VANESSA VILELA BERBEL

**A LEGITIMAÇÃO DA DEMOCRACIA: observações
do cinema na modernidade brasileira**

Dissertação de Mestrado
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Mara Regina de Oliveira

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo
2011

VANESSA VILELA BERBEL

**A LEGITIMAÇÃO DA DEMOCRACIA: observações
do cinema na modernidade brasileira**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo
como requisito parcial à obtenção de título
de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Filosofia e Teoria
Geral do Direito

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Mara Regina de
Oliveira

São Paulo
2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

NOME: Vanessa Vilela Berbel

TÍTULO: A Legitimação da Democracia: observações do cinema na modernidade brasileira

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção de título de mestre em direito.

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Mara Regina de Oliveira

Instituição: Faculdade de
Direito da Universidade de
São Paulo

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação resultou de diligente análise e valiosas sugestões apresentadas pela prof.^a Dr.^a Mara Regina de Oliveira, sem a qual esta conquista não seria possível. Deste modo, primeiramente, agradeço-lhe pela orientação atenciosa do desenvolvimento da pesquisa, bem como pelo constante estímulo ao estudo dos temas de Filosofia e Teoria Geral do Direito e às atividades docentes.

Devo registrar, ainda, a enorme gratidão que tenho pelo suporte constante ofertado pelos meus familiares e amigos, especialmente aos meus amores: Josi (minha mãe), Elizeu (meu pai), Elayne (minha irmã) e William (noivo). Agradeço-lhes pelo apoio permanente, amor e motivação dispensados durante essa trajetória.

Não poderia me olvidar de agradecer aos queridos professores desta academia, pela doação generosa de seus conhecimentos, que tanto me engrandeceram como profissional e pessoa, especialmente aos professores Celso Fernandes Campilongo e Samuel Rodrigues Barbosa, pelas considerações realizadas durante a banca de qualificação, as quais contribuíram de forma grandiosa para o aprimoramento desta pesquisa.

Agradeço aos colegas de mestrado pelas discussões intra e extramuros, as quais ficarão eternamente gravadas em minha memória, bem como aos funcionários do setor administrativo desta instituição, os quais não mediram esforços em auxiliar nas questões burocráticas necessárias à conclusão deste trabalho.

Enfim, deixo a todos que somaram forças para a conclusão desta trajetória um eterno agradecimento.

Amar o perdido
deixa confundido
este coração.

Nada pode o olvido
contra o sem sentido
apelo do Não.

As coisas tangíveis
tornam-se insensíveis
à palma da mão.

Mas as coisas findas
muito mais que lindas,
essas ficarão.

(Memórias, Carlos Drummond de Andrade)

Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo é preciso, pois, saber e amar. Só homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo rendendo-se a ele.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior

RESUMO

BERBEL, Vanessa Vilela. **A Legitimação da Democracia**: observações do cinema na modernidade brasileira. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

O presente estudo busca problematizar a visão tradicional de democracia, a partir da análise do papel do dissenso na sociedade moderna hipercomplexa. Para tanto, utiliza-se como cânone teórico a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a qual parte da diferenciação funcional para a identificação da sociedade moderna. A partir desta perspectiva de observação a democracia é compreendida como resultado da diferenciação funcional entre o sistema político e o sistema jurídico, os quais se fecham operativamente, trabalhando com seus próprios códigos. Em razão da diferenciação funcional, marcada pela autopoiese dos sistemas parciais sociais, a legitimação da tomada de decisão dos sistemas político e jurídico já não pode se embasar em uma cosmovisão devendo, portanto, partir de uma característica interna, ou seja, deve-se autolegitimar. Para tanto, são criados procedimentos que buscam justificar as escolhas realizadas pelos sistemas jurídico e político, controlando o dissenso e permitindo que suas decisões sejam tomadas como padrões de comportamento social. Contudo, em relação ao caso brasileiro, vê-se que o clientelismo, personalismo e exclusão social aparecem como óbice à estabilização da democracia como conquista evolutiva, na medida em que dificultam a realização das funções desses dois sistemas funcionais. Por fim, a leitura imagética do cinema é utilizada como forma problematização do caso brasileiro, a partir da busca da identidade desta sociedade pela via mais autêntica de expressão, qual seja, a cultura de um povo, evitando-se, assim, a crítica dos problemas sociais por meio da utilização de paradigmas evolutivos dos denominados “países desenvolvidos”, notadamente o padrão europeu.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas. Democracia. Modernidade. Legitimação. Clientelismo. Exclusão social.

ABSTRACT

BERBEL, Vanessa Vilela. **The Legitimation of Democracy**: observations of cinema in modern Brazil. 2011. Dissertation (Master of Law) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

This study seeks to question the traditional view of democracy, from the analysis of the role of dissent in hypercomplex modern society. For this purpose, we used as a theoretical canon Niklas Luhmann's systems theory, which draws on the functional differentiation for identification of modern society. From this observation perspective, democracy is understood as the result of functional differentiation between political and legal systems, which are operatively locked, working with their own codes. Because of the functional differentiation, marked by partial autopoiesis of partial social systems, the legitimacy of the decision making of legal and political systems can no longer be grounded in a worldview, and therefore from a built-in feature, that is, it should self-legitimate. To that end, procedures are created that seek to justify the choices made by the legal and political systems, controlling dissent and allowing decisions to be taken as patterns of social behavior. However, for the Brazilian case, we see that clientelism, personalism and social exclusion appear as an obstacle to the stabilization of democracy as an evolutionary achievement, in as much as they limit the realization of the functional roles of these two systems. Finally, the reading of film imagery is used as a questioning of the Brazilian case, from the search for identity in this society by the most authentic expression, namely the culture of a people, avoiding thus the criticism of social problems, using evolutionary paradigms of the so-called "developed countries", notably the European standard.

Keywords: Systems theory. Democracy. Modernity. Legitimation. Clientelism. Social exclusion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A DEMOCRACIA NO CRIVO DAS TEORIAS SOCIOLÓGICAS.....	15
1.1 Democracia dos antigos e dos modernos	15
1.2 A sociedade pluralista e a perspectiva moderna de democracia.....	26
1.3 O modelo de Niklas Luhmann	29
1.3.1 Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.....	29
1.3.2 O sistema como diferença.....	32
1.3.3 Uma sociedade sem homens	36
1.3.4 A sociedade como sistema de comunicação.....	39
1.3.5 A contribuição de Talcott Parsons para a teoria democrática	43
1.3.6 O modelo luhmanniano de democracia.....	49
1.3.7 Democracia: poder do povo? A desconstrução da tradição	52
1.3.8 O poder como meio de generalização simbólica.....	56
1.3.9 O poder no Estado Democrático de Direito.....	64
1.3.10 O problema do poder apolítico e a ideia de “poder do povo”	68
1.4 O modelo democrático de Jürgen Habermas e sua crítica à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.....	71
1.4.1 O modelo do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas	71
1.4.2 Crítica de Jürgen Habermas ao modelo luhmanniano	79
2 DEMOCRACIA: POSITIVIDADE E DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL COMO CONQUISTAS EVOLUTIVAS DA SOCIEDADE	84
2.1 Evolução social e do direito a partir da teoria dos sistemas	84
2.1.1 Desenvolvimento histórico do direito	97
2.1.1.1 Direito nas sociedades arcaicas	98
2.1.1.2 Direito das culturas antigas	110
2.1.1.3 Direito na sociedade moderna	115
2.2 Diferenciação funcional do direito como conquista evolutiva necessária à democracia	120
2.2.1 Autopoiese e positividade jurídica	120

2.2.2 Diferenciação entre direito e política.....	123
2.2.3 A Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política	128
3 DEMOCRACIA E A LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO.....	134
3.1 O problema da legitimidade do direito e o ideal democrático	134
3.2 Racionalidade sistêmica e o caráter racionalista da democracia.....	137
3.3 Legitimação pelo procedimento na visão de Niklas Luhmann.....	145
3.4 Eleição política, processo legislativo e complexidade: amplitude de tematização na democracia.....	151
3.5 O tempo da política e tempo do direito: riscos da democracia.....	158
3.6 Corrupção de códigos: o risco da perda do risco	160
4 DEMOCRACIA: CORRUPÇÃO SISTÊMICA, SUBINTEGRAÇÃO E SOBREINTEGRAÇÃO NA MODERNIDADE PERIFÉRICA	163
4.1 Aplicação da teoria dos sistemas ao contexto brasileiro.....	163
4.2 Observações na sociedade moderna ou pós-moderna?	164
4.3 A sociedade global e a diferenciação territorial dos sistemas político e jurídico	168
4.4 Democracia na “modernidade periférica” ou “modernidade negativa” brasileira: sobre o problema dos sobreintegrados e a corrupção sistêmica.....	174
4.5 Democracia na “modernidade seletiva” brasileira: sobre o problema dos subcidadãos e a prevalência da justiça material sobre a justiça formal.....	181
4.6 Ações desconfirmadoras: reação à exclusão comunicativa	192
5 CINEMA COMO MEIO DE OBSERVAÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO E DA POLÍTICA.....	201
5.1 A reconstrução do “mundo real” a partir do cinema.....	205
5.2 A construção da realidade pelo cinema	208
5.3 Glauber Rocha e o cinema novo brasileiro: observando o observador	213
5.3.1 <i>Terra Em Transe</i> : sobre os sobrecidadãos e subcidadãos na democracia periférica.....	216
5.4 João Moreira Salles e a revelação da violência no contexto brasileiro	231
CONCLUSÃO.....	237
REFERÊNCIAS	240

INTRODUÇÃO

A evolução do pensamento sobre as condições de possibilidade da ordem social parece ter sido desviada para a existência de um consenso universal sobre a democracia como o *modus* de administração do embate entre indivíduo, sociedade e liberdade, a ponto de torná-la, conforme afirma Georges Burdeau, uma “[...] filosofia, um modo de viver, uma religião e, quase acessoriamente, uma forma de governo”¹. Contudo, ainda não se logrou definir quais os elementos mínimos para qualificação de um Estado como democrático, utilizando-se, de forma corrente, de paradigmas evolutivos próprios de países centrais, notadamente o padrão europeu.

Com isso, cria-se uma agenda de práticas democráticas que devem ser seguidas pelos demais países, tachando aqueles que não satisfazem estes critérios de “atrasados”, “subdesenvolvidos”, “antidemocráticos”. Assim, sem que haja a pretensão de elucidar por completo o problema da democracia, o presente estudo busca identificar eventuais premissas básicas para que as práticas ditas democráticas possam se consolidar como conquistas evolutivas, ou seja, se há uma via prioritária (ainda que não seja única) para se alcançar a tão sonhada democracia.

Para que se tenha uma visão inicial do problema a respeito da definição do que é democracia hoje, realiza-se, no *primeiro capítulo* do estudo, um breve apanhado histórico das concepções teóricas sobre o tema. Obviamente que esta análise introdutória, além de não possuir qualquer pretensão de ser exaustiva, partirá de um julgamento prévio do observador, o qual, inevitavelmente, desconsiderará outras eventuais importantes reflexões. Porém, o corte teórico torna-se necessário para a realização de uma análise mais atenta da questão, seguindo, primeiramente, um apanhar histórico da temática, nos termos em que foi debatido pela civilização ocidental.

Após a apresentação histórica do conceito de democracia, passa-se, ainda no plano introdutório, à investigação de como a teoria dos sistemas formulada por Niklas Luhmann recebe essa tradição de pensamento para, em uma investigação

¹ Apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria política do direito**: uma introdução política do direito. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 71.

interdisciplinar com outras ciências, construir um novo conceito de sociedade, que irá impactar diretamente na análise da democracia.

Ao perceber a complexidade da sociedade hodierna decorrente do esfacelamento dos elementos capazes de conferir identidade à imensa massa de indivíduos – em razão do enfraquecimento da religião e da ética –, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann passa a indagar, por meio de um novo olhar, como é possível a ordem social. A sociedade aparece, então, como algo improvável e, por isso, deve ter seu conceito redefinido.

Assim, na primeira parte do estudo, busca-se elucidar como o pensamento de Luhmann desmitifica alguns “preconceitos teóricos” que, até então, formaram o conceito de sociedade existente, tais como: (i) o pressuposto de que a sociedade é constituída de pessoas ou relação de pessoas – preconceito humanista; (ii) o preconceito da divisão territorial das sociedades, analisando os Estados como dissociados entre si; (iii) o preconceito decorrente da teoria do conhecimento, ao conceber o sujeito e objeto como separados entre si². Em contraposição ao pensamento luhmanniano, são trazidas ao final, apenas como contraponto teórico, as principais críticas levantadas por Jürgen Habermas a respeito do tema.

Após, passa-se a adotar a diferença paradigmática da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann como cânone teórico para a investigação dos mecanismos internos do Estado Democrático de Direito, notadamente para a observação da relação entre política e direito. Com isso, busca-se compreender a “função” que cada um desses sistemas possui em uma democracia e quais condições histórico-sociais que influenciam positiva ou negativamente em suas diferenciações funcionais, ou seja, como esses sistemas se tornam operativamente fechados e autopoieticos.

Isto posto, passa-se, na *segunda parte* do estudo, a analisar como a diferenciação funcional se comporta nas sociedades modernas e os limites de cada sistema nesta evolução, notadamente do direito e da política. Essa análise se torna imprescindível, na medida em que se adota a posição de Raffaele de Giorgi, para quem a democracia funda-se, a partir da teoria dos sistemas, em três pressupostos basilares: (i) autonomia

² SAMIOS, Eva Machado Barbosa; NEVES, Clarissa Eckert Baeta (Orgs.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: UFRGS; Goethe Institut; ICBA, 1997, p. 76-77.

recíproca da política e do Direito, (ii) plena positivação do Direito e (iii) alta e recíproca irritabilidade entre política e Direito³.

Deste modo, cumpre, na segunda parte da investigação, analisar como se dá a positividade e diferenciação funcional como conquistas evolutivas na sociedade moderna. Neste ponto, torna-se crucial compreender como o aumento da complexidade e contingência da sociedade moderna impõe aos subsistemas sociais – notadamente o direito e a política – a produção de seleções que capturem esta complexidade e delimitem previamente os estados que o sistema poderá assumir em relação ao meio.

Para realizar o escopo a que se destina a segunda parte do estudo, são investigados os principais conceitos que perfazem as duas etapas da teoria luhmanniana: (i) a primeira, em que os sistemas são vistos como abertos e, portanto, possuem uma relação com os elementos que se encontram em seu entorno, ou seja, com o ambiente⁴; e (ii) a segunda fase, oriunda da forte influência das pesquisas no campo biológico desenvolvidas por Humberto Maturana e Francisco Varela, em que os sistemas são percebidos como dotados de uma clausura operativa – *encerramento operativo* – que permite sua organização exclusivamente com as unidades que estão dentro do seu próprio “corpo sistêmico”, revelando os dois pontos mais discutidos da teoria dos sistemas, a saber: *auto-organização* e *autopoiesis*.

Pode-se, assim, prosseguir para o conceito de evolução à teoria dos sistemas, analisando se há, para esta perspectiva, um “caminho para a modernidade”, notadamente em relação à diferenciação funcional entre o direito e a política. O objetivo desta análise não é a realização de uma investigação histórica pormenorizada sobre a constatação de todos os mecanismos evolutivos, mas, tão somente, demonstrar que “[...] tais conceitos e hipóteses podem ser transpostos às mais diferentes culturas jurídicas – do direito arcaico ao direito positivo – e de que por eles as diferenças entre essas culturas tornam-se mais compreensíveis.”⁵ Busca-se compreender a teoria da evolução proposta por Luhmann, de modo a desvendar a possibilidade de sua aplicação ao contexto brasileiro.

³ SAMIOS, Eva Machado Barbosa; NEVES, Clarissa Eckert Baeta (Orgs.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: UFRGS; Goethe Institut; ICBA, 1997, p. 30.

⁴ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 59-79.

⁵ Id. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 181.

Após traçado o conceito de modernidade com base na matriz⁶ da diferenciação funcional em que se encontra inserido Niklas Luhmann, torna-se possível investigar quais os impactos dessa formulação teórica para a compreensão da legitimação do Estado Democrático de Direito. Para tanto, o *terceiro capítulo* tratará justamente do tema *legitimidade*.

Buscar-se-á definir a legitimidade como disposição generalizada para a aceitação das decisões; esta disposição generalizada parte da existência de procedimentos juridicamente previstos que se tornam o principal mecanismo para a legitimação do Estado Democrático de Direito na modernidade. Os *procedimentos*, nesta análise, são “[...] concebidos como mecanismos que permitem a institucionalização do direito na dimensão social de sentido e a conseqüente generalização social de expectativas normativas.”⁷

Neste momento, são tratados os problemas comuns ao caso brasileiro, verificando se tais procedimentos cumprem seu mister ou se são equivalente a um ritual de passagem, típico das culturas arcaicas, ou seja, uma “sequência fixa de ações determinadas”. Nesta perspectiva, dar-se-á enfoque ao procedimento legislativo enquanto estrutura política que possui a incumbência de captar as expectativas cognitivas que darão ensejo às expectativas normativas formuladas pelo sistema jurídico. Esta escolha temática possui como inquietação a resposta à seguinte indagação: “[...] como é possível divulgar a convicção real da legalidade ou da força compulsiva desta decisão, quando só alguns é que decidem?”⁸

Em um *quarto capítulo*, buscar-se-á resolver o conflito teórico sobre a possibilidade de aplicação da teoria dos sistemas ao contexto brasileiro. Isso porque, apesar de propor uma teoria com pretensão universalista, Luhmann, ao desenvolvê-la, partiu de um padrão de sociedade europeia comumente catalogado como moderno; porém, existem sérias divergências teóricas sobre se o Brasil efetivamente se enquadra no conceito de modernidade, do que decorreria a impossibilidade de aplicação da teoria luhmanniana para a análise do “caso brasileiro”.

⁶ Conceito formulado por Danilo Martucelli. Sobre o tema: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54-58.

⁷ GONÇALVES, Guilherme Leite. El poscolonialismo y la teoría dos sistemas: notas para una agenda de investigación sobre el derecho en los países periféricos. **X Congreso Nacional de Sociología Jurídica**. Apresentação de Trabalho/Comunicação. Comisión 11: Justicia e Derecho frente a los conflictos globalizados. Córdoba, nov. 2009. Disponível em: <http://www.sasju.org.ar/xcon/Xarchivos/Xcongreso/Comision_11/goncalvesElpostcolonialismoylateoradesistemas.pdf>. Acesso em: 02 out. 2010, p. 174.

⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 28.

Para enfrentar a problemática a respeito da modernidade brasileira, elegem-se três autores brasileiros que, utilizando-se da teoria dos sistemas, chegaram a pontos diferentes, mas complementares, de observação, a saber: (i) Marcelo Neves, (ii) Orlando Villas Bôas Filho e (iii) Mara Regina de Oliveira. Utilizando-se da perspectiva de Marcelo Neves, debatem-se conceitos como sobreposição de interesses individuais, corrupção sistêmica e a escravidão do direito por classe elitista (sobrecidadãos), que impõem ao Brasil uma “modernidade periférica”.⁹ Em contraposição a esta perspectiva, trazem-se ao lume as ideias de Orlando Villas Bôas Filho que, adotando um outro espectro de observação, contrapõe-se à perspectiva de Marcelo Neves em relação à modernidade brasileira, ao compreender os aspectos sociológicos que a tornaram uma “modernidade seletiva”, marcada por um passado escravagista e a ausência de um código moral de conduta que deu ensejo à “ralé estrutural” (subcidadãos). Arrematando a perspectiva desses doutrinadores, traz-se, ao final, a análise de Mara Regina de Oliveira, a qual completa essas observações ao problematizar a consequência provocada por dualismo social que impulsiona a falência funcional do sistema jurídico e a promoção das “ações desconfirmadoras”.

Por último, em um *quinto capítulo* do estudo, após a balizada análise dos observadores internos ao sistema jurídico, realiza-se uma observação de segunda ordem sobre os observadores externos deste sistema, mais propriamente a observação realizada pelos cineastas Glauber Rocha e João Moreira Salles.

Nessa perspectiva, adota-se como ponto de partida a possibilidade de diálogo entre a sociologia jurídica e a expressão artística capaz de ser reconhecida pelos seus destinatários como manifestação cultural de um povo ao reproduzir sua identidade. Conforme alertado por Guilherme Leite Gonçalves¹⁰, a observação de elementos culturais aparenta-se como capaz de auxiliar de forma mais produtiva na explicação da modernidade seletiva brasileira, na medida em que refuta o uso de paradigmas evolutivos experimentados por países centrais, notadamente o padrão europeu. Com isso, evita-se a adoção de padrões sociais evolutivos, o que poderia acarretar a depreciação das demais

⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 227.

¹⁰ GONÇALVES, Guilherme Leite. El poscolonialismo y la teoría dos sistemas: notas para una agenda de investigación sobre el derecho en los países periféricos. **X Congreso Nacional de Sociología Jurídica**. Apresentação de Trabalho/Comunicação. Comisión 11: Justicia e Derecho frente a los conflictos globalizados. Córdoba, nov. 2009. Disponível em: <http://www.sasju.org.ar/xcon/Xarchivos/Xcongreso/Comision_11/goncalvesElpostcolonialismoylateoradesistemas.pdf>. Acesso em: 02 out. 2010.

formas de experiência ao considerá-las “atrasadas”, por não contemplarem os critérios necessários à conformação com o *standard* escolhido.

Nessa perspectiva, o uso do cinema será empregado como forma alternativa de descrição do caso brasileiro, sem pretensão de adotá-la como única, na medida em que, conforme dito anteriormente, a realidade não é algo dado em si, mas decorrente da observação. Busca-se, portanto, proceder à abertura do modelo luhmanniano a observações de observadores externos ao sistema jurídico, de modo a ampliar as possibilidades de teorização.

1 A DEMOCRACIA NO CRIVO DAS TEORIAS SOCIOLÓGICAS

1.1 Democracia dos antigos e dos modernos

Não se pode ignorar a integração entre direito e política para, emprestando seus esquemas conceituais de análise, integrá-los com o objetivo de estudar o fenômeno da obediência e o fundamento da obrigação político-jurídica. A política é tradicionalmente compreendida como o conjunto organizado de seres humanos que, perdidos no caos absoluto, organizam-se para a concretização de coisas em comum, impossíveis de serem realizadas no isolamento; assim, ao criarem os corpos políticos, geram símbolos que buscam conferir identidade à diversidade humana original. Criam-se, deste modo, os conceitos de família, sociedade e Estado, os quais conseguem, apenas artificialmente, reduzir a heterogeneidade de interesses, valores e discursos dos indivíduos que os compõem.

Contudo, a política não encerra uma garantia de vida ao homem, por considerá-lo ser autárquico por natureza. A afirmação de que o homem cria corpos políticos para facilitação do viver não se refere à dependência da existência humana à coletividade, mas, sim, que a natureza não impôs ao ser humano o estado social, o qual decorre apenas de sua incapacidade de prover, por si só, as exigências essenciais de sua subsistência. Na lição de Goffredo Telles Junior:

Em verdade, a natureza não impôs ao ser humano o estado social, senão apenas lhe deu imperfeições e insuficiências, ou seja, a incapacidade de prover, por si só, às exigências da sua vida. [...] Em consequência, o ser humano, sempre em busca de seus bens, vive, por sua livre vontade, em sociedade com seus semelhantes.¹¹

Nesse diapasão, empregando-se o pensamento de Hannah Arendt, percebe-se que a política surge no *entre-homens*, estando, portanto, fora deles; a relação *entre-homens* é condição para o surgimento da política, dado que esta se realiza no agir em conjunto, ou seja, no âmbito no qual os homens se apresentam, sobretudo como atuantes, ainda que com isso não se possa afirmar que esteja em qualquer lugar em que os homens

¹¹ TELLES JUNIOR, Goffredo. **O povo e o poder**: todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 05.

convivam num sentido histórico-civilizatório, já que necessita de um espaço livre de violência para se concretizar.¹²

O homem é, nesta perspectiva, um animal apolítico, não possuindo um impulso natural na companhia de seus semelhantes, e só o tem enquanto puder submetê-los aos seus interesses. Desta forma, certo é que nenhuma sociedade se sustenta naturalmente, dependendo da reforma da liberdade natural em liberdade política, o que explica, através dos tempos, a formação da ideia de democracia, enquanto governo em que, ao mesmo ideologicamente, o homem se autogoverna. Conforme afirma Kelsen, a extraordinária importância da ideia de liberdade na ideologia política só pode ser explicada pelo fato de que essa ideia tem sua origem em uma fonte essencial da alma humana, no instinto primitivo que impele o indivíduo contra a sociedade¹³.

Os gregos, apesar das deformadas interpretações sobre a afirmação de Aristóteles de que a natureza humana se trata de um *zoon politikon* (animal político), também compreenderam isso, por submeterem a este conceito apenas aqueles que se “libertaram” da esfera de dependência e dominação, sendo certo que essa liberdade das preocupações com a manutenção apenas se sustentava por apoiarem a existência de um modelo escravagista e excludente de sociedade¹⁴. Percebe-se, assim, que uma esfera de exclusão sociopolítica e dominação do outro se encerrava na perspectiva grega de democracia. *Politikon*, neste sentido, é adjetivo oriundo do substantivo *polis*, de modo que *zoon politikon* designava tão-somente aquele cuja existência circunscrevia-se à *polis*. Mas, conviver na *polis* (direito à liberdade de opinião e igualdade de direito discursivo na Ágora) não era atributo de todo e qualquer homem, sendo desta excluídos os escravos, os bárbaros asiáticos, mulheres e crianças, de cuja natureza humana não se duvidava. Assim é que a inclusão dos “cidadãos” no sistema político implicava, necessariamente, na exclusão do ‘não cidadão’¹⁵.

A *polis*, diversamente do que ocorria nas organizações sociais originárias das *oikias* – termo empregado para designar o ambiente familiar a que o homem vinculava-se a uma relação de dominação e dependência orgânica –, englobava o modo

¹² ARENDT, Hannah. **O que é política?** 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 26, 46.

¹³ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27-34.

¹⁴ Sobre o tema, vide FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 02-03.

¹⁵ ARENDT, op. cit., p. 46-47.

mais complexo e elevado da convivência humana, cuja perfeição decorria do elemento *autarquia*, ou seja, do *bastar-se a si mesma* por fundar-se na relação entre os homens por meio da igualdade formal entre aqueles que perfaziam o conceito de “cidadão”¹⁶.

Já a origem elementar e primária da convivência humana na *oikia*, formada pela união entre homem e mulher, era regida pela relação amo-escravo (*pater familias*), além de destinar-se à finalidade de suprir as necessidades mais elementares do homem, tais como o alimentar-se, reproduzir, descansar, etc. Dentro desta esfera de dependência e dominação, o homem não era mais livre do que seus dominados; assim, é somente fora da relação de *comando-obediência* e da necessidade de suprir suas condições de sobrevivência que o homem encontrava-se *entre iguais* e é justamente nesta esfera de igualdade que ele adquire sua *liberdade política*¹⁷.

Deste modo, o homem transplanta para a *polis* uma nova forma de liberdade, constituída no *agir político*, de modo que, para os gregos, o conceito de liberdade (*eleutería*) derivava do conceito de *eléuteros*, que significava “[...] aquele que pertence ao povo” ou “[...] aquele que no grupo social pátrio não se submete a ninguém.” “[...] Daí duas conotações importantes: *pertinência* (ao grupo social) e *não-submissão*.”¹⁸

Conviver na *polis* e ser livre eram expressões sinônimas, ainda que esta afirmação gerasse um paradoxo. Segundo Hannah Arendt, o *ser-livre-na-polis* apenas era possível se o homem já fosse livre num outro sentido, qual seja, liberto da coação de outrem e da necessidade de prover sua própria manutenção.¹⁹ Portanto, o *agir político*, na perspectiva grega, decorria da ideia de *liberdade*. *Liberdade pré-política* de desvincular-se da esfera de dominação de outrem ou da necessidade de suprir suas necessidades básicas – elementos próprios da *oikia* – e *liberdade política*, decorrente do direito a influir na tomada de decisão, ou seja, direito a exercer isonomicamente sua atividade política de discurso na Ágora e, como tal, o mesmo que *isegoria*.²⁰ Trata-se, portanto, de uma

¹⁶ Sobre o tema, vide FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 02-03.

¹⁷ Sobre o tema, vide FERRAZ JÚNIOR, *ibid.*, loc. cit.

¹⁸ *Ibid.*, p. 96-97.

¹⁹ ARENDT, Hannah. **O que é política?** 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 48.

²⁰ Sobre a liberdade de debate entre iguais, Tucídides, historiador grego, ao escrever a História da guerra do Peloponeso, comenta sobre a importância do debate para a democracia grega: “[...] encontrareis, unidos nas mesmas pessoas, um interesse simultâneo pelas atitudes públicas e privadas; em outros de nós, que se dedicam basicamente aos negócios, não encontrareis nenhuma falta de discernimento nas questões políticas. Pois, para nós, o homem que não participa das questões públicas não é apenas alguém que só se ocupa de seus próprios interesses, mas um inútil; e nós, atenienses, decidimos por nossa própria conta as

liberdade discursiva, de modo que o direito à atividade política na *polis* era o mesmo que direito à conversa mútua. Nesse sentido, “[...] quando os gregos diziam que escravos e bárbaros eram *aneu logou*, não dominavam a palavra, queriam dizer que eles se encontravam numa situação na qual era impossível a conversa livre.”²¹

É por isso que a democracia grega não implicava em uma democracia igualitária vislumbrada no sentido moderno, na medida em que previa em seu conceito a exclusão, necessitando apenas de uma categoria de iguais perante a lei; assemelhava-se muito mais à oligarquia ou à aristocracia. Nesse ponto, vê-se que Aristóteles considera que a desigualdade é um fato natural e social, que deve ser considerada na formulação do conceito de justiça (valor, *axia*), devendo-se distinguir entre o partilhável e o participável. O partilhável diz respeito aos bens materiais e oportunidades distribuídas pelo Estado, o qual deve ser mensurado por um cálculo de equivalência (proporção geométrica) entre desiguais necessidades de cada indivíduo, assegurando-se uma igualdade na partilha de bens e oportunidades, de modo a haver injustiça, se o cálculo for apenas aritmético (justiça distributiva). Por sua vez, o partilhável se refere àquilo que não pode ser repartido, fracionado, qual seja, o poder; em relação à justiça do participável, o ponto de partida não é a desigualdade, mas, sim, a igualdade, na medida em que somente os iguais podem participar. É a partir deste raciocínio que Aristóteles define os diferentes tipos de Cidade, conforme o valor que é empregado para o estabelecimento do partilhável: na aristocracia, o valor será a nobreza; na oligarquia, a situação econômica; e, na democracia, a liberdade. Deste modo, os homens da liberdade democrática são tidos como iguais porque são livres.²²

Na tradição grega, a liberdade comunicativa encontrava-se imbricada ao conceito de política, donde a distinção entre *tiranía* e *poder legítimo*. Tiranía era vista em uma esfera em que a liberdade não existia, em que o governo de um se opunha ao todo, oprimindo aqueles que se tornavam iguais apenas pela ausência absoluta de poder; assim, o

questões públicas ou, pelo menos, buscamos chegar a uma clara compreensão das mesmas, na crença de que não é o debate que constitui um obstáculo à ação, mas sim o fato de não ter sido instruído pelo debate antes de chegar o momento de agir. [...]” (apud Kelsen, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 195).

²¹ ARENDT, Hannah. **O que é política?** 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 49.

²² CHAUI, Marilena Sousa. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 151-152.

tirano não era mais livre do que os homens que oprimia, pois se movia entre escravos, e a liberdade pressupunha igualdade de participação no poder.²³

Mas, essa liberdade política encontrou divergência entre os filósofos, tal como se depreende da ferrenha contraposição ao modelo encampada por Platão, o qual definia a democracia não como *um governo do povo*, mas, sim, como verdadeira anarquia e subversão dos princípios basilares da sociedade grega, ao agir com soberba indiferença para com o tipo de vida que um homem levou antes de entrar na política, rendendo homenagens a qualquer um que se autodenominasse *amigo do povo*. Desta posição decorre a afirmação platônica de que o Estado ideal deveria ser comandado apenas pelo filósofo-político (e não pela classe popular como um todo), único capaz de alcançar a ideia de “Bem” (“bom para”/ “adequado”). A oposição de Platão à democracia grega é tão elevada que chega a afirmar que nesta forma de governo os animais possuem os mesmos direitos que seus donos e, por isso, podem andar pelas ruas com a mesma dignidade de um homem livre.²⁴

O pensamento platônico critica a ideia de um bem comum a que o povo possa conhecer e transformar no conteúdo de sua vontade. Entende que, enquanto massa de indivíduos com diferentes níveis econômicos, culturais e padrões morais, o “bem comum” só pode advir de juízos de valores subjetivos que podem diferir entre os cidadãos; assim, “vontade do povo” e “bem comum” não passariam de figura retórica para esconder um modo deformado de governar. Em sua perspectiva, o povo não estaria apto a governar, devendo esta tarefa ser delegada ao filósofo-político, o qual possuiria a competência de dominar o caos político, não por um consenso democrático, mas por sua ontologia. A par das considerações sobre a capacidade (ou necessidade) do povo de absorver a ideia de “bem comum” para o exercício político, notório que esta liberdade de expressão também se caracterizava pela divergência das expectativas individuais dos agentes – membros de

²³ Sobre o tema, vide FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 23.

²⁴ Nesse sentido: “[...] I must add that no one who does not know would believe, how much greater is the liberty which the animals who are under the dominion of man have in a democracy than in any other State: for truly, the she-dogs, as the proverb says, are as good as their she-mistresses, and the horses and asses have a way of marching along with all the rights and dignities of freemen; and they will run at any body who comes in their way if he does not leave the road clear for them: and all things are just ready to burst with liberty [...]” (PLATÃO. **The Dialogues of Plato**. The Republic. v. III. 3rd ed., revised and corrected. Oxford University Press, 1892. 5 v. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php&title=166>. Acesso em: 02 out. 2010).

diversas classes sociais, do que decorreu a necessidade de seletividade das expectativas por meio da nomogênese jurídica.

De fato, para que a *polis* pudesse operar, era necessária a criação de certas condições que reduzissem as contingências próprias da interação humana. Agora, a *polis*, antes formada em torno do palácio dos monarcas (o *anax micênico*), necessitava de muralhas, tendo a Ágora, local em que os cidadãos debatiam os problemas da coletividade, como centro. E assim como as muralhas delimitavam as cidades, as leis surgiram para delimitar os comportamentos humanos.²⁵

Mas como fazer para manter a liberdade de participação no debate político quando a sociedade se torna complexa e não permite mais a democracia direta por faltar espaço na Ágora? Como admitir uma esfera pública de debate livre que permita a reflexão de ideias, culminando na síntese das concepções da maioria para a formulação das leis e a conformação da minoria dissidente para que não se insurjam, mas, sim, lhes obedeçam? Daí que a complexidade das relações entre direito e política crescem proporcionalmente à ampliação da sociedade. Apesar de o modelo ateniense de democracia ser considerado como exemplo por alguns pensadores do porte de Rousseau²⁶, as cidades-estados gregas (*polis*) não perfaziam sociedades complexas que as tornassem paradigmas efetivos para as sociedades contemporâneas²⁷.

Na idade média, a democracia deixa de servir como modelo ideal de governo, por uma influência notória do poder religioso na esfera da política. Inebriada de misticismo, a política passa a ser vista como resultado de uma atividade sobrenatural, dom espiritual advindo de influência divina. A lei eterna divina regula a vida humana, conferindo direitos e deveres aos homens, de modo que as leis humanas específicas dos governos devem derivar desta “lei natural divina”, passível de ser conhecida por qualquer ser humano em menor ou maior grau. Quanto ao exercício do poder político, a metafísica

²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4.

²⁶ Vide ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

²⁷ Cumpre destacar que a Magna Grécia também se confrontou com o problema da complexidade comunicativa e a contingência das seleções político-jurídicas, preocupando-se com estratégias necessárias à viabilização da aceitação das comunicações. Tal como expõe Luhmann, uma das vias de saída para o problema da contingência comunicativa consistiu no reforço dos mecanismos de persuasão da comunicação verbal, reforçando-se a ideia de verdade e moral, competência e virtude (*virtu*). Sobre o tema, vide LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 250-251.

da religião cristã caminhava de mãos dadas com a monarquia, por refletir a imagem divina no governante, o qual era o legitimado único para seu exercício. Surge o absolutismo filosófico atrelado ao absolutismo político. Nesse sentido, Santo Agostinho, em sua obra *A Cidade de Deus*, revela uma significação divina ao Estado, de modo que toda a autoridade vem de Deus, expressão máxima da afirmação de São Paulo de que “Não existe outra autoridade senão a que vem de Deus e aquelas que existem foram instituídas por Ele.”²⁸ Do mesmo modo, São Tomás de Aquino, ao interpretar o Estado como algo desejado por Deus (e próprio da natureza humana), afirmou que uma vida comum não seria possível sem alguém que detivesse o controle, ou seja, fosse encarregado do bem comum, consistente na obediência às leis divinas.

Mas, se a Idade Média embasava-se no poder divino para concretizar a aglutinação humana, a partir do Renascimento a situação religiosa vivida pelo homem torna-se problemática, caracterizada pela profunda crise das organizações medievais, da Igreja e do Império. Isso porque, em razão das guerras religiosas, encontra-se abalada a estrutura da organização social tradicional fincada em uma cosmovisão política que se confundia com a unidade religiosa, ou seja, aquela em que há uma quase que total coincidência entre a unidade espiritual e política. Surge, então, um elemento de ceticismo em relação à ordem social baseada na natureza humana, na medida em que o dissenso deixa de ser algo individual para abranger uma parcela significativa da coletividade, exigindo-se, com isso, uma transformação da forma de organização social.

Passa-se a se preocupar com as questões do Estado com mais afinco, desde a arte de dominar de Maquiavel, à profunda filosofia política de Hobbes; associado a isso, reavivou-se o amor pelo antigo pensamento grego (sem as interferências da Escolástica, tal como fizera Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino com Platão e Aristóteles, respectivamente) e um fervoroso humanismo. Surge um direito natural e uma moral natural intrínseca ao homem por sua simples condição humana; reativa-se o interesse no homem, enquanto organismo vivo dotado de potência e completude, o qual passa a ser retratado na formosura artística de Leonardo Da Vinci (1452-1519), na teoria jurídico-política de Thomas More (1478-1535), na literatura de Erasmo de Rotterdam (1466-1536), dentre tantos outros artistas, físicos, juristas e filósofos renascentistas. Estes novos ares da renascença abrem caminho para a filosofia moderna de Descartes, Espinosa,

²⁸ Apud FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 09.

