ilusórias (*illusion of control*), evitando desgastes desnecessários⁴⁵³ com promessas somente retóricas e argumentativas de ‘perfeição da justiça’, como panaceia para todas as mazelas sociais, algumas delas ainda insolúveis. Soluções, aliás, que não dependeriam ou dependem somente do sistema jurídico, mas sim das estruturas sociais como um todo.

Contexto em que LUHMANN (1981: 417) lança uma pergunta que para nós é nada mais do que um horizonte que se abre a cada aumento da hipercomplexidade e da contingência: „*Wieviel Gerechtigkeit kann eine Gesellschaft sich leisten?*“⁴⁵⁴.

Não há outra via, senão reconhecer que está fadada à desilusão qualquer busca *funcional* de uma perfeição cosmológico-metafísica da semântica “vetero-europeia”, senão reduzir e processar de forma *consistente e adequada* toda complexidade e a contingência do ambiente social dando-lhe um sentido jurídico em estruturas dogmáticas e programático-decisórias que torne o direito capaz de dar respostas *jurídicas* a conflito *juridicamente institucionalizados*, dando efetividade a sua função de *generalizar congruentemente expectativas*, observando, por sua vez, os elementos que permitam adaptar-se por meio de variações decisórias que se abram cognitivamente para as circunstâncias e para as

⁴⁵¹ Expressão que se coloca como título de livro de Guido CALABRESI e Philip BOBBITT (1978), no qual estas autoras analisam o processo de tomada de decisão em vários cenários (políticas públicas e contextos costumeiros) em que as consequências inevitáveis e indesejáveis de uma decisão se confrontam com o turbilhão de emoções e de questionamentos em torno de valores arraigados. Aí estão envolvidas escolhas de distribuição de bens escassos e suas consequências ‘trágicas’ para determinadas pessoas ou grupos em dadas circunstâncias. Essa questão de *complexidade elevada* se apresenta, para o direito, muitas vezes, como uma *indecidibilidade* que demanda decisão (*justiça funcional*).

⁴⁵² De forma muito realista e clara, Rosalind HURSTHOUSE (1999: 63-87) ao estudar os *dilemas trágicos* (*Tragic Dilemmas*) apresenta problemas insolúveis (“*irresolvable*”) em que a ética da virtude - como ação ‘correta’-, ao confortar-se com a realidade de uma situação, não propicia respostas fáceis, até mesmo nenhuma resposta, correndo-se o risco de recorrer a um *absolutismo* ético - como *perfeição*? - que conta com uma deontologia inflexível. Essa autora chega mesmo a mencionar a questão de um *approach* flexível, ou seja, como aqui se propõe, *variável* de apreciação de casos em que se apresentam indecibilidades para chegar-se a uma solução *razoável, possível e funcional*.

⁴⁵³ As eventuais promessas de ‘perfeição da justiça’ como fundamentos decisórios de *casos isolados* (*microvisão decisória*) que possam ter ‘repercussão social’, em casos de argumentação notoriamente preocupadas mais com a ‘estética’ e com a popularidade que possam angariar na mídia, geram o que LUHMANN (1995: 154-156) identifica como uma sensação social de “perda da função” do direito por sua morosidade e por suas *oscilações decisórias* (casos iguais julgados desigualmente), como incapacidade operativa em dar soluções *estáveis e funcionais* para problemas que dependeriam de uma resolução generalizadora de expectativas normativas pelo direito.

⁴⁵⁴ Tradução livre: “Quanta justiça uma sociedade pode produzir para si?”.

possibilidade de uma *justiça mutante*⁴⁵⁵, sem perder os horizontes da justiça como *funcionalidade* e como *variedade*.

2. Contribuição da teoria de Niklas Luhmann para a teoria geral do direito e para a jusfilosofia: o problema da justiça como dimensão simbólico-reflexiva do sistema jurídico

Qual a importância do pensamento de Niklas LUHMANN sobre a justiça? Poderíamos ainda propor ou apresentar outra dimensão da justiça em LUHMANN?

Para buscarmos uma resposta a essas indagações, devemos observar de modo detido que LUHMANN procurou reformular a concepção justiça dentro de sua teoria autopoiética do direito, mas, não obstante esse projeto, ele não retira a ideia da justiça da teoria do direito ou mesmo da jusfilosofia. O que é por ele próprio explicitamente admitido ao dizer (LUHMANN, 1995: 217) que: „...muß das Rechtssystem nicht auf die Idee der Gerechtigkeit verzichten“ (... o sistema do direito não deve abdicar da ideia da justiça“).

Sua justiça reformulada dentro dos conceitos de *fórmula de contingência* e de *adequada complexidade* do sistema jurídico não resultou, na verdade, na concepção de um *direito sem justiça*. Mas retira do direito a justiça como ‘valor’, como *valor entre outros valores* (TEUBNER, 2000a: 16).

O projeto positivista jus-sociológico de Niklas LUHMANN segue um caminho diverso daquele seguido por Hans KELSEN (1962: 357-401), com sua visão da justiça como *problema* ou como *ilusão* (KELSEN: 2008).

Em LUHMANN (1995: 217-218) a ideia da justiça assume a dimensão de um símbolo da unidade do sistema no sistema (*Einheit des Systems im System*). Para ele a validade jurídica seria também um símbolo dessa natureza, mas como resultado da recursividade das operações

⁴⁵⁵ A justiça *mutante* (adaptativa) representa outro paradoxo inserido na ideia de uma estabilidade ‘instável’ que se coloca na relação entre fechamento operativo e a abertura cognitiva, o que se correlaciona com outra dimensão do problema da justiça no pensamento de LUHMANN que será agora desenvolvida no tópico seguinte.

jurídicas, enquanto que a justiça surgiria, simbolicamente, como auto-observação (*Selbstbeobachtung*)⁴⁵⁶ e autodescrição (*Selbstbeschreibung*) do sistema jurídico como um todo, como elemento de autocontrole (*Selbstkontrolle*) do sistema jurídico autopoietico.

Porém, como já longamente exposto, a justiça em LUHMANN (1995: 216) rompe com o questionamento tradicional da justiça do direito (“vetero-europeu”), sendo que para nosso autor este contexto perdeu todo significado prático (*praktische Bedeutung*)⁴⁵⁷.

Por outro lado, essa perda de significado prático não deve tomada em sentido absoluto, isto porque, como aqui passamos a propor, a justiça como elemento autodescritivo (*Selbstbeschreibung*) fundado em uma constante auto-observação (*Selbstbeobachtung*), ou seja, como instrumento de uma *observação de segunda ordem* (*Beobachtung zweiter Ordnung*), na qual o sistema se pode perceber como ‘produtor’ de uma justiça *funcional* e *mutante* e concentrar-se na problematização de sua função em sociedade funcionalmente diferenciada.

Por este prisma, a questão da justiça de um direito submetido aos ditames de sua própria autopoiese ganha uma dimensão que transcende o nível de suas operações e que emerge dessa correlação entre complexidade e contingência. A função sistêmica do direito introduz um direcionamento ao símbolo da justiça como instrumento de auto-observação (*Selbstbeobachtung*) da unidade do sistema, como símbolo da complexidade e da **congruência** da totalidade das operações do sistema, o sistema se contempla como um sistema voltado para a produção da justiça, como *justica jurídica*, como resultado de sua autorreferência.

A justiça ‘autopoietica’ do direito, como autodescrição *funcional* do sistema jurídico pressupõe um necessário grau de *indiferença* em face da policontextualidade dos problemas emergentes no sistema social. Como já analisado, de uma indiferença como *unmarked space* (Spencer BROWN) ou *blinder Fleck/blind spot* (LUHMANN) que caracteriza a necessidade de produção de redução de complexidade, como função generalizada dos sistemas parciais de função.

⁴⁵⁶ Em complementação a essa proposta, devemos transcrever trecho em que LUHMANN (1995: 218) registra que: „Wir haben das Problem der Gerechtigkeit zunächst also durch Unterscheidungen limitiert: Selbstreferenz, aber nicht als Operation, sondern als Beobachtung; nicht auf der Ebene der Codes, sondern auf der Ebene der Programme; und nicht in der Form von Theorie, sondern in der Form einer (enttäuschungsanfälligen) Norm. All das heißt, daß es ungerechte (oder: mehr oder gerechte) Rechtssysteme geben kann“ (Tradução livre: “Nós limitamos, portanto, o problema da justiça em primeiro lugar por meio de diferenciações: autorreferência, mas não como operação, senão como observação; não no nível do código, senão no nível dos programas; e não na forma de teoria, senão na forma de uma norma (propensa ao desapontamento)”).

⁴⁵⁷ Cabe o registro da crítica irônica de LUHMANN (1995: 219) aos postulados jusnaturalísticos da justiça, quando ele diz que: „Die Natur selbst ist in keinem verständlichen Sinne gerecht“ (Tradução livre: “Em nenhum sentido compreensível, a natureza é justa”).

Contudo, ao postular a ideia da justiça como *símbolo* da unidade, Niklas LUHMANN introduz um nível adicional de abstração em que se coloca a apreciação crítica das estruturas programático-decisórias do direito. Neste contexto, o critério da justiça surge como “elemento regulativo” para a análise e crítica da estrutura conceitual (dogmática) do sistema jurídico, mas não mais como uma *norma decisória* diretamente aplicável, ou mesmo, como código operativo (*justo x injusto*).

É dizer, a justiça como elemento simbólico estimula a sensibilidade do sistema em face das irritações oriundas do entorno social (ambiente) que, por sua vez, impulsiona as transformações das estruturas conceituais e programático-decisórias (programas condicionais) com vista a sua adequação e funcionalidade, confrontando a função sistêmica do direito com as exigências de uma relatividade (acelerada transitoriedade) (ROSA, 2005) histórico-estrutural (LUHMANN, 1995: 225), fruto da crescente contingência e do aumento de complexidade social. Quadro em que o sistema jurídico deve questionar seu processo jurídico-decisório como *redundância* e *recursividade*, ao mesmo tempo, paradoxalmente, como *variedade*, *evolução* e *adaptabilidade*.

Com isso, se preserva no sistema jurídico os *anseios* inseridos na alta indeterminação dos conceitos clássicos de justiça, sem uma determinação *a priori* de uma ideia de perfeição da justiça.

Ao contrário disso, propõe LUHMANN que a ideia da *imperfeição* do direito e de sua justiça reside na própria construção de uma estrutura conceitual adequada que não exclui e nem pode excluir a eventualidade da percepção da injustiça pelo direito, coloca-se a relação entre justo e injusto como elemento de auto-observação (interna) do sistema jurídico, ou seja, o injusto não está excluído do direito, pois faz parte da história jurídica, como elemento necessário para o aperfeiçoamento do processo funcional. O problema da injustiça é visto como irritação autoproduzida para o aperfeiçoamento do *justo*⁴⁵⁸ juridicamente possível, como estímulo constante a uma *auto-observação* do sistema em torno de sua função.