Leibniz; porém, fato é que, após a ruptura com o modelo medieval, não há consenso sobre a ideia de democracia, variando sua aceitação conforme alinhamento filosófico absolutista ou relativista. As perguntas que permeiam esta discussão passam a investigar como é possível uma unidade política que não esteja firmada em uma unidade espiritual, em uma eticidade única compartilhada; ou seja, como a ordem social é possível mesmo sem uma cosmovisão ética.

Para responder a este questionamento sem recorrer a uma tradição sagrada, surge a ideia de pacto social, com foco não mais na sociedade, mas nos indivíduos antes de sua formação. Por essa perspectiva, o ponto de partida da filosofia moderna passa a ser o de “estado de natureza humano”, o qual é quebrado com a celebração do pacto social. Ocorre que a celebração de um contrato social pressupõe uma ideia de igualdade entre os contratantes, ou seja, direitos iguais aos indivíduos que formarão a sociedade. Estes direitos, como antecedem à formação do Estado, apenas podem ser oriundos da própria natureza humana; são os chamados “direitos naturais do homem”.

Esta perspectiva do estado de natureza também impõe a premissa de que

[...] o estado de sociedade em que vivemos não deriva da natureza, mas de um artifício, de um contrato cuja base é o consentimento, tácito ou explícito. Consentimento em viver em estado de sociedade e esse consentimento tem em sua base a idéia de contrato originário estabelecido pelos homens.²⁹

Hobbes, notadamente em *Leviatã*, formula a ideia de que cada ser humano está em constante possibilidade de embate com o outro (*homo homini lupus*), de modo que o Estado deve realizar uma forma de vigilância contínua dos indivíduos, evitando a desagregação social. Acreditava, ainda, que a renúncia ao estado de natureza (*status naturae*) por meio do pacto civil é que gera o Estado, o qual, após sua constituição, distinguiu-se de seus membros, constituindo um todo poderoso e absoluto. Com isso, o problema da ordem social passa a se referir à forma de repressão da conduta adversa, às atividades hostis, incômodas e danosas que impedem que os membros da sociedade encontrem um estado de bem-estar no seio social; ou seja, ao “homem artificial”

²⁹ NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19.

denominado Estado cabe garantir a vida cômoda dos súditos, a segurança e a ordem pública, antes incumbências próprias do *pater famílias*³⁰.

A concepção hobbesiana revela uma ideia autoritária e absolutista do Estado, mas, por outro lado, percebe que nenhuma ordem essencial liga os homens da origem ao fim de todas as coisas senão o *poder*. Por isso, na visão de Hobbes, para manter a unidade, os homens devem abdicar de seu estado natural e se submeterem ao poder do soberano a quem os poderes foram outorgados quando da celebração do pacto social, de modo a instituir um “poder comum”, capaz de pacificar a repulsa do indivíduo ao seu estado civilizatório. Este “poder comum”, seja um monarca ou uma assembleia popular, não se sujeita às leis que o criaram, na medida em que o poder não pode obrigar-se a si próprio.³¹

Ao formular sua teoria, Hobbes impõe como fundamento primeiro a ideia de autoridade do soberano decorrente do pacto realizado pelos indivíduos não gregários, criando o ponto de partida para as discussões da teoria política, jurídica e sociológica da modernidade sobre como a ordem social é possível. Hobbes representa um marco teórico significativo ao formular o conceito de sociedade sem a vinculação ao indivíduo concreto. Nas palavras de Hannah Arendt, “Na sociedade de Hobbes, o indivíduo, afirmando sua autonomia, sua moral, coloca-se fora do todo: surge então a questão de como a sociedade enfrenta o indivíduo como um problema a resolver, em termos de sociedade versus indivíduo.”³² É por isso que, conforme salienta Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a perspectiva hobbesiana de sociedade mostrou-se à frente de seu tempo ao antecipar a complexidade social que impura o indivíduo para fora do conceito de sociedade, passando a ser tratado por terminações filosóficas mais abstratas capazes de abarcar esta complexidade³³.

John Locke (1632-1704), por sua vez, parte de ponto análogo ao de Hobbes (o estado de natureza humano); porém, para este filósofo, o estado de natureza não engloba uma concepção de agressividade do homem contra os demais, mas, sim, a

³⁰ Sobre o papel do Estado na concepção hobbesiana, *vide* FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 09-21, 87-94. RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo**. 2. Ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

³¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã** apud MORISSON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 112.

³² *Vide* ARENDT, Hannah. **O que é política?** 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 23.

³³ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 88.

igualdade e liberdade de todos os seres humanos, os quais possuem as mesmas habilidades e condições de nascimento. Assim, “[...] enquanto em Hobbes da igualdade nascia uma cruel e agressiva independência, para Locke brota um amor dos homens uns pelos outros, que jamais devem romper essa lei natural.”³⁴ Em razão da igualdade e liberdade imanentes à natureza humana, o soberano (monarca) não possui um poder ilimitado, mas o recebe nos limites outorgados pelo povo, de modo que, em sua concepção, o absolutismo era algo inaceitável.

Mais tarde, no período iluminista, Jean-Jacques Rousseau, continuando as investigações sobre o mistério da ordem social em épocas de pluralidade de identidade, em sua obra *Do Contrato Social* (1762), reformula o pensamento político sobre o estado de natureza humano, ao entender que o homem é naturalmente bom, sendo corrompido pelo estágio civilizatório. O homem, no estágio de natureza, firma um contrato tácito com os demais, criando a sociedade e o Estado; porém, apesar de a constituição do Estado ser fruto da vontade dos indivíduos (que o antecede), deve-se distinguir entre duas vontades diferentes: *vontade particular* e a *vontade geral*. Vontade particular é a expressão da liberdade natural dos indivíduos, voltada a seus próprios interesses e que só encontra limites na força. Já a *vontade geral* consiste na vontade do cidadão, enquanto parte de um corpo moral e coletivo, voltada, portanto, ao interesse comum. Desta forma, apenas a *vontade geral* merece guarida na tomada de decisão estatal, por englobar a vontade da coletividade enquanto unidade também composta pela minoria. Dessa diferenciação decorre sua defesa ao sufrágio universal e a repulsa à democracia representativa, na medida em que compreendia que a vontade geral apenas poderia ser apreendida mediante a participação direta do cidadão nas decisões políticas³⁵.

A ideia de contrato social foi amplamente questionada na perspectiva moderna, na medida em que a existência de um contrato social requeria a existência de uma ordem prévia, na qual os contratos teriam validade; assim, tal como o direito familiar depende da existência prévia da família e a religião antecede a regulamentação eclesiástica, o contrato social apenas existiria se houvesse uma ordem social prévia à sua elaboração. Com este questionamento, retorna-se à ideia de conceber a ordem social como algo

³⁴ Apud MARIAS, Julian. **Historia da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 279.

³⁵ Sobre o tema, *vide* VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Jean-Jacques Rousseau: a supremacia da vontade geral, a unidade do corpo moral e coletivo e a sobrecarga ética do cidadão. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 93-108, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/viewFile/997/1061>>. Acesso em: 02 out. 2010.

precedente à relação contratual, permanecendo o mistério sobre como aquela seria possível ante a ausência de uma visão de mundo única de seus membros. Por isso, conforme alertado por Orlando Villas Bôas Filho, o pensamento de Rousseau apenas se torna realista “[...] diante de uma comunidade relativamente homogênea e provida de um consenso normativo fundado na tradição e um *ethos* previamente fixado”³⁶, não sendo válida, portanto, para as sociedades modernas, valorativamente fragmentadas.

Deste modo, o debate a respeito da democracia, desde suas primeiras formulações na sociedade grega, sempre englobou dois postulados sociais: a liberdade e a igualdade. Da ideia de liberdade vigente na antiguidade, posta no sentido de não submissão à vontade alheia pela aquisição do *status* de cidadão que o capacita a mover-se entre iguais³⁷, decorre a “[...] reação contra a coerção resultante do estado de sociedade, o protesto contra a vontade alheia diante da qual é preciso inclinar-se, o protesto contra o tormento da heteronomia.”³⁸ Por sua vez, da concepção de igualdade natural se extrai o valor elementar de não submissão à vontade do outro, na medida em que, se somos todos iguais, ou seja, se “Ele é homem como eu, somos iguais, então que direito tem ele de mandar em mim?”³⁹.

Porém, a questão que ainda permanece é saber quando uma forma política sobreleva o valor da igualdade e quando se torna mais livre do que a outra. O que distingue a democracia seria o número de governantes? Ou seja, democracia seria apenas uma redução numérica ou uma proporção aritmética? Ou será o processo eleitoral que demarca a democracia, mesmo sabendo-se da existência de “monarquias” e “aristocracias” eletivas? Como se definir, então, a ideia de democracia diante da tradição de pensamento filosófico, histórico e sociológico sobre o tema. Parece ser, neste ponto, necessário romper com a tradição, a fim de trazer novos ares, compatíveis com a complexidade da sociedade moderna, para a definição da democracia.

³⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Jean-Jacques Rousseau: a supremacia da vontade geral, a unidade do corpo moral e coletivo e a sobrecarga ética do cidadão. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 93-108, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/viewFile/997/1061>>. Acesso em: 02 out. 2010.

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 103.

³⁸ Kelsen, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

³⁹ Ibid., loc. cit.

1.2 A sociedade pluralista e a perspectiva moderna de democracia

A evolução do pensamento sobre as condições de possibilidade da ordem social parece ter sido desviada para a existência de um consenso universal sobre a democracia como o *modus* de administração do embate entre indivíduo, sociedade e liberdade, a ponto de torná-la, conforme afirma Georges Burdeau, uma “[...] filosofia, um modo de viver, uma religião e, quase acessoriamente, uma forma de governo.”⁴⁰ Contudo, ainda não se logrou definir quais os elementos mínimos para qualificação de um Estado como democrático – e talvez não seja cabível defini-los –, de modo que a democracia passa a ser vista como um estranho poder, que, tal como um objeto qualquer, pode ser transmitido/outorgado a uma figura amorfa chamada *povo*.

Deveras, as teorias clássicas da democracia interpretaram de forma insuficiente a questão da complexidade do sistema político, por embasarem-se na visão tradicional de hierarquia como estrutura política indispensável à efetivação do poder. Com isso, passou-se a considerar a democracia como simples transferência da soberania, antes atrelada ao soberano ou a um direito natural, para o *povo*. Porém, como adverte Niklas Luhmann, as concepções tradicionais de democracia “[...] erram simultaneamente o verdadeiro problema, pelo fato de tratarem a soberania, ou o poder, como uma constante transmissível, enquanto que, na verdade, o problema reside num aumento considerável da complexidade do poder [...]”.⁴¹

Na sociedade mundial moderna, o esfacelamento de outros elementos capazes de conferir identidade à imensa massa de indivíduos, ante o enfraquecimento da religião e da ética como elementos aglutinadores, gera um poder despido da moral; com isso, a chamada soberania popular parece não trazer qualquer identidade.

É em razão do nascimento de uma sociedade pluralista e fragmentada que se passa a questionar sobre o fundamento de legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador e que já não podem mais embasar sua legitimidade no amalgama holístico que fundava as sociedades tradicionais, sequer no direito natural racional, que já começava a padecer de um déficit de realidade.

⁴⁰ Apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria política do direito**: uma introdução política do direito. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 71.

⁴¹ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 128.

Disso decorre que, com o advento das sociedades pluralistas, o direito perde seu marco legitimador, mas ainda permanece condicionado à existência da pretensão de validade, a qual deve encontrar outro forte para se ancorar. Isso pois, sem as pretensões de validade, o direito passa a ser mera violência e dominação.

De outra feita, embasar-se na ideia de transferência do poder para a massa popular também não se sustenta. Em uma perspectiva semioticista, *povo* seria um termo sem qualquer significante, na medida em que não se constata, na realidade, o objeto que lhe corresponda. Ante a complexidade e o agigantamento social, a expressão *vontade do povo* passou a expressar algo não uniforme, implicando na diferenciação e especificação funcional dos sistemas sociais para capacitá-los a canalizar as diversas expectativas dos estratificados “centros de poder” e, através do sistema político, transladá-las para o processo de objetivação de normas jurídicas⁴².

Assim, na modernidade, a política perde seu *status* de centro regulador da sociedade, atuando paralela e horizontalmente com outros sistemas sociais destinados à formação social; a ela incumbe, agora, a tomada de decisões coletivas pela generalização do código de poder, devendo operar dentro de seu limite funcional. Ainda, para que possa operar de forma independente dos demais sistemas sociais, a política deverá eleger um código próprio (poder/não poder), o qual, em uma democracia, será regulado pela dicotomia *governo-oposição*⁴³.

Daí que, para uma efetiva democracia na modernidade, a normatividade deve embasar-se previamente em uma decisão política estruturada por meio de procedimentos que lhe confirmem possibilidade cada vez mais ampla de seleção de temas de poder e, assim, permita o câmbio dos postulados normativos. Mas, este ato de escolha, mesmo fora de uma relação de tirania, não é estável (e não convém que seja), na medida em que abriga em si a potencialidade de conflito, ante a desilusão de expectativas individuais em prol de preferências coletivas. Disso decorre a relação entre política e direito na construção do conceito de democracia, destinada a administrar as divergências existentes na sociedade por meio de uma forma especial de participação no poder que não

⁴² Sobre a realização do poder em sistemas sociais parciais diferentes da política, ainda que não alcancem a capacidade de reprodução, *vide* CORSI, Giancarlo. **GLU**: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. 1. ed. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 126.

⁴³ Trataremos, em capítulo próprio, a diferenciação sistêmica entre direito e política nas sociedades hipercomplexas, bem como a importância desta diferenciação para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

elimine o dissenso, mas controle e guarde sempre como possibilidade a reversão da expectativa selecionada.

Nesta perspectiva, entendendo-se política enquanto “[...] esfera de tomada de decisão coletivamente vinculante ou da generalização da influência [...]”⁴⁴, percebe-se que esta seleção a que se destina a política, quando em intersecção com o fenômeno jurídico da positivação, importa em uma “alocação autoritária de valores” – tal como alertado por José Eduardo Campos de Oliveira Faria –, o que deflagra a discussão em torno “[...] dos motivos e das razões pelas quais a obediência efetiva e a lealdade às instituições são devidas.”⁴⁵ Em outros termos, as interações entre direito e política promovem indagações a respeito de *como* e *por que* não apenas aquele que obteve sua expectativa positivada se considera obrigado a cumpri-la, mas, principalmente, aquele cujo interesse foi desiludido. Estas indagações estão, na modernidade, vinculadas à aceitação do código democrático/não democrático como legitimador da ordem político-jurídica.

Para analisar esse fenômeno, deve-se entender não apenas a inter-relação entre direito e política, mas, principalmente, como a sociedade cada vez mais suporta regulações de maior complexidade. Ou seja, como seria possível chegar a valores comuns quando, na passagem da sociedade tradicional para a modernidade, cada esfera da vida social passou a funcionar segundo uma lógica própria, ante a fragmentação da visão de mundo de seus integrantes⁴⁶.

Dentre as teorias que se preocuparam com a influência da democracia para alcançar a legitimação do direito moderno quando já não mais se pode fundamentá-lo em cosmovisões e concepções do mundo baseadas num *ethos* socialmente compartilhado, destacam-se duas perspectivas, formuladas respectivamente por Niklas Luhmann e Jürgen Habermas.

⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 85.

⁴⁵ FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 21.

⁴⁶ Sobre o tema, afirma Luhmann: “Em uma ordem social estruturada de maneira hierárquica, como na Idade Média, é plausível postular uma classificação de valores, como orientação da ordem social; mas na ordem social moderna – que já não aceita uma organização hierárquica, pois se parte da convicção de que ninguém é melhor do que os outros unicamente devido ao nascimento – como é possível responder à possibilidade de uma ordem social? Se o Estado territorial moderno já não é capaz de garantir a si mesmo, seria, então, relevante poder indagar como é possível a ordem social”. (LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 323).

O objetivo de destacar as duas perspectivas acima apontadas está justamente em identificar se efetivamente esses teóricos podem ser denominados de realistas, tal como se autointitulam. Ainda, note-se que a perspectiva de Jürgen Habermas será trazida com o objetivo de contrapor-la à perspectiva sociológica de Niklas Luhmann, a qual este trabalho visa explorar com maior profundidade. À análise, pois.

1.3 O modelo de Niklas Luhmann

1.3.1 Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

Niklas Luhmann, sociólogo alemão, é atualmente conhecido como o maior expoente da teoria dos sistemas ou, em outros termos, do funcionalismo sociológico radical. Suas concepções teóricas sofrem influências de diversos ramos do conhecimento, tal como a sociologia de Talcott Parsons, a física de Heinz von Foerster, a fenomenologia de Edmund Husserl, o positivismo de Carl Schmitt e Hans Kelsen, até a concepção de *autopoiese* – posteriormente inserida em sua teoria – advinda da biologia dos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela.

O funcionalismo radical de Niklas Luhmann apresenta o mundo como um horizonte de extrema *complexidade*, sendo este termo compreendido como a totalidade dos acontecimentos possíveis de experiências e ações. Apesar da vagueza do termo *possibilidade*, certo é que sua realização depende de *condições de possibilidades* e da seleção de uma dentre tantas escolhas a se realizar. Esta seleção pode ser enganosa e gerar desilusões, desapontamentos (contingência).

Com isso, pode-se dizer que a teoria dos sistemas apresenta o mundo como composto de dois elementos primordiais: complexidade e contingência⁴⁷. Por isso, a percepção das diferenciações funcionais em sistemas que exercem funções sociais específicas aparece como chave para a compreensão social, possibilitando o deslocamento do foco de análise para estes sistemas e não mais para o indivíduo concreto.

⁴⁷ Sobre o tema, *vide* AMADO, Juan Antônio García. **La filosofía de derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá/Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1999, p. 103-108.

Assim, os sistemas sociais são vistos como modo de redução da complexidade do mundo que se apresenta ao homem; em outros termos, “[...] servem para a mediação entre a extrema complexidade do mundo e a capacidade muito menor, dificilmente alterável por razões antropológicas, do homem para a elaboração consciente da vivência.”⁴⁸ Por sua vez, a sociedade passa a ser vista a partir do seu caráter de sistema social, passando a ser definida como sistema social conglobante de sistemas sociais parciais; em outros termos, “[...] sistema social por excelência e condição de possibilidade de outros sistemas sociais.”⁴⁹

A teoria dos sistemas afasta-se definitivamente da teoria da ação ao perceber que se encontra regida pelo princípio da *limitacionalidade*, consistente na inadequação de fundar sua investigação no indivíduo concreto e reconhecendo a incomensurabilidade da individualidade; com isso, recusa qualquer princípio universalista voltado para a orientação de um sentido unitário de comportamentos. Converte-se, assim, a racionalidade individual da ação para uma racionalidade sistêmica.

Nesse passo, abandona-se a tentativa de explicar a sociedade enquanto acordo entre os indivíduos – que acarretaria a aceitação da discutível premissa de simetria dos estados subjetivos (condições racionais próprias a todo e qualquer ser humano) –, passando sua constituição a não mais depender de respostas individuais, mas, sim, de uma operação sistêmica⁵⁰.

A teoria sociológica luhmanniana rompe com a concepção clássica de sociedade enquanto agrupamento de homens; ao invés de incluí-lo, exclui o ser humano (de carne e osso) deste conceito; cria-se uma possibilidade de racionalidade social independentemente da racionalidade individual. O homem, apesar de encerrar um sistema psíquico em si (conforme percebido pela biologia), não é estruturalmente idêntico à sociedade enquanto sistema social. Nesta perspectiva, “[...] homem e sociedade são reciprocamente ambiente. Cada um é para outro demasiadamente complexo e contingente.”⁵¹, do que decorre a necessidade de se pensar a sociedade em termos mais

⁴⁸ SANTOS, José Manuel (Org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã/Portugal: UBI-Universidade da Beira Interior, 2005. (Coleção Ta Pragmata), p. 79.

⁴⁹ GIACOMINI, Bruna. A perspectiva funcionalista: poder e sistema político em Niklas Luhmann. In: GIUSEPPE, Duso (Org.). **O Poder: história da filosofia política moderna**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 474.

⁵⁰ Sobre o tema, vide VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 169.

abstratos, a partir de seu caráter de sistema social abrangente. Nas palavras do próprio sociólogo:

A sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem referir-se. Ela transforma o indeterminado em determinado, ou, pelo menos, em uma complexidade determinável para outros sistemas. A sociedade garante aos outros sistemas um ambiente por assim dizer domesticado, de menor complexidade, um ambiente no qual já está excluída a aleatoriedade das possibilidades, fazendo assim com que ele apresente menos exigências às estruturas do sistema⁵².

Vale lembrar que a observação dos sistemas sociais não é só um método de análise, mas uma exigência da diferenciação funcional advinda da transformação das sociedades pré-modernas em sociedades modernas. Isso porque, diversamente das sociedades pré-modernas em que a diferenciação social focava-se em uma estratificação por classes-sociais, como o poder político que se confundia com o poder econômico ao centralizar-se em uma só pessoa ou grupo, por exemplo, nas sociedades modernas ocorre a diferenciação funcional dos próprios subsistemas sociais, tais como o político, econômico e jurídico.

O aumento da especialização sistêmica é proporcional ao aumento da complexidade social, sendo certo que quanto mais complexa esta for, mais sistemas serão necessários para organizar a sua complexidade. Portanto, a finalidade do sistema é coordenar a complexidade e criar estruturas para que esta operação seja possível. Sistemas sociais diferentes emergem das mais diversas esferas das atividades humanas, de modo que a teoria sistêmica funcional-estruturalista permite ao observador focar um sistema específico e excluir da análise os elementos que não fazem parte de sua observação, bem como diferenciar o sistema social dos sistemas psíquicos que o compõem.

Assim, pode-se observar a economia, o direito, a política, dentre outros, de forma segmentada, para, após, compreender de maneira mais límpida as suas interações sistêmicas, na medida em que cada sistema cria mecanismos apropriados para se diferenciar do meio e reproduzir internamente as interferências do ambiente que o cercam. Pode-se, deste modo, traçar um conceito de sistema baseado na diferença entre sistema e

⁵² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 168.

meio, em que “[...] o sistema é a diferença resultante da diferença entre sistema e meio. O conceito de sistema aparece, na definição, duplicado no conceito de diferença.”⁵³

Este estudo parte da premissa de que essa forma inovadora de observar a sociedade moderna contribui para a análise das deficiências sociais que impossibilitam a estabilização da democracia enquanto processo evolutivo necessário. A virtude do modelo luhmanniano para a análise da democracia foi, inclusive, reconhecida pelo seu principal opositor, Jürgen Habermas. Ao criticá-la, Habermas acaba por reconhecê-la como um modelo de observação hábil à identificação de problemas que solapam a democracia, tal como a denominada *corrupção sistêmica*, a ser tratada oportunamente.

Nessa esteira, Habermas, ao tratar da teoria dos sistemas de Luhmann, afirmou que “Ela contribui, é verdade, para uma teoria da democracia, na medida em que observa com nitidez o modo como o processo democrático é solapado pela pressão de imperativos funcionais.”⁵⁴ Para que se possam analisar os limites do ganho realista promovidos pela teoria dos sistemas, deve-se, antes, explorar este modelo teórico.

1.3.2 O sistema como diferença

As teorias sociais não passaram a lidar com a diferença apenas na década de 1970 e 1980, pois, ainda que não estivessem no campo da sociologia, intelectuais importantes já haviam aberto este campo de análise ao identificar que a diferença pode constituir uma explicação fundamental da ordem social⁵⁵.

No âmbito da semiótica (ou semiologia), Saussure já havia notado que a linguagem se dá por meio da diferença entre as palavras e frases, sem a qual não se dá o processo de comunicação. Assim, a linguagem se realiza por estabelecer distinções (aluno/professor; soberano/súdito; lícito/ilícito, etc.), independentemente de estas diferenças existirem na realidade. Ou seja, a própria estrutura da linguagem já traz em seu

⁵³ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 81.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 64.

⁵⁵ LUHMANN, op. cit., p. 82-100.

bojo uma diferença e, graças a isso, ela se desenvolve e conduz o processo de comunicação.⁵⁶

Já no campo da sociologia, Gabriel Tarde trouxe uma contribuição relevante para análise do processo de socialização ao perceber que toda a imitação de modelos civilizatórios pressupõe, como condição mínima de possibilidade, que seja distinto daquele que serviu de paradigma. Na mesma linha de raciocínio, o antropólogo francês René Girard parte do pressuposto do conflito para análise do processo de imitação, por entender que, em um mundo baseado na escassez, imitar os desejos e metas de outrem introduz uma possibilidade de contenda⁵⁷.

O elemento teórico mais radical sobre a diferença surge da matemática (filosofia) de George Spencer-Brown, em sua obra *The Laws of Form*, na qual, apesar de não interessar para as ciências sociais o conteúdo do cálculo matemático, contribui intensamente para o desenvolvimento do método que se embasa na diferença para a análise dos sistemas sociais, fortemente adotado por Luhmann⁵⁸.

O símbolo sugerido por Spencer-Brown para reduzir a álgebra de dois valores de Boole a um único cálculo de operação ($\overline{}$) compõe-se de uma linha horizontal que indica a divisão de espaço ($_$) do papel e o sinal ($|$), o qual indica que, além do distinguido, existe um outro lado; com isso, o sinal pensado por Spencer-Brown traz em si a percepção de uma diferença, por meio da separação entre duas partes que estão impossibilitadas de interferir uma na outra sem que se ultrapasse a marca divisória. Portanto, a *forma* (a qual dá origem ao título de sua obra) é uma distinção, separação, diferença⁵⁹.

Niklas Luhmann utiliza-se da lógica de Spencer-Brown para esclarecer como é possível que a contingência inerente à ordem social seja minimizada por um ato de seleção, dentre as diversas possibilidades existentes, passando-se a delimitar um campo menor de contingência. A esse respeito, esclarece Juan Antonio García Amado:

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 82-100.

⁵⁷ Ibid., loc. cit.

⁵⁸ Ibid., loc. cit.

⁵⁹ Sobre o tema, *vide* também KAUFFMAN, Louis H. **Laws of Form – An Exploration in Mathematics and Foundations**. (livro em progresso). Chicago: UIC – University of Illinois at Chicago. Disponível em: <<http://www.math.uic.edu/~kauffman/Laws.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2010.

Luhmann lança mão da lógica de Spencer Brown para descrever esse passo inicial da constituição do social. A situação de partida equivale a um unmarked space, a um espaço carente de limites definidos e não sinalizados, no qual a orientação não é possível. O ato, qualquer que seja, de um indivíduo equivale a uma primeira referência neste espaço, a uma distinção que põe fim à indeterminação do indiferenciado. (nossa tradução).⁶⁰

Conforme afirma Niklas Luhmann sobre a teoria de Spencer-Brown, “As aplicações no campo sociológico são muito férteis. O binômio sistema/meio é uma operação baseada na diferença; [...] O meio está colocado fora, enquanto o sistema fica indicado do outro lado.”⁶¹ Com isso, percebe-se que um sistema é justamente uma *diferença*, é uma *forma* de dois lados em que um desses lados é o sistema, onde se conectam operações de um único tipo, deixando de fora as demais.

Ou seja, enquanto o ambiente se mostra como um conjunto de possibilidades (totalidade dos eventos possíveis), o sistema é, por sua vez, a ordem que seleciona aquelas possibilidades em um conjunto mais restrito de alternativas, reduzindo, com isso, a complexidade do ambiente; ao se distinguir do meio, o sistema aprende a selecionar suas próprias complexidades em relação às complexidades do mundo. Nesse sentido, afirma Gabriel Cohn (COHN):

Forma significa traçar uma linha que serve de fronteira entre dois lados, dos quais apenas um servirá para posteriores operações. A forma estabelece uma diferença; é isto que é decisivo nela. Neste sentido, o próprio sistema tem uma forma que é a diferença entre sistema e ambiente.⁶²

A seleção e redução de complexidades do mundo pelo sistema são realizadas pelas *estruturas*. A estrutura possibilita que o sistema se diferencie em relação ao meio, conferindo a ele estabilidade e projetando-o para o futuro, como se fosse uma memória seletiva; exemplificativamente, pode-se considerar como estrutura do direito positivo a Constituição⁶³. Contudo, a estrutura, se lograr cumprir sua função, não deve

⁶⁰ AMADO, Juan Antonio García. **La filosofía de derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá/Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 106-107. Texto original: “Luhmann echa mano de la lógica de Spencer Brown para describir ese paso inicial de constitución de lo social. La situación de partida equivale al unmarked space, a un espacio carente de límites definidos ni señalizaciones, en el que la orientación no es posible. El acto, cualquiera que sea, de un individuo equivale a una primera referencia en ese espacio, a una distinción que pone fin a la indeterminación de lo indiferenciado.”

⁶¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 88.

⁶² COHN, Gabriel. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 13, n. 38, 1998, p. 60.

⁶³ Sobre o tema, Luhmann destina um capítulo de seu livro *Social Systems* para discutir o conceito de

ocasionar a contração paulatina do sistema, mas aumentar sua capacidade de determinar as situações em que as expectativas criadas pelo meio possam ser reproduzidas no seu interior. Isso porque o sistema se cria por meio da conexão de operações e apenas pode sobreviver se puder atualizar novas operações; levando-se esta perspectiva para o sistema jurídico, percebe-se que, além da necessidade de diferenciar as operações que o compõem (distinguindo-as das relações da economia e da política, por exemplo), ele tem de estar disposto a aceitar mudanças sociais, sob pena de falência.

Cada sistema possui uma estrutura própria, sendo possível diferenciá-los em três níveis, lembrando-se de que, conforme dito anteriormente, quanto mais se amplia a complexidade do meio, mais se diferenciam⁶⁴:

Figura 1 – Níveis dos Sistemas

Fonte: Luhmann⁶⁵

A distinção dos sistemas sociais de outros tipos de sistemas igualmente autorreferenciais e autopoieticos, tais como as máquinas, organismos e os sistemas psíquicos, referenda a exclusão do indivíduo do conceito de sociedade, “[...] pois, sendo cada um deles um tipo específico de sistema auto-referencial (sistemas psíquicos no

estrutura para a teoria dos sistemas, a qual propõe um caminho inverso ao do estruturalismo, na medida em que busca uma visão funcionalista radical. Assim, Luhmann afirma que o conceito de estrutura deve ser explicado pelo ponto de vista do funcionamento do sistema (system’s behavior). Deste modo, o conceito de estrutura perde sua posição central, apesar de continuar indispensável para a compreensão da teoria. A estrutura ordena a ação do sistema, tornando possível sua autorreprodução. Nas palavras do autor: “Translated into the terminology of the theory of autopoietic systems (which, however, uses the concept of structure quite differently), this means that only by a structuring that constrains can a system acquire enough ‘internal guidance’.” (LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Stanford, California: Stanford University Press, 1995, p. 283).

⁶⁴ CORSI, Giancarlo. **GLU: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. 1. ed. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 152. O modelo que vislumbra três níveis de sistemas é explicado por Niklas Luhmann, com profundidade, na parte introdutória de seu livro *Social Systems*, para a qual remetemos o leitor: (LUHMANN, op. cit., p. 1-11). *Vide também* LUHMANN, Niklas. *The paradox of form*. In: BAECKER, Dirk. **Problems of form**. Stanford, Califórnia: Stanford University Press, 1999, p. 15-26.

⁶⁵ LUHMANN, op. cit., 1995, p. 02.

primeiro caso e sistema social no segundo), suas respectivas redes de operações recursivas, por serem fechadas, seriam mutuamente inacessíveis.”⁶⁶

Ainda, desta definição de sistemas decorre uma indagação a respeito da existência de uma operação única que, tal como a vida, define a circularidade biológica e poderia servir de base para a Teoria dos Sistemas solucionar a questão sobre a reprodução da sociedade enquanto sistema social macro em que se inserem outros sistemas, todos operativamente fechados e autorreferentes. Chegou-se, assim, à ideia de sociedade enquanto *sistemas de comunicação*, na medida em que, nas palavras de Niklas Luhmann: “[...] tudo o que existe e pode ser designado como social está constituído, do ponto de vista de uma construção teórica fundamentada na operação, por um mesmo impulso e um mesmo tipo de acontecimento: a comunicação⁶⁷”.

Assim, a comunicação, enquanto produto genuinamente social, é vista como condição de possibilidade para a produção e reprodução sistêmica, o que valida a perspectiva teórica de que, para esse modelo de observação, a sociedade é composta por comunicação – e não por indivíduos. Isso pois “[...] um sistema social apenas pode comunicar, um sistema vivo apenas pode viver.” (nossa tradução)⁶⁸.

1.3.3 Uma sociedade sem homens

A discussão a respeito do papel do indivíduo em uma teoria da sociedade encontra-se fragmentada em perspectivas dissonantes entre filósofos, cientistas políticos e sociólogos, discussão esta que vem acompanhada pela própria evolução do conteúdo semântico do termo *indivíduo*.

A partir do século XVIII, o termo *indivíduo* – oriundo do latim *indivisum* –, anteriormente empregado para toda entidade que não pudesse ser fragmentada em partes sem a perda de sua identidade, passa a ser semanticamente vinculado ao *ser-humano*. Com

⁶⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 05.

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 91.

⁶⁸ Id. The autopoiesis of social systems, **Autopoiesis Colloquium Paper, multigr.** Florence: IUE, n. 328, col. 81, p. 25-26, 1985 apud AMADO, Juan Antonio García. **La filosofía de derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá/Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 112. Texto original: “Un sistema social solo puede comunicar; un sistema vivo solo puede vivir.”

isso, o conceito de indivíduo bifurca-se nas seguintes vias: (i) reconhece-se a individualidade dos exemplares que formam o todo sem perder de vista as qualidades gerais, tais como o processo de seleção dos indivíduos promovido no seio de uma população, conforme analisados pela biologia, demografia e teoria da evolução; e (ii) o reconhecimento da individualidade por meio da teoria do sujeito, a qual, a partir do século XIX, culmina na consideração do indivíduo enquanto ser autônomo juridicamente, desenvolvendo-se a teoria da capacidade jurídica e a teoria da nacionalidade⁶⁹.

A sociologia, nascida após a segunda metade do século XIX⁷⁰, herdou este legado e enfrentou dificuldades, na medida em que não poderia pender para uma análise do indivíduo concreto – por reconhecer que nem tudo que se aplica ao homem pode ser refletivo em um contexto social –, mas, também, não poderia ignorar o sujeito enquanto componente do todo, sob pena de, ao anular as bases humanistas e antropológicas, não ser uma especulação da sociedade.

Assim, a tradicional visão sociológica lastreou-se no conceito de *ação* para encontrar um balanceamento na temática sociedade-indivíduo, analisando a sociedade como decorrente do *agir de indivíduos concretos*. Em outros termos, “[...] o conceito de ação se refere ao indivíduo particular, sugerindo, como um determinado grau de necessidade, que o ser humano é aquele que se encontra detrás da ação, como seu portador, seu sujeito.”⁷¹

Porém, a teoria da ação mostrou-se insuficiente para a explicação dos fenômenos sociais, na medida em que não logrou definir o próprio conceito de ação (incluem-se elementos físicos e psicológicos? Até onde se estende a ação e se diferencia meio?). Além disso, ao definir a sociedade como ação entre indivíduos concretos, fincava-se o postulado de que esta apenas poderia se consolidar mediante um acordo prévio dos mesmos, que comungariam das mesmas opiniões e objetivos.

Nesse ponto, percebe-se que a teoria dos sistemas encontrou o foco de análise adequado para localizar a problemática entre indivíduo e sociedade, sendo certo que o modo com o qual foi trabalhada por Niklas Luhmann transbordou as limitações teóricas da sociologia para alcançar um *status* de efetiva filosofia. Com efeito, conforme assevera Jürgen Habermas, “Luhmann, inspirando-se em Maturana e outros, estendeu e

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 250-253.

⁷⁰ Id. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 20.

⁷¹ Id., op. cit., 2009, p. 253.

flexibilizou a tal ponto os conceitos básicos da Teoria dos Sistemas, que conseguiu convertê-las em base de um paradigma filosófico capaz de competir com os demais.”⁷²

Com base na teoria dos sistemas, é possível descartar o apego ao postulado de que a sociedade necessite de alguma pré-disposição do sujeito, de sua intenção, vontade ou racionalidade de consciência para, então, analisá-la de maneira autônoma, lastreada tão somente na *comunicação*, sem, contudo, fazer qualquer juízo de valor a respeito da necessidade humana de viver em sociedade⁷³. Propõe-se, portanto, analisar a sociedade enquanto sistema organizado e reproduzido por meio de estruturas internas que a diferenciam do meio; com isso, consegue-se diferenciar os sistemas psíquicos (regidos pela consciência e estudados pela psicologia, biologia, medicina etc.) dos sistemas sociais (regidos por comunicações e estudados pela sociologia, política, direito, etc.) enquanto estruturas distintas de assimilação da experiência que se baseiam, respectivamente, na consciência e na comunicação⁷⁴.

Porém, não é pela exclusão do ser humano do conceito de sociedade que este se torna irrelevante, indiferente, à análise. Ao contrário, conforme sintetiza Gabriel Cohn, o conceito de sociedade a ser trabalhado por Niklas Luhmann, após reformular as ideias centrais de Parsons, apesar de não incluir dentro do sistema social o ser humano de carne e osso, visualiza-o no ambiente (entorno) social:

A sociedade é um sistema que, como todos os sistemas, se define pela diferença que é capaz de manter em relação a um ambiente, que por sua vez inclui outros sistemas. Entre os sistemas incluídos no ambiente da sociedade está o sistema psíquico, cujos portadores são seres humanos. Os homens, portanto, não fazem parte da sociedade, mas do seu ambiente. Entretanto, o sistema psíquico não é irrelevante para o sistema social. Pelo contrário, é indispensável. Sem o seu concurso o sistema social teria de absorver níveis de complexidade incompatíveis com o seu bom funcionamento.⁷⁵

Essa diferenciação é importante na medida em que não se pode estabelecer empiricamente um consenso efetivo e consciente entre os sistemas psíquicos que compõem

⁷² Apud LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 23.

⁷³ Id. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 171; Id., op. cit., 2009, p. 259. Id. **Sistemas sociales**. Lineamentos para una teoría general. Coord. por Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 15.

⁷⁴ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 148.

⁷⁵ COHN, Gabriel. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 13, n. 38, 1998, p. 57.

a sociedade, notadamente em situações complexas, sem que se recorra a mistificações do gênero “consciência interior coletiva” ou “racionalidade do discurso”. Esse isolamento da análise mostra-se urgente quando se percebe a existência de uma “[...] época que se começa a tornar ingênua em questões políticas e que começa a substituir as conquistas estruturais pelas boas intenções.” Daí a formulação da crítica luhmanniana à teoria de Jürgen Habermas, a qual se mantém tributária desses postulados, vinculando o conceito de sociedade ao agir humano⁷⁶.

Assim, a noção de uma vontade popular que deve ser criada e estabelecida em uma democracia, a partir de uma visão sistêmica, não pode mais se lastrear em uma atuação isolada dos indivíduos ou grupos, mas, sim, no sistema social; deste modo, democrática será a forma de administração da complexidade, de acordo com a necessidade de permanência das estruturas sistêmicas⁷⁷.

Com base na perspectiva da teoria sistêmica funcional-estruturalista, uma perfeita democracia seria, portanto, um bom funcionamento do conjunto do sistema social, em que cada um dos seus subsistemas esteja sintonizado harmonicamente com os outros, sem, contudo, perder seu fechamento operativo. Para tanto, necessário acompanhar a evolução desta perspectiva de análise, a qual sofre influência de diversos ramos do conhecimento, como a sociologia política, ciências matemáticas, filosofia, filosofia política e ciência jurídica.

1.3.4 A sociedade como sistema de comunicação

A primeira conclusão a que se chegou sobre a operação elementar aglutinadora de todos os subsistemas sociais capaz de vinculá-los ao que se chama sociedade seria a *comunicação*. Com base nesta constatação, Luhmann assevera que a sociedade, enquanto sistema, é formada apenas por comunicação – e por todas as comunicações⁷⁸.

Tal diagnóstico primeiramente decorreu da percepção de que a comunicação é o único elemento genuinamente social, uma vez que pressupõe a presença

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 10.

⁷⁷ Sobre o tema, *vide* LUHMANN, *ibid.*, p. 128-129, nota 5.

⁷⁸ Sobre o tema, *vide* também AMADO, Juan Antonio García. **La filosofía de derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá/Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 109-114.

de, ao menos, dois sistemas de consciência para se concretizar (sistemas psíquicos = indivíduos). Contudo, conforme exaustivamente afirmado, somente esta formulação seria imprestável para a teoria dos sistemas, na medida em que se lastreia em elementos psíquicos como unidades do sistema social, ou seja, nos seres humanos concretos.

A *comunicação*, fundada na unidade empírica de cada indivíduo, baseia-se na metáfora da *transmissão*, segundo a qual, para haver comunicação, faz-se necessária a *transferência* de uma informação. Sugere, portanto, que um emissor transmite algo que é recebido pelo receptor, como um produto pronto do qual se desfaz após entregá-lo. Contudo, a metáfora da comunicação vista como um “[...] possuir, dar e receber, não serve para compreender a comunicação”⁷⁹ com base nos preceitos teóricos da Teoria dos Sistemas, necessitando de reformulações.

Do mesmo modo, vê-se que a ideia de comunicação para a Teoria dos Sistemas não implica na busca do consenso, aquiescência ou aprovação, conforme realizado pela teoria desenvolvida por Jürgen Habermas. Ao contrário, admite-se que a comunicação pode ser usada justamente para a produção de divergência, não sendo certo afirmar que a busca do consenso seja mais racional do que a do dissenso, na medida em que é evidente que a comunicação é impossível sem algum tipo de consenso, mas também é impossível descartar nela o dissenso⁸⁰.

Isso pois, para a teoria dos sistemas, haverá êxito comunicativo quando ocorrer a “compreensão” (acto-de-darla-a-conocer/ acto-de-entenderla), entendida como a aceitação da comunicação como premissa de um comportamento, seja ele favorável (consenso) ou contrário à informação transmitida (dissenso).

Deste modo, compreensão, para a teoria dos sistemas, não possui o mesmo significado atribuído pela teoria do discurso de Jürgen Habermas, na medida em que o êxito comunicativo significa o acoplamento bem-sucedido de seleções contingentes, e não acordo de opiniões, tal como se depreende do conceito de entendimento linguístico habermasiano.⁸¹ Sobre o tema, Luhmann deixa claro o distanciamento teórico, ao asseverar que, “[...] diferente do postulado pela teoria da ‘ação comunicativa’ de Jürgen

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 297.

⁸⁰ Ibid., p. 303.

⁸¹ BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto**: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2010, p. 65.

Habermas, nós nos liberamos de incluir pretensões de racionalidade no conceito de comunicação.”⁸² (nossa tradução).

Em outros termos, para a teoria sistêmica, o que deve ser observado é a comunicação a partir do próprio sistema e não do indivíduo, dado que a sociedade não é formada por indivíduos, mas por comunicação, já que “[...] o homem não detém a linguagem como ferramenta de comunicação, ela é que detém o homem como seu meio existencial e de desenvolvimento.”⁸³

Assim, a comunicação deve ser vista de dentro da própria sociedade, analisando como a sociedade, enquanto sistema, reproduz a si mesma. É, portanto, a sociedade que comunica e não as consciências individuais de seus membros; tal como assevera Luhmann, os seres humanos são como mônadas viventes que são vizinhas, mas carecem de “janelas”, de modo que, apesar de imbuídas do desejo de comunicar, não logram perceber um ao outro por completo e sequer podem produzir operações que sejam reconhecidas como próprias do outro⁸⁴.

Conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma, passa-se a ver a sociedade como “[...] uma estrutura (comunicacional) que permite que os indivíduos entrem em contato uns com os outros. Ou seja, não é porque os indivíduos entram em contato uns com os outros que a sociedade se forma, mas é o contrário.”⁸⁵ Assim, sem querer retornar ao determinismo absoluto, certo é que as interações na sociedade moderna não são intersubjetividade puras, mas decorrência da institucionalização social de padrões simbólicos que orientam o comportamento individual; em outros termos, “[...] a sociedade não é composta de pessoas; ao contrário, as pessoas são compostas pela sociedade.”⁸⁶

A teoria dos sistemas separa os sistemas de consciência (sistemas psíquicos) dos sistemas de comunicação (sistemas sociais), ainda que, em razão do

⁸² LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 153. Texto original: “Diferente a lo postulado por la teoría de la ‘acción comunicativa’ de Jürgen Habermas, nosotros nos libramos de incluir pretensiones de racionalidad en el concepto de comunicación”

⁸³ TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 35.

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **El arte de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2005, p. 29.

⁸⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

⁸⁶ A respeito do papel da escrita na institucionalização de padrões na sociedade moderna, *vide* BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2010, p. 81.

acoplamento estrutural, a operação da comunicação pressuponha a consciência como uma condição de possibilidade situada no meio, não incluída no próprio sistema. Portanto, a própria inter-relação entre comunicação e consciência promove a diferenciação entre sistema/meio, uma vez que as condições de possibilidade situadas no meio não podem ser incluídas na própria operação sistêmica⁸⁷.

A comunicação, nesta perspectiva, abandona o conceito tradicional no sentido de transmitir *informações* entre *alter* e *ego*, já que estes apenas conseguem trocar mensagens sígnicas porque a comunicação os precede. Com isso, pode-se concluir que comunicação, de que trata a teoria dos sistemas, não é a transferência de um conteúdo semântico de um sistema psíquico (homem) para outro, mas um complexo que os envolve.

No entanto, quando se afirma a exclusão do indivíduo do contexto da comunicação social não se quer anulá-lo, mas antes retirá-lo do centro do sistema social para enquadrá-lo enquanto sistema de si próprio (sistemas psíquicos), que forma o meio (entorno) do qual os sistemas sociais se diferenciam. Para compreender esta diferenciação entre comunicação individual e comunicação social, necessário se faz reproduzir os ensinamentos de Luhmann:

A comunicação é uma operação genuinamente social (e a única enquanto tal), **porque pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, mas que, exatamente por isso, como unidade, não pode ser atribuída a nenhuma consciência isolada.** E ela é social, porque de modo algum pode se chegar ao consenso, no sentido de um acordo total; e, no entanto, a comunicação funciona⁸⁸. (grifo nosso).

Portanto, entende-se por *comunicação* o ato sistêmico de *operar seleções*, ocorrendo por meio da síntese de três diferentes operações: (a) emissão/elocução ou ato de comunicar; (b) informação; e (c) compreensão/entendimento (que inclui também o não entendimento)⁸⁹. Cada sistema social especializa-se na realização de seleções próprias que contribuirão para a redução da complexidade e solução de problemas sociais,

⁸⁷ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 272.

⁸⁸ Ibid., p. 91.

⁸⁹ Os termos utilizados originalmente por Niklas Luhmann são: *Mitteilung*, *Information* e *Verstehen*. Esses termos possuem certa variação nas traduções das obras do autor para o português e espanhol. Javier Torres Nafarrate, uns dos principais tradutores do autor para a língua espanhola, opta pela utilização dos termos *darla-a-conocer*, *información*, *entenderla*, tal como se observa na obra *La sociedad de la sociedad*, por ele traduzida. Os termos acima empregados foram extraídos da seguinte obra: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 148. *Vide* também CAMPILONGO, Celso. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

de modo que os sistemas sociais tornam-se um complexo de comunicações, podendo ser tratados como sinônimos, ou seja, *sistemas sociais são comunicações*.

Vale ainda lembrar que, apesar de a comunicação, por este modelo, ser conceituada como a realização de três seleções, trata-se de uma unidade indivisível na realidade, sendo fragmentada apenas para fins analíticos. Não há uma fragmentação temporal das seleções, já que apenas se pode dizer que houve comunicação quando a última seleção (compreensão/entendimento) se concretiza, ou seja, comunicação é uma “[...] unidade sintética que emerge de uma tríplice seleção”⁹⁰.

Comunicar não se refere à transferência de informações, mas, sim, à capacidade de a comunicação ser eficaz e servir como premissa de comportamento alheio, permanecendo como possibilidade o fato de a mensagem transmitida não ser a mesma recebida ou, caso recebida em seus exatos termos, ser desconsiderada. Esta probabilidade pode ser contida pelos chamados *meios de comunicação simbolicamente generalizados*, os quais possibilitam o sucesso das comunicações improváveis. Os mais importantes destes meios são a *verdade*, o *dinheiro*, o *amor* e o *poder* (vale ressaltar que, dentre todos, apenas o amor não pode, no uso linguístico, ser reduzido ao poder)⁹¹, os quais serão mais bem tratados oportunamente.

1.3.5 A contribuição de Talcott Parsons para a teoria democrática

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann consiste em uma evolução do pensamento do sociólogo político do americano Talcott Parsons, o qual analisava a sociedade por meio de uma fusão entre *teoria da ação* e *teoria dos sistemas*. A teoria de Parsons pode ser definida pela expressão *action is system*, na medida em que realiza o sincretismo entre o realismo normativo de Émile Durkheim e o subjetivismo de sentido de

⁹⁰ “[...] A comunicação é concebida como a unidade sintética que emerge de uma tríplice seleção: (i) partindo da seleção de uma informação qualquer; (ii) tem de ser possível diferenciar a informação selecionada internamente por um sistema do ato de comunicar essa informação, a expressão performativa; e (iii) tem de ser possível diferenciar a reação da compreensão da expressão performativa dessa mensagem propriamente dita, o que pode ocorrer tanto como consenso quanto como dissenso. A expressão performativa é a seleção pela qual um sistema observa: em si mesmo, a informação selecionada internamente e, no ambiente, seu efeito sobre a compreensão”. (BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto**: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010, p. 64).

⁹¹ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 10.

Max Weber. Sua principal contribuição foi descobrir que “[...] a construção de estruturas sociais se realiza sob a forma de sistemas, e a operação basal sobre a qual esse sistema se constrói é a ação.”⁹²

A teoria de Parsons apresenta-se em duas fases distintas; na primeira fase, marcada pelo livro *The Social System* (1951), há a aproximação com o *funcionalismo estrutural*, na medida em que se propõe a consolidar o marco teórico da manutenção da estrutura nos sistemas, ou seja, foca sua análise, em primeiro lugar, nos problemas de manutenção da estrutura, e não tanto em relação à própria constituição do sistema. Com isso, quer-se dizer que Parsons pressupõe os sistemas sociais com determinadas estruturas e busca identificar as relações funcionais necessárias para a sua manutenção. Esta premissa de análise da complexidade social rendeu a Parsons a crítica de estar contemplando os sistemas sociais como imutáveis e, com isso, justificar, às escondidas, o *status quo* da realidade social⁹³.

Porém, em sua segunda fase iniciada a partir da década de 1960, Parsons distancia-se deste tipo de funcionalismo, fornecendo contribuições valiosas para a Teoria dos Sistemas⁹⁴.

Com isso, Parsons tenta conciliar a teoria da ação e a teoria dos sistemas, ao compreender que a construção de estruturas sociais se realiza pela forma de sistema e a operação pela qual esse sistema se constrói é a ação, realizada por sujeitos psíquicos e orgânicos. A partir desta percepção, Parsons pretende identificar os componentes da ação e traçar uma teoria analítica da mesma; para tanto, empresta de Weber o esquematismo fim/meio, a fim de identificar qual o fim perseguido pelo ator ao agir, e de Durkheim, a noção originária de sociedade – semelhante à precedência pré-contratual do contrato –, por considerar que, para que o ator realize a ação, este deve possuir um arcabouço valorativo capaz de identificar os meios para a realização de determinados fins⁹⁵.

Parsons crê que existam quatro componentes básicos para que uma ação se realize: instrumentais (meio)/consumatórios (fins), interno (relação do sistema para fora)/

⁹² LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 42.

⁹³ Sobre o tema, ver artigo denominado “Sociologia como teoria dos sistemas sociais.” In: SANTOS, José Manuel (Org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã/Portugal: UBI- Universidade da Beira Interior, 2005. (Coleção Ta Pragmata), p. 71.

⁹⁴ LUHMANN, op. cit., p. 40-41.

⁹⁵ Id. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 43.

externo (relação do sistema com suas próprias estruturas). A combinação dos quatro elementos implica na verificação de quatro funções conhecidas como AGIL: *Adaptation* (adaptação), *Goal-attainment* (obtenção de fins), *Integration* (integração) e *Latent pattern-maintenance* (manutenção de estruturas latentes).

A partir desse modelo, Parsons se serve de um instrumental teórico que permite não mais analisar a totalidade incansável do indivíduo, mas tão somente os componentes analíticos da ação. Deste modo, parte do pressuposto de que o ator se dirige a uma situação específica (persegue um fim) dentro de estruturas articuladas na forma de um sistema. Isso supõe um sistema integrado internamente (integração), que se adapta a situações externas (adaptação).

Um sistema social emerge na medida em que possa preencher todas as variáveis da ação, repetindo, dentro de si, as combinações do AGIL:

Tabela 1 – Combinações do AGIL

	Interior	Exterior
Sistema	Integración	Adaptación
Actuar em situación	Mantenimiento de estructura	Obtención de fines latentes

Fonte: Nafarrate⁹⁶

Portanto, o sistema social compõe-se por relações sociais, destinadas a cumprir as quatro funções acima, identificadas por Parsons da seguinte maneira: (i) Economia: conduz à adaptação voltada para o futuro, na medida em que, por meio da formação do capital, o sistema social está apto a resolver situações que não podem ser previstas de antemão; (ii) Política: garantir o caráter consumatório das necessidades presentes, ou seja, atingir a realização de metas sociais; (iii) Comunidade (*communal system*): responsável pela integração, consiste nas aproximações terminológicas de caráter

⁹⁶ Ilustração extraída de: NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 96. O mesmo esquema pode ser visto em LUHMANN, op. cit., 2009.

emocional e afetivo; e (iv) Instituições culturais: compartimento de maior especificação que a cultura responsável pela manutenção das estruturas de comportamento, ou seja, tem como função que os valores sociais sejam aceitos, tais como as universidades e escolas.

Porém, Parsons, apesar de introduzir uma concepção de sistemas, não abandona os elementos da *teoria da ação*, na medida em que define os sistemas sociais como sendo: 1) a interação de duas ou mais pessoas; 2) o fato de essas pessoas, ao agir em conjunto, levarem em conta a forma como as outras vão agir; e 3) o fato de que, às vezes, estas pessoas agem em conjunto, objetivando alcançar objetivos comuns. Sobre a perspectiva de Parsons sobre a sociedade, Dahl oferece um interessante diagrama:

Figura 2 – Diagrama sobre a perspectiva de Parsons

Fonte: Dahl⁹⁷

De acordo com Parsons, um sistema político, ou econômico, constituiria uma parte, aspecto ou subsistema de um sistema social. Esta concepção é ilustrada pela Figura 2 [acima representada], onde AC representa o conjunto de todos os subsistemas políticos, e ABC representa os subsistemas que podem ser considerados como políticos ou econômicos, dependendo do aspecto que nos interessa. Exemplos de ABC seriam General Motors, a Junta de Governadores do Sistema Federal de Reserva, a Agência do Orçamento – nos Estados Unidos da América. Exemplos brasileiros seriam a companhia Volkswagen, o Ministério da Fazenda, o Banco Central.⁹⁸

Levando-se este pensamento de Parsons para a análise da democracia, pode-se concluir que, nesta perspectiva, uma sociedade democrática apenas seria possível

⁹⁷ DAHL, Robert Alan. **Análise Política Moderna**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, p. 16.

⁹⁸ Ibid., loc. cit.

com a democratização de *todos* os subsistemas que a compõem. Assim, para se conquistar uma sociedade democrática, devem-se *democratizar* as partes que constituem o todo, tais como a relação de trabalho, educacional, familiar, econômica e, não se pode olvidar, políticas e jurídicas. Segundo a leitura que Robert Dahl faz do sociólogo em comento, pode-se “[...] definir uma sociedade democrática como um sistema social que contém não só subsistemas políticos democráticos, mas também outros subsistemas, que contribuem de forma direta ou indireta para fortalecer os processos políticos democráticos”⁹⁹; em contraposição, pode-se vislumbrar uma sociedade autoritária por identificar “[...] muitos subsistemas importantes, tais como a família, grupos religiosos, o sistema educacional – todos eles dando apoio aos processos totalitários.”¹⁰⁰

Nesta perspectiva, observa-se uma constatação histórica de que não se pode instituir uma democracia meramente jurídica; ou seja, não basta que a Constituição declare tratar-se de um Estado Democrático de Direito, pois a democracia depende de uma formação social democrática. Assim, a constituição democrática da sociedade deve ter suas raízes fincadas numa sociedade democrática, sob pena de se tornar um aparato meramente retórico¹⁰¹.

Sobre esta perspectiva, Robert Dahl lembra que, conforme constatado por Alexis de Tocqueville (*A Democracia da América*), a estrutura organizacional dos Estados Unidos, formada por igualdade de condições sociais e econômicas, incentivos à economia, costumes e crenças religiosas, dentre outras condições, davam suporte ao *sistema político democrático*, sendo certo afirmar que a sociedade é democrática na medida em que seu sistema político esteia-se em outros diversos fatores sociais democráticos.

Do mesmo modo, após a Segunda Guerra Mundial, alguns observadores afirmavam ser precária a implantação de uma democracia na Alemanha, em razão da tendência autoritária das outras instituições sociais, tais como a família, as escolas, as igrejas, as empresas e, de modo geral, o relacionamento entre autoridades estatais e cidadãos. Sobre o tema, o cineasta Michael Haneke, em seu filme *Das weiße Band (A Fita Branca)*¹⁰², objetivou explicar as origens do nazismo pela perspectiva do autoritarismo

⁹⁹ DAHL, Robert Alan. **Análise Política Moderna**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, p. 17.

¹⁰⁰ Ibid., loc. cit.

¹⁰¹ Esta conclusão também foi percebida por Marcelo Neves, ao tratar dos efeitos da Constituição simbólica, a qual serve apenas como aparato retórico.

¹⁰² DAS WEIßE BAND (A Fita Branca). Direção e Roteiro: Michael Haneke. Distribuidora: Imovision. Duração: 144 min. Áustria, 2009. (Site oficial: <http://dasweisband.x-verleih.de>).

existente em instituições sociais afora o sistema político, tais como a família, a religião e a educação, demonstrando que o apoio a um sistema autoritário decorre da pré-existência do autoritarismo nas outras esferas de convivência humana.

Esta perspectiva de Parsons é de grande valia para o estudo da democracia, ainda que se deva modificar o paradigma, ou seja, deixar de observar as estruturas do sistema social como algo pré-concebido e analisar a própria formação das diferenciações funcionais para se lograr atingir uma sociedade democrática. Assim, não se investigará apenas o relacionamento das “partes” que compõem o sistema social, mas, principalmente, como se dá a constituição destas “partes” nas sociedades modernas, para, após, verificar suas interações. Em termos mais claros, não é a democratização dos subsistemas sociais que formam uma sociedade democrática – tal como preconizou Parsons –, mas, sim, a própria evolução social que requer a geração de sistemas sociais diferenciados funcionalmente e autopoieticos.

Isso porque, apesar da contribuição de Parsons para a teoria sistêmica – enfatizada por reiteradas vezes nas obras de Niklas Luhmann¹⁰³ –, sua perspectiva estrutural-funcional comete a falha de considerar, como premissa teórica, o conceito de estrutura preordenado ao conceito de função; com isso, fica impedida de questionar como se dá a formação das estruturas sociais e indagar o sentido da formação sistêmica. Deste modo, ao se inverter a premissa de Parsons para uma perspectiva funcional-estrutural da teoria sistêmica, Luhmann logrou problematizar questões como a função da diferenciação sistêmica para a evolução social – eminentemente ligada à definição de democracia e o modo de interação entre os mesmos¹⁰⁴. Esta perspectiva é fundamental para a compreensão da democracia na modernidade, dado que se torna necessário pensar a forma de diferenciação estrutural das sociedades e o modo de comunicação entre sistemas para se lograr conquistar este primado.

¹⁰³ Vide LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 35-59. Id. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 29-37, dentre outras.

¹⁰⁴ SAMIOS, Eva Machado Barbosa; NEVES, Clarissa Eckert Baeta (Orgs.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: UFRGS; Goethe Institut; ICBA, 1997, p. 12.

1.3.6 O modelo luhmanniano de democracia

Niklas Luhmann constata que, para responder às demandas postas pela modernidade, a teoria deve enfrentar a complexidade decorrente da ausência de uma tradição fundadora, o que impõe à própria sociedade sua autofundamentação¹⁰⁵. Portanto, a teoria luhmanniana parte de um ato de espanto, decorrente da perplexidade da manutenção da ordem social após a perda da cosmovisão. Busca, assim, responder à pergunta: como é possível a existência da sociedade em uma ordem de inconstância e a mutabilidade? Nesse sentido, cumpre trazer as palavras do autor:

Em uma ordem social estruturada de maneira hierárquica, como na Idade Média, é plausível postular uma classificação de valores, como orientação da ordem social; mas na ordem social moderna – que já não aceita uma organização hierárquica, pois se parte da convicção de que ninguém é melhor do que os outros unicamente devido ao nascimento –, como é possível responder à possibilidade de uma ordem social? Se o Estado territorial moderno já não é capaz de garantir a legitimidade das estruturas estamentais, e tampouco religiosas, salvo garantir a si mesmo, seria, então, relevante poder indagar como é possível a ordem social.¹⁰⁶

Nessa perspectiva, o direito assume papel importante como forma de redução da complexidade social, visto que não há se falar em democracia sem que os cidadãos, para além de seus interesses particulares, possam compreender os padrões de comportamento solidamente institucionalizados pelo direito a partir do processo de positivação. Com isso, percebe-se que a positivação esconde em seu âmago uma relação de poder, uma vez que torna uma diretriz de conduta obrigatória em certas formas de coexistência social, dentre diversas alternativas possíveis (complexidade)¹⁰⁷.

Firmando-se a premissa de que por trás de toda a normatividade encontra-se uma decisão política e, por isso, uma relação mediada pelo código do poder, a validade de seu exercício dependerá de uma disposição generalizada para aceitação destas seleções. O exercício do poder de escolha, que constituirá o fenômeno da positivação, estará embasado em um consenso fictício sobre a sua legitimidade, devendo, para isso, justificar-se.

¹⁰⁵ Nesse sentido: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 43.

¹⁰⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 323.

¹⁰⁷ FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 44.

Um das formas de justificativa, conforme se verá, decorre do estabelecimento de um processo legislativo que reduza o medo frente ao Leviatã, crescendo a convicção da existência de limites para a criação da legislação. Com isso, a análise da democracia sai da concepção tradicional da filosofia social e filosofia do direito de tomar o homem como centro de discussão, ao considerá-lo centro vivo da sociedade em que se aglutinavam as concepções de liberdade, igualdade e poder, ou seja, uma sociedade vista como associação de homens concretos¹⁰⁸, para, a partir de então, tratá-la como *sistema social complexo*.

As clássicas concepções, desde a Grécia até o início dos Estados modernos, em regra, não conseguiam perceber a democracia sem a perspectiva do sujeito enquanto elemento central da sociedade, da política e do direito, do que decorre a imensa gama de concepções que chegam a ser conflitantes ou consistentes apenas no plano teórico. Para se perceber a democracia frente à diversidade social moderna, em que o conceito de indivíduo se dissolve em diferenciações valorativas, disperso entre ausência de identidade moral e estratificação de papéis sociais, deve-se abstrair o indivíduo do conceito de sociedade, passando a tratar não mais do direito à liberdade, igualdade e poder do *zoon politikon*, mas, sim, da forma de estruturação do *sistema social* e como suas estruturas conseguem absorver estes conceitos, ainda que, como se verá, não se descarte ser o ambiente deste sistema formado por homens concretos, de carne e osso.

Nestes termos, deve-se abandonar, ao menos em termos metodológicos, a concepção individualista da sociedade, para a qual qualquer forma de sociedade, notadamente a sociedade política, é produto artificial da vontade de indivíduos. A visão da doutrina democrática clássica, que se embasava no indivíduo como centro de discussão, previa a existência de um Estado homogêneo, sem a aglutinação de corpos intermediários; contudo, o que se observa hodiernamente é a estratificação social politicamente relevante em grupos, grandes corporações, associações, sindicatos, partidos de diferentes ideologias.

A teoria dos sistemas mostra-se como fundamento teórico consistente para o prosseguimento das investigações, ao possibilitar a análise de conceitos capazes de abarcar esta complexidade oriunda de uma sociedade centrífuga, permeada por diversos centros de poder, pluralista e ideologicamente fragmentada. Ou seja, uma sociedade que “[...] já não legitima o seu direito por meio de verdades invariáveis existentes [tal qual a

¹⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 169.

figura divina para a escolástica], mas, sim, apenas, ou principalmente, por meio de participação em procedimentos.”¹⁰⁹

Adotando um olhar sistêmico, percebe-se que a questão democrática não está em um pacto prévio que transfira o poder a um soberano ou na aceitação de ser o homem o detentor de um poder natural, mas, sim, no aumento considerável da complexidade do poder que exige novas formas de organização e comportamento.

A fim de evitar qualquer paralelo com visões tradicionais de democracia centradas no sujeito, Luhmann opta por um conceito restrito, o qual pode ser delimitado, em uma primeira análise, pela descrição das definições que não se enquadram no conceito adotado. Deste modo, pode-se dizer que, pela teoria dos sistemas, democracia não é: (i) o domínio do povo sobre o povo ou superação do domínio; tão pouco será (ii) um princípio segundo o qual todas as decisões devem ser tomadas de modo participativo. Por isso, Luhmann propõe que se entenda a democracia como sendo “[...] a ruptura de cima: a divisão de cima do sistema político diferenciado mediante a distinção entre governo e oposição.” (nossa tradução).¹¹⁰

De acordo com a teoria luhmanniana, a democratização da sociedade pressupõe a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente, tratando-se, portanto, de uma sociedade que opera “sem centro ou vértice”. Nesse sentido, a política já não pode ser compreendida como centro gravitacional da sociedade, a qual é composta por diversos sistemas funcionais operacionalmente diferenciados que se posicionam simetricamente.

Com a passagem para a sociedade moderna, abandona-se a diferenciação social em “superior” e “inferior”, que submetia o direito à política, retirando-lhe a autonomia operativa, já que não dispunha de um código específico que lhe permitisse o fechamento operativo¹¹¹.

Por isso, para a teoria dos sistemas, a democracia se apresenta como autonomia operacional do direito e da política, os quais passam a operar de acordo com

¹⁰⁹ Id. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 08.

¹¹⁰ Nesse sentido, *vide* LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007, p. 162. Texto original: “[...] la escisión de la cima: la escisión de la cima del sistema político diferenciado mediante la distinción entre gobierno y oposición.”

¹¹¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 80.

seus próprios códigos (poder para a política e licitude para o direito). Portanto, direito e política não são imbricados, mas apresentam-se, no Estado Democrático de Direito, como sistemas autônomos, que se diferenciaram no curso da evolução social por apresentarem funções e critérios distintos.

Com isso, direito e política convivem horizontalmente no macrosistema social, exercendo funções distintas e operando com códigos próprios. Por código, como se verá adiante, entende-se o eixo que orienta a atividade operacional do sistema a partir de uma diferença entre valor positivo e negativo: a diferença legal/ilegal para o direito e governo/oposição para a política. Em relação à função desempenhada, enquanto a política se ocupa da produção de decisões coletivamente vinculantes, o direito se ocupa da generalização congruente de expectativas normativas. Portanto, para entender o modelo luhmanniano de democracia, faz-se necessário, antes, desmistificar as aporias trazidas pela tradição.

1.3.7 Democracia: poder do povo? A desconstrução da tradição

Existem diversas e contraditórias tentativas de reduzir o fenômeno do poder a um conceito teórico bem sucedido, segundo aspectos de investigação filosófico, sociológico ou jurídico. Max Weber já havia ressaltado que o conceito de poder, dada sua amplitude semântica, arriscava se tornar sociologicamente amorfo por desrespeitar o rigor terminológico necessário aos conceitos científicos¹¹².

Quanto ao uso linguístico do termo, mais imprecisão se levanta apresentando-se, tal como notado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ora como substantivo (“o poder”, “onde está a procuração que lhe conferiu poder?”), “poder do povo”) ora como verbo. O uso linguístico do termo enquanto verbo é comumente aplicado como modalizador de outro verbo, conduzindo a pensá-lo como: (i) possibilidade (poder andar, poder saltar); (ii) faculdade (poder casar, poder transacionar); (iii) passividade/estar sujeito a (poder errar); (iv) oportunidade (poder, afinal, respirar); (v) potência (poder dissimular); (vi) permissão (poder sair ou entrar); (vi) indução a uma ação/sugestão/conselho (pode me

¹¹² Sobre o tema, *vide* NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 93.

emprestar um lápis?); (vii) ter direito/estar autorizado a (poder usar, poder fruir), dentre tantas outras possibilidades¹¹³.

Conforme preleciona Robert Dahl, a imprecisão do termo também se verifica no âmbito das ciências políticas, sendo tratado como uma variação possível de controle, influência, autoridade, dominação, persuasão e força. Notório que com essa gama de conceituação, mostra-se dúbia a afirmação de que a democracia é o “poder do povo”.

Certo é que a formação etimológica do termo *democracia* é oriunda do acoplamento de *demo* (povo) e *kratein* (poder), o que autoriza alguns filósofos e cientistas políticos a afirmarem que democracia não quer dizer *governo pelo povo* (pode estar no governo uma só pessoa, ou um grupo, e ainda tratar-se de uma democracia), desde que o *poder seja do povo*. Vê-se que, em razão da vagueza com que se vem trabalhando este termo, aparece como emergência tratar a problemática.

Robert Dahl¹¹⁴ demonstra que a indeterminação científica do uso do termo *poder* traz imprecisões na análise do fenômeno – tal qual na observação da democracia –, quando se emprega a palavra de acordo com a imprecisão semântica que decorre da linguagem natural. Assim, apesar da expressão cotidiana ser utilizada como “poder econômico”, “poder espiritual”, dentre outros usos possíveis, o senso comum não pode servir para a estruturação de uma teoria hermética, tal qual a teoria dos sistemas.

A primeira falácia constatada pelo autor é a *falácia da unidade do poder*, por meio da qual se analisa o fenômeno como sendo uma coisa (*res*) indivisível, homogênea, que apenas um ou alguns podem possuir/deter. Com isso, ou se tem todo o poder, ou não se tem nenhum poder. Diversamente do que ocorre com o dinheiro em que alguns podem ter R\$10,00 ou R\$1.000.000,00, nesta perspectiva de unidade o poder não pode ser repartido, apenas sendo possível uma única forma de distribuição do poder: *os que o detêm em sua totalidade e os que simplesmente não o possuem*. Para o autor, embora não sendo o poder quantificável, não se pode analisá-lo como uma *coisa irrepartível*.

A segunda falácia do poder é a *falácia da confusão do poder com os recursos*, por meio da qual poder, dinheiro e influência aparecem como equivalentes; ou

¹¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 03.

¹¹⁴ DAHL, Robert Alan. **Análise Política Moderna**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, p. 33-44.

seja, dinheiro representaria influência e, com isso, poder. Para demonstrar o absurdo desta afirmação, o autor realiza um jogo linguístico ao trocar a palavra *influência* pelo termo *dinheiro* em uma mesma proposição. Veja-se:

- 3) O presidente tem muita influência sobre o Congresso, quando este decide a respeito do nível das despesas militares.
Substituindo o termo influência por dinheiro, teríamos:
- 4) O presidente tem muito dinheiro sobre o Congresso, quando este decide a respeito do nível das despesas militares.

Com isso, verifica-se que a definição de poder/influência como sinônimo de recursos perde a especificidade do termo e ignora o problema empírico relevante sobre como se processa o fenômeno da influência.

A terceira falácia encontrada pelo autor é a *falácia da confusão do poder com os prêmios e privações*. Por meio deste uso inadequado do termo, entende-se que a concessão de prêmios ou penas são consequências inevitáveis, consectários óbvios do poder. Com isso, “[...] não demonstraríamos uma relação existente, – a proclamaríamos.”¹¹⁵ Essa observação pode ser depreendida das seguintes afirmações:

- a) Como os produtores de leite contribuíram pesadamente para sua campanha eleitoral,
- b) o presidente foi influenciado por eles
- c) ao decidir aumentar o subsídio à produção de leite. Em consequência,
- d) a renda desses produtores aumentou.

Para o autor, o poder, na análise política, não pode ser observado na relação entre os seres humanos, mas, sim, na relação entre os *atores humanos*; assim, deve-se observar o poder como o fenômeno em que um dos atores componente do sistema, em um processo de interação, conquista alterar o comportamento do outro. Em outros termos, “[...] se há duas pessoas num sistema, A e B, A influenciará B na medida em que o comportamento de B se alterar no sentido desejado por A.”¹¹⁶

A influência, substrato do poder, pode ser, nesta perspectiva, explícita ou implícita.¹¹⁷ A influência explícita decorre de um agir direcionado de um dos atores sociais, no sentido de influenciar o comportamento do outro, logrando que este realize o

¹¹⁵ DAHL, Robert Alan. **Análise Política Moderna**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, p. 33.

¹¹⁶ Ibid., p. 36.

¹¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 03.

seu desejo. Ocorre, portanto, quando A desejando o resultado X age com a intenção de causar o comportamento de B no sentido deste resultado; assim, se B procura realizar X como resultado da ação de A, pode-se falar que A exerce influência em B. Por sua vez, a influência implícita ocorre quando B ajusta sua conduta ao resultado que acredita ser de desejo de A, sem ter recebido qualquer mensagem explícita sobre as preferências ou intenções de A, direta ou indiretamente.

Com base nos conceitos de influência de Dahl, parece ser autorizado afirmar que, para este autor, tanto o poder político exerce influência sobre os cidadãos ao impor determinadas expectativas, quanto os próprios eleitores também influenciam explícita e implicitamente as autoridades eleitas na condução de suas ações:

Na medida em que uma dessas autoridades se orienta pelo resultado da eleição anterior, estará sendo influenciada manifestamente pelos eleitores; mas quando se guia pelo desejo de conseguir reeleição e, pela sua expectativa da futura reação dos votantes, ou dos contribuintes para sua campanha eleitoral, estará sujeita à influência implícita destes¹¹⁸.

Nesta perspectiva, o poder é algo construído de forma interativa entre autoridade e cidadão¹¹⁹, em um constante jogo de influência. Portanto, na definição de democracia, esta perspectiva autoriza dizer que o *poder do povo* é um poder de *influência implícita e explícita* na tomada de decisão política, contrapondo-se a uma tirania em que nenhuma influência é atribuída à base popular (não poderosa) por estar coagida a aceitar as decisões por meio do uso da força.

Respeitadas as diferenças entre a perspectiva de Robert Dahl e de Niklas Luhmann, a análise acima esboçada deixa claro que, para ocorrer influência, é preciso que uma comunicação seja primeiramente capaz de servir como premissa para a realização do comportamento alheio. Assim, não será influência a realização forçada de uma conduta – como no caso da entrega da carteira a um ladrão, por exemplo –, mas tão-somente o ato voluntário de se comportar nos termos da expectativa alheia.

Enfim, diante da sobrecarga do termo *poder* decorrente das múltiplas significações apresentada, a teoria dos sistemas, que aspira à universalidade, demanda a

¹¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

¹¹⁹ Sobre a perspectiva iterativa do poder, em análise interessante sobre a relação entre “dominação, poder e comunicação”, vide OLIVEIRA, Mara Regina de. **O desafio à autoridade da lei**: a relação existente entre o poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006.

estruturação de um conceito próprio, tecnicamente manejável, por abandonar a amplitude significativa.

1.3.8 O poder como meio de generalização simbólica

Acompanhando essa indagação a respeito do fenômeno poder, Luhmann logra reformular a perspectiva, ao defender que sistemas sociais se constituem em unidades de comunicações, ou seja, graças à possibilidade de transmitir e compreender comunicações, sendo o poder um dos *meios de generalização simbólica*¹²⁰.

Luhmann define o poder como meio de comunicação generalizado simbolicamente¹²¹, o qual se trata de um mecanismo voltado a garantir que as comunicações sejam aceitas e difundidas. Como *medium*, o poder aparece como veículo potencializador da comunicação, ou seja, um suporte genérico que a torna possível:

O termo *medium* origina-se da física. Ele mesmo não é percebido, mas permite a percepção, quer dizer, transmite as características de um objeto (suas formas) sem alterá-lo [...]