Ao lado da disposição de *não-aprender* para assegurar contrafaticamente a estabilidade das normas – como aspecto formal da função sistêmica – (LUHMANN, 1995: 92), emerge a capacidade cognitivo-adaptativa do sistema que: „*Im Forgang von Operation zu Operation kann das System also zwischen der internen in der externen Referenz oszillieren*,

⁴⁵⁸ Deve ser anotado que Edmond CAHN (1949: 11-16) desenvolve teoricamente a ideia do *sentido da injustiça* (“*sense of injustice*”) como um caminho para a justiça (“*a path to justice*”). Neste contexto, CAHN critica o jusnaturalismo com suas pretensões de fornecer respostas absolutas (“*absolute answers*”), pois para ele a percepção do erro, identificado como *injustiça*, ou sensação da injustiça, e de sua ‘correção’ constituem o “fenômeno observável”, em contraposição com a justiça como relação ideal ou uma condição estática, despidida, portanto, de conexão evolutória.

ohne die eigene Grenze je überschreiten zu müssen”⁴⁵⁹

Essa oscilação entre interno e externo é, todavia, de modo paradoxal, um movimento pendular autorreferente que não expõe a autopoiese aos riscos de uma simples *alopoiese*⁴⁶⁰, em um modelo trivial de *input* e *output*, de absorção *disfuncional* de toda a complexidade impossível se ser processada pelo sistema.

Entretanto, a mencionada oscilação deve ser vista como uma “abertura na dimensão temporal” („eine Offenheit in der Zeitdimension”), como percepção das mudanças decorrentes da evolução e mutações das estruturas e dos valores sociais no decurso do tempo.

De novo, uma questão de *adaptação*, *variedade* e, em casos de acoplamentos estruturais, de *coevolução*.

Essa variedade adaptativa em que se combinam o fechamento normativo e a abertura cognitiva é o que dá a forma típica dos programas condicionais (LUHMANN, 1995: 84), estudados no capítulo I desta tese. Exatamente este modelo que combina fechamento e abertura, sob a regência da autopoiese e da autorreferência do sistema, é que estimula o processo evolucionário do sistema pelo esquema *igual/desigual* de auto-observação de casos (LUHMANN, 1995: 114).

Por este mesmo esquema, o sistema se submete à “fórmula de aumento” (*Steigerungsformel*) que coloca o sistema na direção de seu desenvolvimento, para o aumento *adequado* de sua complexidade interna, como um caminhar para *mais justiça* (*mehr Gerechtigkeit*) (LUHMANN, 1995: 222). A justiça como “fórmula de contingência”, que deve ser compreendida como esquema de busca de fundamentos e valores, que somente podem ganhar validade jurídica (*Rechtsgeltung*) na forma de programas condicionais (programas decisórios).

Nesta relação complexa, a fórmula de contingência se estalebece no direito, conforme concebe Gunther TEUBNER (2000a: 17), como busca de maior *adequação social* (*soziale Adäquanz*) que repousa em uma consistência *interna*, como maximização da consistência dogmática do direito, em que o sistema jurídico também adquire sensibilidade para as postulações divergentes (**policontexturais**) externas ao sistema, torna-se uma *justiça transcendente*. Como justiça fundada em uma consistência interna acrescida de

⁴⁵⁹ Tradução livre: “No progresso de operação a operação o sistema pode, portanto, oscilar entre referencia interna e externa, sem precisar ultrapassar seus próprios limites”.

⁴⁶⁰ Sobre a distinção entre *autopoiese* e *alopoiese*, Alex M. ANDREW (1981: 157) esclarece que: “The autopoietic viewpoint recognizes the organization that appears autonomously within the system; characteristics resulting from interaction with an environment are termed **structure** rather than organization. With this distinction, autopoietic systems are organizationally closed and can be described without reference to inputs or outputs. Systems that are not organizationally closed are termed **allopoietic**”.

responsividade às exigências do ambiente social, como uma justiça **autosubversiva** (*Selbstsubversive Gerechtigkeit*).

A *responsividade* se correlaciona com a auto-observação do sistema, regida pelo aumento de sua variedade (LUHMANN, 1995: 358-359), onde a justiça como símbolo da unidade do sistema jurídico se traduz em necessidade de produção de mais justiça, como demanda de uma maior capacidade de processamento de informação pelo direito de modo adequado e consistente. Como momento em que o direito ‘*sai de si mesmo*’, produzindo um metanível **reflexivo**⁴⁶¹ que permite ao sistema observar-se como *se* fosse um observador externo. O direito aqui questiona sua própria função na sociedade moderna e se percebe como *máquina histórica* (LUHMANN, 1995: 58) e reflexivamente questiona seu encadeamento decisório, sua história-memória decisória, de modo comparativo, retrospectiva ou prospectivamente, com vistas postas na consistência de suas mudanças, de seu processo evolucionário e adaptativo, como *variedade na redundância* de suas decisões⁴⁶².

A justiça como símbolo da unidade do sistema se apresenta, então, como paradoxo da auto-observação (*Selbstbeobachtung*), a qual só é observável por uma hetero-observação (*Fremdbeobachtung*) (LUHMANN, 1986: 19) que, inicialmente, se funda na diferença entre *sistema* e *ambiente*, em uma relação em que emerge o conceito de heterorreferência (referência externa) ligada à ideia de “interesses”, de “conflito de interesses” inseridos em casos jurídicos, o que sinaliza para a necessidade de mais *variedade* no sistema do direito, em suas estruturas dogmáticas e programático-decisórias (LUHMANN, 1995: 400).

Podemos dizer que o direito se coloca em uma perspectiva de autocontemplação (observação de segunda ordem) de *sua justiça imperfeita* que precisa de constante aperfeiçoamento, não como elemento operativo-aplicativo *direto* do sistema, mas antes disso como o esquema de auto-observação da relação entre *justiça x injustiça*, como busca de uma maior consistência e adequação do encadeamento histórico de suas prestações decisórias, como **macrovisão decisória**, com suas bifurcações (*Bifurkationen*) ou inovações, como *criatividade* (LUHMANN, 1988c: 16-19) transformadora de suas estruturas, gerando uma *adequada complexidade* do sistema como unidade submetida a uma *fórmula de contingência* da justiça.

Aqui invocamos a proposta de Gunther TEUBNER (2000a: 21) de que:

⁴⁶¹ Esse mesmo aspecto é formulado por Gunther TEUBNER (2000a: 18) como um “transcender-se” do direito em um nível de seu segundo fechamento, no nível das auto-observações jurídicas.

⁴⁶² No mesmo sentido, PHILIPPOULOS-MIHALOPOULOS (2010: 75).

*Gerechtigkeit protestiert gegen die natürlichen Tendenzen des Rechts, sich an Präjudiz, Routine, Sicherheit, Stabilität, Autorität und Tradition zu binden. Gegen die dem Recht eingebauten Tendenzen wohlgeordneter Selbstkontinuierung spielt Gerechtigkeit ihre Präferenz für Unordnung, Revolte, Abweichung, Variabilität und Veränderung aus.*⁴⁶³

O próprio LUHMANN (1987a: 189) afirma algo semelhante, em outros termos, ao dizer que o:

*... Rechtsprinzip Gerechtigkeit wirkt teils als Reflexion und Rationalisierung der Unvollkommenheit des Rechts, teils auch als Auslöser neuer Rechtsentwicklung, die wichtige Modifikationen, aber keineswegs gerechtes Recht einbringen.*⁴⁶⁴

Extraímos deste excerto de LUHMANN a ideia de que a ‘incompletude/imperfeição’ (*Unvollkommenheit*) do direito é o que não lhe permite conceber-se como um direito *justo como perfeição*, como projeto acabado de sistema, mas antes como um sistema dinâmico, submetido aos limites de sua capacidade de operação, de sua produção de decisões de forma *consistente e adequada*, mas que, de acordo com o tempo do processamento de informações, pode levar à dimensão *mutante* da justiça, sem que o direito se torne instável, inseguro: *oscilante*.

As oscilações decisórias constantes, sem critérios claros de seletividade fundamentada em uma argumentação jurídica realista e consistente, também portadora de uma hetero-observação “autorreferida”, como capacidade de ampliação da complexidade interna do sistema para a absorção **autocontrolada** de sempre novas demandas da sociedade pela função de um direito funcionalmente especializado/diferenciado.

Neste quadro mutável e contingente, o direito não tem como garantir a *perfeição* de

⁴⁶³ Tradução livre: “A justiça protesta contra natural tendência do direito de se prender ao precedente, à rotina, à segurança, à estabilidade, à autoridade e à tradição. Contra estas tendências internalizadas a uma autocontinuidade ordenada, a justiça coloca em cena sua preferência pela desordem, revolta, desvio, variabilidade e mudança”.

⁴⁶⁴ Tradução livre: “... princípio jurídico da justiça atua em parte como reflexão e racionalização, em parte como detonador de um novo desenvolvimento do direito, as imprevistas modificações, porém, de modo algum, um direito justo”.

sua justiça *funcional* (redundante e recursiva), senão autopoieticamente colocar-se diante da natureza *mutante* das incitações à reforma do direito, como fórmula de *sua própria contingência* e dos riscos de »*Funktionverlust*« (perda da função) na sociedade diferenciada, de ‘perda’ de sua função de *generalizar congruentemente* as expectativas normativas.

Como observa Jean CLAM (1997: 209), ao falar do princípio da igualdade de tratamento de casos no direito, a congruência gerada pelo sistema jurídico “*lui permet sortir de l’onticité d’un droit rigidifié autour d’interdits concrets et massifs, pour s’ouvrir sur la contigence d’un avenir généralisé pouvant toutes sortes de situations*”.

Como máquina histórica o direito na dimensão que, aqui nesta tese, chamamos de *simbólico-reflexiva*, o sistema jurídico se torna um observador de segunda ordem (*Beobachter zweiter Ordnung*) – observador de suas observações - do encadeamento de suas operações decisórias (história-memória), de suas bifurcações onde por uma linha se mantém na *redundância* dos casos iguais, mas por outra linha se abre para a *inovação*, a uma *criatividade* autopoieticamente dirigida, criando uma cadeia de *casos iguais* a partir de *um caso novo e diferente*. Nessa observação de segunda ordem o direito observa seus critérios seletivos autorreferidos o que lhe permite como *unidade consistente porque centrada na adequação de sua função*.