Imaginemos nosso pé pisando a areia: esta é um *medium* e sobre ela nosso pé impõe uma forma. As formas, portanto, condensam ligações entre os elementos do *medium*, constituindo acoplamentos rígidos, que se pode perceber. O *medium*, ele mesmo, não tem forma, o ar não faz barulho, a luz não é visível¹²².

Os meios simbolicamente generalizados controlam a improbabilidade da comunicação, ao transformarem a probabilidade de um *não* em probabilidade de um *sim*, ou seja, potencializam a aceitação da comunicação como premissa para o comportamento.

¹²⁰ Além do poder, Luhmann destaca outros meios de generalização simbólica, tais como: as leis para o direito, uma prova de amor, o dinheiro para a circulação de bens, as teorias para as ciências, dentre outros. Todos eles servem para criar um acoplamento firme entre seleções que são possíveis, em suas origens, frouxamente unidas. Luhmann exemplifica a questão, ao demonstrar a função do dinheiro, da verdade, do poder e do direito como meios de generalização simbólica na sociedade moderna. Veja-se: “[...] Los medios simbólicamente generalizados transforman, de manera asombrosa, las probabilidades del no en probabilidades del sí; por ejemplo, al hacer posible ofrecer pagos por bienes o servicios que se desean obtener. Son ‘simbólicos’ en cuanto utilizan la comunicación para producir el acuerdo que de por sí es improbable. Pero son, al mismo tiempo, diabólicos en cuanto que al realizar este cometido producen nuevas diferencias. Así, un problema de comunicación específico se resuelve mediante un nuevo arreglo de unidad y diferencia: quien puede pagar obtiene lo que desea; quien no, no...” e “[...] Por ejemplo, se hace un llamado a la verdad. O bien se manipulan los símbolos del dominio (hoy de preferencia la sujeción del mismísimo poder al derecho) de modo que se hace visible un poder superior capaz de imponerse.” (LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 248, 249).

¹²¹ Sobre o tema, vide LUHMANN, ibid., p. 245-310.

¹²² LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 08.

Em termos mais sintéticos, tornam continuamente possível uma combinação altamente improvável de seleção e motivação, ligando comunicações para a criação de conteúdos compreensíveis. “Estes são como ‘lubrificantes’ que permitem, num quadro em que a comunicação é altamente improvável, mesmo assim, a formação de formas.”¹²³

Certo é que em uma sociedade sempre contingente (moderna) se faz necessário criar meios para a manutenção do mesmo sentido de seleção diante de parceiros diferentes em situações diversas, a fim de criar segurança na formação de expectativas sobre expectativas. Esse processo se dá por meio da *generalização dos símbolos*¹²⁴, responsável por certa *liberdade situacional*, consistente na redução do esforço da busca e análise de informações nos casos específicos.

Em outros termos, por meio da generalização dos símbolos poupa-se a necessidade de se discutir caso a caso a orientação comum, absorvendo a insegurança e possibilitando a formação de expectativas comuns e comportamentos correspondentes a estas expectativas¹²⁵.

Isso porque o enlace entre as comunicações não pode acontecer arbitrariamente, sob pena de inviabilizar o conhecimento da informação pelo parceiro da situação comunicativa, inviabilizando-a; deve existir ao menos um guia da expectativa dirigida que possibilite à própria comunicação a superação da improbabilidade que lhe é inerente.¹²⁶ Assim, pelo *meio simbólico*, é possível assegurar que as experiências de um

¹²³ LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 08.

¹²⁴ O conceito de generalização simbólica de Luhmann possui semelhanças e divergências em relação à percepção de Parsons sobre “símbolos generalizados”, tal como se depreende do trecho a seguir destacado: “Con la expresión “simbólicamente generalizados” seguimos una formulación de Parsons que ha entrado en el uso corriente aun sin ser particularmente feliz desde ángulo alguno. Con “simbólico” Parsons se refiere a la diferencia de ego y alter, por consiguiente a la dimensión social; con “generalizados” se refiere a la diversidad de las situaciones, es decir, a la dimensión objetual del sentido en proceso. La idea (igual que el concepto de regla de Wittgenstein) es que solo se puede alcanzar concordancia social cuando la base común perdura más allá de una única situación. Hasta aquí podemos aceptar la perspectiva propuesta por Parsons. En cuanto al resto, la teoría que aquí presentamos de los medios de comunicación simbólicamente generalizados no se relaciona con la teoría parsoniana de los medios de interacción (media of interchange), que permanece vinculada a la arquitectura teórica del esquema AGIL. Nosotros, al contrario, partimos de la hipótesis de que a través de la codificación del lenguaje el problema general de una comunicación exitosa solo se estructura pero no se resuelve, y que con la clara contraposición entre aceptación o rechazo el problema tan solo se vuelve mas agudo. El concepto general de médium de comunicación se aplica en este Caso”. (Id. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 247).

¹²⁵ Vide LUHMANN, *ibid.*, p. 245 et seq.

¹²⁶ “Esto significa ante todo que el enlace de una comunicación con otras no puede acontecer arbitrariamente o al azar; entonces la comunicación no sería posible como lo que es, una comunicación. **Debe haber probabilidades que quién la expectativa [...]**” (*ibid.*, p. 145, grifo nosso).

parceiro da situação comunicativa se convertam em premissas de seleção para o outro, ou seja, pelo *meio simbólico*, criam-se instituições semânticas que tornam possíveis comunicações aparentemente improváveis.

Entende-se por *simbolização* (símbolos, códigos simbólicos) a simplificação de uma situação muito complexa de interação, tornando possível sua apreensão enquanto unidade; vale lembrar que ela não é capaz de elidir contingência da comunicação, mas a *tecniciza*. A simbolização é um requisito indispensável à formação do poder; para este fim, a linguagem possui *conceitos dispositivos* como força, capacidade, potência, que implicam em uma modalização dos processos comunicativos, na medida em que vincula à expressão da possibilidade também a atribuição de poder ao poderoso¹²⁷.

Cabível a indagação a respeito das características estruturais dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, a qual levanta dúvidas sobre a padronização desses símbolos generalizados em todos os sistemas funcionais. Sobre o tema, Luhmann define nove componentes da *estrutura dos meios de generalização simbólica*, ressaltando as variações possíveis de acordo com cada sistema; dentre os elementos componentes das estruturas, cabe neste momento ressaltar a: (i) *codificação binária*; (ii) autocolocação do código em um de seus valores; (iii) a reflexividade procesual ou autorreferência; (iv) capacidade de formar sistemas; (v) meio simbióticos; (vi) reflexividade; e (vii) inflação/deflação¹²⁸.

A *codificação binária* possibilita a atribuição de uma negação correspondente a cada comunicação linguística, uma sentença falsa a cada sentença verdadeira, um crédito a cada débito, um ato lícito a cada ato ilícito. Trata-se, portanto, de uma estrutura composta de valores opostos e complementares.¹²⁹

Seguindo Gotthard Günther, é possível dizer que a codificação dos meios simbólicos consiste em um valor de designação e um valor de reflexão, excluindo terceiras possibilidades. Nas palavras de Niklas Luhmann: “A binariedade torna possível incluir no valor seu valor contrário e vice-versa. O valor é, então, ao mesmo tempo identidade e

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 28.

¹²⁸ Id., op. cit., 2006, p. 280-307.

¹²⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51.

diferença, é dizer, ele mesmo e não o contravalor – e de igual maneira no lado oposto.” (nossa tradução).¹³⁰

A codificação binária única é elemento do direito (lícito/ilícito), da ciência (verdadeiro/falso), da economia (ter/não-ter), dentre tantos outros sistemas, e permite que as seleções sejam construídas pelo sistema com o único fim de reduzir a complexidade, tornando possível simbolizar e generalizar as regras de seleção e motivação comunicativas.¹³¹

A *autocolocação do código* como um de seus valores permite controlar o paradoxo da unidade do código mesmo diante de sua estrutura binária; de fato, exemplificativamente, vê-se que a verificação de uma falsidade decorre de uma afirmação verdadeira. Com a autolocação do código, torna-se possível a afirmação do código pelo uso do próprio código, ou seja, ele reafirma a unidade de sua assimetria (valor negativo e positivo) sem a necessidade de recorrer a códigos externos.

A *autorreferência*¹³² possibilita a formação de sistemas sociais parciais diferenciados por função, na medida em que estabilizam a autorreprodução ou *autopoiese* do sistema. Com isso, o código orienta-se a si mesmo dentro do retículo produzido por sua própria reprodução, tornando-se aptos a fazer referência às próprias comunicações sem recair em paradoxos ou tautologias; assim, permite-se, por exemplo, que se possa atestar a falsidade ou verdade de uma sentença verdadeira pela autoaplicação do código e não mediante pagamento ou poder.

A generalização dos símbolos permite, portanto, “[...] levar o processo de comunicação da transposição de complexidade reduzida, em parte, do plano da comunicação explícita para o da expectativa complementar e aliviar o processo comunicativo.”¹³³ Ou seja, por meio da *generalização simbólica*, o subalterno obedece ao

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 284. Vide também NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann: la política como sistema**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 104-108. Texto original: “La binariedad hace posible incluir en el valor su valor contrario, y viceversa. El valor es entonces a la vez identidad y diferencia, es decir, el mismo y no el contravalor — y de igual manera en el lado opuesto.”

¹³¹ Id. *Einführende Bemerkungen zu einer theorie symbolisch generalisierter kommunikationsmedien*. **AS 2**, p. 212-240 apud BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto**: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010, p. 77.

¹³² Vide LUHMANN, op. cit., 2006, p. 290.

¹³³ Id. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 31.

que já foi ordenado pelo poderoso e também aos seus desejos (ordens não expressas), sendo possível transferir a própria iniciativa da ordem ao subalterno, ao possibilitar que este peça esclarecimentos quando não lhe ficar claro o que foi ordenado.

O primeiro pressuposto desta consideração é que os processos de comunicação inter-relacionam os parceiros que realizam suas performances seletivas próprias, tendo conhecimento um do outro. Esta possibilidade de escolha de ambos os lados gera o fenômeno da *dupla contingência* da seletividade, sendo necessário que os meios de comunicação elaborem códigos generalizados simbolicamente para a orientação comum. Com isso, “[...] os meios combinam, pois, a comunidade das orientações e a não-identidade das seleções. Também o poder funciona como meio de comunicação somente sob esta condição básica.”¹³⁴

Alter, enquanto poderoso, possui mais de uma alternativa, existindo sempre em relação à sua seleção certa insegurança. Ele pode, em relação ao outro, produzir ou eliminar esta insegurança, sendo certo que esta passagem da geração e redução da insegurança é um pressuposto do poder. Por sua vez, *Ego* também possui uma abertura de possibilidades de ação, que consiste no acatamento ou não da alternativa almejada por *Alter*.

Nesse passo, certo é que o *poder* pode ser compreendido como um *meio de generalização simbólica*, na medida em que gera a capacidade de influenciar a seleção um do outro, diante destas infinitas possibilidades. Assim, o poder se institui como meio, ao duplicar as possibilidades do atuar, na medida em que impõe a *Ego* a chance de escolher por uma alternativa a se evitar, obrigando *Alter* a recuar ou aplicar a sanção¹³⁵.

Vê-se, então, que, para o poder exercer sua função de meio, faz-se necessário o aumento das liberdades, sendo maior o poder de *Alter* quanto maior for o leque de alternativas possíveis de *Ego*. Nas palavras de Luhmann, “O poder se faz maior quando consegue impor-se também diante de alternativas atrativas para o agir ou omitir. Ele só é possível de aumento em conjunto com o fomento das liberdades por parte dos súditos do poder.”¹³⁶

¹³⁴ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 08.

¹³⁵ Id. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 277.

¹³⁶ Id., op. cit., 1985, p. 09.

Daí que o poder diferencia-se da coação¹³⁷, na medida em que pressupõe que as alternativas do fazer não estejam previamente determinadas, ou seja, que se mantenham as possibilidades de escolha entre ambos os polos da comunicação. A coação, enquanto abandono das vantagens da generalização simbólica e da direção da seletividade do parceiro, conduz à falência do poder, o qual perde sua função de superação da dupla contingência. Isso porque o uso da coação implica, para quem a usa, assumir o peso da seleção e da decisão, de modo que a redução da complexidade não é mais compartilhada com o outro polo da relação, mas concentrada nele. Valiosas são as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior sobre o tema:

Neste sentido, essa concepção tipológica (poder como médium) nos obriga a distinguir poder de coação para fazer algo determinado e concreto, pois, na coação, as possibilidades de escolha do coagido são, no limite, reduzidas a zero. No limite, a coação significa antes uma substituição da ação de um pela ação do outro [...] o coator age pelo outro no seu ato de escolha: escolhe pelo outro. Poder de coação não deve, pois, ser confundido com poder/médium. Quem coage alguém a fazer o que não quer não comunica poder: apenas força o outro a agir.¹³⁸

O uso da coação só é possível de centralização em sociedades de baixa complexidade, sendo certo que, com a complexidade social e a diferenciação sistêmica, apenas há espaço para a centralização das *decisões sobre premissas de decisões sobre o uso da coação*¹³⁹; daí a importância funcional do direito enquanto sistema que reduz a complexidade social sobre o uso legítimo da coação, na medida em que monopoliza a decisão sobre o emprego do uso da força.

O poder deve ser visto como meio (médium) que, apesar de limitar o espaço de seleção do parceiro, não elimina a formação de sua vontade; com isso, regulariza a contingência, sem eliminá-la. Luhmann compara o poder a um catalisador, na medida em que aumenta a probabilidade de ocorrência de contextos improváveis.

Já neste ponto, é fácil notar, como primeira premissa para a análise da democracia, que as comunicações (notadamente do sistema jurídico) devem sempre deixar como possibilidade seu cumprimento ou descumprimento por parte do receptor, sob pena de detrimento do poder. Nas palavras de Javier Torres Nafarrate:

¹³⁷ Importante lembrar o conceito trazido por Luhmann de coação: “Coação significa abandono das vantagens da generalização simbólica e da direção da *seletividade* do parceiro”. (Ibid., p. 09).

¹³⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

¹³⁹ LUHMANN, op. cit., p. 05- 16.

O poder é maior se é capaz de manter abertas as alternativas em cada uma das partes. Portanto, o poder aumenta se ao mesmo tempo se aumenta a liberdade daquele que haverá de ficar submisso ao poder. O poder perde sua função de manter a dupla contingência – é dizer, a dupla perspectiva de seleção – na medida em que se aproxima da coerção (nossa tradução).¹⁴⁰

A contribuição mais importante da teoria do poder de Luhmann é, talvez, a de retirar do conteúdo semântico do termo as significações que caracterizem propriedade¹⁴¹ ou capacidade do poderoso, conferidas independentemente da participação do subalterno. Ou seja, não se vê no pensamento luhmanniano o poder como *algo* do detentor, o qual sequer se confunde com a figura dele.

Isso porque o poder é visto como um *meio* que não depende da submissão concreta do subalterno ou do efeito obtido pelo detentor do poder, mas é *construído* dentro da relação comunicativa pela interação entre esses dois atores (Alter e Ego), que permite coordenar seleções e criar expectativas. Assim, não são apenas os subalternos que devem ser levados a aceitar as prescrições, mas o poderoso também tem de ser levado a exercer seu poder e nisto reside, em muitos casos, a maior dificuldade.

É sobre esta perspectiva que o poder pressupõe que ambos os parceiros – enquanto sistemas – realizem seleções de alternativas, dentre outras possibilidades em jogo; com isso, ambos os parceiros reconhecem a existência de alternativas a se evitar, tais como ameaças e sanções que tanto o subalterno quanto o poderoso prefeririam não efetivar, na medida em que geram a falência da relação de poder¹⁴².

¹⁴⁰ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 102. Texto original: “El poder es mayor si es capaz de mantener abierta las alternativas en cada una de las partes. Por tanto, el poder aumenta si al mismo tiempo se aumenta la libertad Del que ha de quedar sujeto al poder. El poder pierde su función de mantener la doble contingencia – es decir, la doble perspectiva de la selección – en la medida en que se acerca a la coerción”

¹⁴¹ Nesse ponto, vale notar que Luhmann deixa claro os efeitos danosos que podem ser causados à regulação de condutas por meio da substituição do poder pelos meios de generalização simbólica dinheiro e verdade: “Tanto la verdad como el dinero neutralizan la peligrosa (cercana al conflicto) comunicación del poder, puesto que solicitan de ego solo la vivencia. Por eso las utopías sociales acogen de buen grado la idea de que la sociedad puede regirse puramente con verdades o por el mercado. Esto significaría, no obstante, excluir considerables posibilidades de orden, en particular todas aquellas que condicionando el arbitrio se pueden organizar en largas cadenas de acciones. Ni la verdad ni el dinero pueden establecer que hará el receptor con lo recibido —y esa es precisamente la función del poder”. (LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 278).

¹⁴² OLIVEIRA, Mara Regina de. **O desafio à autoridade da lei**: a relação existente entre o poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 89-90.

Com isso, Luhmann esclarece que, para sua teoria, o termo *poder* é empregado, destarte, quando diante de uma situação dada de expectativa se constrói uma combinação de alternativas desfavorável, ou seja, uma combinação de alternativas a se evitar, formada pela seleção dos parceiros da comunicação (tais como, o emprego do uso da força, que deve sempre permanecer enquanto possibilidade a ser evitada)¹⁴³.

O código pode, ainda, garantir o poder por meio de símbolos apropriados, tais como *cargos* e *competências*, permitindo que o código possa durar mais e ser estabilizado de forma independente. Com isso, é possível diferenciar o código do poder da pessoa que está a exercer a possibilidade de seleções, ou seja, promove-se a *despersonalização* dos meios (médium).

Nesse contexto, dá-se a diferenciação entre cargo e pessoa, atribuindo-se a relação de poder ao cargo e não à pessoa; assegurada esta diferenciação, no âmbito do código do poder, os poderosos – por assim dizer, como predisposições articuladas para selecionar – também poderão ser escolhidos e, eventualmente, trocados.

Como nos sistemas de alta complexidade não se é possível centralizar o uso direto da força, mas apenas do processo mediante o qual se tomam decisões sobre o uso da força, é necessário criar cargos e funções para se ter a possibilidade de aplicar a coerção¹⁴⁴. Vê-se, portanto, que a *despersonalização dos meios* também é etapa de estruturação do poder fundamental para a consideração de um regime democrático, havendo, com isso, a diferenciação entre pessoa/grupo e cargo/competência, ou seja, entre pessoa/grupo e código de poder.

Portanto, a estrutura básica do poder – considerado como meio simbólico – conserva uma combinação de pares de alternativas (positivas e negativas) em cada um dos que participam do poder, e isso explica o fato de não poder ser considerado como habilidade, força ou espécie de potencial inerente ao que possui o poder.

¹⁴³ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 20.

¹⁴⁴ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 102.

1.3.9 O poder no Estado Democrático de Direito

Na antiga teoria política da sociedade, o conceito de poder político estava unido ao conceito do direito e servia de princípio constitutivo da sociedade, na medida em que justificava sua existência a partir da prevalência de dominação por um grupo de seres humanos que prevalecia sobre os demais. Porém, essa perspectiva já não pode embasar a sociedade moderna.

Deveras, conforme enfatizado anteriormente pela teoria dos sistemas de Luhmann, a sociedade moderna é marcada pela contingência e, com isso, pela abertura ao futuro rico em alternativas. Tudo pode ser diferente do que é, já que o presente decorre tão somente de uma decisão dentre tantas outras possíveis. Assim, o domínio de um ser humano ou grupo sobre os demais adquire significado secundário.

A diferenciação do sistema político como sistema parcial da sociedade permite a concentração das fontes de poder, por meio da distinção entre superiores/inferiores, ou seja, os ocupadores dos cargos (governantes) e os não ocupadores dos cargos (governados)¹⁴⁵, tornando suas comunicações menos vulneráveis à rejeição. Assim, o surgimento da ordem de cargos possibilitou a diferenciação interna do sistema político, na medida em que cria características (estruturas) próprias de organização não existentes no ambiente (entorno), culminando na ideia de *soberania e democracia*¹⁴⁶.

Assim, os efeitos e as condições de exercício do poder estão situados no campo de obediência em que se encontram os membros da relação – e não a partir de critérios metafísicos ou jusnaturais. A fonte do poder está, portanto, na construção de um campo de atuação em que aquele que o exercita calcula as condicionantes para aceitação das ordens pelos subordinados. Nas palavras de Nafarrate: “Precisamente este limite cargo/público – ou, em terminologia contemporânea: poder estatal/ poder do povo – é a

¹⁴⁵ CORSI, Giancarlo. **GLU**: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. 1. ed. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 128. “La diferenciación del sistema político como sistema parcial de la sociedad permite la concentración y la generalización de las fuentes de poder, sin que con esto i a sociedad entera se vuelva dependiente de un poder político central.”

¹⁴⁶ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 166.

ocasião para que se façam esforços para refletir sobre uma unidade conceitual nominada democracia.” (nossa tradição).¹⁴⁷

A partir desta perspectiva igualmente adotada por Parsons, percebe-se que o poder se desenvolve em uma relação circular, na qual o superior deve calcular as possibilidades para ser obedecido, enquanto que os subordinados têm, por sua vez, que calcular as possibilidades disponíveis ao detentor do poder.

Desta forma, tomando-se como premissa a circulação do poder se constrói a ideia de democracia, com a qual se impulsiona a superação de uma sociedade estratificada para uma sociedade funcionalmente diferenciada. Assim, a democracia aceita a contingência própria da sociedade moderna ao compreender que a “superioridade” é apenas um estado que, por conseguinte, pode ser superado por outras possibilidades ao desenvolver o código binário governo/oposição. Nesses termos, afirma Giancarlo Corsi:

A falta de oposição significa falta de democracia, já que determina a estratificação política da sociedade (ditadura): limita a diferenciação da política, já que o código político desaparece ao desaparecer um dos dois valores (a oposição). A codificação se substitui pela referência à mera organização (o Estado, o partido único) [...] (nossa tradução).¹⁴⁸

O código governo/oposição contempla todas as características de um código de preferência; o valor positivo “governo” é o valor de designação do sistema, ao qual se contrapõe o valor negativo “oposição”. Um valor determina ao outro, de modo que justamente a contradição entre eles é que lhes dá sentido.

A adoção do código binário governo/oposição pelo sistema político permite a *tecnicização* do médium “poder”, ao facilitar a transição entre valor e não valor, de modo que a transposição para o outro lado da forma se torna automática e fácil, tal como se dá em relação aos códigos lícito/ilícito e verdadeiro/falso¹⁴⁹.

¹⁴⁷ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 166. Texto original: “Precisamente este límite de cargo/público – o en terminología de ese tiempo: poder estatal/poder del pueblo – es la ocasión para que se hagan esfuerzos por reflexionar bajo una unidad conceptual en nombre de ‘democracia’.”

¹⁴⁸ CORSI, Giancarlo. **GLU**: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. 1. ed. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 129. Texto original: “La falta de oposición significa falta de democracia, ya que determina estratificación política de la sociedad (dictadura): limita la diferenciación de la política, ya que el código político desaparece al desvanecerse uno de los dos valores (la oposición). La codificación se sustituye por la referencia a la mera organización (el Estado, el partido único) [...]”

¹⁴⁹ Vide NAFARRATE, op. cit., p. 160.

Em regimes democráticos, a circulação do poder é atribuída às eleições políticas. Pelo entendimento clássico, as eleições realizam o domínio do povo pelo povo, na medida em que buscam interpretar e exigir que se cumpra a vontade geral (*volonté générale*). Porém, a pergunta que remanesce é: “Que é, pois, o que fica do conceito de democracia – ligado à representação de que se trata do domínio do povo – a não ser o paradoxo não resolvido do domínio de si próprio?” (nossa tradução).¹⁵⁰

Em resposta a essa pergunta, a teoria dos sistemas reformula o papel das eleições para a democracia. A democracia passa a ser definida como a relação de intercâmbio entre governo (poder) e oposição, portanto como segunda codificação do poder político, passando a regular as eleições políticas. Nesse passo, o papel das eleições será assegurar simplesmente a mobilidade entre governo e oposição, traçando, para ela mesma, um futuro desconhecido, já que inexistirá qualquer ligação segura entre exercício do poder e conservação do poder.

Portanto, a instalação de eleições políticas (livres e secretas) instaura no sistema político uma incerteza autoproduzida (*incertidumbre autoproducida*), de modo que suas variações decorrem de condicionantes internas – não sendo corrompida pelo ambiente (entorno). Nas palavras de Nafarrate:

O que chamamos democracia e que fica designado com o estabelecimento das eleições políticas não é outra coisa senão a plena realização do processo diferenciado do sistema político. O sistema acaba fundamentando-se a si mesmo ao recorrer a decisões que ele mesmo dispôs [...] (nossa tradução).¹⁵¹

Porém, a administração da contingência apenas se torna possível em razão da criação dos partidos políticos, os quais têm como função a absorção das incertezas. A partir da criação da estrutura *partidos políticos*, o rol de ideais dos eleitores se torna reconhecível, de modo que não mais se questionam as preferências do indivíduo, mas, sim, dos exercentes de um papel social, qual seja, os *votantes*.

¹⁵⁰ Vide NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 161. Texto original: “Qué es, pues, lo que queda del concepto de democracia – ligado a la representación de que se trata del dominio del pueblo – a no ser la paradoja no resuelta del dominio de sí mismo?”

¹⁵¹ Ibid., p. 163. Texto original: “Lo que nosotros llamamos democracia y que queda designado con el establecimiento de las elecciones políticas no es otra cosa que la plena realización del proceso diferenciado del sistema político. El sistema acaba fundamentándose a sí mismo recurriendo a decisiones que el mismo ha dispuesto [...]”

Além disso, institui-se a *representação política*¹⁵², desviando-se o foco sobre a congruência entre eleitores e eleitos (identidade ideológica entre eles) para a concepção de legitimação das decisões tomadas através deste procedimento, ou seja, para o modo como esta estrutura possibilita a generalização do reconhecimento das decisões.

Deste modo, o indivíduo, enquanto ser humano dotado de pretensões religiosas, éticas, econômicas, etc., é excluído da análise, passando o fenômeno a ser analisado unicamente como uma propriedade do sistema político. Essa mudança de perspectiva não é apenas uma escolha metodológica, mas, sim, uma necessidade para a realização de análises científicas coerentes que possam auxiliar no diagnóstico de problemas do sistema político, ante o reconhecimento da falibilidade das perspectivas que observam a representação como congruente entre representantes e representados (relação interindividual ou intergrupala)¹⁵³.

Deveras, os *outputs* (atos normativos) emitidos pelo sistema político, vistos do ponto de vista jurídico, não expressam uma coerente uniformidade com os *inputs* (demandas) dos eleitores (*vide*, por exemplo, a agenda sobre tributação no Brasil). Essa divergência valorativa implica em se delegar apenas e tão somente ao sistema político a decisão sobre os valores que serão albergados pelas decisões políticas, ou seja, o sistema avoca para si todo o controle sobre o que é o *bem comum*.

Com efeito, o conceito de bem comum não pode mais ser identificado por sua própria natureza. Atualmente, poucos são os interesses privados que não se podem declarar como públicos – *vide* a concessão de benefícios tributários a empresas que irão fornecer postos de trabalho na região; com isso, a fórmula bem comum deve agora se converter em segundo código da política (bem comum x interesse privado), cabendo ao sistema essa decisão.

¹⁵² Sobre o tema, *vide* CAMPILONGO, Celso. **Representação Política**. São Paulo: Ática, 1988, p. 12-16.

¹⁵³ A perspectiva que encara a representação como uma “relação interindividual” vê o fenômeno como um elo entre representante e representado; por sua vez, a perspectiva da “relação intergrupala” analisa o fenômeno como uma relação entre representantes e a comunidade como um todo. Ambas enfrentam a representação pela visão de “congruência” entre os desejos dos representados e seus respectivos representantes, o que se torna falacioso ante a grande variedade de decisões que fogem aos desejos da “massa”, seja pela impossibilidade de o eleitorado expressar de forma clara e congruente seus anseios, seja pela tomada de decisão com base em interesses alheios aos expostos pelos eleitores. Nessa toada, *vide* CAMPILONGO, *ibid.*, p. 17-23.

Tal observação é sobremaneira importante para a perspectiva da democracia; de fato, por esta perspectiva, “[...] pouco importa se a decisão é justa, exata ou ‘congruente’, pois, nas sociedades complexas – onde aumentam os problemas carentes de decisão –, a ‘natureza da decisão’ cede lugar aos ‘procedimentos que generalizam o reconhecimento das decisões’.”¹⁵⁴

Deste modo, se a escolha do bem comum torna-se critério de decisão apenas do sistema político, deve-se construir um paradoxo mais coerente, a saber, a *legitimidade*. Essa fórmula, em um sistema democrático, implica em que os critérios de decisão sejam claros e abertos, ou seja, impõe que se exponham abertamente as preferências com que se compromete a política¹⁵⁵.

Importante, portanto, que se afastem “cortocircuitos cínicos” que conferem ao sentido de bem comum um *quid* de utopia, ao se impor que exista concordância perfeita entre *outputs* e *inputs*, ou seja, entre as respostas do sistema político e as demandas sociais, na medida em que a própria separação entre sistema e ambiente é condição de possibilidade para a existência da sociedade moderna. Portanto, *bem comum* apenas pode ser distinguido a partir das respostas positivas ou negativas fornecidas pelo sistema, dando-lhe um sentido convincente e não utópico.

1.3.10 O problema do poder apolítico e a ideia de “poder do povo”

Os meios de comunicação simbolicamente generalizados possuem como referência sistêmica a *sociedade*. Eles referem-se a problemas da totalidade da sociedade, na medida em que não se isolam em sistemas parciais; com isso, não se pode dizer que o código da verdade é um meio exclusivamente das ciências e o código do poder, da política. Portanto, pode-se dizer que o *poder*, mesmo com a diferenciação do sistema da política, é fenômeno universal da existência social, estando presente em todas as interações humanas comunicativas em que os parceiros se orientem pela probabilidade de prejuízo e influência mútua.

¹⁵⁴ CAMPILONGO, Celso. **Representação Política**. São Paulo: Ática, 1988, p. 14.

¹⁵⁵ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann: la política como sistema**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 168-171.

Contudo, diante da universalidade da sociedade, a diferenciação, aumento e especificação funcional do poder se tornam conflituosos, exigindo a formação de referências sistêmicas políticas novas, especializadas na manipulação e formação do poder. Com isso, diferencia-se o sistema político, ao qual cumprirá a gestão das relações de poder no seio das relações governante/governado. Contudo, à medida que o sistema político se diferencia, mostra que existem outros códigos de poder além de si, como *poder financeiro*, *poder religioso*, *poder familiar*, dentre outros.

A diferenciação do poder político forma um sistema capaz de basear-se na violência física superior e, com isso, a dependência maior da decisão com respeito ao emprego da força. Dessa forma, ao poder político do Estado é conferido o monopólio da decisão sobre as premissas de decisão de uso da força; contudo, não se pode dizer que a ele é concedida a monopolização integral do poder, presente em todas as interações humanas.

Além de ser possível o uso do poder contra as instâncias decisórias politicamente legítimas, ao serem pressionadas pela massa social porque se queria influenciar suas decisões de poder, um outro poder ainda deve ser analisado: a quantidade de poder que permanece fora de qualquer relação com o sistema político. Ou seja, permanece como problema a se investigar o poder não político da sociedade, tal qual o poder na família, na religião, na economia e, até mesmo, no sistema educacional¹⁵⁶.

Luhmann percebe que o problema socioestrutural não está apenas na superação ocasional da cúpula do sistema político – ou seja, no intercâmbio entre grupos que assumem o poder político –, mas, prioritariamente, na não eliminação do poder nas relações fora do sistema político.¹⁵⁷ Cria-se, portanto, uma constante ameaça ao sistema político ante a constatação insuportável de que a não eliminação do poder do meio pode gerar a impossibilidade de diferenciação sistêmica da política, sendo certo que a possibilidade de diferenciação funcional do sistema político e a concentração do código de poder em seu âmago conferem a base para a constatação da evolução social e da efetivação da democracia.

O crescimento das fontes de poder politicamente incontroláveis solapa a capacidade funcional do sistema político, necessitando, por isso, de modos de controle.

¹⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 76.

¹⁵⁷ Ibid., p. 77.

Nas sociedades do tipo antigo, o poder apolítico era controlado no plano das famílias, *status* e papéis sociais; porém, nas sociedades complexas, o poder apolítico não pode ser neutralizado desta forma. Com isso, aparecem hodiernamente duas possibilidades concorrentes de solução: a “juridicização” e a “democratização”¹⁵⁸.

A “juridicização” contempla a possibilidade de exportar o poder político para contextos interacionais alheios à política. Desta maneira, o direito empresta seu código binário (lícito/ilícito) à política, possibilitando que esta se reproduza de forma simplificada, sem a repetição das condições de produção; ou seja, “[...] pode-se assim exportá-lo para contextos apolíticos de interação sem politizá-los.”¹⁵⁹ Com isso, o direito torna-se um meio de generalização e extensão política, de modo que, na forma do direito, o poder político pode ser conservado e mantido à disposição daquele que não aja politicamente nem disponha de poder próprio.

Por sua vez, a democratização, para algumas teorias, é vista como o poder dissolvido na autorrepresentação livre (participação direta no exercício do poder), transparente e pública dos interesses dos sujeitos políticos. Esta percepção parece justamente fortificar a ideia de difusão do poder que se forma e se conserva fora do sistema político, os quais não podem ser controlados por nenhum centro e sequer ordenados por princípios hierárquicos. Em outros termos, a ideia de um poder difundido no povo parece apontar para uma alternativa oposta aos objetivos da democracia; ao pulverizar o poder, há a consequente possibilidade de destruição do sistema político, o qual se confundiria com o meio (impossibilidade de diferenciação sistêmica).

Assim, a extensão a âmbitos não políticos da participação democrática de todos os interessados na produção de decisões, ao invés de democratizar, acaba com a especificidade e limites da função política, em lugar de redistribuir o poder. Ou seja, “[...] sob postulados entendidos normativamente, como democracia, participação ou co-gestão são confrontados sistemas organizacionais de todos os tipos em todos os contextos funcionais [...] com a pretensão de voz ativa de todos no exercício do poder.”¹⁶⁰ Com isso, retorna-se à ideia de universalidade do poder, ao se ignorar a necessidade de diferenciação funcional dos sistemas sociais, notadamente do sistema político, típicas das

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 78.

¹⁵⁹ Ibid., p. 79.

¹⁶⁰ Ibid., p. 80.

sociedades arcaicas; assim, o que se logra realizar é tão só fazer política pequena por toda a parte à moda da grande política.

O que se precisa, portanto, como primeiro passo para a aquisição da democracia enquanto conquista evolutiva é, justamente, de menos poder apolítico, ou seja, de diferenciação funcional dos sistemas parciais da sociedade, notadamente do direito e da política.

Desta forma, Luhmann defende uma análise consciente do problema da democracia ao reconhecer observá-la como um problema *entre sistemas*. Aqui aparece o segundo plano de análise sobre o sistema político na sociedade moderna, que se diferencia em dois subsistemas: a) a administração, que inclui o poder legislativo, executivo e judiciário, e se dedica à produção de decisões coletivamente vinculantes; e b) a esfera propriamente política, que compreende o conjunto de processos que visam à produção da legitimidade (eleição, voto, etc.).

Assim, a democracia deve ser vista dentro deste sistema político enquanto ampliação das possibilidades das decisões políticas, ou seja, abertura à mudança a que o sistema deve possibilitar por meio da auto-observação de suas estruturas, estando sempre disposto a selecionar e reduzir complexidades do meio. Desta forma, em uma democracia, o sistema administrativo e político não encontram qualquer obstáculo em sua relação com o meio, estando, portanto, disponíveis à mudança.

1.4 O modelo democrático de Jürgen Habermas e sua crítica à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

1.4.1 O modelo do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas

A inserção da perspectiva de Jürgen Habermas sobre o tema serve apenas como contraponto à perspectiva de Luhmann, sem que haja a pretensão de aprofundamento minucioso de sua análise. Realiza-se apenas um mapeamento dos elementos centrais de sua crítica ao conceito sistêmico, com vistas a sintetizar a diferença de perspectiva de suas teorias e aguçar o debate.

Em sua obra *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*¹⁶¹, Habermas aplica os postulados gerais de sua teoria da ação comunicativa à problemática jusfilosófica, com o fim de solucionar a questão a respeito da validade das normas jurídicas. Habermas preocupa-se com a tensão existente entre a facticidade da coação das normas jurídicas e a validade por elas pretendida em um mundo fragmentado pela ausência de uma cosmovisão aglutinadora. Busca inicialmente responder como é possível a imposição normativa ante a ausência de uma tradição que a legitime e a falência da ideia metafísica do direito natural; “[...] a tensão entre facticidade e validade é o que caracteriza propriamente, para Habermas, uma teoria *crítica* do direito e da política.”¹⁶²

Segundo Habermas, o direito não pode prescindir de legitimação, sob pena de se tornar mera facticidade, passando a ser cumprido pelos destinatários tão-somente em razão de um cálculo estratégico quanto às consequências decorrentes do descumprimento, ou seja, torna-se mera imposição arbitrária. Com isso, perde-se a fé inerente à legitimação do direito, mecanismo fundamental para a estabilização da modernidade. Em suas palavras, “[...] tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apóia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas.”¹⁶³

Em sua busca pela legitimação do direito moderno, Habermas encontra respostas na ideia de democracia formulada a partir de sua *teoria do discurso*, que prevê um procedimento ideal para a deliberação e tomada de decisão, partindo do pressuposto de que é possível se chegar a resultados racionais e equitativos por meio do agir comunicativo orientado pelo entendimento.

A teoria da ação comunicativa busca explicar como é possível o fenômeno social da integração, através da coordenação dos diversos planos de ação das pessoas envolvidas. A fim de solucionar essa problemática, Habermas parte de um conceito de comunicação que pressupõe sempre uma tentativa de consenso e de acordo entre os homens, ou seja, regulada por um acordo racional estabelecido por meio da

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 [Original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*].

¹⁶² NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.