A observação de segunda ordem como instrumento de observação do *modo de observar* os critérios, fundamentos e argumentos que foram e serão utilizados para equalizar ou *distinguir* os casos submetidos a decisão, traz consigo nossa proposta de *macrovisão decisória* que faz com que não se decida pela *illusion of control* de uma suposta justiça *ad hoc*, mas que leva o julgador levantar seus olhos e contemplar os horizontes decisórios do direito como sistema funcional assumindo uma perspectiva ‘sistêmica’⁴⁶⁵. Esta serve de elemento que permite evitar a *difuncionalidade* de decisões *oscilantes* e *erráticas*, naquilo que Jean CLAM (1997: 216) chama de *fórmula de consistência*.

Neste passo, deve ser novamente registrado que a *hetero-observação ‘autorreferida’* constitui um paradoxo que necessita ser *desparadoxizado* (*Entparadoxisierung*), pois ela se refere às observações internas e externas, questão sobre a qual LUHMANN (2000 a: 60)

⁴⁶⁵ Nessa perspectiva podemos inserir os estudos de Cass R. SUNSTEIN (2001), no sentido de um “minimalismo judicial” na Suprema Corte Estadounidense, o que representaria a necessidade de julgar “um caso por vez” (*one case at a time*), com clareza, sendo que até mesmo parte dos *Justices* da *SCOTUS* (*Supreme Court of the United States of America*) pensam que “...that it is important for the Court to lay down clear, bright-line rules, producing stability and clarity in the Law” (SUNSTEIN, 2001: xiii). O que demonstra a preocupação que se dever ter com núcleo do sistema jurídico, no qual a *bifurcação* provocada pelos casos *inovadores* deve conduzir a uma redundância e à recursividade do sistema, como *justiça funcional*.

observa:

*Sie bezeichnen den Punkt, an dem externe und interne Beobachtung konvergieren; den Punkt, am dem sie jeweils ihre eigene Konsistenz und damit auch die Beobachtung der Beobachtung reflektieren; daher auch den Punkt, in dem Rechtssoziologie und Rechtstheorie miteinander in Kontakt kommen.*⁴⁶⁶

Como possibilidade de *desparadoxização* deste paradoxo, coloca-se o acoplamento estrutural⁴⁶⁷ entre sistema jurídico e ciência ou teoria do direito, sociologia jurídica (como partes do subsistema científico) (LUHMANN, 1995: 564; 1987a: 360) e, por que não, também a filosofia do direito. Este acoplamento estrutural presta-se a canalizar e potencializar as irritações dirigidas às operações decisórias do sistema funcional do direito. Este salutar acoplamento estrutural estimula o direito a reformulações dogmáticas e programático-decisórias. Esse acoplamento estrutural que, em síntese, inserimos na semântica da *interdisciplinaridade*, o que traz para o sistema jurídico a possibilidade de uma espécie de ‘hetero-observação autorreferida’.

Tanto que as teorias *reflexivas* do sistema, como resultado do acoplamento estrutural entre direito e sistema científico, de modo esclarecedor, LUHMANN (1995: 544) anota que:

*Halten wir also fest, daß die Vorstellung, Theorie sei ein Mechanismus struktureller Kopplung des Wissenschaftssystem mit den Reflexionstheorien der Funktionssystem, noch nicht zur Annahme von bestimmt ausgeführten Theorien verpflichtet. Zwar liegen im Begriff der strukturellen Kopplung Eignungsbedingungen; und jedenfalls ist damit ein Problem anvisiert, das sich nicht beliebig lösen läßt. Aber wenn man überhaupt zeigen kann, daß es Theorieapparate gibt, die sich für eine solche Aufgabe eignen, wir damit angedeutet, daß auch andere Möglichkeiten geben könnte. Denn was überhaupt möglich ist, ist auch anders möglich.*⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ Tradução livre: “Elas indicam o ponto em que convergem observação externa com interna; o ponto em que cada uma delas reflete sua própria consistência e com isso também a observação da observação; com isso também o ponto em que a sociologia jurídica e teoria do direito se encontram”.

⁴⁶⁷ Essa ideia nos faz pensar em uma proposta, de algum modo, semelhante, de uma combinação das investigações de natureza *zetética jurídica* com as da *dogmática jurídica*, como se pode estudar em Tercio Sampaio FERRAZ JR (2007: 44-51).

⁴⁶⁸ Tradução livre: “Temos, portanto, como estabelecido que a noção de que a teoria seja um mecanismo de acoplamento estrutural do sistema científico com as teorias reflexivas do sistema funcional, ainda que não obrigue a admissão da exposição de determinadas teorias. Na verdade, estão no conceito do acoplamento

Esta ‘hetero-observação autorreferida’ permite e impulsiona uma *reflexividade adequada*, na qual o direito pode refletir sobre os *equivalentes funcionais* (funções *latentes*), como outras possibilidades disponíveis de decisão, os quais abrem novos *horizontes* para a *justiça jurídica*. O direito se foca, neste contexto, no encadeamento objetivo, social e temporal de suas operações decisórias como *mecanismo* histórico, o que lhe torna possível ver-se como projeto de sistema, como *unidade* funcional e operacional, e do caráter sempre atualizável de sua *justiça jurídica*. Mesmo no projeto funcional-estruturalista de Niklas LUHMANN, direito e justiça são inseparáveis, mas não no sentido da *justiça como perfeição*, senão como símbolo *funcional* e *mutante*, *redundante* e *variável* (LUHMANN, 1987a: 328). Uma justiça apta a enfrentar-se com a contingência e o aumento de complexidade da sociedade moderna. Como a justiça *autosubversiva* (TEUBNER) do sistema jurídico de um direito moderno, ou mesmo, pós-moderno (LADEUR, 1995)

Na busca de sua *justiça jurídica* o direito encontra seus limites *operativos* e *cognitivos*, no paradoxo da unidade da diferença entre *sistema* e *ambiente* e nesse confronto aumento sua seletividade sua sensibilidade para abrir, dentro de suas possibilidades estruturais, dentro do alcance da eficácia de suas decisões, sem a *illusion of control*, mas centrado em sua função complexa de generalizar de modo congruente expectativas normativas.

Encontra também a limitação de seu código binário, *direito* x *não-direito* (ou *lícito* x *ilícito*; *válido* x *inválido*) que em sua fixidez traz o paradoxo da mudança do lado da unidade da diferenciação, em que o *não-direito* de ontem passa a ser o *direito* de hoje, na forma de uma *re-entry* (BROWN, 1972) e em que a insuficiência da binariedade fica patente para *desparadoxizar* a inversão dessa bipolaridade no caso *novo*, na *inovação adaptativa*. Diante dessa hipótese, para LUHMANN (1995: 384) fica claro que „*Die zweiwertige Codierung benötigt mehr als zwei Werte*“ (“O código de dois valores necessita de mais do que dois valores”).

Toda nova contingência exige uma nova desparadoxização, uma bifurcação, a inovação com o estabelecimento de novas complexidades *internas* no sistema jurídico, ou de

estrutural as condições de aceitação; e em todo caso está com isso focado em um problema que não se resolve aleatoriamente. Todavia, se se pode em geral mostrar que existem aparatos teóricos, os quais são apropriados para tal tarefa, torna-se igualmente implicado que poderiam existir outras possibilidades. Então, o que em geral é possível é também possível de modo diverso”.

mesmo de novas *linhas decisórias*, gerando responsividade e *adequada complexidade* do sistema e, portanto, submetendo-se a uma *fórmula de contingência*, que no direito á a ideia da *justiça*.

Mas em termos dos horizontes autopoieticos do sistema *como um todo*, na dimensão temporal da memória do sistema o injusto de hoje pode ser o justo de amanhã, pois tudo depende – na “fórmula da contingência”, segundo nossa leitura - dos elementos contingentes em mutação na sociedade moderna que são capazes de produzir ressonância na *autorreferência normativo-autopoietica* no sistema jurídico.

O paradoxo fundamental da *decisão* do *indecidível* se renova na auto-observação que se funda na invisibilização da circunstância de que o paradoxo da autorreferência oculta o fato de que a “fonte” do direito é a própria sociedade, ocultamento produzido pela clássica teoria das fontes do direito (*Rechtsquellen*) (LUHMANN, 1995: 289 ss).

Porém no momento do *caso novo*, da *inovação* programático-decisória, surge o “parasita”⁴⁶⁹ de Michel SERRES (1980), o ruído, a surpresa que determina uma reação, uma percepção aguçada, o *parasita* da justiça, o terceiro valor excluído do código binário *operativo* do direito, o elemento que leva à busca dos *equivalentes funcionais*, de outras possibilidades decisórias, de uma possibilidade de *adaptação*, como possibilidade de novas ressonâncias no interior do direito, da produção de *novas redundâncias*.

A *justiça funcional e mutante* encontra sua fundação na *unidade do sistema*, no *conjunto* de suas operações (jurídicas), ao pressupor, de um lado, o elemento integrativo da *negação* (seletividade e exclusão) e, de outro, a adequação do sistema ao seu ambiente social, com bem assinala Jean CLAM (1997: 219). Como “*sensibilité aux ruptures de la congruence*” (CLAM, 1997: 220).

Estas rupturas da congruência do sistema e sua relação com uma ideia *jurídica de justiça*, em sua unidade operativa, é bem traduzida por Edwin Norman GARLAN (1941: 126) quando ele diz que:

Law cannot be understood apart from this search for the better law, though law needed not necessarily be understood solely in those terms. The idea of

⁴⁶⁹ O ‘parasita’ de Michel SERRES (1980: 24) se apresenta como “teorema”, em que: “*le bruit suscite un système nouveau, un ordre plus complexe que la simple chaîne. Ce parasite-là interrompt à première vue, il consolide à la seconde*”. De modo semelhante a LUHMANN, SERRES (1980: 22) ao falar do ‘parasita’ também reconhece que: “*Un système est décrit souvent comme une harmonie. [...] Pourtant, nous ne connaissons pas de système qui fonctionne à la perfection, c’est-à-dire sans pertes, sans fuites, sans usure, sans erreurs, sans accident, sans opacité. [...] Même le monde n’est sans doute pas complètement fiable*”.

justice in its broadest sense is the expression of this teleological orientation. The more one studies the law the more apparent “the energies, within the legal system – [...] – are revealed in all their vigor. That is, justice is a symbol for the recognition that law is not given but is constantly being made. [...] It is a symbol of a need for further refinement.

Para GARLAN (1941: 126) a ideia da *justiça* é “a ‘self-justifying’ ideal”, o que traduzimos nesta tese como *símbolo da autodescrição* da unidade do sistema jurídico que se apresenta como constante demanda de *auto-observação* que coloca a questão da adaptabilidade evolutiva, como resultado da positivação do direito, vista como “complexidade adequada” e como “fórmula de contingência”. Em encadeamento operativo que deve ser dotado de consistência interna (autopoiética) e autodescritiva da função do direito na sociedade moderna, o que passaria a constituir o discurso jurídico *funcional* e paradoxalmente *mutante* da justiça.

Formulado de outro modo, a ‘justiça’ agora se coloca como elemento contingente, que traz à tona a questão da própria adequação do sistema jurídico a um sistema social em constante evolução, sem qualquer pretensão de *perfeição*, seja cosmológica ou metafísica, em sentido “vetero-europeu”.

Todavia, deve ser observado que na dimensão *simbólico-reflexiva* do sistema jurídico, como sistema que somente se pode conceber em sua autodescrição como sistema ‘produtor’ da *justiça*, não há espaço para a aceitação da injustiça. Neste ponto, invocamos a lição de Jean CLAM (1997: 227), ao comentar a ideia da justiça em LUHMANN, de que o direito é um sistema que opera estruturalmente em uma “aversão” à injustiça, pois nele a exigência da *consistência* é fator que impede que sejam propostas *injustiças* “*dans des conditions de sauvegarde de la consistance*”.

Por outro lado, depara-se com essa justiça *funcional*, porém *mutante* (sem estabilidades cosmológicas ou metafísicas), como fórmula que flutua sobre a contingência.

Esta peculiar concepção da justiça é inserida aqui na formulação, quase poética, de LUHMANN (2005a: 240) ao dizer que: „*Das ‚Feste‘ wir dann auf das ‚Fließende‘ gegründet*”⁴⁷⁰.

A justiça permanece como uma demanda do sistema jurídico como um ‘*terceiro excluído*’ do código binário do sistema das operações decisórias do sistema, como um “parasita” (SERRES, 1980), como ruído, como perturbação do fechamento operacional do

⁴⁷⁰ Tradução livre: “O ‘firme’ então devemos fundar sobre o ‘fluido’”.

sistema, como um convite, algumas vezes, silencioso, outras vezes, como clamor veemente à abertura cognitiva, ao momento da *inovação*, da *criatividade*, o que não significa ‘revolução’ ou *Aufhebung* da totalidade do sistema⁴⁷¹, mas sim como *variedade* na *redundância*.

Paralela e paradoxalmente, a Justiça também representa a *recursividade* das operações do sistema, vista como elemento de integração *operacional* do sistema jurídico, como momento do exorcismo do “fantasma obsessivo da indecidibilidade” (DERRIDA, 2005: 52-57), como “louco momento da decisão”, conforme as constantes referências de Jacques DERRIDA a KIRKEGAARD (BENNINGTON, 2011: 103-127).

Portanto, o paradoxo fundamental da *decisão do indecidível* deve ser invisibilizado *no nível operacional* para se evitar, deste modo, os efeitos paralizantes da *polincontextualidade* da justiça. O direito como sistema funcional deve contar com o fato de sua justiça limitada, autorrefente, autopoietica, de sua justiça *jurídica*, sem o que não se realiza sua *função* de reduzir a complexidade do entorno social e generalizando sempre de *forma congruente* as expectativas normativas, produzindo alguma segurança em face das incertezas agora transformadas em riscos, riscos que atingem a própria função do direito.

Nossa proposta, enfim, consiste em que a grande contribuição de Niklas LUHMANN para a sociologia, a teoria e a filosofia do direito resida na proposta, em sua teoria autopoietica, de que a *reflexão* sobre a justiça não esteja fundada na suposta beleza da ideia de sua *perfeição*, como projeto acabado, mas sim na preocupação com sua *imperfeição*. Isto porque é esta *imperfeição* que incita, como elemento perturbador, o sistema jurídico, como unidade⁴⁷², à busca eterna da adequação de sua função na sociedade moderna, por meio da auto-observação constante de possíveis novos horizontes para a *justiça jurídica*, como dimensão *simbólico-reflexiva* do direito. A dimensão heurística do paradoxo da *decisão do indecidível* que necessita ser *desparadoxizado* como desafio de um sistema que além de ser propor como *justo*, deve ser dotado de *funcionalidade*.

São esses os horizontes⁴⁷³ *mutantes* e *funcionais* da justiça em tempos modernos ou, como pretendem alguns, pós-modernos.

⁴⁷¹ O que também nos faz refletir sobre a proposta de Benjamin Nathan CARDOZO (1999: 433) de que: “*Justice is not to be taken by storm. She is to be wooed by slow advances*”.

⁴⁷² A justiça como “símbolo da unidade do sistema” no faz recordar o acima estudado acoplamento estrutural entre sistema jurídico, teoria do direito e sociologia do direito, mesmo porque o sentido da unidade de um sistema é bem colocado por LUHMANN (1994: 495) ao anotar que: „*Alle Einheit ist Einheit von Selbstreferenz und Fremdreferenz, wird also paradox konstituiert*” (Tradução livre: “Toda unidade é unidade da autorreferência com a heterorreferência, é portanto constituída na forma de um paradoxo”). Este paradoxo encontra sua base em outro paradoxo ainda mais elementar, o da unidade entre *sistema* e *ambiente* que estabelece a distinção básica que dá azo à autorreferência e à autopoiese de um subsistema social de função.

⁴⁷³ Importante anotar que a metáfora do horizonte e de sua relação com a questão da justiça nos evoca um constante caminhar. Caminhada sem chegada, sem ponto final, pois quanto mais caminhamos em direção ao

CONCLUSÕES

A presente tese de doutoramento teve por escopo o estudo da teoria dos sistemas autopoieticos, delimitando-se tematicamente em torno da concepção alternativa de Niklas LUHMANN sobre o problema da *justiça* e de sua relação complexa com o sistema jurídico, o que permitiu a análise da aquisição de novas perspectivas em torno deste clássico tema no contexto da sociedade moderna; o que se espera possa trazer, no âmbito deste estudo, contribuição original para a cultura jurídica brasileira, mais especificamente na área tanto da filosofia do direito, quanto da teoria geral do direito e, também, da sociologia jurídica.

De todo o percurso analítico desenvolvido, conduzido por metodologia fundada na pesquisa bibliográfica, com textos, em sua maioria, no idioma original, as seguintes conclusões puderam ser articuladamente estabelecidas, como se expõe a seguir:

1. O problema da definição ou determinação do sentido e do conteúdo da ideia da *justiça*, em sua longa tradição, que remonta à antiguidade clássica, sempre esteve envolto em contextos histórico-ideológicos que geraram a disseminação de um vasto número de correntes de pensamento a respeito do tema, tanto filosóficas, políticas, econômicas, religiosas, dentre outras. LUHMANN propõe em seu modo peculiar de produção teórica a reformulação do conceito de justiça, situando-o na conjuntura de uma sociedade moderna, ou pós-moderna, no sentido que lhe dá François LYOTARD. Uma das características da modernidade, segundo LUHMANN, é a perda das referências estáveis da sociedade arcaica e pré-moderna, fundadas em forma de pensar que ele denomina de “vetero-europeia”, na qual proliferam conceitos e *Weltanschauungen* cosmológicos, ontológicos e metafísicos, centrados na busca de *harmonias* e da perfeição da criação (divina) e da razão. Esta situação, como se descreve na presente tese, não deixa incólume a ideia da *justiça*.

2. Outro ponto relevante se encontrado na proposta de Niklas LUHMANN de que a sociedade moderna está caracterizada por sua natureza *policêntrica*, como decorrência da

horizonte, a cada passo dado, ele se distancia de nós, abrindo-se de forma *mutante* em novas paisagens, novas vistas, nova topografia, novas culturas, novas formas de vida. Nesta caminhada rumo ao horizonte, os obstáculos se apresentam, por ex., como acidentes geográficos, como rios que necessitam ser cruzados e montanhas a ser escaladas. Enfim, não se cuida somente de uma caminhada pelas planícies das ideias ilusórias sobre uma *perfeição* da justiça e de seus clássicos (“vetero-europeus”) horizontes ontológicos e metafísicos, que empiricamente são contraditados quando simplesmente se olha ao redor. Percepção semelhante, ainda que em outra formulação, que também encontramos em PHILOPPOPOULOS-MIHALOPOULOS (2010: 11-12).

diferenciação *funcional*, na qual surgem núcleos reflexivos de comunicação *especializados* em torno de seus códigos binários valorativos que geram de modo **descentralizado** o ‘sentido’ (*Sinn*) que lhes permite a constituição de uma “racionalidade sistêmica” (*Systemrationalität*), fundada na autopoiese do sistema. O que, para LUHMANN significa a superação do humanismo com sua ideia **totalizante** de *sujeito* racional, passando para figura dos *sistemas constitutivos de sentido*, incumbidos de generalizar em suas operações autorreferentes os sentidos comunicativos, permitindo uma coordenação das ações, com vistas a suplantarem os riscos da *dupla contingência* (como expectativas de expectativas), coordenando as ações na sociedade a partir de sua generalização (abstração) *diferenciada e especializada* nos subsistemas sociais de função, dentre eles o direito. Fica assim superada a *dupla contingência* de deixar-se o problema da *ação* (*Handlung*) a depender, como na teoria da ação (*Handlungstheorie*), da diversidade de *sistemas psíquicos* (expressão luhmanniana para indicar os *seres humanos*), vistos por LUHMANN como *black boxes*. Ponto que se observa o problema do aumento e da ampliação da *contingência* e da *complexidade*, em uma sociedade despida de um centro único produtor e garantidor da unidade do sentido da comunicação social, meio pelo qual a própria sociedade se reproduz, autopoieticamente.

3. Por sua vez, a própria introdução da ideia da *autopoiese* (como autoprodução e autorreprodução *do sistema pelo sistema*) na teoria luhmanniana, juntamente com os conceitos de autorreferência (*Selbstreferenz*), autodescrição (*Selbstbeschreibung*), auto-observação (*Selbstbeobachtung*), hetero-observação (*Fremdbeobachtung*) e de observação de segunda ordem (*Beobachtung zweiter Ordnung*), produziu forte impacto sobre a sociologia jurídica, mormente sobre a concepção tradicional de posituação do direito, focada na atividade da produção legislativa. Em face do *funcional-estruturalismo* adotado por LUHMANN, o direito deixaria de ser visto como uma estrutura normativa estática, mas sim como *função dinâmica* que torna suas estruturas *alteráveis* pelo próprio direito ao, de modo autorreferente e autopoietico (autoprodução), incorporar irritações e estímulos advindos de seu entorno social, como, por ex, pelas alterações legislativas, contratos e *conflitos* submetidos a suas prestações decisórias.

4. Esse direito *alterável, produzido e reproduzido em sua autopoiese*, em seu fechamento operacional e em sua abertura cognitiva, insere-se no contexto de uma sociedade moderna, policêntrica, dotada de *racionalidades especializadas em torno de uma função* (subsistemas funcionais), como resultado das perdas de idealidades estáticas e *artificialmente* fixadas em torno de concepções “vetero-europeias” de harmonia e perfeição da natureza e de suas correlatas concepções teológicas, cosmológicas e metafísicas. Pensamento “vetero-

européu” que, para LUHMANN está no núcleo tradicional do chamado direito natural. Neste ponto, LUHMANN insere o fenômeno da *positivação* do direito da sociedade. O direito não pode contar mais, neste novo panorama, com a ideia de sua *completude*, de sua *perfeição* como *correção* de suas decisões em uma legitimação transcendente as operações do sistema, como *justiça* e, mais grave ainda, como pretensão de *perfeição de sua justiça*.