¹⁶³ HABERMAS, op. cit., p. 50.

linguagem (ação comunicativa). Pressupõe, portanto, a formação de uma arena na qual pode acontecer a formação racional da opinião e da vontade social, por buscarem os atores, na atitude orientada ao entendimento, o reconhecimento não forçado do que é dito:

Dessarte, a linguagem exige sempre a ‘visão do outro’, a constatação de que nossas opiniões, valores, idéias não são únicas e nem tampouco necessariamente as melhores. Logo a linguagem traduz uma possibilidade de aprendizado, de refinamento, de evolução e do aprimoramento humano. Ademais, permite a superação da unilateralidade cognitiva contida nos conceitos a priori da razão prática kantiana ou os conceitos abstratos da fenomenologia hegeliana, no instante em que busca a construção da validade no diálogo e em uma racionalidade intersubjetiva¹⁶⁴.

Paralelamente à integração coordenada pelo acordo racional, convivem as ações estratégicas ou instrumentais, em que as pessoas envolvidas na ação buscam, antes de tudo, a realização de um fim desejado (ações racionais com respeito a fins). O agir estratégico parte da escolha racional de preferências em um processo de adequação de meios a certos fins. A ação estratégica se estabiliza através de códigos especiais que criam sistemas voltados ao sistema de troca (economia) e poder (poder administrativo do Estado).

Os sistemas funcionalmente diferenciados agem por meio de ações racionais com respeito a fins, por se destinarem à perseguição de finalidades específicas. Enquanto isso, a integração social realizada na esfera pública orienta-se pela ação comunicativa, ou seja, pelo acordo racional preocupado em alcançar um entendimento entre as partes, por meio do reconhecimento não forçado da validade do que é dito.

Nessa perspectiva, o direito assumirá um papel importante, na medida em que se liga tanto à fonte de integração social regida pelo entendimento, quanto aos sistemas regidos pelo dinheiro e poder. Com base nisso, a sociedade civil, dotada de força social e integradora da solidariedade, atinge, por meio do *medium* direito, os outros mecanismos da integração social (dinheiro e poder administrativo).

É deste modo que a teoria do discurso resolve a definição da democracia por meio da ideia de *racionalização discursiva* das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei. Contudo, o processo de racionalização

¹⁶⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 84.

discursiva afasta-se do âmbito exclusivo do sistema político, o qual é visto apenas como *um* dos sistemas de ação, ao lado de outros existentes em uma sociedade pluralista e fragmentada, onde não há mais centro ou ápice, muito menos um modelo estrutural de sociedade.

Neste aspecto, são valorizados os processos de formação informal da opinião na esfera pública, da qual é titular o público dos cidadãos em geral. Assim, paralelamente à esfera pública organizada pelo complexo parlamentar (sistema político), age a esfera pública geral e pluralista, a qual não possui limitações, sendo capaz de formar a identidade coletiva e reproduzir as necessidades do povo. Nas palavras de Habermas, “[...] as estruturas de tal esfera pluralista formam-se de modo mais ou menos espontâneo, num quadro garantido por direitos humanos.”¹⁶⁵, sendo certo que em seu seio se organizam os fluxos comunicacionais em que é possível articular novos problemas e conduzir discursos expressivos de autoentendimento.

O Estado Democrático de Direito, na concepção de Habermas, possui uma pluralidade de sentidos, pois decorre de uma tensão tanto interna quanto externa ao direito. A tensão interna decorre da problemática referente à coerção e legitimidade das normas; por sua vez, a tensão externa advém do embate entre poder político e a autonomia dos cidadãos¹⁶⁶.

A fim de solucionar a pluralidade de sentidos decorrente da tensão entre validade e facticidade, Habermas estrutura sua investigação em etapas. Primeiramente, investiga as considerações das diferentes teorias normativas da democracia; segue para a reconstrução dos modelos políticos em que a esfera pública ocupa um papel central e, por fim, estabelece um sentido próprio ao direito como paradigma de compreensão da sociedade.

Assim, antes de formular sua perspectiva sobre a teoria democrática, Habermas questiona as perspectivas de Werner Becker, Robert Dahl, John Elster, Willke e Niklas Luhmann, as quais, apesar de apresentadas circunstancialmente, auxiliam na formação de sua própria concepção, traçando esta, em seu juízo, um novo horizonte para a

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 33.

¹⁶⁶ SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37-53.

democracia. Habermas desdobra sua análise da democracia em três etapas, a fim de alcançar o que ele chama de “democracia realista”, resultante do abandono do modelo normativo de democracia.

Primeiramente, critica a consistência da fundamentação empirista das regras do jogo democrático expostas por Werner Becker, em sua obra *Die Freiheit, die wir meinen*. Em breve síntese, Becker parte de elementos empiristas para construir uma teoria normativa da democracia embasada na legitimidade por meio do reconhecimento fático daqueles que estão submetidos à autoridade. Com base nisso, Becker fundamenta o conceito de democracia com base na análise de três fatores: (i) regras que dirigem o jogo eleitoral; (ii) concorrência entre partidos; e (iii) poder da maioria.

Nesta perspectiva, o primeiro pilar da democracia está na recepção, por este modelo, da compreensão judaico-cristã da igualdade de cada ser humano perante Deus; assim, em um jogo democrático em que prevalecem as eleições livres, iguais e secretas, há como pressuposto a igualdade fundamental de todos os indivíduos. Com isso, a validade normativa passa a estar configurada na própria vontade dos subordinados, identificados pela maioria. Habermas critica essa visão, por entender ser oriunda de uma decisão ou elemento cultural que se impôs faticamente, ou seja, não se sustenta racionalmente. Tal justificativa não conforta os participantes do processo democrático que continuam a não entender o porquê da necessidade de aceitarem as normas impostas pela maioria.

Outro argumento levantado por Becker, e combatido por Habermas, é o de que a aceitação da regra da maioria resulta da “domesticação da luta pelo poder”. Ou seja, resulta da ameaça da maioria de romper o acordo que prevê a renúncia ao poder quando as coisas não caminham de acordo com sua vontade, isto é, de não respeitar a precariedade temporal de sua dominação. Assim, a “domesticação do poder” promove a proteção das minorias de uma eventual tirania da maioria.

Complementando o raciocínio acima, Becker defende que a “domesticação do poder” decorre, ainda, do medo da maioria de tornar-se minoria. Assim, o jogo democrático se estabiliza pela motivação da maioria e da minoria em obedecer a

suas regras: “[...] a maioria através do medo de perder seu poder, e a minoria, através da perspectiva de uma mudança do poder.”¹⁶⁷

A condição para que a perspectiva de mudança de posição no jogo político se concretize resulta da criação de partidos políticos, os quais passam a defender ideologias diferentes, tendo que conquistar a adesão da maioria, via de regra, através de promessas de compensações sociais. Deste modo, a justiça social passa a ser um método retórico eficaz na propaganda política, que implica no equilíbrio equitativo de interesses sociais.

Para Habermas, a concepção de Becker a respeito da democracia não se sustenta, dado que não esclarece quais os pressupostos que embasam a decisão pela democracia, não elucida as razões que justificam o jogo democrático, limitando-se a justificar a propaganda ideológica sustentada pelo Estado Liberal¹⁶⁸. Segundo Habermas, “[...] os cidadãos racionais não teriam razões suficientes para manter as regras do jogo democrático, caso se limitassem a uma autodescrição empirista de suas práticas [...]”.¹⁶⁹

A seguir, Habermas critica o modelo formulado por Robert Dahl, o qual exclui a compreensão da democracia embasada na visão intuitiva de autodeterminação. Para tanto, Dahl analisa o conteúdo dos processos democráticos, pontuando cinco características indispensáveis para o alcance do interesse simétrico de todos, a saber: (i) inclusão generalizada, ou seja, de todos os envolvidos; (ii) equidade nas chances de participação do processo político; (iii) igualdade de direito de voto; (iv) mesmo direito para escolha da agenda e temas a serem deliberados; (v) possibilidade de todos os participantes terem informações e argumentos suficientes para formar a compreensão articulada sobre as matérias a serem reguladas e sobre os interesses controversos¹⁷⁰.

Dahl analisa as nações que contemplam os requisitos apontados, constatando o constante avanço das práticas democráticas, ainda que nenhum Estado tenha conseguido cumprir à risca os cinco requisitos apontados. O Autor identifica, ainda, as nações que se encontram em processo de democratização, por contemplarem os elementos

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 15.

¹⁶⁸ Habermas, ao tratar do Estado Liberal, faz menção a uma tradição que remonta a Locke, não incluindo, porém, certos liberais, tais como Dworkin ou Rawls.

¹⁶⁹ Ibid., p. 18.

¹⁷⁰ Ibid., p. 42.

necessários à formação de uma *sociedade moderna, dinâmica e pluralista* (MDP). As sociedades *MDP*, favoráveis à estabilização da democracia, possuem as seguintes características; (i) baixa mortalidade infantil; (ii) produto interno bruto alto; (iii) economia baseada no fluxo de mercado, com diminuição da importância do setor primário e secundário; (iv) aumento da expectativa de vida, dentre outras características sociais relevantes.¹⁷¹

Habermas critica a conclusão de Dahl de que há uma precária ligação entre os argumentos normativos que justificam a democracia e a análise empírica de sua implementação. Para Habermas, a conclusão de Dahl decorre da falibilidade da análise sociológica por ele empregada, em que se valorizam as características classificatórias da estrutura social, relegando as constelações e tendências favoráveis em termos de potenciais de racionalização em ação na sociedade a serem assumidos e desenvolvidos no sistema político.

Após pontuar as principais falhas das teorias democráticas elaboradas até então, Habermas passa a conceituar sua perspectiva a respeito da legitimação do poder político organizado na forma de Estado de direito. Nesta medida, a relação entre direito e política aparece como um problema complexo de interdependência e constituição recíproca, na medida em que é impossível pensar o poder político sem o direito e o direito sem a sanção do poder estatal.

Essa tensão decorre do poder gerado comunicativamente na esfera pública e o poder administrativo do Estado. As normas jurídicas devem possuir uma dimensão fática que se refere ao cumprimento habitual de seus enunciados e a coação que as respaldam. Porém, seu cumprimento apenas pode ocorrer se houver um elemento de legitimidade que reforce sua autoimposição coativa; isso ocorre quando seus destinatários são capazes de se sentir como autores racionais dessas normas. Nas palavras de Habermas:

[...] não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício da dominação política, mas somente a ligação com o direito estatuído legitimamente. E no nível pós-tradicional de justificação somente vale como legítimo o direito que pôde ser aceito racionalmente por todos os cidadãos na formação discursiva da opinião e da vontade¹⁷².

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 48.

¹⁷² Ibid., p. 172.

Logo, o critério de legitimidade do direito desloca-se para um procedimento garantidor de um consenso racional entre os participantes do discurso. Assim, uma vez que o direito moderno se tornou autônomo da moral e da religião, sua legitimidade apenas pode basear-se em um entendimento formado por pressupostos argumentativos e consensuais imanentes a toda pretensão de validade linguisticamente formulada como fonte de legitimidade de suas normas.

A formação de um procedimento capaz de reproduzir um procedimento argumentativo e consensual da razão comunicativa deve preencher duas condições: (i) igualdade de chance no emprego dos atos de fala por todos os possíveis participantes do discurso; e (ii) capacidade dos participantes de expressar ideias e intenções.

Portanto, pressupõe a formação de uma arena na qual pode acontecer a formação racional da opinião e da vontade social (esfera pública). Esse espaço para a deliberação é formado pela canalização das redes periféricas da esfera pública, acoplando-as ao sistema político, de modo a formar um conceito de democracia desvinculado da figura centralizadora do Estado. Com base nisso, a sociedade civil, dotada de força social e integradora da solidariedade, atinge, pelo *medium* direito, os outros mecanismos da integração social (dinheiro e poder administrativo).

Daí que os procedimentos democráticos e o Estado de direito assumem um papel imprescindível para que esses fluxos comunicacionais possam interferir na formação da vontade do complexo núcleo do sistema político, garantindo a aceitação dos interessados por permitir às partes a liberdade de exposição e argumentos e contra-argumentos. Em última análise, garante-se o consenso presumido – não o real, conteudístico – se houver respeito ao procedimento discursivo.

Portanto, as esferas públicas permitem a contracirculação do poder, na medida em que se tornam hábeis a ampliar e efetivar direitos a partir da influência das decisões do poder burocrático e do mercado, mantendo, assim, o elo entre Estado de direito e democracia.

Para explicar como os sistemas funcionais permanecem ancorados ao mundo da vida, Habermas utiliza-se da ideia de sistemas de comportas desenvolvida por Bernhard Peters. Segundo este autor, o núcleo do sistema político é formado por três complexos institucionais: (i) a administração, (ii) o judiciário e (iii) a formação

democrática da opinião e da vontade. Conforme a densidade da complexidade organizatória, haverá maior ou menor capacidade de ação desses núcleos, com consequente elevação dos índices de absorção das tematizações e questionamentos sociais.

De outro lado, formam-se na periferia, ao redor do núcleo do sistema político, esferas públicas informais (associações, movimentos sociais da sociedade civil e organizações formadoras de opinião) que buscam influir na formulação e implantação de políticas. Mesmo que apresentem menor densidade organizatória, são decisivos para o desenvolvimento político, já que se encontram diretamente relacionados com o mundo da vida; deles partem fluxos comunicacionais que podem atravessar as comportas dos procedimentos e ingressar no complexo dos parlamentos e tribunais, garantindo o respeito ao procedimento racional¹⁷³.

Com isso, Habermas realiza uma teoria da validade jurídica que possibilita traçar critério para a distinção de um direito válido e merecedor de obediência e um direito carente de validade racional, incapaz de gerar uma obrigação racional de obediência, por ser mero exercício do poder ou da força, sem respaldo moral ou racional¹⁷⁴.

1.4.2 Crítica de Jürgen Habermas ao modelo luhmanniano

Segundo Habermas, no início do pós-guerra, as teorias sociológicas se preocuparam em relacionar o modelo normativista de democracia com os princípios realistas da teoria econômica e teoria dos sistemas. Contudo, o reavivamento dos princípios institucionalista nos últimos anos formou uma visão mais sóbria e cínica do processo político. Esse processo de sombreamento decorre da percepção empirista do poder embasada no conceito de “poder comunicativo”, o qual ignora o nexos constitutivo existente entre direito e poder político.

O conceito de “poder comunicativo” é empregado pela teoria da ação e pela teoria dos sistemas. Em breve síntese, o conceito de “poder”, para a teoria da ação, é

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 88.

¹⁷⁴ AMADO, Juan Antonio García. **La filosofía de derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá/Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 76.

visto como a capacidade dos atores de impor a sua vontade à vontade dos demais; por sua vez, na perspectiva da teoria dos sistemas, o poder se bifurca em dois elementos: (i) poder como código do sistema político e (ii) poder como capacidade de auto-organização autopoietica¹⁷⁵.

Para Habermas, a concepção de “poder comunicativo” não passa de um *constructo tendencioso* que fornece estratégias conceituais falsas à sociologia e não contribui, de forma efetiva, para a formação de uma nova teoria da democracia, devendo ser, por isso, relegado.

Do ponto de vista da crítica à teoria dos sistemas – a qual se busca enfocar o debate –, tem-se que a eliminação definitiva dos laços do modelo normativo se limita essencialmente aos problemas do sistema político declarado autônomo e, com isso, abandona qualquer resquício de normatividade, limitando-se a analisar o fechamento operativo do sistema à sua semântica própria, levando-o a um processo de autismo em relação às demandas sociais. Nas palavras do filósofo:

Uma teoria dos sistemas que expeliu de seus conceitos qualquer resquício de normatividade torna-se insensível em relação aos freios normativos contidos no fluxo de poder regulados pelo Estado de direito. Ela contribui, é verdade, para uma teoria da democracia, na medida em que observa com nitidez o modo como o processo democrático é solapado pela pressão de imperativos funcionais. Entretanto, ela é incapaz de criar qualquer tipo de moldura para uma nova teoria da democracia, pois analisa o processo político essencialmente sob pontos de vista da auto-regulação do poder administrativo e divide a política e o direito entre vários sistemas funcionais fechados recursivamente sobre si mesmos¹⁷⁶.

Na visão do filósofo, a teoria dos sistemas traz como contribuição relevante à análise da democracia a perspectiva realista sobre a pressão realizada pelos imperativos funcionais que solapa o processo democrático. Em contrapartida, sofre de um problema colateral inquietante, qual seja, o “autismo” que atinge o sistema político, em razão de seu fechamento operativo e consequente indiferença ao ambiente circundante.

Com isso, o problema hobbesiano, que, na forma clássica, pode ser sintetizado com a pergunta: “[...] de que modo o encontro das perspectivas egocêntricas de

¹⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 58.

¹⁷⁶ Ibid., p. 64.

indivíduos que agem no interesse próprio pode produzir uma ordem capaz de obrigar os atores individuais a levar em conta os interesses de outros?”¹⁷⁷, é respondido, pela teoria dos sistemas, a partir da sintonia cognitiva entre os diversos sistemas parciais que formam a sociedade. Porém, em uma sociedade formada por sistemas autopoieticos e operativamente fechados, ou seja, dotados de semântica própria, não há mais o compartilhamento de um mundo comum, de modo que a comunicação entre essas unidades autônomas corresponde ao problema fenomenológico de construção de um mundo compartilhado intersubjetivamente, tal como problematizado por Husserl.

Para Habermas, a observação recíproca de auto-observadores “[...] não consegue dissolver a obscuridade da intransparência recíproca”, dado que, para que pudessem compreender um ao outro – e não apenas observar um ao outro –, os sistemas parciais da sociedade deveriam possuir uma linguagem comum, o que é impossível diante da fragmentação semântica e do fechamento operativo. Portanto, permanece em aberto a discussão a respeito do modo como se realiza a compatibilidade entre os diversos “jogos de linguagem” dos sistemas parciais, já que não existe a linguagem uniforme que possa uni-los.

Sobre o tema, Habermas refuta a ideia de H. Willke, formulada em seu livro *Ironie des Staates*, de que o direito possuiria o condão de realizar a interligação comunicativa entre os sistemas parciais, promovendo a reorientação destes a partir de sua linguagem programadora; o direito funcionaria, assim, como “catalisador de transformações internas”. Para o filósofo, a posição de Willke não convence, na medida em que o próprio direito deve ligar-se à linguagem comum ou ordinária para realizar comunicação. Por isso, o direito não é capaz de dispensar o uso metalinguístico da linguagem comum, a qual circula por toda a sociedade, sendo incorporada pelos diversos sistemas.

Do mesmo modo, na perspectiva habermasiana, pensar a democracia apenas sob o viés da diferenciação sistêmica implicaria no esfacelamento do compromisso ético do Estado, devendo-se pensar a teoria do Estado na perspectiva de uma sociedade eticamente responsável e responsável pela ética¹⁷⁸. Deste modo, não é possível aceitar um

¹⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 78.

¹⁷⁸ Ibid., p. 73.

direito cuja legitimação se reduza à legalidade, devendo sua fundamentação se embasar “[...] na força normativa de demandas engendradas pelo entendimento comunicativo de agentes que interagem no ‘mundo da vida’ racionalizado no qual se formam esferas públicas não contaminadas pelos imperativos sistêmicos do poder político e da economia.”¹⁷⁹

Portanto, a ideia de Estado de direito estaria prejudicada a partir do momento em que a teoria dos sistemas passa a tratar a diferenciação funcional como “um fim em si mesma”, olvidando-se do dever legal de representar a vontade e direito do público de cidadãos. Neste contexto, afirma que

Questões de coordenação funcional, elaboradas politicamente, estão entrelaçadas com a dimensão ética e moral da integração social; isso decorre do fato de que, para percebermos as consequências de uma integração insuficiente do sistema, temos que recorrer ao pano de fundo do mundo da vida, ou seja, a interesses feridos ou a identidades ameaçadas. Por conseguinte, quando os processos de sintonia entre o Estado e os atores sociais tornam-se independentes em relação à esfera política e à formação da vontade parlamentar, resultam prejuízos, tanto do ponto de vista da legitimação, como do conhecimento¹⁸⁰.

Em síntese, na perspectiva habermasiana, sistemas semanticamente fechados não conseguem encontrar, por si mesmos, a linguagem comum necessária à articulação dos aspectos relevantes da sociedade como um todo, sendo, portanto, incapaz de realizar a democracia.

A democracia pressupõe a canalização de perspectivas que circulam na sociedade como um todo, o que pode ser conquistado por meio da linguagem comum, que antecede a linguagem especializada dos sistemas. Por esta razão, a política e o direito não podem ser entendidos como sistemas autopoieticamente fechados, já que precisam estar abertos ao mundo da vida, “[...] pois a formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa abastecer-se nos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas associações e na esfera privada.”¹⁸¹

¹⁷⁹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 159-160.

¹⁸⁰ HABERMAS, op. cit., p. 83.

¹⁸¹ Ibid., p. 84.

Nessa perspectiva, para que se compreenda a democracia, deve-se analisar o enlace entre sistemas altamente especializados que se tornam independentes por assumirem normas, valores e códigos próprios – como a economia, que se utiliza do dinheiro e da administração codificada pelo poder – e o mundo da vida, seara em que a linguagem comum é articulada para o debate das demandas sociais.

Ocorre que, conforme assevera Luhmann, a experimentação empírica da ética do discurso habermasiana é altamente questionável. Conforme questiona Juan Antônio García Amado: “[...] é de índole fática ou normativa a afirmação de que a função da integração social que o direito há de cumprir não se realizaria em um ordenamento carente de legitimidade?”¹⁸²

Caso se compreenda ser de origem fática a afirmação de Habermas, deveria se compreender que, nos locais em que os destinatários não se sintam autores das normas jurídicas, por não serem provenientes de um procedimento democrático, essas normas não seriam majoritariamente cumpridas, de modo a tornar o direito imprestável à regulamentação de condutas.

Contudo, essa tese é facilmente descartada, na medida em que nos ordenamentos menos democráticos – tais como os períodos ditatoriais –, há a imposição normativa independentemente de qualquer predisposição dos indivíduos. “[...] As normas jurídicas do nazismo não provocaram precisamente o rechaço dos alemães da época, por mais que em sua criação não houvesse nem rastro de um procedimento democrático”¹⁸³; ainda, certo é que em períodos ditatoriais inúmeros recursos se investiram em propaganda, a fim de influenciar os destinatários a aceitar as normas impostas, o que provocou significativa adesão dos comunicadores.

¹⁸² AMADO, Juan Antonio García. **La filosofía de derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá/Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 20. Texto original: “¿Es de índole fática o normativa la afirmación de que a función de integración social que el derecho ha de cumplir no se realizaría en un ordenamiento jurídico carente de legitimidad?”

¹⁸³ Ibid., loc. cit. Texto original: “Las normas jurídicas del nazismo no provocaron precisamente el rechazo de los alemanes de la época, por mucho que en su creación ya no quedara ni rastro del proceder democrático.”

2 DEMOCRACIA: POSITIVIDADE E DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL COMO CONQUISTAS EVOLUTIVAS DA SOCIEDADE

2.1 Evolução social e do direito a partir da teoria dos sistemas

No início do século XVII, a humanidade focava-se na crença de que era possível alcançar a felicidade plena, o que vem a ser convertido, no século XIX, no ideal de solidariedade como meio para se alcançar a justiça universal. No século XX, designou-se à política a tarefa de alcançar os padrões universais de felicidade e solidariedade, por meio da formulação de metas de desenvolvimento e democratização dos povos. Chegado o século XXI, verifica-se que estamos longe de alcançar esses ideais, sendo necessário renovar os esforços de descrição da sociedade, ou seja, formular uma nova “[...] teoria da sociedade”, agora pautada não mais nas demandas ético-políticas, mas, sim, pela contingência que emerge dos diversos sistemas funcionais que a formam. Para isso, Luhmann propõe que se analise a sociedade pela observação dos limites externos dos diversos sistemas parciais que a compõem e a comparação que esta fragmentação possibilita. É sobre essa perspectiva, então, que se passa a analisar a evolução da sociedade, a fim de se descobrir de onde vem e para onde vai a modernidade¹⁸⁴.

Os elementos caracterizadores da teoria dos sistemas sintetizam-se no binômio *sistema-ambiente*. Portanto, a questão não se encontra apenas na distinção da sociedade enquanto unidade de comunicação diversa dos sistemas psíquicos, mas, justamente, na diferenciação de sistemas funcionais autônomos – cognitivamente abertos e operacionalmente fechados – no interior da sociedade enquanto macrossistema social¹⁸⁵. Esta percepção é fundamental para a compreensão da democracia por meio do instrumental teórico-metodológico da teoria dos sistemas. Isso porque, a partir da compreensão da complexidade social, percebe-se que não há mais espaço para as perspectivas teóricas

¹⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **El arte de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2005, p. 12

¹⁸⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 60.

embasadas na racionalidade e consenso, tais como fizeram os adeptos da teoria da ação e, mais tarde, Jürgen Habermas, com o desenvolvimento da teoria da ação comunicativa.

A análise da democracia deve, agora, partir de uma perspectiva que compatibilize a visão intrassistêmica com a observação do observador externo. Para tanto, deve-se analisar como a diferenciação funcional se comporta nas sociedades modernas e os limites de cada sistema nesta evolução, notadamente do direito e da política. Com isso, quer-se dizer que, conforme alertado por Raffaele de Giorgi¹⁸⁶, a democracia funda-se, a partir da teoria dos sistemas, em três pressupostos basilares: (i) autonomia recíproca da política e do Direito; (ii) plena positivação do Direito; e (iii) alta e recíproca irritabilidade entre política e Direito. Sinteticamente, “Tratam-se das condições de diferenciação funcional [sic] dos sistemas sociais e dos pressupostos de seu fechamento autopoietico.”¹⁸⁷ Na mesma linha de raciocínio, Marcelo Neves leciona:

No modelo sistêmico, o Estado Democrático de Direito apresenta-se, em princípio, como autonomia operacional do direito. Significa que o sistema jurídico reproduz-se primariamente a partir de um código binário de preferência próprio (lícito/ilícito) e de seus próprios programas (Constituição, leis, decretos, jurisprudência, negócios jurídicos, atos administrativos, etc.)¹⁸⁸

Para tanto, torna-se crucial compreender como o aumento da complexidade e contingência da sociedade moderna impõe aos subsistemas sociais – notadamente o direito e a política – a produção de seleções que capturem esta complexidade, ao mesmo tempo em que definem previamente os estados que o sistema poderá assumir em relação ao meio. Importante notar, com isso, o caráter dúplice das *estruturas*, as quais delimitam o âmbito de funcionamento de um sistema, conferindo-lhe um caráter de permanência (durabilidade), sem, com isso, perder a possibilidade de mudar quando existentes as condições adequadas e desde que não cause um desconcerto sistêmico¹⁸⁹ – veja, por exemplo, as mudanças sofridas por algumas religiões, dentre elas o catolicismo, ao longo do tempo. Deste modo, “[...] cada sistema é determinado pela sua

¹⁸⁶ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 30.

¹⁸⁷ Ibid., p. 30-31.

¹⁸⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 85.

¹⁸⁹ Nesse aspecto, Luhmann lembra a recomendação de William Blake de inserir estruturas de um bar na igreja, a fim de melhorar a atmosfera do canto, que, ao invés de orientar, causariam desconcerto. *Vide* LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 323.

estrutura e só pode desempenhar operações compatíveis com a capacidade seletiva dessas estruturas.”¹⁹⁰

Nessa perspectiva, torna-se de fundamental importância entender como o direito se comporta nas sociedades complexas, na medida em que este é visto pela teoria dos sistemas (segunda fase) como uma *estrutura social*¹⁹¹ cujos limites e formas de seleção são definidos pelo próprio sistema social. Ainda que não seja a única estrutura social – compartilhando espaço com as estruturas cognitivas, os meios de comunicação como a verdade e o amor, dentre outros –, o direito, nas sociedades complexas, possui o mister de realizar a generalização congruente de expectativas comportamentais através das normas, orientando, com isso, o comportamento humano¹⁹². Ou seja, é o sistema jurídico que possibilita a criação de “expectativas da expectativa”, conferindo segurança às comunicações sociais.

Assume o direito papel fundamental na manutenção do sistema social ao promover a redução da complexidade ante a seleção estratégica de um campo de possibilidades que, ao mesmo tempo em que exclui ou limita modos comportamentais não compatíveis, amplia o rol de possibilidades para uma escolha mais sensata (complexidade estruturada)¹⁹³. Luhmann, a fim de elucidar a construção da alta complexidade estruturada do direito, cita o exemplo da eleição constitucional do Estado de Direito, que

[...] exclui mais ou menos efetivamente numerosos modos comportamentais, abrindo, porém, e exatamente por isso, o caminho para outros modos comportamentais, como ações constitucionais que de outra forma não seriam possíveis, por dependerem da estruturação, por exemplo.¹⁹⁴

Assim, o direito reduz a totalidade das possibilidades de experiência e ações, ao mesmo tempo em que eleva a complexidade do sistema social, ao permitir a construção de novas possibilidades que pressupõem a seleção realizada.

¹⁹⁰ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 39.

¹⁹¹ Essa terminologia foi posteriormente modificada, passando o direito a ser considerado enquanto sistema social. Sobre esta mudança de terminologia, *vide* Capítulo III “O Direito como estrutura da sociedade” in LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983 e **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

¹⁹² LUHMANN, op. cit., 1983, p. 170.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 13.

¹⁹⁴ *Ibid.*, loc. cit.

Essa atividade de ordenação de expectativas exercida pelo direito é operacionalizada por duas características principais dos sistemas sociais, identificadas em duas etapas da teoria luhmanniana: (i) a primeira, em que os sistemas são vistos como abertos e, portanto, possuem uma relação com os elementos que se encontram em seu entorno, ou seja, com o ambiente¹⁹⁵; e (ii) a segunda fase, oriunda da forte influência das pesquisas no campo biológico desenvolvidas por Humberto Maturana e Francisco Varela, em que os sistemas são percebidos como dotados de uma clausura operativa – *encerramento operativo* – que permite sua organização exclusivamente com as unidades que estão dentro do seu próprio “corpo sistêmico”, revelando os dois pontos mais discutidos da teoria dos sistemas, a saber: *auto-organização* e *autopoiesis*¹⁹⁶.

As duas etapas da teoria dos sistemas de Luhmann, divididas entre pré e pós-inserção do conceito de *autopoiese* em sua obra, geram diferenças na forma de tratamento do direito, uma vez que suas investigações sobre este tema decorrem da própria aplicação de seu aparato teórico-metodológico de sua teoria da sociedade. Porém, as divergências terminológicas de nenhuma forma tornam incoerente sua análise ou desprestigiam seus argumentos. Ao contrário, conforme assevera Orlando Villas Bôas Filho, “[...] a introdução do conceito de autopoiese traz consigo, para além de consideráveis mudanças terminológicas, uma maior radicalização no tratamento do direito, que passa a ser concebido como um subsistema auto-referencial e autopoietico do sistema social global¹⁹⁷”, o que intensifica sua complexidade teórica, tão necessária à análise das sociedades igualmente complexas.

Ainda, segundo o autor supracitado, em referência a Pierre Guibentif, é possível demarcar a evolução do pensamento luhmanniano sobre o direito em três fases. A primeira engloba as obras de um Luhmann jurista, que escreve para um leitor também versado na ciência do direito, denominadas como obras decorrentes da auto-observação do sistema jurídico. Já na segunda fase, encontram-se as obras que podem ser catalogadas como observações da sociologia sobre o direito, ou seja, decorrentes de uma observação externa do fenômeno jurídico; neste período, estão inseridas as obras *Sociologia do Direito (I e II)* e *Legitimação pelo procedimento*. Por fim, tem-se a terceira fase, que se encontra

¹⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 59-79.

¹⁹⁶ Ibid., p. 112.

¹⁹⁷ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

balizada por uma teoria geral da sociedade e demarcada pela inserção do conceito de *autopoiese*, a qual possui a vicissitude de promover o acoplamento estrutural entre teorias autorreflexivas do direito e as descrições externas da sociologia¹⁹⁸.

Perpassa, porém, as três fases do pensamento luhmanniano citadas acima, a ideia de que a evolução do direito encontra-se eminentemente atrelada à “evolução” da complexidade social e a manutenção das conquistas evolutivas (e, neste mesmo sentido, a construção do Estado Democrático de Direito), que conduzem à diferenciação funcional. Com isso, tem-se que o direito, por ser uma estrutura social limitada pela sociedade, possui sua evolução atrelada, de forma direta, à evolução do próprio sistema social¹⁹⁹.

Por evolução, na perspectiva da teoria dos sistemas, não se deve entender o desenrolar do tempo que conduz a um presente melhor. Isso porque, conforme adverte Luhmann²⁰⁰, evolução, na teoria dos sistemas, não deve ser compreendida como “progresso”, não possui qualquer conotação valorativa. Abandona-se, com isso, a percepção de evolução como decorrente de uma relação de causa e efeito que conduz ao melhoramento, compreendendo, sempre, o relativismo da assimilação social de cada conquista evolutiva, tais como se depreende do trecho seguinte:

Os nômades domam o cavalo e com isso ganham uma mobilidade e uma superioridade guerreira de tal monta que podem fazer com que outros povos construam fortalezas e aceitem uma organização política. Os povos agrícolas aprendem a organizar a produção de excedentes e o armazenamento de estoques, o que pode tornar-se, para povos montanhese, um atrativo objeto de pilhagem. Ilustrando com um exemplo mais moderno, os meios de comunicação de massa, altamente desenvolvidos, noticiam escândalos e violências, de tal forma que uma oposição política nova, que ainda não possa comprar a imprensa, vislumbre a possibilidade de ganhar publicidade através de escândalos e violências.²⁰¹

Dentre o rol de conquistas evolutivas acima descritas, podem-se incluir as estruturas formadas pela democracia, a qual decorre de um eterno devir histórico,

¹⁹⁸ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129-130.

¹⁹⁹ MADEIRA, Lúcia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Revista Eletrônica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/2907/2197>>. Acesso em: 01 set. 2010.

²⁰⁰ Vide LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 170-171.

²⁰¹ Vide LUHMANN, Ibid., p. 172.

discutido a mais de 2.500 anos, a partir de sua aparição mais evidente na Grécia antiga. Esse processo evolutivo agregou práticas e ideias ao conceito de democracia, cuja manutenção ou modificação merecem ser discutidas, sob pena de manter-se o debate do tema apenas como tópico de teorização, independentemente de sua adoção e prática. Conforme assevera Robert Dahl, “[...] como o fogo, a pintura ou a escrita, a democracia parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local”²⁰², o que explica os diversos conceitos de democracia para sociedades diferentes ao longo do tempo.

Assim, por fazer parte de uma eterna evolução é que as estruturas que advêm da expansão democrática precisam ser repensadas a cada dia e de acordo com cada sociedade em que foram criadas, sem a vinculação com paradigmas, tais como as práticas adotadas em países centrais.

Por hora, importante é perceber que o conceito de evolução da teoria dos sistemas refere-se à análise da relação entre a complexidade dos sistemas sociais – dentre eles o direito – e suas relações com o ambiente; ou seja, relaciona-se “[...] com a transformação do improvável em provável [...]. Ocorre evolução, portanto, quando aquilo que é desviante passa a integrar a estrutura do respectivo sistema.”²⁰³ Nas palavras de Luhmann: “O princípio do desenvolvimento são as crescentes complexidades e contingências da sociedade. **É a partir daí que as estruturas da sociedade, entre elas o direito, sofrem pressões no sentido de mudança.**”²⁰⁴

A partir do momento em que há o aumento da complexidade do ambiente, os sistemas sociais podem reagir de duas formas: (i) manter sua diferenciação em relação ao meio ou (ii) adequar-se por meio do desenvolvimento de formas próprias que permitam adaptação e autoconservação. Essas operações dependem das estruturas que permitem a seletividade dos sistemas; assim, sistemas mais simples requerem uma necessidade estrutural menor que a de sistemas mais complexos, porém estarão menos propensos a manter estruturas relevantes.

Pode-se dizer, então, que a função da estrutura de um sistema social consiste na regulação de sua complexidade; contudo, o surgimento e manutenção destas

²⁰² DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 19.

²⁰³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 01. No mesmo sentido, LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 175.

²⁰⁴ Ibid., p. 172.

estruturas também são dependentes do grau de complexidade sistêmica. Em outros termos, “[...] a complexidade de um sistema é sempre a complexidade estruturalmente possibilitada (contingente), mas, por outro lado, também a estrutura do sistema depende de sua complexidade, pois improváveis estruturas arriscadas, como a mutabilidade legal do direito, já pressupõem uma alta da complexidade do sistema.”²⁰⁵ Em suma, diante do aumento das possibilidades que tornam o mundo complexo, as estruturas surgem como forma de redução desta complexidade, em razão de sua função seletiva que reduzem as possibilidades existentes. Portanto, “Tais estruturas são, na sociedade, estruturas de expectativas, que, se não permitem a eliminação da complexidade e da contingência, ao menos possibilitam mantê-las num nível suportável.”²⁰⁶.

Alguns sistemas sociais, tais como os sistemas religiosos da sociedade moderna, mostraram-se capazes, ao longo da evolução histórica, de resistir mais bravamente à pressão do ambiente em razão de uma crescente indiferença, de modo que esta interferência não os obrigou a se tornarem relevantemente mais complexos²⁰⁷. As perguntas que ficam em relação ao direito são: para se consolidar um Estado Democrático de Direito, pode o sistema jurídico mostrar-se indiferente em relação ao ambiente ou deverá estabilizar as conquistas evolutivas por meio de suas próprias estruturas? Qual limite de adaptação do sistema jurídico é aceitável para que este não perca sua diferenciação, ou seja, não se confunda com o ambiente ou passe a ser submisso a outros subsistemas sociais, tais como a política e a economia? Daí a relevância do direito para a consolidação da democracia.

Deste modo, o direito, visto como uma estrutura social, enfrenta o dilema entre adaptar-se às irritações do meio, tornando possível a estabilização das conquistas evolutivas e, por outro lado, criar estruturas que igualmente possibilitam a rejeição de expectativas em desconformidade com as expectativas normativas, mantendo seu caráter contrafático. Para entender a dinâmica destas operações, faz-se necessário o uso de três mecanismos observados pela teoria da evolução, correspondentes aos conceitos de *variação, seleção e reestabilização*²⁰⁸, cuja função pode ser sintetizada como sendo:

²⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 15.

²⁰⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131.

²⁰⁷ LUHMANN, op. cit., p. 172.

²⁰⁸ Id. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 06.