5. Como manifestação do pensamento clássico (“vetero-europeu”) e com suas raízes no que LUHMANN aponta como „*Muster Von Perfektionsbegriffe*” (modelos conceituais de perfeição), inspirados no conceito de „*Perfektionsbegriff der Vernunft*” de Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, a ideia da perfeição da justiça ainda encontra algum eco na modernidade, por influência do jusnaturalismo. Porém, na visão de LUHMANN, essa *perfeição* do *justo* é fonte de *difuncionalidades* no sistema jurídico, pois se apresenta como elemento de impossível operacionalização nas operações internas do sistema jurídico, pois com advento da modernidade, com a perda de parâmetros fixos ou estáveis de ancoragem da ‘razão’, a sociedade se depara com o problema do aumento da complexidade social e, como ela, do incontornável crescimento da contingência. Complexidade e contingência passam, então, a constituir obstáculo à manutenção da artificial ideia de uma justiça como perfeição e da utilização pelo sistema do direito de um código operativo decisório baseado nos valores binários do *justo x injusto*, mas somente com o código de autorreferência sistêmica de *direito x não-direito* (*lícito x ilícito; válido x inválido; constitucional x inconstitucional*), que permite a diferenciação do sistema funcional do direito, fundada na distinção *sistema x ambiente*.

6. Esse direito moderno submetido aos imperativos de sua *autopoiese* e de sua *autorreferência* não tem como se propor como um sistema *funcional-operativo* que promova ou realize a *justiça perfeita*, mormente aos olhos de um observador externo (hetero-observador) que observa por perspectiva diversa e variada. Por isso mesmo, LUHMANN propõe que o sistema do direito deve, no quadro de incontornável ampliação e aumento da complexidade das estruturas sociais, centrar-se na sua função de *reduzir a complexidade de seu ambiente* (assimetricamente maior e *juridicamente* desestruturada) e de ***generalizar de modo congruente as expectativas normativas***, ou seja, centrar-se no papel abstrato e geral de sua normatividade. Neste ponto, emerge o problema da justiça como elemento operativo do sistema jurídico, pois aqui se encontra o problema mais grave de uma justiça que, além de não poder determinar-se *consensualmente* de modo *inquestionável*, quando se dá conta de que o tema da justiça se dissemina por outras ópticas sistêmicas, como, por ex., se constatarem correntes teóricas em torno de uma justiça econômica (sistema econômico), educacional (sistema da educação), teológica (sistema da religião) e outros possíveis.

7. Pode-se falar na modernidade, particularmente em seu estágio atual de alta diferenciação de *racionalidades sistêmicas* (jurídica, econômica, religiosa, dentre muitas outras), fruto direto da *diferenciação funcional*, de uma *policontextualidade* da ideia da justiça, como problema *sistêmico-operativo* observável por ângulos divergentes, como construção específica de códigos binários especializados e submetidos a valores sistêmicos *autorreferenciais*. Nesse modelo o problema da justiça jurídica deve ter sua própria complexidade reduzida, ao ser tratado na *autorreferência*, como *autodescrição* e *auto-observação* de uma *justiça jurídica*. De uma justiça que encontra *adequada* operacionalidade nas estruturas programático-decisórias e dogmáticas do sistema funcional do direito.

8. Nesta moldura de uma teoria e de uma sociologia autopoietica, LUHMANN passa a inserir o *problema jurídico* da justiça como “complexidade adequada” e “fórmula de contingência” do sistema do direito. Aspecto em que observamos, no primeiro momento, a preocupação de LUHMANN com a *funcionalidade operativa* do sistema jurídico em torna da relevante função de produzir a generalização *congruente* e internamente *adequada* de suas expectativas normativas (contrafaticamente estabilizadas), como necessidade social de promoção de segurança (jurídica) em torno de expectativas normativas como instrumentos de redução ou eliminação dos perigos da *dupla contingência*, ou seja, das incertezas em torno de *expectativas de expectativas*; tornando previsíveis os comportamentos e linhas de ação na sociedade. Momento em que se coloca nossa proposta de leitura desse problema, com a introdução da ideia da justiça *funcional* com base em LUHMANN, centrada na ideia de que *justiça é redundância* e de sua relação com o princípio da igualdade, formulado de forma que *casos iguais sejam julgados igualmente*. Nesta dimensão estritamente *formal* das operações e prestações decisórias que geram o efeito da *previsibilidade* das decisões e evita as *disfuncionalidades* das *oscilações decisórias* geradas em decisões *ad hoc* em contexto de *microvisão decisória*, como *justiça (perfeita?)* para cada caso concreto, como *illusion of control* de uma suposta normatividade/positividade que se coloca em contraposição às condições estruturais do próprio direito e do alcance limitado da eficácia das decisões jurídicas, desconsiderando a fórmula do *se* → *então*, na qual *se* o caso é ‘igual’ deve ser *então* julgado ‘igualmente’.

9. Por outro lado, já no segundo momento, depara-se com o problema da *adaptação* e da *adequação* da justiça jurídica em face da constatação, por critérios autorreferenciais do sistema, da presença de um caso *inovador*, o qual traz consigo novos fatos e dimensões de problematização que não encontram solução *adequada* (= *funcional*) no encadeamento histórico das decisões jurídicas (*casos iguais* → *decisões iguais*), o que se apresenta como

irritação ou estímulo ao sistema jurídico de *variar suas estruturas* (programático-decisórias e dogmáticas) para incorporar o elemento surpreendente, como “*a difference that makes a difference*” (BATESON). Impõe-se aí ao sistema do direito, com vistas a preservar a adequação de sua função, a superação do elemento *formal* da *redundância* (*Redundanz*) e da *recursividade* no encadeamento geral de suas decisões, como oportunidade de introdução da *variedade* (*Varietät*), que produz a evolução do sistema observada como meio de consecução (sem garantias cosmológico-metafísicas) de maior adequação do direito ao sistema social. Coloca-se essa relação o **paradoxo** da *variedade* na *redundância*. Contudo, a *variedade* deve pode implicar, por outro lado, uma *macrovisão decisória* em que o juiz ou tribunal não perde de vista seu compromisso (acoplamento estrutural) com o sistema jurídico, com a história operativa do sistema, evitando decisões *ad hoc*, fundadas em sua *illusion of control*.

10. O paradoxo da *variedade* na *redundância* traz consigo a questão da coevolução sistêmica e da percepção das interdependências e dos *acoplamentos estruturais* entre os sistemas sociais em virtude de, em dados momentos, compartilharem valores correlacionados, como, no caso dos **contratos**, vistos como operação econômica (pelo sistema econômico) e como possível problema jurídico (descumprimento, cumprimento parcial, além de outros), os quais estimulam o aspecto *cognitivo* (abertura cognitiva) do sistema operativo do direito, retirando-o da *unilateralidade* de seu fechamento operacional, evitando qualquer forma de *solipsismo sistêmico*. O que coloca mais um paradoxo luhmanniano: o da *abertura* no *fechamento*. A *desparadoxização* (*Entparadoxierung*) dessa relação se dá por meio da ideia da “*bifurcação*” (*Bifurkation*), segundo a qual o momento efêmero da abertura cognitiva, como possibilidade de *ressonância* das irritações ambientais no interior do sistema autopoietico, ou seja, de incorporação de *novas* informações, de *inovações*. A bifurcação implica em mudanças nas estruturas dinâmicas dos processos de reprodução do sistema, de *variação estrutural* (dogmática ou decisória), em, que a flexibilidade dos programas de decisão (programas condicionais) se torna visível, apesar de continuar a referir-se à rigidez do código binário intangível do sistema jurídico, *direito* x *não-direito*, que lhe confere a diferenciação *funcional* e a identidade sistêmica. Após a incorporação as inovações nas estruturas *inovadas* retoma-se a *redundância*, em que os casos iguais ao caso inovador serão julgados de modo igual a ele. Cumpre-se o **ciclo evolucionário** (CAMPBELL), com seus três mecanismos: *variação* → *seleção* → *estabilização*.

11. Na possibilidade de adaptação (*Anpassungsfähigkeit*) *autosseletiva* do sistema, conduzida por sua autopoiese e por sua autorreferência, identificamos a proposta da *justiça mutante* (contingente e variável) de LUHMANN, a qual, como vimos, relaciona-se de modo

paradoxal, com a *justiça funcional*. No *interplay* da *redundância* com a *variedade*, no qual o direito realiza sua “adequada complexidade” e sua “fórmula de contingência”, preservando a eficácia de sua função no sistema geral da sociedade e, ao mesmo tempo, incorporando novas expectativas e inovações no campo dos contratos, da legislação e das formas de vidas em sociedade.

12. O aspecto provocador da justiça *mutante* é seu aspecto de *inclusão* evolucionária (CAMPBELL) de novas expectativas sociais, novas formas contratuais, novas formas de viver a vida. Nesta última hipótese temos como exemplo o caso muito atual da gradual assimilação social da homoafetividade e das relações homoafetivas, com produção constante de pressão (irritação sistêmica) sobre os conceitos jurídico-dogmáticos de *família* e de *casamento*. Aqui se percebe, claramente, o elemento de *inclusão jurídica* da *justiça mutante*. Paralelamente a isso, outro aspecto conclusivo é que a diferenciação funcional da justiça e seus reflexos no direito em torno de sua *justiça jurídica* submetida a uma autosseletividade pelo sistema, afasta a aplicação de qualquer código extrajurídico nas operações internas do direito, não admitindo o *Weltanschauung* típico do sistema religioso ou da *policontexturalidade* e da multiplicação divergente das concepções morais, por sua incompatibilidade e disfuncionalidade, tal como a ideia da *justiça como perfeição*. Assim, a autopoiese de uma *justiça mutante* do sistema jurídico permite-lhe *incluir* os *excluídos* de outros sistemas e, na dimensão temporal, dos anteriormente excluídos pelo próprio sistema.

13. A *justiça como perfeição* não encontra espaço no sistema jurídico moderno, porque nas operações do sistema jurídico as decisões jurídicas decidem o *indecível*, como paradoxo fundamento da *decisão* do *indecidível*, mesmo porque na falta de soluções *perfeitas ou justas como perfeição*, o sistema tem que decidir por força do *non liquet*, da coação decisória (*Entscheidungszwang*), até mesmo quando autorreferencialmente percebe a insuficiência de seus elementos normativos (programático-decisórios) e dogmáticos (como estrutura conceitual). O fato é que com o aumento diário da hipercomplexidade social decorrente da aceleração do tempo social (ROSA) e do resultante e inevitável crescimento da contingência, a justiça *jurídica*, ao mesmo tempo em que deve se preocupar com a preservação da funcionalidade interna do sistema (autopoiese) e da estabilização de suas estruturas dinâmicas que dão *congruência* e *previsibilidade* à comunicação normativa do direito, generalizando de modo adequado expectativas normativas, deve também explorar os “equivalentes funcionais” como outras possibilidades de decisão de casos *inovadores* emergentes. Ponto em que deve ser mencionado que na semântica luhmanniana, a contingência emerge como «*auch anders möglich sein*», como ser possível de modo diverso,

divergente e diferente. Como possibilidades excluídas em dado momento e que pode se tornar operacionais em outro; é dizer que *tudo poderia ser diferente, porque tudo é uma construção das operações do sistema* (contrutivismo).

14. Ao focar sua teoria na relação entre contingência e complexidade, LUHMANN quer nos fazer pensar de modo pós-ontológico e pós-metafísico, no qual já não há estabilidades cosmológicas, utopias salvadoras (apesar de sua capacidade de ‘irritação sistêmica’), porque tudo deve ser construído sem fixidez, sem **totalizações**. Isto porque agora a contingência do ‘mundo’ faz ver, nas palavras de LUHMANN, que: „Das „Feste“ wir dann auf das „Fließende“ gegründet“ (O “firme” devemos então fundar sobre o “fluido”). Assim, também a *justiça jurídica*, sem pretensão de *perfeição*, simplesmente como justiça *mutante* (*variável*) e *funcional* (recursiva).

15. Na sequência destas conclusões, podemos agora deixar claro que no pensamento LUHMANN não há o simples abandono da ideia da justiça, mas sua reformulação em uma terminologia peculiar que não permite qualquer indevida confusão com as postulações explícitas e, pior, até mesmo *implícitas* de uma justiça “vetero-europeia” como *perfeição*, como, por ex., pudemos examinar nas correntes do jusnaturalismo clássico e também moderno.

16. Identificamos no conjunto das concepções luhmannianas sobre a justiça aquilo que nesta tese denominamos de *dimensão simbólico-reflexiva* da justiça jurídica, na qual o direito se coloca em uma perspectiva de autocontemplação (observação de segunda ordem) de *sua justiça imperfeita* que demanda incessante aperfeiçoamento. Nessa dimensão, a justiça como *símbolo da unidade do sistema* constitui uma exigência interna do sistema de produção de *mais justiça jurídica*, de movimentos em direção à *inclusão* e à *inovação*. Essa justiça *simbólico-reflexiva* é nesta tese identificada como o “parasita” do sistema, no sentido de Michel SERRES (1980), como ruído, como surpresa que determina uma *reação*, como *autosubversão* do direito (TEUBNER), como *self-justifying ideal* (GARLAN). Assim, apesar de a justiça em LUHMANN ter perdido qualquer sentido como elemento operativo-aplicativo *direto* do sistema, ela foi alçada, por outro lado, à posição de *esquema de auto-observação* da relação entre *justiça x injustiça*, como busca de uma maior consistência e adequação do encadeamento histórico de suas prestações decisórias, como *macrovisão decisória* em suas bifurcações (*Bifurkationen*) criativas (LUHMANN, 1988c: 16-19) transformadora de suas estruturas, gerando de modo dinâmico a *adequada complexidade* do sistema como unidade submetida a uma *fórmula de contingência* da justiça. Como elemento *simbólico-reflexivo*, a justiça confere uma dimensão heurística ao paradoxo da *decisão* do *indecidível*, como

gigantesco desafio social a um sistema jurídico que além de se apresentar como produtor do *justo* deve, também, ser dotado de *funcionalidade*. São esses os ‘horizontes da justiça’ inseridos no título desta tese como demanda dirigida ao sistema jurídico que além de *funcional*, deve ser também *mutante*, com vistas a realizar uma justiça adequada à modernidade complexa e contingente.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert (1994). *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp.
- ASHBY, William Ross (1958). *Introduction to Cybernetics*. London: Chapman & Hall.
- AUGSBERG, Ino (2009). Einleitung: Ungewissheit als Chance. In: AUGSBERG, Ino (Ed.). *Ungewissheit als Chance*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- BALL, Carlos; RUBENSTEIN, William B. (2011). *Cases and Materials on Sexual Orientation and the Law*. 4ª ed. Nova Iorque: WEST.
- BAREL, Yves (2008). *Le Paradoxe et le Système*. Reedição da versão aumentada. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble.
- BAUER, Leonhard; MATIS, Herbert (1988). *Geburt der Neuzeit*. Munique: DTV-Deutscher Taschenbuch Verlag.
- BENNINGTON, Geoffrey (2011). The moment of madness: Derrida's Kirkegaard. In: *The Oxford Literary Review* 33.1. Edimburgo: Edinburgh University Press. Acessível em: <<<http://www.euppublishing.com/doi/pdfplus/10.3366/olr.2011.0008>>>.
- BOBBIO, Norberto (1992). *A Era dos Direitos*. 1ª ed. Trad. de Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus.
- _____ (2006). *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone Editora Ltda.
- _____ (2007). *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. 1ª ed. Bari: Editori Laterza.
- _____ (1977). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 3ª ed. Milão: Edizioni di Comunità.
- _____ (1963) *Locke e il diritto naturale*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- BODENHEIMER, Edgar (1967). *Treatise on Justice*. Nova Iorque: Philosophical library Inc.
- BONACKER, Thorsten (2000). *Die normative Kraft der Kontingenz: nichtessentialistische Gesellschaftskritik nach Weber und Adorno*. Frankfurt: Campus Verlag.
- BONUCCI, Alessandro (1906). *La derogabilità del diritto naturale nella scolastica*. Perugia: Vincenzo

Bartelli.

- BROWN, George Spencer (1972). *Laws of form*. 2^a Ed. Nova Iorque: Crown Publishing.
- BUCKLEY, Walter (1967). *Sociology and modern systems theory*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall.
- _____ (1998). *Society – a complex adaptive system*. Amsterdã: Gordon and Breach Publishers.
- BURNS, Tony (2011). *Aristotle and Natural Law*. Londres: Continuum International Publishing Group.
- CAHN, Edmond N. (1949). *The sense of injustice*. Nova Iorque: New York University Press.
- CAMPBELL, Donald T. (1974). Evolutionary Epistemology. In: SCHILPP, Paul. *The Philosophy of Karl Popper*. La Salle: Open Court.
- CAMPBELL, Donald T.; RUSSO, M. Jean (1999). *Social Experimentation*. Thousand Oaks: Sage Publications, Inc.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes (2011). *Direito e diferenciação social*. 1^a ed. São Paulo: Editora Saraiva.
- CARDOZO, Benjamin Nathan (1999). *Law is Justice: notable opinions of Mr. Justice Cardozo*. Union: The Lawbook Exchange, Ltd.
- CHIOFALO, Antonella (2011). *I sistemi di Niklas Luhmann*. Florença: Casa Editrice Le Lettere.
- CHROUST, Anton-Hermann (1947). The nature of Natural Law. In: SAYRE, Paul (Ed.). *Interpretations of modern legal philosophies: essays in honor of Roscoe Pound*. Nova Iorque: Oxford University Press.
- CLAM, Jean (1997). *Droit et société chez Niklas Luhmann: La contingence des normes*. Paris: PUF.
- _____ (2004). *Kontingenz, Paradox, Nur-Vollzug*. Konstanz: UVK Verlag.
- _____ (2002) *Was heißt sich an Differenz statt an Identität orientieren?* Konstanz: UVK Verlag.
- DERRIDA, Jacques (2005). *Force de loi*. Paris: Galilée.
- DIETER, Conrad (1987). Zum Normcharakter von “Kanon” in rechtswissenschaftlicher Perspektive. In: ASSMANN, Aleida; ASSMAN, Jan (Eds). *Kanon und Zensur*. Munique: Wilhelm Fink Verlag.
- DREIER, Ralf (1981). *Recht – Moral Ideologie: Studien zur Rechts-theorie*. Frankfurt: Suhrkamp.
- DURKHEIM, Émile (2007). *De la division du travail social*. Paris: Presses Universitaires de France – PUF.
- DWORKIN, Ronald (1985). *A matter of principle*. 1^a ed. Cambridge: Harvard University Press.
- EAGLETON, Terry (2007). *The Meaning of Life*. 1^a d. Oxford: Oxford University Press.

_____ (2011). *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap Harvard.

ESSER, Josef (1990). *Wege der Rechtsgewinnung*. Tübingen: Mohr Siebeck.

EURICH, Johannes (2003). Gerechtigkeit und die Orientierungsleistung religiöser Symbolsysteme. In: DABROCK, Peter; TRAUGOTT, Jähnichen, KLINNERT, Lars *et al.* *Kriterien der Gerechtigkeit*. Bielefeld: Chr. Kaiser – Gütersloher Verlagshaus.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio (1973). *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva.

_____ (1976). *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais/EdUSP.

_____ (1980a). *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____ (1980b). Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento* [Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real]. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

Função social da dogmática jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____ (2006). *Teoria da Norma Jurídica*. 4a. ed. São Paulo: Forense.

_____ (2007). *Introdução ao estudo do direito*. 5ª ed. São Paulo: Atlas.

_____ (2010). *A ciência do diereito*. São Paulo: Atlas.

FINNIS, John (2011). *Natural Law & Natural Rights*. 2a. ed. Oxford: Oxford University Press.

FISCH, Stanley (2011). *Das Recht möchte formal sein*. 1ª ed. Trad. alemã de Heinz Bude e Michael Dellwing. Frankfurt: Suhrkamp.

FISCHER, Hans Rudi (1993). Selbstorganisation – Zirkularität als Erklärungsprinzip?. In: FISCHER, Hans Rudi (Ed.). *Autopoiesis: eine Theorie in Brennpunkt der Kritik*. 2a. ed. Heidelberg: Carl Auer.

FOERSTER, Heinz von (1952). *Cybernetics: circular causal and feedback mechanisms in biological and social systems*. Nova Iorque: The Josiah Macy Jr Foundation.

_____ (1982). *Observing Systems*. Salinas: Intersystems Publications.

_____ (2003). *Understanding understanding: essay on cybernetics and cognition*. Nova Iorque: Springer Verlag.

FONSECA, João D. (2008). *Autopoiésis: uma introdução às ideias de Maturana e Varela*. Edição do autor.