(1) mecanismos de geração da variedade no sentido de uma superprodução de possibilidades; (2) mecanismos de seleção das possibilidades aproveitáveis; (3) mecanismos de manutenção e estabilização das possibilidades escolhidas, apesar do campo de escolha permanecer complexo e contingente.²⁰⁹

Os mecanismos evolutivos são necessários na medida em que “[...] as perturbações advindas do ambiente só se tornam determinantes da evolução sistêmica quando assimiladas internamente como inovações.”²¹⁰

A *variação*, por si só, não produz a evolução, a qual apenas se consolida ao final da reação dos outros dois mecanismos expostos. Por *variação* entende-se “[...] a emergência de elementos que se afastam do modelo de reprodução então existente.”²¹¹ A partir da constatação da *variação*, o sistema pode optar por manter-se indiferente, respondendo negativamente ao desvio, ou pela *seleção* de estruturas que reproduzam dentro do sistema a diferença, dando continuidade à reprodução do elemento inovador. Caso haja a opção pela seleção das possibilidades aproveitáveis, estas devem ser estabilizadas por meio de mecanismos de *reestabilização*, os quais asseguram a duração e resistência da estrutura inovadora. Porém, como *variação*, *seleção* e *reestabilização* ocorrem nos sistemas sociais?

Como visto anteriormente, os sistemas sociais são compostos por *comunicações* – diversamente dos sistemas psíquicos, formados pela consciência. A variação ocorre quando há ruídos na comunicação, ou seja, “[...] quando a comunicação desvia-se do modelo estrutural de reprodução social”²¹²; daí porque está eminentemente vinculada à produção de conflitos. Apenas a partir da seleção o sistema poderá decidir internalizar a comunicação desviante, construindo, para tanto, estruturas que permitam a condensação de expectativas que sirvam de diretrizes para as comunicações futuras.

Caso opte pela assimilação, após a seleção, o processo evolutivo deverá seguir para um novo ciclo, a *reestabilização*, a qual importa na compatibilização da estrutura nova ao complexo de estruturas então vigorantes. O problema da *reestabilização* consiste, portanto, em promover uma integração sistêmica, evitando a rejeição da estrutura

²⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 175.

²¹⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 02

²¹¹ Ibid., loc. cit.

²¹² Ibid., p. 06.

inovadora; deste modo, certo é que a inovação deverá ser “[...] incorporada como parte de uma unidade de reprodução auto-referencial de comunicações, seja esta a sociedade como um todo ou os seus sistemas parciais”²¹³, obrigando as estruturas já existentes a se adaptar às novas então criadas²¹⁴. Veja-se, exemplificativamente, o surgimento dos computadores e a recepção desse instrumento pela comunidade científica; os estímulos formados pela tecnologia motivaram a ciência a absorvê-lo como ferramenta educacional, criando o ensino a distância, a biblioteca digital, dentre outros recursos. Contudo, junto a isso, também se possibilitou a criação de plágios, impulsionando a reagir com uma nova resposta sistêmica, tal como a obrigatoriedade de realização de trabalhos manuscritos ou a reprovação em massa.

Vale notar que a demarcação dos três mecanismos como processos distintos está atrelada ao nível de complexidade e evolução do sistema. Assim, em formas menos complexas, não se é possível distinguir os mecanismos de variação e seleção, na medida em que as comunicações e as expectativas se sobrepõem. O desvio é rejeitado, possuindo chances escassas de ser selecionado pelo sistema. “O baixo grau de variação importa insuficiente ‘pressão seletiva’ e, portanto, pouca complexidade.”²¹⁵.

Em um grau intermediário de complexidade, no qual é possível notar a hierarquização e diferenciação segmentaria²¹⁶ da sociedade, a diferença entre variação e seleção passa a ser nítida, na medida em que as comunicações e expectativas não mais se sobrepõem e o desvio passa a ser visto como algo interno à sociedade. Porém, a seleção confunde-se com a estabilização, ao vincular-se a uma ideia de “solução plausível ou

²¹³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 06.

²¹⁴ Um exemplo possível de variação dentro do sistema do direito que obrigou a adaptação de suas estruturas é o reconhecimento do direito de greve do trabalhador pela Constituição Federal Brasileira de 1988, regulamentado pela Lei 7.783/89. Esta prática, antes entendida como ilícita, após ser reconhecida como direito constitucionalmente garantido, implicou na reestruturação do sistema até então vigente, a fim de compatibilizar as demais normas jurídicas à aquisição evolutiva. Ainda, aplicando esses conceitos ao estudo do direito, o respeitado catedrático desta Universidade, professor Samuel Barbosa, em aula ministrada em 23/10/2010, para o curso “Direito como sistema”, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, correlacionou os elementos da seguinte maneira: (i) variação – refere-se às comunicações discrepantes dos comandos normativos; (ii) seleção – ato realizado pelas estruturas do sistema jurídico, tais como as normas constitucionais e infraconstitucionais; e (iii) estabilização – adaptação da variação recepcionada pelo sistema por meio da elaboração de conceitos pela dogmática jurídica.

²¹⁵ Ibid., p. 08.

²¹⁶ Luhmann distingue diferenciação segmentaria e diferenciação funcional. Por diferenciação segmentaria entende-se a formação de diversos sistemas iguais ou semelhantes, tais como tribos, famílias, clãs, etc. Já a diferenciação funcional decorre do fato de que os sistemas possuem funções próprias, específicas, sendo, portanto, distintos entre si, tais como: economia, política, direito, religião. Neste sentido, *vide* LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 176.

evidente”, ou seja, liga-se a um conjunto de valores tidos como válidos em todas as esferas da sociedade, justificando a manutenção da classe hierarquicamente dominante. Ou seja, “[...] a moral conteudística, religiosamente fundamentada [...] atua como freio aos desvios inovadores, na medida em que estabelece que o proveniente ‘de baixo’ deve adequar-se ao fixado ‘em cima’.”²¹⁷

Em situações altamente complexas, a estabilização diferencia-se da seleção, mas passa a ser confundida com a variação²¹⁸. Isso porque há a intensificação da pressão seletiva que impulsiona a complexidade e dinamismo social; com isso, “[...] os sistemas funcionais são estabilizados no sentido de variação, de tal sorte que o mecanismo da estabilização atua simultaneamente como motor da variação evolutiva.”²¹⁹ Assim, com a diferenciação sistêmico-funcional da sociedade, a criação de estruturas de um sistema passa a ser ambiente para o outro sistema social, ampliando, de forma contínua, a complexidade social, sendo verdadeiro afirmar que a sociedade moderna é *supercomplexa*; deste modo, evolução gera sempre aumento de complexidade. ““Considerando o número, a diversidade e a interdependência de ações possíveis’, assim enfatiza Luhmann, ‘a sociedade moderna é supercomplexa – muito mais complexa do que qualquer uma das formações sociais antigas, limitadas regionalmente.”²²⁰

O direito visto enquanto “[...] estrutura do sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais [...]”²²¹ exerce função decisiva na manutenção da complexidade mais alta e estruturada dos sistemas sociais. Portanto, “[...] no decorrer do desenvolvimento social em direção à complexidade mais elevada, o direito tem que abstrair-se crescentemente, tem que adquirir elasticidade conceitual-interpretativa para abranger situações heterogêneas, tem que ser modificável através de decisões, ou seja: tem que tornar-se direito positivo.”²²² Para adquirir a elasticidade necessária às irritações do meio sem perder sua natureza contrafática, o direito depende da utilização dos três mecanismos evolutivos acima descritos. Essas três etapas da mudança são realizadas pela (i) diferenciação funcional dos sistemas parciais da sociedade;

²¹⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 10.

²¹⁸ Ibid., p. 02

²¹⁹ Ibid., loc. cit.

²²⁰ Ibid., p. 15.

²²¹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133.

²²² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 15.

(ii) diferenciação de processos; e (iii) abstração. Estas etapas merecem ser analisadas pormenorizadamente.

Conforme visto na primeira parte deste estudo, a sociedade é composta por comunicações; assim, o aumento das comunicações – e com isso dos comportamentos possíveis – obrigam a criação de mecanismos que absorvam esta complexidade, sob pena de gerar a paralisação da evolução social. Deste modo,

Enquanto cada indivíduo deva frente a cada evento levar em consideração todas as respostas possíveis no seio da sociedade, e enquanto conte para tanto com um sistema comunicativo geral e indiferenciado, será inevitável e iminente o bloqueio da dinâmica social por saturação²²³.

A solução consiste na criação de sistemas parciais da sociedade, que se tornam funcionalmente diferentes, delimitando-se frente ao meio. Com isso, os sistemas parciais da sociedade diferenciam-se funcionalmente, demarcando um âmbito próprio de complexidade operante na sociedade, com o objetivo de reduzi-la; a especialização funcional é essencial para a evolução social, sendo certo afirmar que “Somente assim a sociedade poderá evoluir; somente assim, a sociedade poderá fazer-se mais complexa.” O fator que possibilita a diferenciação funcional dos sistemas parciais da sociedade, dentre eles o direito, é, sem dúvida, o sentido (Sinn)²²⁴, o qual possibilita ao sistema identificar um setor da complexidade do meio, tomando-o como função e identificando os demais como diferença²²⁵.

Conforme enfatizado, o tratamento setorial da complexidade do meio pelos sistemas parciais, ao mesmo tempo em que reduz, aumenta a complexidade, uma vez que cada (sub)sistema formará o ambiente dos demais. Em relação ao direito, este aumento de variedade gera a ampliação dos projetos normativos nos sistemas parciais em número maior do que o possível de se tornar direito, obrigando a ampliação da seletividade²²⁶. “A diferenciação funcional aumenta a superprodução de possibilidades e com isso as chances e a pressão no sentido da seleção. Ela é a forma na qual a alta complexidade social torna-se

²²³ AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juis, 2004, p. 306.

²²⁴ Ibid., p. 308.

²²⁵ Para uma análise detalhada do conceito de sentido, *vide* VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 07-15 e AMADO, op. cit., p. 308-311.

²²⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 177.

organizável.”²²⁷ A ampliação de possibilidades (complexidade) sobrecarrega o fator seletivo, gerando consequências importantes, tais como a incapacidade de gerar consenso absoluto sobre as expectativas e a indiferença dos processos de seleção.

A seleção, seguinte à variação, importa na internalização sistêmica da comunicação ruidosa (projetos normativos dos sistemas parciais); ou seja, “[...] a conduta inicialmente desviante passa a ser prevista no plano das expectativas normativas.”²²⁸ A ativação desta função seletiva é desempenhada, no sistema do direito, pela diferenciação de processos, ou seja, pela “[...] diferenciação de sistemas (processos) especiais de interação, específicos ao direito, os quais se tornam sustentáculos sociais, crescentemente autônomos, das decisões jurídicas imperativas.”²²⁹ Por processo não deve ser compreendido apenas o processo legislativo ou judicial, tal como comumente tratado este signo. Na concepção da teoria dos sistemas, processo, enquanto conquista evolutiva do direito, é tido como sistema social orientado em curto prazo, marcado pela incerteza em sua conclusão, a qual é solvida através de suas próprias estruturas. Retornar-se-á a este conceito quando da exposição sobre a legitimidade pelo procedimento; por hora, resta apenas compreender que o procedimento marca uma etapa evolutiva do direito, capaz de autonomizá-lo, por meio da criação de um encaminhamento ordenado para a realização das decisões jurídicas futuras.

A manutenção da complexidade do direito e estabilização dos processos como forma de solução da complexidade requerem que o direito realize seu fechamento operativo ao nível da sociedade, distinguindo claramente as expectativas cognitivas das expectativas normativas, de modo que “[...] o próprio sentido geral do direito tem que satisfazer as crescentes exigências e submeter-se a mudanças tangíveis.”²³⁰ Por sentido deve-se compreender “[...] um determinado tipo de relação entre sistema e ambiente que é sempre caracterizada pela assimetria de complexidade do ambiente em relação ao sistema”; ou seja, a necessidade do sistema de responder à complexidade do meio através de operações que mantenham sua identidade sistêmica. Este fator gera a criação de um direito mais abstrato, que não decorre da indiferença em relação aos demais sistemas, mas

²²⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 177.

²²⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 19.

²²⁹ LUHMANN, op. cit., p. 175.

²³⁰ Ibid., p. 179.

da possibilidade de que outras esferas possam tornar-se objeto de decisões jurídicas, reclamando a confirmação de sua diferenciação funcional.

A partir da análise dos três fatores de evolução dos sistemas sociais, seguida da aplicação destes critérios ao direito, tornou-se possível verificar que, para a teoria dos sistemas, a diferenciação com superprodução de normas, criação de processos e abstração são conquistas evolutivas do sistema jurídico, as quais não podem ser vistas como uma relação de causalidade inevitavelmente promovida com o decurso do tempo. Ao contrário, estes três estágios evolutivos condicionam-se mutuamente, de modo que cada estágio pressupõe a concretização dos anteriores. Luhmann exemplifica as consequências desta evolução em relação ao sistema jurídico e sua diferenciação funcional da política:

Desta forma, por exemplo, uma institucionalização de processos realmente decisórios só pôde ocorrer quando o sistema político já estava separado, pelo menos em termos iniciais, dos outros papéis do sistema de parentesco. Inversamente, a ampliação do princípio do processo antecipou-se ao desenvolvimento, apontando para a constituição do direito estatuído. Isso foi seguido pela adaptação do sistema político a essa variabilidade estrutural recém-adquirida pela legislação corrente, que tomou a forma de democratização, ou seja, da mobilização do apoio político. Até hoje ainda falta um direito cujo aparato conceitual apresentasse um grau de abstração compatível com a legislação e que possibilitasse uma política jurídica. No momento esse parece ser o ponto de estrangulamento do desenvolvimento que impede a plena exploração das possibilidades do direito positivo.²³¹

Importante notar, no exemplo acima, que o mecanismo primário de evolução do direito é, sem dúvida, a diferenciação funcional do direito enquanto (sub)sistema social responsável pela estabilização das expectativas. Sem esta especificação funcional, não é possível falar em *variação*, *diversidade de alternativas* e *superprodução de normas*. A diferenciação funcional do direito é vista, pela teoria dos sistemas, como uma conquista evolutiva da sociedade moderna. Antes, porém, de passar à análise de como se procede a diferenciação funcional, cabível realizar uma breve perspectiva histórica, traçada por Luhmann, a respeito do desenvolvimento do direito nas sociedades arcaicas até as sociedades modernas. O objetivo desta análise não é a realização de uma investigação histórica pormenorizada sobre a constatação de todos os mecanismos evolutivos, mas, tão somente, demonstrar que “[...] tais conceitos e hipóteses podem ser transpostos às mais

²³¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 180.

diferentes culturas jurídicas – do direito arcaico ao direito positivo – e de que com eles as diferenças entre essas culturas tornam-se mais compreensíveis.”²³²

2.1.1 Desenvolvimento histórico do direito

Luhmann avalia a evolução histórica do direito por meio da teoria da evolução. Com esta verificação, Luhmann constata como o direito conquistou seu fechamento operativo e a contribuição que esta clausura do sistema jurídico trouxe para a sociedade moderna. Contudo, importante notar que esta análise não vincula o fechamento operativo do sistema jurídico como uma inevitável consequência do desenvolvimento evolutivo aplicado a todas as sociedades de forma indistinta. Ao contrário, é perfeitamente possível encontrar sociedades no contexto atual que ainda se encontram em estágio evolutivo primário, sem a necessária diferenciação sistêmica. Esse fator, conforme visto anteriormente, decorre do sentido de evolução adotado pela teoria dos sistemas, consistente em um acidente sem vinculação com a ideia de melhoramento, mas que, caso sedimentado, possibilita a passagem para o estágio evolutivo subsequente. Portanto, cabe enfatizar que a presente análise não corresponde a uma “[...] ‘classificação cronológica objetiva’, mas de ‘estado relativo de desenvolvimento’, de tal maneira que traços jurídicos das culturas avançadas pré-modernas e mesmo arcaicas podem ser encontrados no presente.”²³³

A investigação histórica do direito por meio do instrumental teórico da teoria dos sistemas é possível, na medida em que abandona a intenção de buscar semelhanças entre os ordenamentos ao longo do tempo. Sequer almeja encontrar um rol de normas válidas em qualquer comunidade independentemente do tempo, tal como ocorre no direito natural. Parte-se, portanto, da diferença como elemento de investigação e sua referência ao problema básico do direito: a generalização congruente das expectativas comportamentais normativas.

Ainda, em relação à análise do processo evolutivo do direito, Luhmann realiza uma distinção entre evolução endógena e exógena, a qual é defendida por Marcelo Neves, apesar das críticas levantadas por Teubner de que esta diferenciação apenas seria

²³² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 181.

²³³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 20.

possível antes da introdução da concepção de *autopoiese* no pensamento luhmanniano. Para Marcelo Neves, a diferenciação entre evolução endógena e exógena permite vincular a evolução do direito aos diversos tipos de sociedade, de forma que às sociedades em que prevalece a diferenciação segmentária (diversos sistemas iguais ou semelhantes, tais como a família, tribos e clãs) corresponde o direito arcaico; às sociedades em que prevalece a diferenciação hierárquica, o direito das culturas pré-modernas; e, por fim, às sociedades em que prevalece a diferenciação funcional, o direito positivo (moderno).²³⁴

Para a realização da presente investigação, Luhmann contenta-se, *a priori*, “[...] com uma divisão grosseira, distinguindo apenas se já existe uma diferenciação de processos decisórios de cunho jurídico e se eles se referem apenas à aplicação do direito ou também à legislação.”²³⁵ É com base neste fator que serão divididos os momentos evolutivos em: (i) direito arcaico; (ii) direito das altas culturas antigas; e (iii) direito positivo da sociedade moderna. Importante é notar que o critério de análise não é o cronológico, mas funcionalista, respeitando-se os diversos níveis evolutivos dos sistemas sociais. Com isso, “[...] reduz-se a importância do difícil problema da divisão de períodos históricos, épocas, em si insolúvel.”²³⁶

2.1.1.1 Direito nas sociedades arcaicas

As sociedades arcaicas, dentre elas as sociedades primitivas ainda existentes, fundamentam todas as funções sociais no elemento *parentesco*. Este fator é responsável pela sustentação da sociedade, dentre eles o direito, de modo que “[...] nenhuma competência de decisão jurídica surge independentemente do parentesco. Inicialmente, todas as funções sociais encontram sua base natural, sua sustentação social e sua legitimação na proximidade do parentesco.”²³⁷ Assim, economia, poder político, poder jurídico e até as funções mágico-religiosas são regidos por um elemento comum, baseado em referências naturais e concretas do modelo do parentesco.

²³⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 19-20.

²³⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 183.

²³⁶ Ibid., loc. cit.

²³⁷ Ibid., p. 184.

Deste modelo adotado pelas sociedades arcaicas decorre a ausência de alternativas, na medida em que estas já se encontram pré-delimitadas de acordo com o grau – próximo ou distante – de parentesco de seus componentes; com isso, as sociedades tornam-se menos complexas, impossibilitando a diferenciação funcional dos sistemas. Portanto, o direito destas sociedades encontra-se ainda em sua forma elementar de constituição, não sendo possível instituir a “vigência” das normas jurídicas como ato suficiente para impô-las, uma vez que “a ‘vigência’ neutra é um símbolo para a imposição do direito neutro em relação aos papéis”²³⁸, e esta diferenciação não existe nas sociedades arcaicas. O direito não pode reivindicar sua vigência absoluta, faltando-lhe um caráter obrigatório abstrato, surgindo da reação imediata à frustração das expectativas, ou seja, “[...] em casos de desapontamento das expectativas, mediante a autodefesa da vítima ou de seu clã.”²³⁹

Por isso, certo é que a pacificação e a composição amigável por meio da arbitragem não encontram espaço nestas sociedades; a partir do momento em que a imposição do direito se dá mediante a ação de um membro e a reação do ofendido, o direito passa a ser verificado e confirmado apenas no presente, com a reação do frustrado e eclosão imediata da cólera. Este fato potencializa o recurso à força física (por exemplo, a pena de morte), sem que haja qualquer procedimento institucionalizado para sua aplicação; ou seja, “[...] a generalização congruente de expectativas normativas nas dimensões temporal, pessoal e material manifesta-se através da represália e da reciprocidade, não mediante procedimentos.”²⁴⁰

Deveras, nas sociedades arcaicas, a reação às frustrações das expectativas não decorrem da manutenção contrafática de um direito posto; apenas a disposição do atingido e de sua parentela torna possível a percepção de quais expectativas são consideradas normativas – e, portanto, devem prevalecer – e quais expectativas são meramente cognitivas, devendo acomodar-se a frustrações. O uso da força física consiste em uma “reação violenta às frustrações”, ou seja, “em um comportamento punitivo, comumente assassino (ou seja, irrestrito), do próprio ferido ou sua parentela”, fazendo com que “o direito perca o direito”²⁴¹.

²³⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 185.

²³⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 20.

²⁴⁰ Ibid., p. 21.

²⁴¹ LUHMANN, op. cit., p. 128.

Notório, portanto, que nas sociedades arcaicas o direito é “direito presente”, sem abertura para o futuro e vínculos com o passado. Seu grau reduzido de abstração impossibilita que as soluções fornecidas aos conflitos sejam transferidas para casos diferentes, tornando-se ainda mais dependente do uso da força em cada caso concreto. Portanto, o direito arcaico é caracterizado pela síntese dos elementos: imediatismo dos casos, concretude e pobreza em alternativas. Esta pobreza de alternativas que mantém o direito unicamente como presente é fortalecida, ainda, pela presença do elemento sacral, o qual, ao considerar a ordem existente como representação de uma vontade divina, torna plausível a inexistência de alternativas no presente. A ordem existente passa a ser a única ordem possível, cega à possibilidade de integração de desacertos e inovações. Nesse sentido, esclarece Luhmann:

O centro de gravidade da consciência arcaica reside, portanto, em seu presente constantemente arriscado e pobre em possibilidades, o qual logo se obscurece na penumbra de um horizonte temporal indeterminado do passado e que quase não tem futuro; pois só no presente existem vida e comunicação.²⁴²

Em razão deste “direito presente”, o procedimento jurídico existente nas sociedades arcaicas aparece como concretização do direito, sem qualquer intenção de esclarecimento de uma disputa do passado ou como seleção de um futuro almejado. A constituição do direito se encontra, portanto, no paradoxo da temporalidade. As sociedades primitivas não podiam (podem) ver que

Direito e Estado, de qualquer modo que os entendamos, são ordenamentos, ou seja, representações da ordem que sempre se referem ao passado. São sedimentações de comdenados [*sic*] de sentido ou suas negações. São, portanto, construções e a um só tempo resultado de construções. De todo o modo, desde a época de Savigny há suficiente consenso acerca desse aspecto. Direito e Estado, contudo, são também esquematizações, delineamentos, esboços do futuro. Ou melhor, em suas representações há uma representação do futuro.²⁴³

Portanto, o direito das sociedades primitivas está fechado no presente e exatamente por isso é arcaico. Apesar de as ações humanas serem direcionadas com vista a uma dimensão temporal, no mundo arcaico, o direito toma o tempo enquanto dimensão constituidora; falta-lhe “[...] aquele segundo plano de observação, a partir do qual poderia

²⁴² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 187-188.

²⁴³ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 66-67.

ser concluído, no presente, o que o passado foi e que o futuro deverá ser; para tanto, falta o processo que poderia esclarecer o passado e assegurar a persistência no futuro das seleções atualmente executadas.”²⁴⁴

É justamente em razão da ausência de vínculos com o futuro que o direito arcaico não encontra as condições mínimas para o estabelecimento de uma democracia, a qual, além da capacidade de resistência das pressões do ambiente contra a diferenciação sistêmica, requer a disponibilidade constante no tratamento da complexidade e de seu controle seletivo.

Nessas condições estruturais, democracia é a manutenção da complexidade: é estrutura seletiva que reproduz complexidade baseada na permanente ativação de operações de tomada de decisões”, ou seja, “a democracia é a oportunidade de reproduzir sempre novos horizontes de decisão sob as condições de autocontrole fixadas no sistema da política.”²⁴⁵

Portanto, a abstração normativa, que dá possibilidades de abertura do direito para o futuro, encontra-se ausente no direito arcaico. Existem apenas princípios jurídicos genéricos aos quais se refere a ideia da justiça nas sociedades arcaicas, quais sejam: o princípio da represália e reciprocidade. O princípio da represália requer que a transgressão do direito vincule-se à vingança, prolongando-se no tempo para além da ofensa; geralmente, a vingança não se vincula apenas ao ofensor, estendendo-se a gerações futuras. “A represália é a generalização elementar do direito, quase que incondicionalmente institucionalizável e que combina as dimensões temporal, objetiva e social; ela representa o primeiro princípio jurídico.”²⁴⁶ Por sua vez, a reciprocidade baseia-se em uma igualdade falaciosa, ou seja, na pressuposição errônea de que “[...] somente aquele que puder ser colocado na situação em que o outro se encontra poderá reconhecer-se e respeitar-se no outro.”²⁴⁷

Apesar de os mecânicos jurídicos das sociedades arcaicas não serem capazes de especializar-se funcionalmente e se autossustentarem, percebem-se como passos que permitem o progresso do processo evolutivo a *formalização* e *ritualização* de alguns direitos arcaicos tardios. Vista pelo prisma do direito arcaico, “[...] a função da

²⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 190.

²⁴⁵ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 57.

²⁴⁶ LUHMANN, op. cit., loc. cit.

²⁴⁷ Ibid., p. 191.

ritualização reside no desempenho de abstração, na especificação e na neutralização das formas jurídicas frente aos papéis [...]”²⁴⁸ Portanto, a criação de procedimentos rudimentares de rituais para a aplicação do direito desenvolve função essencial para a transposição desta etapa evolutiva. Alia-se a este fator a necessidade de desvinculação do direito da parentela, passando a atingir os ofensores independentemente do vínculo de parentesco existente.

A reflexão teórica apresentada por Luhmann pode ser mais bem assimilada por meio da introdução da teorização imagética realizada por cineastas preocupados não apenas com o divertimento de seus expectadores, mas comprometidos com a problematização de questões sociais.

Esta atitude inovadora de uso do cinema como possibilidade de expansão da teoria possui como precursora e defensora incansável da cultura a respeitável orientadora deste trabalho acadêmico, Dra. Mara Regina de Oliveira. Esta doutrinadora demonstra, em sua obra *Cinema e Filosofia do Direito*, que

[...] o cinema pode ser visto como um poderoso instrumento de compreensão do mundo, desde que abandonemos a trivial idéia de que ele apenas é mero instrumento comercial de entretenimento, ligado à lógica de mercado global, transmissor de sensações passageiras e não de reflexões humanas²⁴⁹.

A função da arte é justamente “mostrar o mundo ao mundo”, desencobri-lo, retirar-lhe o ocultamento – seja para mostrá-lo mais belo ou piorado; utilizando-se de um termo grego, talvez se possa sintetizar o papel da arte pelo vocábulo *alethéia*, que significa a busca da verdade pelo conhecimento. Conforme leciona Luhmann, a arte possui um valor em si só, consistente na capacidade de desvelamento do invisível:

A obra de arte reivindica essa função de aclarar e ocultar o sentido e a eleva a tal grau que até mesmo o invisível se torna visível e, quando o alcança, o mundo se representa no mundo. Precisamente por isso se faz necessário romper com aquilo a que normalmente a vida cotidiana alude (fins e utilidades) para distrair a atenção dessas distrações. A representação do mundo no mundo modifica o mundo mesmo no sentido do “no necesario así”. A obra de arte aporta por si mesma a prova de

²⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

²⁴⁹ OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito**: um estudo sobre a crise de legitimidade jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 10.

mister, e com isso despoja o mundo de sua necessidade. (nossa tradução)²⁵⁰

A introdução do cinema no presente estudo acadêmico, além de intensificar a importância da teoria levantada, possui o condão de afastar a infundada crítica de que o grau de abstração da teoria dos sistemas a afasta da “realidade do mundo circundante”, impossibilitando sua constatação empírica. Demonstra-se, portanto, que a teoria dos sistemas é, sim, instrumental fecundo para a análise do mundo fático esboçado por meio de conceitos-imagens do cinema que, nas palavras de Júlio Cabrera, ao mesmo tempo em que produzem um impacto emocional, dizem algo a respeito do mundo, do ser humano, da natureza etc.²⁵¹

Não se olvida, contudo, que o cinema não expressa a própria realidade, mas, sim, certo olhar sobre ela; forma-se, deveras, de recortes oriundos da perspectiva de um observador. “Dizer que o cinema é natural, que ele reproduz a visão natural, que coloca a própria realidade na tela, é quase como dizer que a realidade se expressa sozinha na tela”²⁵²; a falácia do cinema enquanto representação fidedigna da realidade serve apenas como instrumento de dominação ideológica, destinado a esconder que por trás de toda a produção cinematográfica existe um observador, cunhado de valores que lhe são próprios. Não se quer aqui encorajar este ocultamento ideológico, mas reconhecer que, apesar de o cinema ser expressão de um ponto de vista de um observador da realidade (um único indivíduo, grupo ou classe de pessoas), este oferece a possibilidade de “simulação de uma vivência”, capaz de “[...] abrir os olhos para uma realidade difícil, seja no plano político, jurídico, moral ou psicológico, que deve ser enfrentada com coragem.”²⁵³

*Abril Despedaçado*²⁵⁴, filme produzido por Walter Sales, possui o condão

²⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 275: “La obra de arte reivindica esa función de aclarar y ocultar del sentido y la eleva a tal grado que aun aquello invisible se vuelve visible y, cuando lo logra, el mundo se representa en el mundo. Precisamente por esto se hace necesario romper con aquello a lo que la vida cotidiana normalmente alude (fines y utilidades) para distraer la atención de esas distracciones. La representación del mundo en el mundo modifica al mundo mismo en el sentido de lo “no necesario así”. La obra de arte aporta por sí misma la prueba de su menester, y con eso despoja al mundo de su necesidad.”

²⁵¹ CABRERA, Júlio. **O cinema pensa**: uma introdução à filosofia através dos filmes. Rio de Janeiro: Rocco, 2006, p. 22.

²⁵² BERNARDET, Jean-Claude. **O que é cinema**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 19-20.

²⁵³ OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito**: um estudo sobre a crise de legitimidade jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 14.

²⁵⁴ ABRIL DESPEDAÇADO. Filme. Direção: Walter Sales. Produção: Arthur Cohn. Duração: 99 min. Produzido em coparceria por: Video Filmes, Haut et Court, Bac Films e Dan Valley Film AG. Brasil, 2001. Site oficial: <http://www.abrildespedacado.com.br/pt/entrada_pt.htm>. Acesso em: 07 nov. 2010.

de demonstrar um dos pontos mais intrigantes da concepção de direito arcaico apresentado por Luhmann, a saber: a existência de sociedades arcaicas – e, portanto, de direito arcaico – dentro da sociedade moderna mundial²⁵⁵. Seguindo o estilo do movimento Cinema Novo – datado de 1945 com o começo do *Neorealismo* italiano e inaugurado no Brasil por volta dos anos 60 –, o filme engloba temáticas de preocupações sociais, tais como a batalha sangrenta por um pedaço de solo árido e infrutífero do sertão nordestino travada entre as famílias Breves e Ferreira, e possui em seu enredo atores profissionais e não profissionais²⁵⁶.

A história apresentada neste filme parte de uma feliz adaptação ao cenário brasileiro do livro do escritor albanês Ismail Kadaré, igualmente denominado *Abril Despedaçado*, o qual trata da problemática universal sobre a relação entre violência e poder – mais especificamente sobre “[...] cobrança de sangue entre famílias rivais nas montanhas negras da Albânia, em 1910”²⁵⁷. Por se tratar de uma problemática universal e atemporal, ainda encontrando exemplares na sociedade mundial contemporânea, torna-se correto afirmar que “[...] esta história poderia se passar no início do século passado no sertão brasileiro, mas também em outras épocas e em outras latitudes. O romance de Kadaré trata do confronto secular entre os homens, da angústia frente à morte – e do desejo de ultrapassar este ciclo inelutável.”²⁵⁸

Esta tônica universal permitiu a adaptação frutífera da obra de Ismail Kadaré ao contexto brasileiro, por Walter Salles, sem perder sua dureza e simbologia. Para realizar a tão festejada adaptação, Walter Salles conta que necessitou revisitar a história do sertão nordestino, definido geograficamente por meio da guerra sangrenta entre famílias, muitas vezes conduzida por latifundiários – os donos do poder –, como o caso do Sertão de Inhamuns, localizado no Estado do Ceará, que serviu de cenário para a guerra travada entre as famílias Montes e Feitosa, na primeira metade do século vinte.

²⁵⁵ O debate sobre o conceito de modernidade é ainda caloroso e não encontra um posicionamento pacífico entre os doutrinadores, devendo-se ter cautela ao defini-lo. Porém, neste ponto da pesquisa, tomamos como correto o posicionamento de Orlando Villas Bôas Filho – vastamente empregado nesta investigação – de que o conceito de modernidade albergado pela teoria dos sistemas permite sua aplicação ao contexto brasileiro. *Vide* VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XXV.

²⁵⁶ ABRIL DESPEDAÇADO. Filme. Direção: Walter Salles. Produção: Arthur Cohn. Duração: 99 min. Produzido em coparceria por: Video Filmes, Haut et Court, Bac Films e Dan Valley Film AG. Brasil, 2001. Site oficial: <http://www.abrildespedacado.com.br/pt/entrada_pt.htm>. Acesso em: 07 nov. 2010.

²⁵⁷ OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito**: um estudo sobre a crise de legitimidade jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 64.

²⁵⁸ ABRIL DESPEDAÇADO, op. cit.

Além da investigação da realidade brasileira, por instrução do próprio Ismail Kadaré, Walter Salles realizou estudos sobre a tragédia grega de Ésquilo, o que lhe permitiu saber que, até o século 7 D.C, os crimes de sangue cometidos na Grécia – a qual contém o berço da democracia, sua cidade-estado Atenas – não eram julgados pelo Estado, sendo a escolha do modo de punição pelo sangue derramado delegada à família do ofendido, a qual estabelecia seus próprios códigos de justiça. Reconhece, curiosamente, que é também “[...] na ausência do Estado que as lutas pela terra entre famílias também acabaram se desenvolvendo no Brasil”²⁵⁹; a esta conclusão de Walter Salles, podem-se incluir, em um contexto mais atual, os códigos de justiça criados nas periferias urbanas, em que a retração do Estado impulsiona a “justiça pelas próprias mãos”. Com isso, a violência deixa de ser monopólio do poder público e volta a ser usada em sua forma mais rudimentar, como ocorria nas sociedades arcaicas, ou seja, fruto de uma reação vingativa direta do ofendido.

A história de *Abril Despedaçado* (filme) é narrada por Menino (Ravi Ramos Lacerda) – posteriormente denominado de Pacu –, filho mais novo da família Breves e único integrante deste núcleo que, apesar do caos em que vive, conseguiu preservar sua lucidez e inocência. Este personagem relata as consequências dramáticas geradas para com seu irmão Tonho pela luta sangrenta travada por sua família e a família Ferreira pela posse de terras na região. Tonho, filho do meio da família Breves, é impelido pelo seu pai a vingar a morte do seu irmão mais velho; porém, caso assim faça, estará inevitavelmente marcado para a morte. É esta sensação de morte e abandono que permeará todo o desenvolver do filme.

O cenário escolhido para o desenvolvimento da estória é símbolo do abandono vivido pelas famílias ante a retratação do Estado. Tudo é árido, seco, estéril; tudo são morte, sofrimento e abandono. Os membros da família Breves habitam o sítio denominado Riacho das Almas, em notória decadência, ante a escassez de alimentos e recursos, os quais provêm tão somente da moenda de cana e produção de rapadura, elaborada em uma rudimentar bolandeira puxada por dois bois. A dureza da tarefa realizada pelos animais e a exaustão do percurso cíclico realizado ao redor da bolandeira

²⁵⁹ SALLES, Walter. Notas. ABRIL DESPEDAÇADO. Filme. Direção: Walter Salles. Produção: Arthur Cohn. Duração: 99 min. Produzido em coparceria por: Video Filmes, Haut et Court, Bac Films e Dan Valley Film AG. Brasil, 2001. Site oficial: <http://www.abrildespedacado.com.br/pt/entrada_pt.htm>. Acesso em: 07 nov. 2010.

simbolizam a estupidez do ciclo de violência travado pelas duas famílias; assim como os bois, seus membros encontram-se presos à ausência de paz que os levam à exaustão e à morte.

Além da miséria, Breves e Ferreira estão abandonados à sua própria sorte. A figura do Estado como único sistema legítimo para decidir sobre o uso da força física não se consolidou naquela comunidade, a qual experimenta um estágio de evolução social e jurídico diferente do Brasil da primeira metade do século XX (mais especificamente 1910²⁶⁰). Durante o final do século XIX e começo do XX, o Brasil encontrava-se inebriado pelas reivindicações liberais de afastamento total do Estado; sob o falso direito de liberdade, o brasileiro moderno e culto alinhava-se ao pensamento liberal norte-americano e suas falsas promessas de progresso. Os efeitos de 13 de maio de 1888 ainda estavam se formando; “[...] o liberto, subitamente poupado ao chicote do feitor, abandona a fazenda, local e símbolo de sujeição, para buscar zonas prósperas, onde maior seria o salário, ou as cidades, abrigando-se em choças, vivendo de ocupações eventuais.”²⁶¹ Crescem as indústrias, fortalece-se o sistema político (como com a criação do Partido Republicano Conservador, por exemplo²⁶²), aumenta a população brasileira para mais de 20 milhões de habitantes²⁶³; porém, para os Breves e Ferreira, a realidade não muda, é sempre a mesma triste realidade marginal ao Estado Democrático de Direito. Conforme adverte Menino, os personagens são “como os bois, roda, roda, roda e não sai do lugar”²⁶⁴.

Os habitantes de Riacho das Almas enfrentam o afastamento do Estado, sendo obrigados a estabelecer seu próprio código de justiça retributiva. Neste sentido, as famílias estabeleceram que, “[...] quando houver uma tomada de terras, seguida pela morte de um dos homens do clã, cabe ao filho mais velho da família em luto, cobrar na mesma medida e proporção, o sangue derramado.”²⁶⁵ A pena elegida pelas famílias é absolutamente irracional e permanece, apesar da estabilização de um procedimento rudimentar de aplicação, nos primórdios do processo evolutivo do direito; trata-se apenas

²⁶⁰ Lembre-se de que, neste período, o Brasil, apesar de enfrentar uma dominação de classes, já era uma República – consolidada em 15 de novembro de 1889 – iniciando o processo de fortalecimento de sua indústria, em contraposição ao declínio do café do Vale do Paraíba e do açúcar no nordeste. Sobre o tema, *vide* FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 567-347.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 571.