FUCHS, Peter (2003). Das Psychische System und die Funktion des Bewußtseins. In: JAHRAUS, Oliver;

- ORT, Nina (Eds). *Theorie – Prozess – Selbstreferenz: Systemtheorie und transdisziplinäre Theoriebildung*. Konstanz: UVK.
- GARLAN, Edwin Norman (1941). *Legal Realism and Justice*. Nova Iorque: Columbia University Press.
- GIDDENS, Anthony (1990). *The consequences of modernity*. 1ª ed. (brochura). Cambridge: Polity Press.
- GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar (1993). *El derecho en la teoría de la sociedade de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- GÖDEL, Kurt (1992). *On formally undecidable propositions of principia mathematica and related systems*. Nova Iorque: Dover Publications, Inc.
- GLASERSFELD, Ernst von (1997). *Radikaler Konstruktivismus: Ideen, Ergebnisse, Probleme*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag.
- GRIPP-HAGELSTANGE, Helga (1995). *Niklas Luhmann: eine Einführung*. Stuttgart: W. Fink Verlag.
- GÜNTHER, Gotthard (1958). *Die Aristotelische Logik des Seins und die nicht-Aristotelische Logik der Reflexion*, Zeitschrift für philosophische Forschung, 12.
- _____ (1973). Life as Polycontextuality. In: FAHRENBACH, Helmut (Ed.). *Wirklichkeit und Reflexion*. Pfullingen: Neske. Disponível em: <<www.vordenker.de/ggphilosophy/gg-life-as-policontextuality.pdf>>.
- _____ (2008). *La conscience des machines: une métaphysique de la cibernétique*. Tradução francesa de François Parrot e Engelbert Kronthaler. Paris: L'Harmattan.
- HABERMAS, Jürgen (1987). *Theorie des kommunikativen Handelns*. 2 vols. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1992). *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp.
- HART, H. L. A. (1994). *The concept of law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press.
- HEIDRUN, Hesse (1999). *Ordnung und Kontingenz: Handlungstheorie versus Systemfunktionalismus*. Stuttgart: Karl Alber Verlag.
- HEISENBERG, Werner (1958). *Physics and Philosophy: the revolution in modern science*. 1ª ed. Nova Iorque: Harpers & Brothers Publishers.
- HEJL, Peter (2012). Konstruktion der sozialen Konstruktion Grundlinien einer konstruktivischen Sozialtheorie. In: GUMIN, Heinz; MEIER, Heinrich. *Einführung in den Konstruktivismus*. 13ª ed. Munique: Piper.

- HELLER, Agnes (1989). *Beyond Justice*. Oxford: Blackwell.
- HIPPEL, Fritz von (1964). *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*. Frankfurt: Vittorio Klostermann.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. (2000). *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company.
- HOLZINGER, Markus (2007). *Kontingenz in den Gegenwartsgesellschaft: Dimension eines Leitbegriffs moderner Sozialtheorie*. Bielefeld: Trasncrypt-Verlag.
- HOLZLEITTHNER, Elisabeth (2009). *Gerechtigkeit*. Stuttgart: Facultas Verlag.
- HORSTER, Detlef (2005). *Niklas Luhmann*. 2a. ed. Munique: Verlag C. H.Beck.
- HUBER, Thomas (2007). *Systemtheorie des Rechts: Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- HUSSERL, Edmund (1995). *Cartesianische Meditationen*. 3a. ed. Hamburgo: Feliz Meiner Verlag.
- _____ (2002). *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und Phänomenologischen Philosophie*. 6a. ed. Max Niemeyer Verlag.
- JOAS, Hans (2011). Prefácio. In: VOGT, Peter. *Kontingenz und Zufall: eine Ideen- und Begriffsgeschichte*. Berlim: Akademie Verlag.
- KANT, Immanuel (1999). *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*. In: Immanuel Kant Werke. Vol. IV. WBG/Insel Verlag.
- KELSEN, Hans (1962). *Reine Rechtslehre*. 2a. ed. Viena: Franz Deuticke.
- _____ (2000). *Was ist Gerechtigkeit?*. Stuttgart: Reclam.
- _____ (2001). *A justiça e o direito natural*. Coimbra: Almedina.
- _____ (2008). *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes.
- KIMLICKA, Will (1992). *Contemporary political philosophy*. Reimpressão. Nova Iorque: Oxford University Press.
- KING, Michael; THORNHILL, Chris (2005). *Niklas Luhmann's theory of politics and law*. Houndmills, Palgrave Macmillan.
- KISS, Gábor (1986). *Grungzüge und Entwicklung der Luhmannschen Systemtheorie*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag.

- KNEER, Georg; NASSEHI, Armin (2000). *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*. 4a. ed. Munique: Wilhelm Fink Verlag.
- KOLM, Serge-Christophe (2000). *Teorias modernas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes.
- KYMLICKA, Will (1992). *Contemporary political philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- KOMESAR, Neil K. (1997). *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press.
- _____ (2001). *Law's limits: the rule of law and the supply and demand of rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KRAWIETZ, Werner (1992). Staatliches oder gesellschaftliches Recht? Systemabhängigkeiten normativer Strukturbildung in Funktionssystem Recht. In: KRAWIETZ, Werner; WELKER, Michael (Eds). *Kritik der Theorie sozialer Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp.
- LADEUR, Karl-Heinz (1995). *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*. 2ª ed. Berlin: Duncker & Humblot.
- LANGER, Ellen J. (1999). The illusion of control. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul (Eds). *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LARENZ, Karl (1975). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª ed. Berlin: Springer-Verlag.
- _____ (2001). *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Reimpressão da 1ª ed. Trad. Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas.
- LEIBNIZ, G. W. (1989). *Philosophical Essays*. Tradução e edição de Roger ARIEW e Daniel GARBER. Indianapolis: Hackett Publishing Company.
- _____ (1996). *Die Theodizee*. 2 vols. Frankfurt: Suhrkamp.
- LLEWELLYN, Karl N. (1951). *The bramble bush*. Nova Iorque: Oceana Publications.
- LOSANO, Mario (2002). *Sistema e struttura nel diritto*. Vol. III. Milão: Giuffrè Editore.
- LUHMANN, Niklas (1970). Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft. In: *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*. LAUTMANN, Rüdiger; MAIHOFER, Werner; SCHELSKY, Helmut (Eds). *Jahrbuch Für Rechtssoziologie und Rechtstheorie I*. Bielefeld: Bertelmann Universität Verlag.
- _____ (1974a). *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer.

- _____ (1974b). *Systemreferenz von Gerechtigkeit: in Erwiderung auf die Ausführungen von Ralf Dreier*. In: Rechtstheorie 5. Berlin: Duncker & Humblot.
- _____ (1981). *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1983). *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1985). Zum Begriff der sozialen Klasse. In: LUHMANN, Niklas (Ed.). *Soziale Differenzierung*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- _____ (1986). *Die soziologische Beobachtung des Rechts*. Frankfurt: Alfred Metzner Verlag.
- _____ (1987a). *Rechtssoziologie*. 3^a ed. Darmstadt: Westdeutscher Verlag.
- _____ (1987b). Autopoiesis als soziologischen Begriff. In: HAFERKAMP, Hans; SCHMID, Michael (Eds). *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1988a). *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1988b). The unity of the legal system. In: TEUBNER, Günther (Ed.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlin: Walter de Gruyter.
- _____ (1988c). Über "Kreativität". In: GRUMBRECHT, Hans-Ulrich (Ed.). *Kreativität – Ein verbrauchter Begriff?*. Munique: Wilhelm Fink Verlag.
- _____ (1990a). *Essays on self-reference*. Nova Iorque: Columbia University Press.
- _____ (1990b). Stenographie. In: *Beobachter: Konvergenz der Erkenntnistheorie*. LUHMANN, Niklas; MATURANA, Humberto; NAMIKI, Mikio *et al.*. Munique: Wilhelm Fink Verlag.
- _____ (1990c). *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. Rechtstheorie Journal 9.
- _____ (1991). *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1993a). *Gesellschaftsstruktur und Semantik 1*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1993b). *Gesellschaftsstruktur und Semantik 2*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1993c). *Quod omnes tangit...: Anerkennungen zur Rechtstheorie von Jürgen Habermas*. Rechtstheoretisches Journal 12.
- _____ (1994a). *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. 4^a ed. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1994b). *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.

- _____ (1995). *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1997a). *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1997b). *Die Kunst der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1998). *Observations on modernity*. Stanford: Stanford University Press.
- _____ (1999a). *Gesellschaftsstruktur und Semantik 4*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1999b). *Grundrechte als Institution: ein Beitrag zur politischen Soziologie*. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot.
- _____ (1999c). *Funktionen und Folgen formaler Organisationen*. 5^a ed. Berlin: Duncker & Humblot.
- _____ (1999c). *Zweckbegriff und Systemrationalität: über die Funktion der Zweck in sozialen Systemen*. 6. ed. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (2000a). *Die Rückgabe des Zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft.
- _____ (2000b). *Die Religion der Gesellschaft*. 1^a ed. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (2000c). *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. 4^a ed. Stuttgart: UTB.
- _____ (2002a). *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (2002b). *Theories of Distinction*. Stanford: Stanford University Press.
- _____ (2005a). *Soziologische Aufklärung 1*. 7^a ed. Wiesbaden: VS Verlag.
- _____ (2005b). *Soziologische Aufklärung 2*. 5^a ed. Wiesbaden: VS Verlag.
- _____ (2005c). *Soziologische Aufklärung 3*. 4^a ed. Wiesbaden: VS Verlag.
- _____ (2005d). *Soziologische Aufklärung 5*. 3^a ed. Wiesbaden: VS Verlag.
- _____ (2006). *Einführung in die Systemtheorie*. 3^a ed. Heidelberg: Carl-Auer Verlag.
- _____ (2007). La contingencia como atributo de la sociedad moderna. In: BERAÍN, Josetxo (Comp.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. 2^a ed.. Barcelona: Anthropos.
- _____ (2007a). *La realidad de los medios de masas*. 1. reimp. Barcelona: Anthropos.
- _____ (2008a). *Ökologische Kommunikation: kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*. 5a. ed. Wiesbaden: V S Verlag.