²⁶² *Ibid.*, p. 672.

²⁶³ *Ibid.*, p. 698.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito**: um estudo sobre a crise de legitimidade jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 71.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 67.

de retribuição imediata à violência sofrida, em outros termos, de emotiva retaliação do ofendido. Apenas para aguçar a reflexão, vale notar que, mesmo nos casos de ser a pena de morte devidamente institucionalizada pelo sistema jurídico, sua irracionalidade não é suplantada, tal como adverte Tércio Sampaio Ferraz Jr., *verbis*:

A morte é ‘solução final’, fortemente ligada à emoção. Experiência solitária e única na vida humana, a morte nega a vida. **A compensação do crime de morte com a pena de morte instala, no conceito de justiça, a irracionalidade emocional.** A experiência da morte é uma vivência do sujeito que morre e que os outros só podem observar, mas não vivenciar. **Transformada em pena (objetiva), ela não pode ser medida nem sopesada.**²⁶⁶ (grifo nosso).

Quando um dos membros de uma família é morto pela adversária, sua camisa deve ser estendida ao sol; caso o sangue adquira a coloração amarela, o fato é interpretado como se o morto clamasse por vingança, passando o filho mais velho da família adversária a ter a faculdade (dever) de vingar a violência sofrida. O cumprimento da ordem de matar crava um agulhão na família que sofreu a violência, de modo que esta se utiliza da repercussão do mal sofrido para se livrar desta “marca do horror”. Assim, a repercussão dos assassinatos apenas gera mais ódio e dor, ocasionando uma cadeia cíclica de violência.

Tem-se, portanto, a constatação clara da evolução histórica do direito pela perspectiva da teoria dos sistemas, a qual não considera o critério cronológico como elemento balizador da investigação, mas, sim, a existência de uma diferenciação funcional do direito. Deveras, em Riacho das Almas, as batalhas de sangue são decididas pelos próprios ofendidos, que estabelecem o modo e o limite da retaliação. Esta definição é marcada pela pobreza de possibilidades, decorrente do princípio da retribuição e retaliação como códigos exclusivos de justiça, bem como a vinculação estreita do direito aos vínculos de parentesco. Cada ofensa importa na reação violenta direta dos membros ligados à família, os quais buscam salvaguardar suas próprias expectativas frente a eventos adversos.

Ainda, não há qualquer diferenciação funcional em Riacho das Almas. A única diferenciação existente é a diferenciação segmentária em famílias; consequentemente,

²⁶⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 221.

[...] o indivíduo não possui nenhum acesso independente de sua parentela ao desencadeamento de outras possibilidades; por isso sua personalidade existe tão-só por pertencer a uma parentela, tendo então que sujeitar-se às suas pressões no sentido da transigência em questões de direito.²⁶⁷

Chega a hora de Tonho cobrar a morte de seu irmão mais velho; porém, Menino, personagem que retoma a sensatez do espectador, percebe que a continuidade do sacrifício dos membros de ambas as famílias é tão estéril quanto o solo árido de “Riacho das Almas”, aconselhando Tonho a não cumprir a ordem de seu pai de vingar a morte do irmão mais velho. De fato, Menino percebe que apenas o descumprimento da ordem de matar pode evitar a formação do aguilhão em Tonho, o qual deverá optar por uma atitude pacificadora e impulsionar um novo processo evolutivo naquela comunidade. Porém, Tonho cumpre a determinação do pai e extermina o membro da família Ferreira, ato que lhe traz profundo sofrimento pessoal, seja pela constatação dramática da irracionalidade da morte por ele promovida, seja pela percepção de que a sua também se encontra próxima.

A possibilidade de transformação do ciclo de vingança é marcada pela inserção da arte naquela sociedade. Inesperadamente um casal de brincantes, Clara (Flávia Marco Antônio) e Salustiano (Luis Carlos Vasconcelos) perde-se de seu destino e vai pedir informações em Riacho das Almas, encontrando Menino, o qual denominam de Pacu (espécie de peixe), em razão da vontade que o infante possuía em conhecer o mar. Entregam-lhe, ainda, um livro sobre a vida marinha, o qual passa a ser incessantemente compulsado pela criança intrigada pelas figuras, ainda que nenhuma palavra pudesse compreender, em razão de seu completo analfabeto.

A partir deste momento, novos rumos são traçados na história. Menino incentiva Tonho a conhecer a arte; ambos vão à cidade assistir ao espetáculo circense apresentado por Clara e Salustiano. Tonho fica encantado com a magia artística e conhece, então, uma nova realidade, fora do ciclo de violência de Riacho das Almas. Esse encantamento da vida promovido pela arte, atrelada à paixão que surge entre os personagens Tonho e Clara, faz com que ele rompa definitivamente com a ordem autoritariamente imposta. Ao se aproximar o momento do cumprimento de mais uma *vindita*, Menino, repleto de amor por seu irmão Tonho, decide, em um ato de generosidade sem medidas, assumir o lugar de seu irmão; veste-se com as roupas de Tonho e coloca-se

²⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 187.

em posição estratégica para que o vingador o confunda como o alvo do sacrifício. “Nesses termos, o Menino renuncia a sua vida para que Tonho sobreviva e finalmente se liberte dos padrões de opressão a que está acorrentado, aprendendo a perdoar seus inimigos.”²⁶⁸

O choque de Tonho ao ver o corpo de seu irmão parece trazê-lo à lucidez; percebe, portanto, que sua personalidade se estende para além das fronteiras de sua parentela, bastando que ele decida se libertar do jugo do poder familiar. Esta modificação de percepção é simbolizada na cena em que Tonho, pela primeira vez, não opta pelo rotineiro rumo da esquerda, escolhendo a via da direita do trajeto, a qual o leva ao mar, “símbolo de felicidade e libertação do povo sertanejo”²⁶⁹. Walter Salles, mais uma vez, opta em dar uma “segunda chance” ao seu personagem, que se reencontra enquanto ser humano; deixa a lição de que “[...] o amor e o perdão podem ser o melhor código de justiça de convivência entre os homens.”²⁷⁰

Em relação à teoria dos sistemas, percebe-se que a evolução do direito apenas se torna possível quando se deixa para trás a parentela como definidora da personalidade jurídica dos membros da sociedade, quando se abandonam os princípios da represália e reciprocidade como norteadores do direito, passando-se a eleger procedimentos capazes de não apenas decidir o conflito, mas fixar-lhe um sentido que regulará as condutas futuras, servindo de apoio da argumentação e da avaliação para decisões em novos casos ou em expectativas jurídicas divergentes. Necessita, portanto, da concentração de decisão sobre o uso da força física no sistema político do Estado, o que pressupõe a “[...] diferenciação de papéis correspondente para a decisão e a execução jurídica (ou seja, uma construção social relativamente complexa)”, bem como assegura que as expectativas que forem confirmadas pelo direito através de processos decisórios organizados gozem de tamanha superioridade que cada vez mais seja dispensável o recurso à força física. Ao adquirir o grau evolutivo do direito moderno,

O exercício público da força física torna-se praticamente desnecessário. Onde ele ocorre, torna-se praticamente desagradável – um sintoma de fracasso político, que hoje até pode ser ‘provocado’ enquanto tal, para que a ordem dominante se apresente como ilegal, na forma da força.²⁷¹

²⁶⁸ OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito**: um estudo sobre a crise de legitimidade jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 74.

²⁶⁹ Ibid., p. 76.

²⁷⁰ Ibid., p. 76.

²⁷¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 129.

Torna-se, portanto, emergência a investigação sobre como, e sob quais circunstâncias, este processo evolutivo do direito é alcançado.

2.1.1.2 Direito das culturas antigas

A continuidade no desenvolvimento evolutivo do direito da sociedade implica: (i) institucionalização de processos regulares de decisão; (ii) deslocamento da dominação política das relações de parentesco e sua constituição relativamente autônoma; e (iii) a criação de diferenciação funcional incompleta do direito que impulse para estágios seguintes da positivação. Os dois primeiros requisitos são encontrados ainda nas formas arcaicas evoluídas²⁷²; apenas o último requisito é identificado como próprio dos direitos das culturas antigas.

Em razão do desenvolvimento econômico e ampliação das relações comerciais para além das fronteiras das estruturas segmentárias da família ou tribo, amplia a complexidade social, na medida em que surgem disputas jurídicas entre pessoas pertencentes a diferentes camadas sociais. Assim, a solução das disputas jurídicas por meio da violência trona-se indesejada, urgindo sua substituição por um sistema de composições e a criação de processos regulares que tornem previsível sua solução. Diante destas exigências, a alternativa das sociedades arcaicas mais evoluídas consiste na

[...] formação de decisões jurídicas vinculativas, que não dependem de concordância, não encaminham um entendimento entre as partes e servem apenas para liquidar determinadas disputas jurídicas, deixando para o indivíduo o encargo da correspondente acomodação de si mesmo e de suas relações sociais.²⁷³

Ainda, a transposição da sociedade arcaica necessita da criação da introdução de uma jurisdição rudimentar, capaz de atuar diretamente sobre o indivíduo. Este fator implica na criação de uma diferenciação de papéis político-administrativos de geração e imposição das decisões coletivamente acatadas, mesmo que ainda se mantenha atrelada e legitimada no contexto familiar. Assim, as funções político-administrativas continuam desprovidas de diferenciação funcional, mantendo sua vinculação com as

²⁷² Vide LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 196-200.

²⁷³ Ibid., p. 197.

relações de parentesco e hierarquia; ou seja, “[...] as funções político-administrativas podem ser assumidas por homens fortes, anciãos, conselhos tribais, chefes de família proeminente ou até mesmo individualmente por variadas pessoas, sem qualquer designação institucional e conforme as necessidades.”²⁷⁴

O passo evolutivo necessário à criação do direito das culturas antigas é o descolamento desta instância decisória das relações de parentesco. “Em princípio, o direito já não se expressa mediante a afirmação concreta das partes, mas, antes, é aplicado e executado por decisão de um terceiro com base em normas e valores abstratos.”²⁷⁵ Com isso assegura-se que as decisões das disputas jurídicas sejam realizadas com base em certa margem de seletividade, criando-se processos que realizem esta seleção; “[...] a partir daí o desenvolvimento do direito pode (mas não tem que) seguir na direção das culturas avançadas [...]”.²⁷⁶

O direito das culturas antigas caracteriza-se por sua incompleta diferenciação funcional. Isso porque, apesar da existência de autoridade religiosa, dominação política e econômica desvinculadas dos antigos laços de parentesco, certo é que, fora dos centros urbanos, a massa da população ainda regula-se pelo vínculo parental nas casas, aldeias ou *oikias*, mantendo o tradicional modo de vida das sociedades arcaicas. Ainda, em algumas dessas sociedades antigas, apesar do sistema político e religioso terem-se destacado da ordem de parentesco, o direito permanecia vinculado à religião, sem poder ser suficientemente controlado e desenvolvido processualmente.

Outro modelo produzido pelas culturas antigas surge quando o sistema político é capaz de distanciar-se do sistema religioso, contudo, ainda se encontra em estreita vinculação “[...] à casa e à economia do senhor político (principalmente à propriedade de terras) constituindo assim uma forma de administração patronal.”²⁷⁷ Este modelo é observado na Grécia de Homero, reinos africanos, na Rússia antiga, no Egito após retrocesso temporário do sistema político diferenciado e, principalmente, após a queda do império romano. Nesses acasos, a prática jurídica limitava-se à definição do

²⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 198.

²⁷⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 22.

²⁷⁶ LUHMANN, op. cit., p. 199.

²⁷⁷ Ibid., p. 203.

direito conforme a decisão de cada caso, estando ausente o impulso à elaboração do sistema jurídico funcionalmente diferenciado.²⁷⁸

Para evoluir, o direito necessitou se desvencilhar da religião, dos vínculos de parentesco e da casa do senhor, possibilitando sua construção por meio do processo jurídico que garantisse sua existência e obrigatoriedade tão-só pela “vigência” normativa. Esta conquista, como comprovado pela história das cidades-estados da Grécia antiga – notadamente Atenas –, foi possibilitada em razão do *primado social do centro funcional da política*. Luhmann traz exemplos históricos decorrentes desta importante conquista evolutiva do direito:

Essa é a condição para a grande produção jurídica e principalmente para aquelas construções jurídicas artificiais, mas muito oportunas para a relação entre as pessoas e para os procedimentos processuais, que caracterizam o direito romano – como, por exemplo, a idéia de atribuir o risco do negócio do defeito ao comprador e não ao vendedor, ou então a de deduzir a propriedade da posse atual (e não da antiga).²⁷⁹

A evolução do direito em algumas sociedades da Grécia antiga, dentre elas Atenas, decorre da construção da *polis* como instituição acima da *oikia*; assim, o direito emanava de uma ordem superior aos vínculos de parentesco. Com isso, a ordem jurídica obtém sua primeira conquista evolutiva, na medida em que extravasa os limites das disputas entre linhagens e consegue impor-se aos indivíduos em suas relações fora da relação parental; vincula-se, portanto, a uma nova visão do indivíduo, tratado como ser humano autônomo que atua na sociedade independentemente de opções, devendo ser tratado pelo direito enquanto tal. É por isso que

A configuração política da sociedade através de instâncias e processos representa na autopercepção grega, e com isso em toda a tradição européia antiga, a condição necessária para a realização da convivência entre pessoas livres de uma forma juridicamente sustentável, e a sociologia só pode confirmar essa tese.²⁸⁰

A segunda conquista evolutiva do direito dá-se pela diferenciação hierárquica, construída gradativamente a partir do primeiro modelo piramidal de sociedade; a gradativa passagem do *status* social para o cargo permite a diferenciação funcional que, mais tarde, nas sociedades modernas, se estabilizará pela diferenciação sistêmica. Contudo, até chegar a este patamar evolutivo máximo, devem ser realizados

²⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 203.

²⁷⁹ Ibid., p. 203-204.

²⁸⁰ Ibid., p. 204.

estágios gradativos de evolução, marcados pela: (i) diferenciação generalizada de prestígio entre “superior” e “inferiores”, fundamentando a diferença de categorias sociais, que é assegurada por uma série de símbolos, tais como comunicação diferenciada entre “iguais” e “desiguais”, trajes distintos para os superiores, dentre outros; (ii) divisão de tarefa correspondente à distinção hierárquica, alcançando maior prestígio aquelas desenvolvidas por categorias superiores; (iii) instituição de uma estrutura assimétrica de comunicação, cabendo aos hierarquicamente superiores ditarem os comandos e aos inferiores obedecerem à ordem transmitida; (iv) por fim, a fixação de papéis correspondentes no sentido de um potencial permanente de ação, capaz de assegurar um desempenho decisório expectável e não ocasional.²⁸¹

A concretização das etapas acima, nas sociedades antigas, permite a distinção entre cargo e pessoa, de modo que a atividade do cargo possa ser desenvolvida independentemente de características exclusivas do ser humano que a desempenha. Contudo, o grau de evolução não se encontra plenamente completo, na medida em que esta hierarquia é estabilizada, tornando-se impossível uma inversão na relação piramidal; não se é possível conceber outra ordem de ocupação, permanecendo a liderança política e a administração da ordem social vinculada a uma pequena classe dirigente, sem possibilidades de alternância.

Portanto, o direito das sociedades antigas baseia-se em uma sociedade já bastante complexa, marcada pela institucionalização de certas possibilidades (liberdades) de opção, pela realização de processos decisórios de cunho jurídico, e na existência de uma hierarquia de cargos independente de situações, capaz de decidir e impor suas decisões, sem depender dos vínculos parentais.

É, assim, pela existência de processos e cargos, que o direito consegue exercer sua função de generalização congruente de expectativas comportamentais em um plano mais elevado em termos de complexidade e abstração; assim, as decisões jurídicas são capazes de criar uma expectativa comportamental nos membros da sociedade, sendo reconhecido como válido por ser emanado por uma ordem jurídica previamente estatuída. “O processo decisório regulado realiza agora aquela seleção entre possíveis projeções

²⁸¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 205.

normativas, aqueles processos institucionalizantes e aquelas identificações de expectativas que tornam o direito congruente na dimensão temporal, social e objetiva.”²⁸²

A institucionalização do procedimento judicial, com a inserção do terceiro comunicador (juiz), que possui a atribuição de institucionalizar expectativas, consiste na conquista evolutiva decisiva das sociedades antigas. Como visto, as comunicações humanas são sempre conflituosas, marcadas pela existência sempre presente da desilusão, em razão da presença da dupla contingência, “[...] que implica numa rejeição de ofertas de seleções comunicadas [...]”²⁸³. Portanto, o conflito social, sempre potencial, deve ser controlado juridicamente, o que é feito, em sociedades mais evoluídas, pelo terceiro comunicador; este possui a atribuição de “[...] emitir mensagens normativas (normas jurídicas), as quais irão institucionalizar o conflito social existente entre os receptores sociais [...]”²⁸⁴.

Assim, a diferenciação do processo jurídico como sistema relativamente autônomo, capaz de estabelecer a generalização congruente de expectativas pela inserção da figura do terceiro comunicador – sempre mais poderoso que qualquer das partes em disputa – motiva a participação ativa das partes em conflito para a comprovação da compatibilidade de suas expectativas. Deste modo, a luta física e a reação vingativa são substituídas por processos jurídicos, capazes de retratar os conflitos de forma mais complexa.

Com a criação do processo como mecanismo de solução de conflito, a identidade do indivíduo deixa de estar atrelada aos vínculos do parentesco, afirmando-se, agora, na pertença a uma organização territorial, cuja unidade é referida ao soberano. Porém, na diferenciação funcional do sistema jurídico resta, ainda, a formação de algumas conquistas, principalmente: (i) *especificação do sistema de interação*, resultante da pré-fixação de critérios que formarão a decisão jurídica prescritiva; (ii) *neutralização da personalidade individual do juiz* de preferências individuais e demais relações pessoais; (iii) *isolamento de outros papéis sociais*, sempre que estes não constituam tema da decisão, ou seja, caso o réu seja uma figura hierárquica importante, porém este fator não compõe uma circunstância relevante do conflito, sua superioridade deverá ser desconsiderada na

²⁸² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 207.

²⁸³ OLIVEIRA, Mara Regina de. **O desafio à autoridade da lei**: a relação existente entre o poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 93.

²⁸⁴ Ibid., p. 94.

formação da decisão judicial; (iv) *não consideração das reações do público*, enquanto condição ou empecilho à execução das decisões; e (v) *separação entre tribunal e processo*, no sentido de que um tribunal pode realizar diversos processos diferentes sobre temáticas diferentes, podendo adequar-se propriamente a estas mutações.²⁸⁵ Daí que o processo judicial das culturas antigas é formado pela combinação de diversas conquistas evolutivas, realizadas paulatinamente através de realizações graduais que se apoiam e impulsionam reciprocamente.

A diferenciação funcional incompleta da sociedade permanece como marca das culturas antigas, as quais veem o direito como uma amálgama entre expectativas normativas (dever-ser) e expectativas cognitivas (ser). Deveras, as expectativas normativas poderiam ser diferenciadas apenas no âmbito da técnica jurídica, contudo, em suas bases, permaneciam vinculadas ao conceito de verdadeiro, absoluto e imutável, em razão de sua vinculação a uma ordem moral. Disso decorre que a “[...] inquestionabilidade discursiva das instituições, assim como a sobreposição permanente e recíproca entre os discursos da verdade e da validade normativa”²⁸⁶. Inobstante, certo é que suas conquistas evolutivas, surgidas em níveis diferentes nas diversas comunidades existentes (anglo-saxônica, greco-romana, chinesa, etc.), iluminaram o desenvolvimento social propulsor de uma nova era, a sociedade moderna.

2.1.1.3 Direito na sociedade moderna

O conceito de modernidade, na esteira da advertência feita por Orlando Villas Bôas Filho, não possui uniformidade conceitual, sendo descrito de maneira polissêmica pelos mais variados estudiosos²⁸⁷. Identificando a diversidade conceitual no trato do conceito de modernidade, Danilo Martucelli destaca a existência de três grandes matrizes teóricas, a saber: (i) matriz da diferenciação; (ii) matriz da racionalização; e (iii) matriz da condição moderna.

²⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 209.

²⁸⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 43.

²⁸⁷ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54-58.

Dentro desta diferenciação, Luhmann seria a expressão mais radical da matriz da diferenciação social como critério de caracterização da sociedade moderna, tão radical que, segundo Martucelli, se faz “[...] à custa do sacrifício do problema da integração social [...]”; porém, importante é notar que “[...] no bojo dessa matriz interpretativa a questão da diferenciação social é elevada à condição de elemento essencial para a inteligência da modernidade [...]”.²⁸⁸ Vale notar que a esta matriz alinham-se, ainda, os pensamentos de Durkheim, Talcott Parsons, Pierre Bourdieu, dentre outros.

Por outro lado, Max Weber, Herbert Marcuse, Michel Foucault e Jürgen Habermas, ainda que sob perspectivas diferentes e muitas vezes conflitantes, podem ser, segundo Martucelli, classificados como representantes da matriz racionalista, por considerar como elemento de suas análises da modernidade o processo de racionalização. O problema da racionalidade é, de certa forma, irrelevante para a análise evolutiva realizada pela teoria dos sistemas, o que também lhe permite se desvencilhar de um critério cronológico evolutivo. Por fim, na matriz da condição moderna, encontram-se autores como Georg Simmel e Alain Touraine (e, por que não, Zygmunt Baumann), cujas análises se voltam para a verificação dos paradoxos e contradições insuperáveis da vida moderna, que se tornou líquida e fugaz.²⁸⁹

Adotando-se o cabedal da teoria dos sistemas – método de análise desta pesquisa –, a sociedade moderna deve ser caracterizada, portanto, pela intensificação da complexidade e da diferenciação funcional. A intensificação da complexidade da sociedade promove novos problemas a serem absorvidos para todas as esferas de sentido, dentre elas o direito; deste modo, tornam-se obrigadas a criar novas formas de assimilação desta complexidade, ou seja, a estabilização de novas estruturas.

Os sistemas parciais da sociedade começam a se diferenciar pela inexistência de um vínculo comum, tais como as crenças. “Não só a ciência, mas também a arte, a moral e o direito desprendem-se, com o desenvolvimento da sociedade moderna, do âmbito sacro”²⁹⁰; começa a se formar, assim, a condição necessária para a instituição do Estado Democrático de Direito, qual seja, a *diferenciação sistêmica*.

²⁸⁸ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

²⁸⁹ Ibid., p. 54-58

²⁹⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 44.

A sociedade moderna é marcada pela diferenciação de sistemas funcionais, dentre eles o sistema do direito, cuja seletividade passa a ser regulada pelo processo de positivação. Esta clausura operativa é proporcionada pela ruptura com a diferenciação segmentaria como critério único de diferenciação social²⁹¹, bem como pela complexidade alcançada pelo sistema político e o encerramento operativo do sistema econômico.²⁹² O impulso inicial para a formação dos sistemas parciais advém do meio, ou seja, do aumento da complexidade do sistema social; porém, ao se tornarem autônomos, os sistemas conseguem se autoestruturar; ou seja, “alimentam por si mesmos o fogo de sua própria existência”²⁹³. Com isso, os sistemas devem responder às pressões do meio, cada vez mais complexo, seja através da crescente indiferença ou aumentando sua autoirritabilidade.

Outrossim, cabe notar que o aumento da complexidade torna os sistemas parciais cada vez mais dependentes entre si: “[...] a economia depende das garantias políticas e de decisões paramentais; a política, do sucesso econômico; a ciência, de financiamentos e da capacidade de planejamento da política; a economia da pesquisa científica [...]”²⁹⁴; contudo, esta inter-relação deve ser igualmente controlada pelo próprio sistema, o qual não poderá se manter dependente de flutuações que não sejam por ele contornáveis.

Em relação ao sistema jurídico, tem-se que a diferenciação funcional acarreta o aumento dos projetos normativos nos demais subsistemas, obrigando-o a suportar o crescimento de seu encargo decisório em todos os planos de generalização. “Os problemas em consequência da diferenciação funcional transparecem aqui, e também em outros casos, nos diversos institutos do direito, no fato de que noções já familiarizadas se tornam questionáveis e inseguras; surgem rachaduras nos sistemas dogmáticos.”²⁹⁵ Cria-se uma sensível instabilidade da arte conceitual e domínio do direito pelo próprio direito; nascem figuras novas, ainda indeterminadas, como direito do trabalho, direito do trânsito,

²⁹¹ Veja-se que a diferenciação segmentária continua a existir, pois permanece a formação de famílias, comunidades, etc.; contudo, esta deixa de ser o critério definidor da sociedade, abrindo espaço para a diferenciação funcional.

²⁹² DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 75.

²⁹³ AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juis, 2004, p. 314.

²⁹⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 227.

²⁹⁵ Ibid., loc. cit.

direito econômico, dentre outras. Para que esta instabilidade fosse resolvida dentro do próprio sistema jurídico, tornou-se cada vez mais necessário o recurso à atividade legiferante.

É pelo processo de positivação que a norma jurídica passa a ser caracterizada como estatuída, modificável e de vigência condicionada, garantindo-se a racionalidade do direito²⁹⁶. Daí porque, diversamente do que ocorria nas sociedades arcaicas e nas culturas antigas, o direito passa a ser obrigatório pela sua simples “vigência”; além disso, a ideia de hierarquia assimilada no processo evolutivo anterior é transposta para o direito, de modo a garantir um escalonamento da ordem normativa e canalizar as reações a insuficiências, ambivalências e ausência de normas. O destacamento do direito da ordem religiosa tornou-se possível pela criação da ideia de direito natural, que considerava a ordem jurídica como fruto de uma vontade divina através da ideia de justificação religiosa do direito; contudo, esta invariância de conteúdos normativos tornou-se, com o aumento da complexidade, insustentável, na medida em que a realidade social não esgotava as possibilidades de variação do direito. Disso decorre que o direito precisava ser visto como mutável para a sociedade moderna.

Porém, para que o direito se apresente como mutável, não basta a instauração formal de um processo; devem-se fornecer condições para a possibilidade de alteração do mesmo. Com isso, tornou-se necessário que o cargo do legislador se diferenciasse do senhor, ou seja, “[...] o senhor não podia mais ser o ‘Estado’, mas apenas possuía um papel no Estado.”²⁹⁷ É, portanto, a criação da figura jurídica do Estado que possibilita a institucionalização do processo de alteração do direito diversamente dos papéis. Além disso, seguindo a história jurídica ateniense, Luhmann ressalta que a instauração juridicamente formal do processo também deveria servir para *diferenciar entre desobediência e desejo de mudança*. Portanto, as modificações legislativas devem respeitar as normas jurídicas em vigor, não constituindo mero ato de rebeldia, um protesto contra o direito vigente; os desejos de mudança devem ser canalizados e selecionados por um sistema político suficientemente diferenciado funcionalmente.

O elemento basilar das sociedades modernas a consiste na estabilização do direito positivo, marcado pelo fato de que sua vigência baseia-se exclusivamente na

²⁹⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 230.

²⁹⁷ Ibid., p. 233.

decisão também modificável por outra decisão. Este fator eleva a complexidade e a contingência do direito, adaptando-o às mudanças de seu ambiente igualmente complexo. O direito moderno decorre da sobrecarga de expectativas que requisitam uma seletividade intensificada do sistema, de modo que ele deve ser hábil na realização de seleções por meio de suas próprias estruturas; com isso, o direito deve definir suas próprias margens.

A positividade do direito moderno torna-o aberto para o futuro, na medida em que vige não em razão de uma ordem superior ou sobrenatural, mas porque sua seletividade preenche a função do estabelecimento de congruência. Instabilidade torna-se, portanto, sua característica; cada seleção realizada pelo direito corresponderá à ampliação da contingência.

A positividade permite que o direito decorra da seleção promovida pelo sistema, de modo que sua vigência se encontra atrelada a um ato de escolha (decisão) entre outras possibilidades existentes, demonstrando sua revogabilidade e mutabilidade. “O fator historicamente novo da positividade do direito é a legalização de mudanças legislativas, com todos os riscos que isso acarreta.”²⁹⁸

É justamente este risco sempre pungente que permite, como passo evolutivo seguinte à positividade, o estabelecimento da democracia; conforme se verá, a parte da democracia enquanto ideal, a democracia enquanto conquista evolutiva é justamente a manutenção constantemente elevada desta complexidade; na lição de Raffaele De Giorgi:

Se é verdade que só na sociedade moderna se produzem as condições estruturais para a democracia, é igualmente certo que na democracia moderna existem riscos estruturais inerentes à sua função que, repita-se, consistem em manter alta a complexidade social, em deixar aberto o horizonte das alternativas de escolha e em produzir continuamente o tempo da política.²⁹⁹

Fixado que a positividade é marco evolutivo definidor da sociedade moderna, garantido pela diferenciação funcional e encerramento operativo dos sistemas, importante tratar sobre como estas seleções necessitam ser estabilizadas para a completude do marco evolutivo seguinte, a saber, o Estado Democrático de Direito.

²⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 09.

²⁹⁹ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 45.

2.2 Diferenciação funcional do direito como conquista evolutiva necessária à democracia

2.2.1 Autopoiese e positividade jurídica

Conforme analisado anteriormente, não basta a decisão legislativa para que o direito seja considerado como direito de uma sociedade moderna; faz-se necessária que esta decisão seja vista enquanto fato histórico passível de revogação, mutabilidade. Outrossim, este ato de decisão deve ser visto em um conceito temporal abstrato que o torne desvinculado de um momento favorável específico; para tanto, “[...] é necessário abandonar-se a antiga noção de que teria existido um momento irretornável quando o direito teria sido gerado – um início histórico, um momento de revelação imediata do homem com as fontes religiosas da verdade e do direito [...]”.³⁰⁰

Esta constante ideia de modificação revela que o direito é fruto de uma atividade de seleção a qualquer momento modificável, bem como que esta escolha se baseia no fato de que o sistema não é outra coisa senão fruto de si próprio, ou seja, de uma seleção arbitrária de comunicações realizada por suas próprias estruturas (autorreferência ou *autopoiese*); este ato de estatuir-se revela uma contingência insuperável, uma vez que toda seleção poderia ter tido outro resultado. A contingência do sistema do direito é revelada ao se tomar consciência de que “[...] ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte da experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente; o direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável.”³⁰¹

É justamente esta capacidade de gerar contingência e incrementar a complexidade que permite ao Estado e Direito modernos constituir um regime democrático. Vista pela teoria dos sistemas como conquista evolutiva, a democracia significa principalmente a possibilidade de “incremento da complexidade”, por meio do “[...] incremento da possibilidade de escolha, significa contínua disponibilidade no tratamento da contingência. Isso é democracia hoje. Diante disso, percebe-se que ficou

³⁰⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 09.

³⁰¹ Ibid., p. 10.

superado o campo semântico no qual se descrevia a democracia, sob o ponto de vista da tradição.”³⁰² Dessa forma, pode-se deduzir que, para avançar no estágio evolutivo da democracia, a positividade deve estar estabilizada no sistema social como forma de reestruturação do direito, que permite o incremento de sua contingência e complexidade, adequando-o às necessidades de uma sociedade igualmente complexa.

Ainda, as vantagens da positividade apenas podem ser sentidas se ocorrer o fechamento operativo dos sistemas sociais; ao se tornar autorreferencial, o sistema reproduz como unidade tudo aquilo que usa como unidade, assimilando ou repudiando as transformações do ambiente. De fato, o ambiente não é apenas uma perturbação ao sistema, mas, sim, o fundamento do sistema, na medida em que é condição *sine qua non* para sua existência; portanto, para a teoria luhmanniana, não pode ser desprezado, mas tido como elemento fundamental para a existência e permanência do sistema enquanto diferença. Contudo, após a ocorrência do encerramento operativo, as mudanças do ambiente apenas podem ser assimiladas de acordo com os próprios critérios do sistema, ou seja, a partir da auto-observação que permite a realização da *autopoiese*. “Em relação ao sistema, atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando este, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma”³⁰³.

No que se refere ao direito, isso significa que este se tornará capaz de controlar de forma exclusiva o código binário “lícito/ilícito”, de modo a autodeterminar as escolhas das expectativas normativas e cognitivas apresentadas pelo ambiente. Portanto, seu fechamento operativo refere-se à possibilidade, sempre contingente, de se autorreproduzir. Visto desta forma, o sistema jurídico “[...] não é nem a totalidade dos atos jurídicos acontecidos, nem das expectativas vigentes, nem um conjunto de normas, nem uma hierarquia formal: é o modo como o direito se pode criar unicamente a partir do próprio direito.”³⁰⁴

³⁰² DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 53.

³⁰³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 62.

³⁰⁴ Apud AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann**: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juis, 2004, p. 314.

A consequência do encerramento operativo é a dependência do sistema de sua própria organização interna para manter sua diferença em relação ao ambiente; com isso, “[...] as estruturas específicas podem ser construídas e transformadas, unicamente mediante operações que surgem nele mesmo. [...] Pode-se dizer que a evolução leva necessariamente ao encerramento operativo [...]”³⁰⁵. Permanece, porém, a dúvida sobre como o encerramento operativo é possível para o sistema jurídico sem o tornar indiferente ao meio. Para esclarecer este ponto, faz-se necessário compreender que a abertura do sistema é promovida por meio do próprio fechamento.

A diferenciação do sistema jurídico parte da combinação de expectativas normativas e cognitivas, e do reconhecimento desta distinção pelo sistema. As expectativas são reconhecidas como normativas quando, mesmo no caso de decepções, são mantidas pelo sistema, ou seja, recusa-se a adaptação. É justamente por meio deste processo de reconhecimento que o direito realiza seu aprendizado; portanto, é por meio de seu fechamento operativo que o sistema jurídico se mantém sempre apto a aprender, de modo a ser, concomitantemente, um sistema aberto e fechado. Na lição de Luhmann:

A clausura torna-se muito melhor formulada como um paradoxo: O sistema é aberto *porque* é fechado, ou ainda, é fechado *porque* é aberto, e ele – se levamos em consideração a complexidade como variável de desenvolvimento – nunca está mais aberto que fechado, e nunca está mais fechado que aberto.³⁰⁶

Com isso, o sistema do direito pode assimilar as modificações do ambiente por meio de suas próprias operações, tornando-se, independentemente de fatores exógenos, controlável internamente. Ou seja, através do fechamento operativo, o direito consegue o distanciamento necessário de interesses econômicos, políticos, concepções morais e religiosas, dentre outros fatores que, ao longo da história, impossibilitaram sua evolução, na medida em que qualquer alteração futura dependerá, inevitavelmente, passar por processo seletivo de filtragem dentro do próprio sistema.

³⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 111.

³⁰⁶ Id. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 63-64.

2.2.2 Diferenciação entre direito e política

A origem histórica do conceito moderno de Estado motivou a compreensão de uma unidade formada entre sistema político e sistema jurídico. Com o fim da Idade Média, o conceito de soberania do Estado fincou-se no controle político da jurisdição, que anulava as jurisdições feudais e eclesiásticas, ou seja, o poder do soberano se consolidava na capacidade generalizada de impor as ordens e no fato que estas seriam apresentadas e impostas conforme o direito. No início da Idade Moderna, esse sincretismo entre política e direito foi reforçado pela ideia de direito natural e a ideia de que a função do direito era a garantia desses valores universais, prioritariamente a liberdade.³⁰⁷

Contudo, para uma teoria dos sistemas autopoieticos e enclausurados operativamente, que considera a autonomia e individualidade históricas dos sistemas parciais, não é possível considerar essa unidade, devendo-se distinguir as funções de cada um dos sistemas e as modalidades de relações entre eles. Parte-se da premissa de que direito e política, apesar de suas íntimas relações, são sistemas diferenciados que convivem horizontalmente no macrossistema social:

As operações dos sistemas se identificam apesar de separados, porque são eles mesmos que ao reproduzirem-se decidem sobre seus próprios limites. Isso ocorre com a ajuda de um código especificamente próprio. No sistema político isso é levado à cabo por meio da respectiva distinção do poder em turno entre poder ministerial e seus subordinados (governantes e governados), assim como pelo código do poder ministerial que se expressa no esquema: governo/oposição. No sistema jurídico a codificação descansa em uma distinção totalmente diversa: o conforme com o direito/o discrepante do direito.³⁰⁸ (nossa tradução).

Para a concepção luhmanniana, o direito possui a função de estabilização das expectativas por meio da generalização congruente. Segue-se daí que o direito possui a função de regular as relações sociais, apresentando-se como uma estrutura capaz de definir os limites das interações realizadas na sociedade. Veja-se, portanto, que o direito regula as

³⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 291-295.

³⁰⁸ Texto original: “Las operaciones de los sistemas se identifican por separado, porque son ellos mismos los que al reproducirse deciden sobre sus propios límites. Esto ocurre con la ayuda de un código especificamente propio. En el sistema político esto se lleva a cabo por medio de la respectiva distinción del poder en turno entre poder ministerial y sus subordinados (governantes/governados), así como por el código del poder ministerial que se expresa en el esquema: gobierno/oposición. En el sistema jurídico la codificación descansa en una distinción totalmente diversa: lo conforme con el derecho/lo discrepante con el derecho”. (Ibid., p. 312).

expectativas sociais, o que não está vinculado diretamente aos indivíduos, ou seja, o termo *expectativa* não se refere a um estado de consciência de um ser humano concreto, mas, sim, a um aspecto temporal do significado das comunicações.³⁰⁹ Deveras, perante uma sociedade complexa, o sistema está sempre vinculado à contingência; assim é que o direito se apresenta como uma estrutura social capaz de estabilizar, ao menos no campo das expectativas, a incerteza do futuro.

Portanto, nenhuma outra função deve ser sobreposta – e até mesmo atribuída – ao direito afora o controle das “expectativas sobre expectativas”. Essa autonomia funcional e operacional do direito é de suma importância, na medida em que, para a teoria dos sistemas, o Estado Democrático de Direito encontra-se ancorado justamente neste critério; porém, para que isto ocorra, é necessário que não só o sistema do direito se encontre diferenciado funcional como também o sistema político.³¹⁰

Destarte, não é apenas o direito que deve ter conquistado sua diferenciação funcional e encerramento operativo, mas também a política deve encontrar-se no mesmo estado evolutivo, ou seja, deve ser uma política autopoiética, não influenciada por fatores externos e particularismos. Entende-se por política o conceito traçado pela teoria dos sistemas de “esfera da tomada de decisão coletivamente vinculante ou da generalização da influência (autoridade, reputação e liderança).”³¹¹

Ocorre que a relação entre direito e política travada pelo processo legislativo sempre foi um desafio à teoria dos sistemas, que trata como conquista da modernidade a separação destes sistemas. “A final de contas, a positivação do direito e a democratização da política se apoiam mutuamente e estão tão fortemente impregnados o que hoje se apresenta como sistema político e sistema do direito que resulta difícil perceber a existência de dois sistemas diferentes.”³¹²

³⁰⁹ Sobre o tema, vide FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 01 e **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 142.