- _____ (2008b). *Risk: a sociological theory*. 4. reimp. New Brunswick: Aldine Transaction.
- _____ (2008c). *Soziologische Aufklärung* 6. 3ª ed. Wiesbaden: VS Verlag *Confianza*. 1. reimp. Barcelona: Anthropos.
- LYOTARD, Jean-François (1979). *La condition postmoderne*. Paris: Éditions de Minuit.
- MACINTYRE, Alasdair (1991). *Whose Justice? Which rationality?*. Notre Dame: University of Notre Dame Press. São Paulo: Edições Loyola.
- _____ (1981). *After Virtue*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- MAKROPOULOS, Michael (2001). *Modernität und Kontingenz*. Stuttgart: Wilhelm Fink Verlag.
- MANSILLA, Darío Rodríguez (2005). Nota a la versión en español. In: LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos.
- MATHIS, Klaus (2009). *Efficiency instead of Justice?* Nova Iorque: Springer.
- MATURANA, Humberto R. (1980). Man and society. In: Frank Benseler, Peter m. Hejl, and Wlafram K. Köck [Ed.], *Autopoiesis, communication and society: The theory of autopoietic system in the social sciences*. Frankfurt sobre o Meno: Campus Verlag.
- _____ (1982). *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung Von Wirklichkeit*. Braunschweig: Vieweg.
- _____ (2002). Autopoiesis, Structural Coupling and Cognition: A history of these and other notions in the biology of cognition. In: *Cybernetics & Human Knowing*. Vol. 9. Nº 3-4. Charlottesville: Academic Imprint.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. (1991). *Autopoiesis and Cognition: the realization of the living*. New York: Springer.
- _____ (2007). *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena.
- MAYER-MALY, Theo (2001). *Rechtsphilosophie*. Viena: Springer-Verlag.
- MILL, John Stuart (2001). *Utilitarianism*. 2ª ed. Indianapolis: Hackett Publishing Company.
- MINGERS, John (1995). *Self-producing systems: Implications and Applications of Autopoiesis*. Nova Iorque: Plenum-Publishing Co.
- MORAN, Dermot (2000). *Introduction to Phenomenology*. 1ª ed. Londres : Routledge.

- MORIN, Edgar (2005). *Introduction à la pensée complexe*. Paris: Éditions du Seuil.
- NASSEHE, Armin (2012). Luhmann und Husserl. In: JAHRAUS, Oliver; NASSEHI, Armin; GRIZELJ, Mario *et. al.*. *Luhmann Handbuch: Leben – Werk – Wirkung*. Stuttgart: Verlag J. B. Metzler.
- NEVES, Marcelo (2006). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____ (2007). *A constitucionlização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes.
- _____ (2013). *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes.
- NIEDERBERG, Andreas (2007). *Kontingenz und Vernunft: Grundlagen einer Theorie kommunikativen Handelns im Anschluss an Hbaermas und Merleau Ponty*. Freiburg: Karl Alber Verlag.
- NIEMEYER, Christian (2009). *Nietzsche-Lexikon*. Darmstadt: WGB-Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- NIETZSCHE, Friedrich (2005). *Also sprach Zarathustra*. Colônia: Anaconda.
- NOBLES, Richard; SCHIFF, David (2006). *A sociology of jurisprudence*. Portland: Hart Publishing.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip (2001). *Law & Society in transition: toward responsive law*. New Jersey: Transaction Publishers.
- OBERMEIER, Otto-Peter (1988). *Zweck – Funktion – System*. Freiburg: Verlag Karl Alber.
- OLIVECRONA, Karl (1971). *Law as fact*. Londres: Stevens & Sons.
- OST, François (1999). *Le Temps du Droit*. Paris : Éditions Odile Jacob.
- OSTERKAMP, Thomas (2004). *Juristische Gerechtigkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- PARSONS, Talcott (1951). *The Social System*. 1ª ed. Glencoe : The Free Press.
- _____ (1968). Malinowski and the Theory of Social Systems. In: FIRTH, Raymond. *Man and Culture: an evaluation of the work of Malinowski*. 4ª impressão. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- PASQUIER, Claude du (1948). *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Paris: Delachaux & Niestlé S.A.
- PERELMAN, Chaïm (2011). *Ethique et Droit*. 2ª ed. Bruxelas: Editions de l'Université de Bruxelles.
- PFEIFER, Guido (2012). Gerechtigkeit aus der Perspektive der alterorientalischen Rechtsgeschichte. In: WITTE, Markus. *Gerechtigkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck/UTB.
- _____ (1990) *Ethique et Droit*. Bruxelas: Editions de L'Université de Bruxelles.

- PHILOPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas (2010). *Niklas Luhmann: law, justice, society*. Oxon: Routledge.
- PLOUS, Scott (1993). *The psychology of judgment and decision-making*. 1ª ed. Nova Iorque: McGraw Hill Publisher.
- POSNER, Richard (1983). *The economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- _____ (2005). *Economic analysis of law*. 7ª ed. Austin: Wolters Kluwer.
- PUGLIESI, Márcio (2009). *Teoria do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva.
- RAINER, Robert (2002). Justice. In: PENNER, James; SCHIFF, David; NOBLES, Richard (Eds). *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentaries and Materials*. Londres: Butterworths.
- RAMOS, Elival da Silva (2013). *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva.
- RAWLS, John (1971). *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- _____ (2003). *Justice as fairness: a restatement*. 3ª impressão. Cambridge: The Belknap Press.
- REALE, Miguel (1992). *O direito como experiência*. 2a. ed. (fac-similar). 5a. reimp. São Paulo: Saraiva.
- REHG, William (1996). Translator's Introduction. In: HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge: MIT Press.
- REINHARDT, Jan D. (2005). *Niklas Luhmanns Systemtheorie intellektuell gelesen*. Norhausen: Traugott Bautz.
- RENNER, Moritz (2011). Death by complexity. In: KJAER, Paul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto. *The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart Publishing.
- RICOEUR, Paul (2005). *Le juste, la justice et son échec*. Paris: L'Herme.
- _____ (2008). *O justo*. São Paulo: Martins Fontes.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo (2011). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva/Direito FGV.
- _____ (2009). *A fuga do direito: um estudo do direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva/Direito FGV.

- ROMANO, Santi (2008). *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux
- ROSA, Hartmud (2005). *Beschleunigung: die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp.
- ROSS, Alf (1959). *On law and justice*. Berkely: University of California Press.
- RORTY, Richard (1989). *Contingency, irony, and solidarity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- _____ (1996). Remarks on deconstruction and pragmatism. In: MOUFFE, Chantal. *Deconstruction and pragmatism*. London: Routledge.
- ROTTLEUTHNER, Hubert (1988). Biological metaphors in legal thought. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlim: Walter de Gruyter Verlag.
- _____ (1989). *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System*. Law & Society Review. Vol. 23, nº 5.
- RUSE, Michael (1987). Evolutionary Models and Social Theory: Prospects and Problems. In: SCHMID, Michael; WUKETITS, Franz M. (Eds). Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.
- RUSSEL, Bertrand (1949). *A critical exposition of the philosophy of Leibniz*. Londres: George Allen & Unwin Ltd.
- SCHULDT, Christian (2006). *Systemtheorie*. Hamburgo: Eva Wissen Verlag.
- SCHULTE, Günther (2013). *Der blinde Fleck in Luhmanns Systemtheorie*. 1ª ed. Berlim: LIT Verlag.
- SEN, Amartya (2009). *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of the Harvard University Press.
- SERRES, Michel (1980). *Le Parasite*. 1ª ed. Paris: Bernard Grasset.
- SICHES, Luís Recaséns (1927). *La filosofía del derecho de Francisco Suárez: con un studio preliminar sobre sus antecedentes en la patrística y en la escolástica*. Madri: Librería General de Victoriano Suárez.
- _____ (2006). *Filosofía del Derecho*. 18a. ed. Cidade do México: Editorial Porrúa.
- _____ (2008). *Tratado General de Sociología*. Cidade do México: Editorial Porrúa.
- SPENCER, Herbert (1905). *The principles of sociology*. Vol. I. Nova Iorque: D. Appleton and Company.
- STAMMLER, Rudolf (1925). *The theory of justice*. Nova Iorque: The Macmillan Company.
- STAUFFER, Devin (2001). *Plato's introduction to the question of justice*. Albany: State University of New

York Press.

TAHAN, Malba (1983). *O Homem que Calculava*. São Paulo: Círculo do Livro S.A.

TEUBNER, Gunther (1995). *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*. Baden-Baden: Nomos Verlag.

_____ (2005). Dreiers Luhmann. In: ALEXY, Robert (Ed.). *Integratives Verstehen*. Tübingen: Mohr Siebeck.

_____ (2008). Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenzformel oder Trazendenzformel des Rechts. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Zur(Un)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*. Stuttgart: Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft.

TREVES, Renato (2002). *Sociologia del Diritto: origini, ricerche, problemi*. Turim: Eunadi.

TSCHENTSCHER, Alex (2009). *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit: Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht*. Reimpressão. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

UNGER, Roberto Mangabeira (1976). *Law in Modern Society*. Nova Iorque: The Free Press.

_____ (1986). *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press.

VILANOVA, Lourival (2000). *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

VITA, Álvaro de (2007). *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes.

VOGT, Peter (2011). *Kontingenz und Zufall: eine Ideen- und Begriffsgeschichte*. Berlin: Akademie Verlag.

WATERFIELD, Robin (2009). *The First Philosophers: the presocratics and the sophists*. Reimpressão. Nova Iorque: Oxford University Press.

WATSON, Alan (1985). *The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype*. Law & Society Review. Vol. 19, No. 1.

WEINGARTEN, Michael (2001). System – Entwicklung – Evolution. Warum Luhmanns Theorie Soziale Systeme keine Entwicklungstheorie ist. In: DEMIROVIC, Alex (Ed.). *Komplexität und Emanzipation*. Münster: Westschäftliches Dampfboot.

WEISSBOURG, Bernard; MERTZ, Elizabeth (1985). Rule-centrism versus Legal Criativity: The Skewing of Legal Ideology Through Language. In: *Law & Society Review*. Vol. 19 Nº 4.

WELZEL, Hans (1962). *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

WERRON, Tobias (2012). Welt. In: JAHRAUS, Oliver; NASSEHI, Armin; GRIZELJ, Mario *et. al.*.

Luhmann Handbuch: Leben – Werk – Wirkung. Stuttgart: Verlag J. B. Metzler.

WHITAKER, Brian (2011). *Unspeakable love: gay and lesbian life in the middle east*. Ed. ampliada. Londres: Saqi Books.

WIENER, Nobert (1954). *The human use of human beings: cybernetics and society*. Boston: Houghton Mifflin.

_____ (1965). *Cybernetics: or control and communication in the animal and the machine*. 1a. ed. (brochura). Cambridge: MIT – Massachusetts Institute of Technology.

WILLKE, Helmut (1987). *Systemtheorie*. Stuttgart: Gustav Fischer Verlag.

WITTE, Markus. *Gerechtigkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck/UTB.

WUCHTERL, Kurt (2011). *Kontingenz oder das Andere der Vernunft: Zum Verhältnis von Philosophie, Naturwissenschaft und Religion*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2009). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9ª ed. Madri: Editorial Trotta.

ZAHAVI, Dan (2003). *Husserl's Phenomenology*. Stanford: Stanford University Press.

ZIELCKE, Andreas (1980). *Die symbolische Natur des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot.

ZOLO, Danilo (1990). Autopoiesis: critique of a postmodern paradigm. In: *TELOS: A quarterly Journal of critical thought*. Nº 86. Nova Iorque: Telos Press Ltd.