³¹⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 85.

³¹¹ Ibid., p. 86.

³¹² LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 298. Texto original: “A final de cuentas, la positivización del derecho y la democratización de la política se apoyan mutuamente y han impregnado tan fuertemente lo que hoy se presenta como sistema político y sistema de derecho, que resulta difícil percibir allí dos sistemas diferentes.”

Como visto, nas culturas antigas, a separação entre política e direito era possível apenas em razão do primado do direito natural, o qual considerava que as normas jurídicas eram ditadas por uma autoridade divina; porém, após a criação da figura do Estado, o sincretismo entre direito e política, para o observador externo, parece ter se tornado latente, em razão da criação do processo de positivação pelo poder legislativo. A imbricação entre direito e política é tratada, por Thomas Hobbes, pela figura do soberano, o qual constitui, em uma só autoridade, as funções da política e do direito:

O Estado é visto como uma entidade política e jurídica. A lei é subordinada à política, sem direitos legais de resistência a ações soberanas. O Direito é visto como um instrumento da política, com muita atividade política sendo designada para a criação de leis positivas. A aprovação da legislação é um evento unitário, que pertence ao direito e à política. A designação de recursos para a manutenção de um sistema jurídico é uma decisão política.³¹³ (nossa tradução).

A relação de dependência e subordinação entre direito e política era latente em razão da precária diferenciação funcional existente antes da efetiva diferenciação de funções e criação de estruturas próprias aos sistemas da política e do direito que permitisse o encerramento operativo de ambos. Ocorre que a criação do processo legislativo, apesar de parecer evitar a efetiva clausura sistêmica da política e do direito, apenas contribui para sua ocorrência; porém, para que o observador externo perceba esta diferenciação, deve abandonar a ideia de que o direito é um instrumento da política.

A função da política, como demarcado, é promover a criação de decisões coletivamente vinculantes; consiste, portanto, em poder generalizado que garante a obediência a comandos (*generalized power to secure obedience to commands*³¹⁴). Em uma democracia, a política deve lograr solucionar seu próprio paradoxo, legitimando-se por meio de suas próprias operações e autosseleccionando os estímulos do ambiente que serão tematizados pelo sistema. Nesse sentido, a política deve controlar, por si só, o código “poder e não poder”, sem interferência das disjunções de outros sistemas, tais como a

³¹³ LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 38. Texto original: “The state is seen as both a political and legal entity. Law is subordinate to politics, with no legal right of resistance to the sovereign’s actions. Law is viewed as an instrument of politics, with much political activity being devoted to the creation of statutes. The passing of legislation is a unitary event, which belongs to both politics and law. The funding of the legal system is a political decision”.

³¹⁴ Ibid., p. 38.

economia, religião, amizade, estética, dentre outros. Sobre o tema, lúcidas são as palavras de Marcelo Neves:

Nesse sentido, “poder ou não-poder” é uma disjunção que não se confunde com aquela entre “ter ou não-ter”. Em outras palavras, o código de preferência da economia não se sobrepõe ao código da política, nem vice-versa. [...] Em termos práticos, isso importa que no Estado de Direito os mais ricos nem sempre são os “donos do poder”, freqüentemente perdem a eleição. Há uma neutralização do econômico na esfera do político. Da mesma maneira, a política não fica subordinada aos códigos da relação amorosa (“amor/desamor”), da amizade (“amigo/inimigo”), da moral (“consideração/desprezo”), da ciência (“verdadeiro/falso”), da religião (“transcendente/ imanente”) e da arte (“belo/feio”)³¹⁵.

Resultado da diferenciação do sistema político é que suas comunicações tornam-se autorreferencialmente fechadas, não sendo influenciadas por critérios do ambiente, cujas irritações devem ser processadas internamente para que possam gerar modificações estruturais. Quando esta diferenciação funcional da política se estabiliza, o sistema tende a se transformar em sistema universal de elaboração de complexidade, permitindo a renovação constante de temas e deixando em aberto o horizonte das alternativas de escolha.³¹⁶ Apenas sob esta condição estrutural, que permite a manutenção da complexidade, é que a democracia poderá se consolidar, tal como adverte Raffaele de Giorgi:

A democracia é a oportunidade de reproduzir sempre novos horizontes de decisão sob as condições de autocontrole fixadas no sistema da política. **A democracia se encontra na base do incremento da complexidade e do seu controle seletivo através da tematização política das exigências do ambiente.** Precisamente nisso, afirma Luhmann, reside a racionalidade e a humanidade da democracia: não no sentido de considerar a democracia como um conjunto de procedimentos racionais para superar conflitos sociais, nem no sentido de que a democracia realiza valores universais. Essa racionalidade e essa humanidade constituem os seus limites. Suas potencialidades consistem na estabilização evolutiva da diferenciação social, isto em sua capacidade estrutural de abrir espaço do possível; **democracia é um excesso de produção de possibilidades de decisão.**³¹⁷ (grifo nosso).

³¹⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 86.

³¹⁶ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 44-45.

³¹⁷ Ibid., p. 57.

Portanto, o sistema político – diversamente do sistema jurídico – é, no contexto moderno de democracia, sempre demarcado pela oposição, em razão da organização em partidos políticos que se orientam pela disputa do controle governamental; o sistema governo/oposição se converte na fórmula do sistema político. Por sua vez, no sistema jurídico, não há uma oposição consolidada – e, se existente, será compreendida como oposição política –, na medida em que as alternativas dependem apenas de *cases and controversies*, ou seja, das peculiaridades do caso particular e das regras³¹⁸.

É justamente nesse excesso de possibilidade que se encontra o risco da democracia, na medida em que o tempo da seletividade política se opõe ao tempo da seletividade jurídica. Deveras, o sistema jurídico é marcado por sua mudança gradativa e lenta; este fator é oposto à volatilidade com que as demandas são selecionadas pela política.

Desta forma, mais capacidade de resposta é requerida pela política do que pode ser suportada pela capacidade seletiva do direito; este é um risco da democracia. Assim, o confronto temporal pode gerar relativa indiferença entre os sistemas na elaboração de informações, o que é comumente chamado de “politização do direito e de substituição da política pelo direito”³¹⁹.

Por isso, mesmo diante da irritabilidade sistêmica causada pelo diferente tempo das operações do sistema do direito e da política, estes nunca devem se tornar indiferentes; o triunfo do regime democrático está justamente na relação estabelecida entre os sistemas político e jurídico (e econômico), de modo a respeitar suas diferenciações funcionais.

Dessarte, o que deve ocorrer é uma maior capacidade de resposta do direito que permita seu acoplamento com os demais sistemas; assim, apesar de diferenciados, o sistema da política e do direito convivem em uma “situação parasitária”,

³¹⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. cap. 09.

³¹⁹ Sobre o tema: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 44-45 e LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 40.

um “mutualismo” em que ambos existem e podem crescer graças à diferença externa decorrente da diferenciação funcional³²⁰.

2.2.3 A Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política

O ambiente pode afetar o sistema ao produzir irritações, problemas, perturbações, os quais devem ser reelaborados internamente. Por sua vez, o fechamento operacional resulta na *autopoiese* sistêmica, tornando-se fechado não apenas aos sistemas psíquicos (p. ex., indivíduos e suas consciências), mas também aos demais sistemas parciais da sociedade; com isso, a teoria dos sistemas defronta-se com o problema de como estão estruturadas as relações sistema/meio.

Como todo sistema é necessariamente ambiente dos demais, tem-se que o sistema jurídico é ambiente da política, e vice-versa. Contudo, a clausura operativa não torna o sistema indiferente ao meio; ao contrário, é a própria existência do meio que a torna possível, de modo que “[...] carece de sentido perguntar o que é mais importante, sistema ou meio, já que é precisamente *esta* diferença que torna possível o sistema.”³²¹ Disso decorre que as estruturas do sistema são produzidas tão somente a partir do estímulo recebido pelo próprio meio, implicando a dependência da evolução da distinção funcional da própria evolução da complexidade social, tal como visto na abordagem evolutiva histórica realizada anteriormente.

Portanto, cabe responder ao questionamento de como o sistema entra em contato com o meio e quais instrumentos conceituais são necessários para análise desta relação, notadamente em relação aos sistemas do direito e da política. A este questionamento a teoria dos sistemas responde com o conceito de *acoplamento estrutural*.

³²⁰ Sobre a “situação parasitária” existente entre sistema jurídico e político, Luhmann afirma que: “El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre lo que es conforme a derecho/y lo discrepante. A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz –la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se puedan imponer por la fuerza– está asegurada en otra parte: en el sistema político” (In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 304).

³²¹ Id. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 128.

O conceito originário de *acoplamento estrutural* é proveniente da pesquisa no campo da biologia realizada por Maturana, merecendo adaptação para aplicação às ciências sociais. Em sua ideia original,

[...] o conceito de acoplamento estrutural especifica que não pode haver nenhuma contribuição do meio capaz de manter o patrimônio da autopoiesis de um sistema. O meio só pode influir causalmente em um sistema no plano da destruição, e não no sentido da determinação de seus estados internos.³²²

Deste conceito depreende-se que o acoplamento estrutural, tal como tratado por Maturana, parte da premissa de que o sistema é sempre *autopoietico*; assim, qualquer alteração em suas estruturas realizada entre o acoplamento do sistema e o meio deve respeitar a *autopoiesis* sistêmica. Com isso, o acoplamento exclui que dados do ambiente possam definir o que ocorre no sistema, na medida em que a adaptação do sistema ao meio decorre de uma escolha altamente seletiva, deixando de fora desta esfera vários estímulos. Nesse sentido, afirma Luhmann:

Com os acoplamentos estruturais um sistema pode se ligar a condições altamente complexas do ambiente sem necessidade de absorver ou reconstruir sua complexidade. Como pode ser reconhecida na estreita faixa de percepção entre olhos e ouvidos, os acoplamentos estruturais sempre captam apenas uma parte extremamente reduzida do ambiente. Tudo o que não está ali incluído não pode irritar ou estimular, só apenas agir destrutivamente sobre o sistema.³²³ (nossa tradução).

Disso decorre que, por meio do acoplamento estrutural, o sistema realiza um recorte dos estímulos que poderão influir causalmente no sistema, criando, por outro lado, um campo de indiferença³²⁴. Portanto, o acoplamento estrutural permite o trânsito de operações entre sistemas sem a ocorrência de qualquer corrupção em seu fechamento operativo, em outros termos, “Consiste ela em que um sistema põe à disposição do outro o seu conjunto de operações; a sua própria complexidade, portanto.”³²⁵

³²² LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 128.

³²³ Id. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 78. Texto original: “Con los acoplamientos estructurales un sistema puede empalmarse a condiciones altamente complejas del entorno sin necesidad de absorber o reconstruir su complejidad. Como puede reconocerse en la estrecha banda física de percepción de ojos y oídos, los acoplamientos estructurales siempre captan solo una parte extremadamente reducida del entorno. Todo lo que no está allí incluido no puede ni irritar ni estimular, sino solo obrar destructivamente sobre el sistema.”

³²⁴ LUHMANN, op. cit., 2009, p. 128-150.

³²⁵ COHN, Gabriel. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 13, n. 38, 1998, p. 60.

Como exemplos de acoplamento estrutural existente entre o direito e os demais subsistemas parciais da sociedade, podem-se citar: (i) conceito de contrato, enquanto acoplamento estrutural entre o direito e a economia; (ii) conceito de propriedade, também como acoplamento estrutural entre o direito e a economia; (iii) Constituição, enquanto acoplamento estrutural entre o direito e a política. Pode-se dizer, em síntese, que o acoplamento estrutural resulta de um pequeno espectro de seleções de efeitos possíveis do ambiente no sistema, de modo que o próprio sistema passa a controlar as irritações do ambiente que serão reproduzidas internamente³²⁶.

Para que se possa verificar a constatação empírica do acoplamento estrutural tal qual extraído das ciências biológicas, Luhmann fornece exemplo que facilita a compreensão do preceito teórico, dentre eles o acoplamento estrutural entre cérebro e ambiente realizado pelo sistema sensorial humano. Deveras, para que possam operar de forma organizada, os estímulos do ambiente levados ao cérebro pelos sistemas sensoriais são limitados, possuindo um determinado grau de possibilidade de irritação, tais como os limites de identificação de cores e distância dos objetos pela visão, cota de decibéis que podem ser percebidos pela audição, dentre outros. É justamente por esta limitação que o sistema não fica sobrecarregado pelos estímulos do meio, tornando possível o processamento de efeitos que levam ao surgimento de estruturas complexas pelo cérebro³²⁷.

Do mesmo modo, os sistemas sociais se acoplam estruturalmente aos sistemas psíquicos, sem os quais não seria possível o processo de comunicação. Porém, as consciências dos sistemas psíquicos não são conteúdos diretos das comunicações, próprias dos sistemas sociais. Por isso que, conforme afirmado anteriormente, o homem, enquanto sistema psíquico, faz parte do ambiente da sociedade e não do próprio sistema. “Os acoplamentos estruturais entre comunicação e consciência surgem paralelamente, na evolução (eles *coevoluem*), e têm a função de alcançar uma alta complexidade”³²⁸; porém, tendo em vista que a evolução – tal como compreendida pela teoria dos sistemas – não corresponde a progresso, não se pode afirmar que este desenvolvimento aponta para a perfeição, ou seja, um aumento de racionalidade da sociedade moderna³²⁹.

³²⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 132.

³²⁷ Ibid., loc. cit.

³²⁸ Ibid., p. 149.

³²⁹ Ibid., loc. cit.

Conforme se verá em momento oportuno, uma ideia fundamental à compreensão da democracia vinculada à noção de acoplamento estrutural entre sistemas psíquicos e sistema jurídico, enfatizada por Orlando Villas Bôas Filho³³⁰, é o conceito de pessoa. Trata-se de unidade construída pela comunicação que permite a irritação e interpenetração entre esses dois sistemas, sem macula à autopoiese de ambos.

Voltando à questão do relacionamento entre sistema do direito e sistema político, tem-se que o acoplamento estrutural realizado entre ambos se dá também pela Constituição. “As Constituições sedimentam a unidade da diferença entre direito e política: permitem o fechamento recíproco destes dois sistemas, isto é, a sua recíproca irritabilidade e independência e, portanto, a sua completa diferenciação.”³³¹

Assim, a Constituição é compreendida como conquista evolutiva da sociedade moderna, na medida em que decorre da diferenciação funcional entre política e direito. Portanto, a Constituição possui um papel fundamental na sociedade moderna, servindo como “[...] mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito”³³², na medida em que realiza o recorte de estímulos entre estes sistemas que serão reciprocamente considerados. Garante, desta forma, a diferenciação sistêmica do direito e da política, sem torná-los, portanto, indiferentes.

Sob a óptica do direito, a Constituição impede que o sistema tenha como legitimadores fatores externos ao próprio sistema, tais como os postulados do direito natural ou morais; fecha operativamente o sistema jurídico e promove a existência de uma hierarquização decorrente apenas dos elementos internos da ordem jurídica, evitando “[...] uma hierarquização externa no estilo típico ‘direito natural → direito positivo’.”³³³ Ainda, consiste no mecanismo mais abrangente de autorreprodução sistêmica e da filtragem de estímulos do ambiente que serão relevados como irritações internas em sua operação autopoietica.

³³⁰ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336; *vide* também LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 78-79.

³³¹ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 75.

³³² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 97.

³³³ *Ibid.*, p. 99.

Por sua vez, pela perspectiva da política, a Constituição reintegra no interior do sistema o código ‘lícito/ilícito’ como seu segundo código binário, ao lado do “poder e não poder” (ou “governo e oposição”), imunizando-o das pressões particularistas. Conforme leciona Marcelo Neves, para que esta imunização jurídica seja fielmente recepcionada pelo sistema político, deve-se garantir, sobretudo, a institucionalização de procedimento eleitoral democrático como forma de garantia de generalização do apoio político, o qual impede a manipulação do sistema político por interesses particularistas e concretiza a formação pluripartidária do parlamento³³⁴.

Ainda na perspectiva de Marcelo Neves, a Constituição do Estado Democrático de Direito para cumprir sua tarefa de garantia da separação funcional dos sistemas do direito e da política, deverá assegurar, para o fortalecimento da política, o procedimento eleitoral e a divisão dos poderes; por seu turno, em relação ao direito, deverá dispor sobre os direitos fundamentais. “Assim é que a eleição como procedimento político importa o voto como direito fundamental, a ‘divisão de poderes’, o controle jurídico da política mediante, sobretudo, as garantias fundamentais contra a ilegalidade do poder.”³³⁵

Visto pela teoria dos sistemas, os direitos fundamentais não consistem em “direitos naturais” ou “direitos humanos”, não possuem qualquer ligação com as ideias de eternidade ou moralidade. Ao contrário, são conquistas evolutivas que decorrem da diferenciação funcional da sociedade; sua instituição serve para imunizar a sociedade contra a simplificação totalitária, incompatível com seu estágio de complexidade. Ou seja,

[...] apresenta-se sobretudo como um antídoto ao perigo da ‘politização’, entendida aqui como sobreposição ‘poder/não-poder’ aos demais códigos de preferência (‘verdade/falsidade’, ‘ter/não ter’, ‘amor/desamor’, ‘belo/feio’, ‘consideração/desprezo’, ‘transcendente/ imanente’ e, principalmente, ‘lícito/ilícito’).³³⁶

Assim, a Constituição, vista enquanto acoplamento estrutural, permite a relação entre o sistema do direito e o sistema da política. Contudo, ambos os sistemas permanecem *autopoiéticos* e, por isso, devem realizar suas operações por meio de suas próprias estruturas internas; além disso, as justificativas de suas seleções também devem estar embasadas de forma intrassistêmica, sem o recurso a abstrações que impeçam a

³³⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 102.

³³⁵ Ibid., loc. cit.

³³⁶ Ibid., p. 103.

diferenciação funcional. Nesta perspectiva, direito e política devem se autolegitimar, a fim de conquistar a realização do Estado Democrático de Direito. Resta, portanto, responder a esta indagação.

3 DEMOCRACIA E A LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO

3.1 O problema da legitimidade do direito e o ideal democrático

O direito, enquanto estrutura social, possui como função a generalização congruente de expectativas, ou seja, reduz a complexidade social ao promover a generalização do reconhecimento de decisões, conduzindo o indivíduo a aceitar as seleções do sistema como premissas para a realização de seu comportamento. Ocorre que este processo de aceitação de premissas depende de uma *internalização* das decisões como premissas para a realização do comportamento do indivíduo, ou seja, as decisões do sistema do direito devem promover irritações no sistema psíquico (indivíduo) que conduzam à evolução deste (variação, seleção e estabilização de novas estruturas), com a consequente assimilação dos comandos como premissas de seu agir.

Deste modo, para que o direito logre exercer sua função social, os destinatários das comunicações devem ficar minimamente motivados ao cumprimento do comando ante a desilusão de suas expectativas cognitivas pelas expectativas normativas. Assim, se o sistema jurídico envia mensagem no sentido de proibição da conduta “matar alguém”, essa apenas logrará seus objetivos se conseguir a adesão dos destinatários (seres humanos) que, em sua maioria, cumpram o comando por meio da internalização desse enunciado como premissa para suas operações.

A integração de novas estruturas de expectativas na personalidade do indivíduo pode operacionalizar-se de diversas formas, tais como a assimilação de novas experiências, reinterpretação do passado, resignação do sujeito, dentre outros. Porém, em quaisquer destas hipóteses, encontra-se como pano de fundo um processo evolutivo de “[...] transformações de premissas segundo as quais se elaboram os acontecimentos e se escolhem atuações em que o indivíduo busca o seu direito lesado, volta sempre a arrancar a crosta da ferida e procura organizar auxílio e adesão contra a decisão [...]”³³⁷. Caso o processo de aprendizado surta efeitos, as expectativas frustradas passam a ser consideradas pelo indivíduo na realização de suas próximas decisões; porém, caso fracasse, será

³³⁷ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 33-34.

necessário recorrer a estímulos exteriores, tais como o uso da força pelo Estado para produzir o comportamento imposto pela decisão.

Contudo, conforme preleciona Luhmann, a realização deste processo de aprendizado transborda a pré-disposição do indivíduo, na medida em que “[...] depende muito menos de uma aceitação motivada do que duma aceitação sem motivo, independente da aceitação (nisso é idêntica à verdade) do caráter próprio de personalidades individuais, que se pode prever tipicamente sem demasiada informação concreta.”³³⁸ Deste modo, o processo de aprendizado não decorre tão somente de uma pré-disposição do indivíduo, mas, sim, da atmosfera social que o conduz a aceitar as decisões como obrigatórias.

Conforme o Estado foi avocando para si o monopólio do uso da força e da produção jurídica, a questão sobre a legitimidade de suas decisões tornou-se cada vez mais problemática. No início do Estado Moderno, as decisões jurídicas eram estabilizadas socialmente pela crença no direito divino; após, com a laicização estatal, esta tarefa passou a ser incumbência do direito natural. Porém, após as Grandes Guerras e a constatação da historicidade dos direitos fundamentais, a crença no direito natural enquanto reprodução de um direito transcendental perdeu forças. Ainda, com a ampliação da complexidade social e a desfragmentação de um centro de valores comuns, resta impossível falar em uma vontade geral (*volonté générale*), tal como apregoava Rousseau; sequer a experiência ateniense de debate livre na Ágora pode ser agora reproduzida.

Ante a constatação de que o direito das sociedades modernas é muito mais um processo seletivo do sistema, resta impossível o emprego dos critérios passados para a legitimação do direito. Ainda, nenhum fator externo pode ser empregado como quesito legitimador das seleções realizadas pelo sistema, sob pena de perder-se sua diferenciação funcional conquistada evolutivamente; o direito deve, agora, fundar-se sobre si próprio, a fim de se manter como conquista evolutiva social. Na lição de Raffaele de Giorgi, “O direito da sociedade moderna livra-se desses condicionamentos, isto é, da natureza, da razão, dos estamentos, das classes e, como direito positivo, funda-se sobre si mesmo, torna-se o resultado de si próprio e estabiliza-se como aquisição evolutiva desta sociedade.”³³⁹ Portanto, ante a ausência de qualquer elemento externo, o sistema do

³³⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 33.

³³⁹ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 155.

direito, enquanto produtor de diferença, apenas pode se legitimar por meio de suas próprias estruturas, ou seja, por meio de procedimentos internos desvinculados de qualquer conteúdo exterior. Nessa perspectiva, é a lição de Eduardo C. B. Bittar, sobre a teoria luhmanniana de legitimação do direito:

Se toda a legitimação do Direito não advém propriamente de nenhuma substância (justiça), de nenhuma busca moral (dignidade), de nenhum tipo de ostentação da violência (coerção), então a legitimidade se converte num processo de neutralização de alternativas negadoras do modelo instituído, e é neste sentido que **legitimidade passa a ser entendida como legitimação, pois se trata de algo que pertence ao nível da procedimentalidade do próprio Direito.** (grifo nosso).³⁴⁰

O debate luhmanniano a respeito da legitimidade do direito por meio de suas próprias estruturas, ou seja, independente da coerção interna da razão ou da coação externa da força, assume grande importância para a reflexão da ideia de democracia, vista a partir da constatação de que, em tempos atuais, a complexidade social já não suporta mais uma concepção fincada apenas no ideal iluminista de debate livre e consciente, mas permanece como construção histórica prenhe de conflitos³⁴¹. Isso porque, como se viu na primeira parte deste trabalho, em uma sociedade complexa, as seleções sistêmicas são sempre contingentes, na medida em que toda escolha implica em abdicar de outras possibilidades existentes; a contingência constante é causa de um dissenso sempre potencial dado à diversidade de interesses que caracteriza a democracia constitucional.

Portanto, para que as seleções realizadas pelo sistema do direito se legitimem, não mais podem depender da aceitação voluntária do indivíduo ou grupo, mas, sim, de um ambiente social que “[...] institucionaliza como evidência o reconhecimento das opções obrigatórias e que as encara, não como consequência de uma decisão pessoal, mas, sim, como resultado do crédito da decisão oficial.”³⁴²

³⁴⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia política**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 322.

³⁴¹ Nesse sentido, é o prefácio de Celso Lafer à obra FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 11.

³⁴² LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 34.

3.2 Racionalidade sistêmica e o caráter racionalista da democracia

É com base na diferença funcional dos sistemas parciais sociais e seus fechamentos operativos que Luhmann logra desvincular a legitimação do direito de qualquer elemento exterior; com isso, converte-se a racionalidade individual da ação para uma racionalidade sistêmica, reconhecendo-se a irredutibilidade do social a conteúdos de consciência (sistemas psíquicos).

A racionalidade sistêmica se encontra justamente no paradoxo formado entre clausura operativa e abertura cognitiva. A forma constitutiva sistema/entorno, ao mesmo tempo em que é afirmada, se nega. É negada na medida em que o sistema deve se comportar com indiferença em relação ao entorno; é afirmada na medida em que aquilo que foi excluído de forma não intencionada deve ser intencionalmente relevado em sua atividade sistêmica. Assim se dá o paradoxo entre direito e realidade mundana.

Portanto, a racionalidade do Direito – vista enquanto sistema estabilizador das regras de exercício do poder – liga-se à sua capacidade de manter-se enquanto diferença, resistindo às pressões do ambiente por meio de suas estruturas, que, ao mesmo tempo em que mantêm o fechamento operativo, permitem a reprodução de irritabilidades externas. Nas palavras de Raffaele de Giorgi, “[...] a racionalidade do sistema é a capacidade que o sistema tem de controlar o ambiente através do controle de si mesmo ou de dispor do ambiente, dispondo de si mesmo.”³⁴³

A racionalidade sistêmica pressupõe a auto-observação do sistema sobre como poderá, por meio da redução da complexidade, manter-se enquanto diferença. Vincula-se, pois, à pergunta: “[...] como reduzir a supercomplexidade advinda do seu respectivo ambiente, ampliando a sua própria complexidade e, portanto, a sua capacidade seletiva?”³⁴⁴ Trata-se, portanto, de um problema intrassistêmico, vinculado à necessidade de manutenção da diferenciação sistêmico-funcional ante as pressões advindas do entorno.

Para manter sua diferenciação funcional, os sistemas sociais criam estruturas próprias, mediante as quais suas unidades são representadas; com isso, tem-se

³⁴³ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 97.

³⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 16.

que a sociedade apenas pode ser pensada de forma parcial, respeitada a integração entre seus diversos sistemas parciais e a racionalidade que lhes são próprias, de modo que não se possa discutir uma racionalidade unitária da sociedade, uma vez que toda a perspectiva é parcial e toda racionalidade é sistêmica³⁴⁵. Portanto, a racionalidade de cada sistema está justamente em reproduzir suas operações recursivamente segundo o código que o caracteriza (lícito/ilícito, ter/não ter, poder/não poder, etc.).

Assim, racionalidade, vista pela perspectiva da teoria dos sistemas, não decorre de acordo entre indivíduos, mas, sim, da coerência operativa do sistema, realizada por suas estruturas, que consegue mantê-lo enquanto diferença. Nasce, desta forma, da seleção de operações capazes de se ligar a outras operações de forma coerente, sem ofender sua unidade. “Racionalidade, então, é um *símbolo* que circula no sistema através do coligamento que se realiza entre as suas operações”³⁴⁶, sendo certo que esta racionalidade é mantida por sua clausura operativa que torna possível a reprodução de cada operação sem perder a distinção entre sistema/ambiente.

Nesta perspectiva, a racionalidade do direito, enquanto sistema social, não está na possibilidade de produzir consenso por um acordo racional entre indivíduos, não emerge da consciência do indivíduo; nem mesmo esta racionalidade pode ser entendida como um valor metafísico ou qualquer outra referência externa ao sistema. “Essa racionalidade não concerne a conteúdos de consciência nem é extramundana, não se deixa erodir por princípios, mas se constrói com diferenças: ela não é transcendente nem imanente, é apenas improvável.”³⁴⁷

Disto se depreende que a racionalidade do direito, enquanto sistema autopoietico e autorreferência, encontra-se na capacidade de realizar seleções das diversas possibilidades apresentadas pela complexidade mundana e administrar a contingência que estas seleções poderão proporcionar, sem, com isso, negar o entorno³⁴⁸.

³⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 50.

³⁴⁶ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 95.

³⁴⁷ Ibid., p. 97.

³⁴⁸ Sobre a racionalidade do sistema político, *vide* NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 171-174.

Percebe-se, então, que o grande triunfo da positivação do direito encontra-se justamente na possibilidade de abertura para o futuro do sistema, o qual reconhece que as seleções realizadas são escolhas dentre uma multiplicidade de condições ofertadas pelo ambiente, tornando-se, portanto, passível de modificar os critérios de seleção em momento futuro.

Deste modo, o direito positivo não consiste apenas na lembrança de um ato histórico realizado por uma fonte imbuída da capacidade de seleção (legislador ou juiz), mas, sim, na percepção de que “[...] sua própria vigência é referida a essa decisão enquanto escolha entre outras possibilidades sendo, portanto, revogável e modificável”, ou seja, consiste na “[...] legalização de mudanças legislativas, com todos os riscos que isso acarreta.”³⁴⁹

É justamente esta possibilidade de modificação de qualquer direito, fruto de uma concepção abstrata do tempo, que permite ao sistema conviver com o risco, decorrente da *incalculabilidade* dos eventos. O direito, percebido enquanto seleção, respeita o improvável na medida em que reconhece que o seu ato de estatuir-se poderia ser outro; seu controle seletivo é o que estabiliza, portanto, sua contínua possibilidade de outras possibilidades.

Deste modo, o que é necessário ao direito moderno é que sua cegueira operativa, decorrente do fechamento operacional, permita ao sistema fundar-se sobre si mesmo, por meio de suas estruturas, sem perder a abertura cognitiva, já que um sistema enclausurado operativamente não poderá negar seu ambiente. Nas palavras de Raffaele de Giorgi:

O vínculo do futuro que se constrói através da estabilização das expectativas é condicionado à positivação do Direito: em outros termos, a normatividade do Direito, em determinadas condições, predispõe-se ao aprendizado. Através do Direito aprende-se a não aprender. O espaço da calculabilidade da expectativa se refere ao fato de que se fará Direito; o que, contudo, não pode garantir qual Direito³⁵⁰.

Com isso, percebe-se que a conquista evolutiva da positivação do direito permite sua abertura para o futuro, correspondente à sempre possível canalização dos

³⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 09.

³⁵⁰ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 28.

problemas sociais de forma diferente. Assim, “Hoje pode estar em vigor um direito que ontem ainda não existia e amanhã possível, provável ou até mesmo certamente não mais vigará.”³⁵¹ Sendo certo que o direito é estatuído e vige em razão de decisões (seleções), sua complexidade e contingência estará sempre latente; o risco passa a ser parte de seu funcionamento sistêmico, e sua congruência deverá ser mantida por estruturas próprias, evitando-se a perda de sua unidade.

É justamente a regulamentação de muitas formas novas de comportamento advindas da positivação do direito que potencializa a democracia da sociedade moderna; a positividade vista como abertura para o futuro é o que há de democrático nesta sociedade. Veja-se a questão da greve no Brasil; na década de 60/70, apesar dos incessantes problemas sociais gerados pela classe trabalhadora que reivindicava melhores condições de trabalho e paralisava suas atividades como forma de protesto, a greve permanecia sendo considerada crime pelo sistema jurídico pátrio. Contudo, tem-se que, nos tempos hodiernos, o mesmo instituto é um direito social, reconhecido constitucional e internacionalmente, além de oponível *erga omnes*, isso é, não pode ser suprimido por ninguém. Aí está um exemplo claro de incalculabilidade dos eventos que promove a mobilidade jurídica adaptativa às irritações sociais.

A democracia permite a tematização de questões, ampliando o horizonte das possibilidades jurídicas e desvinculando o direito da função de manutenção do existente. Torna o direito modificável a partir da confrontação com outras possibilidades e permite que suas estruturas não sejam uma constância absoluta, mas possam ser problematizadas e substituídas, desde que não haja a perda de sua identidade sistêmica.

Deste modo, as demandas sociais, desde que passem pelo filtro das estruturas do sistema do direito, podem, sem restrição de temática, ser reproduzidas internamente, a fim de criar uma nova estrutura. Daí a dificuldade de aceitação, nesta perspectiva, de um núcleo duro de temas que sejam vedados pelo direito como potenciais questões da política, tal qual previsto no art. 60, §4º, da Constituição Federal Brasileira de 1988³⁵².

³⁵¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 11.

³⁵² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 60, §4º: “[...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

Isso porque a racionalidade democrática encontra-se justamente na abertura do direito para um futuro sempre contingente. Não consiste na solução de problemas sociais, não elimina o horizonte da experimentação jurídica sobre eles, mas confere a certeza de que eles serão objeto de uma decisão plenamente modificável em tempo futuro.

A racionalidade da democracia não está em considerá-la como um conjunto de procedimentos racionais que superam os conflitos sociais, sequer no fato de que ela realiza valores universais, mas, sim, na potencialidade de estabilização da aquisição evolutiva de diferenciação funcional e em sua capacidade de abrir espaço para o possível, sendo certo afirmar que democracia, hoje, **“é um excesso de produção de possibilidades de decisões.”**³⁵³

A democracia abre o direito para a realização do improvável, amplia seus horizontes e evita que o direito restrinja o desenvolvimento social, na medida em que permite que qualquer estrutura necessária ao prosseguimento evolutivo seja juridicamente codificada. Nesta perspectiva, a democracia presta serviço à complexidade e, por isso, não importa na realização do consenso conteudístico, mas, sim, na ampliação e manutenção do dissenso, elevando o nível de alternativas decisórias.

Kelsen, nesta mesma linha de raciocínio, igualmente asseverou que a democracia não serve para a solução do conteúdo das normas, ao menos que se funde na falácia de que o povo detenha uma sabedoria sobrenatural, em um direito divino do povo, o que, tal como visto no primeiro capítulo deste estudo, não pode prevalecer ante a obviedade do pluralismo axiológico da sociedade moderna. “Efetivamente, não haverá esperança para a causa democrática se partirmos da idéia de que é possível o conhecimento da verdade absoluta, a compreensão de valores absolutos.”³⁵⁴

Deveras, a crença em valores absolutos constitui a base de uma visão metafísica do mundo, que se encontrava arraigada nas comunidades arcaicas, tal como visto na segunda parte deste estudo. Compete, portanto, a um momento evolutivo do direito anterior à sociedade moderna, não se compatibilizando com a complexidade por ela apresentada. Assim, a positividade, enquanto conquista evolutiva do direito moderno,

³⁵³ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 57.

³⁵⁴ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 104.

recusa o absolutismo e aceita a relativização da realidade, por acreditar que a experiência é sempre mutável, o que permite a concretização da democracia. Na esteira do pensamento kelseniano, “[...] à concepção metafísico-absolutista está associada uma atitude autocrática, enquanto à concepção crítico-relativista do mundo associa-se uma atitude democrática.”³⁵⁵

Nesse sentido, a democracia vista pela teoria dos sistemas recusa o absolutismo filosófico, pois desconsidera a existência de uma realidade absoluta e ilimitada que vá além do espaço e do tempo, refutando, desta forma, a crença em valores universais.

Deveras, é justamente a crença no absoluto que legitimou a ficção de uma autoridade revestida de poderes supra-humanos, ou seja, um representante do poder divino; portanto, o absolutismo filosófico levado para as formas de governo implica, inexoravelmente, em despotismo, ditadura, autocracia. Por isso, é certo afirmar que “[...] não existe apenas um paralelismo exterior entre o absolutismo político e o absolutismo filosófico; na verdade, o primeiro, na verdade [*sic*], apresenta a inequívoca tendência de usar o segundo como instrumento ideológico.”³⁵⁶

Assim, se a teoria dos sistemas aceita a relatividade das seleções do sistema do direito, compreendendo a importância da manutenção de um sistema dinâmico em detrimento de um direito estaticamente dependente de questões metafísicas, notório que a perspectiva luhmanniana, neste ponto, coaduna-se com aqueles relativistas que tanto defenderam a democracia, tais como Nicolau de Cusa, Spinoza, Rousseau, dentre outros³⁵⁷.

Como consequência do reconhecimento de que complexidade e contingência são conteúdos indispensáveis da democracia, o direito não pode mais se legitimar em uma ideia de direito natural absoluto. Deste modo, a racionalidade do direito, em um Estado Democrático de Direito, não se embasa em um princípio ou valor universal, sequer se refere a um elemento externo do sistema; para manter-se enquanto diferença, sua racionalidade deve estar correlacionada ao seu próprio funcionamento, ou seja, às suas

³⁵⁵ Kelsen, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 105.

³⁵⁶ Ibid., p. 351.

³⁵⁷ Sobre o tema, *vide* Kelsen, Hans. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: *ibid.*, p. 347-357.

operações internas e à capacidade de manter-se enquanto diferença sem, contudo, obstar a sua potência de mutabilidade.

Por razão semelhante, Kelsen defendeu a racionalidade democrática, identificando como elemento diferenciador sua abertura para o futuro, na medida em que a estabilização de normas gerais desvincula o direito da presentificação das autocracias, cujas decisões são tomadas nos casos individuais e a justiça é virtude própria do governante. Em uma autocracia “[...] A pulsação da vida não pode ser apreendida nem controlada por regras gerais. Tudo depende da ação concreta, do mistério do *raios* criativo”³⁵⁸; em contraposição, na democracia, prevalece a estabilização das expectativas, independentemente de um direito absoluto.

Por este motivo, as atitudes racionalistas da democracia também recusam as ideologias religiosas e metafísicas empregadas pela autocracia para manutenção do poder. “A luta na qual a democracia sobrepuja a autocracia é, em grande parte, conduzida em nome da razão crítica contra as ideologias que apelam às forças irracionais da alma humana.”³⁵⁹ Sendo certo que a positividade do direito implica em variação estrutural, a qual permite ao sistema adaptar-se a um ambiente em constante mutação, em uma sociedade democrática, não haverá mais espaço para o direito natural.

Deveras, conforme leciona Raffaele De Giorgi, em consonância com o pensamento kelseniano, “o direito natural é incompatível com a democracia”³⁶⁰, uma vez que está condicionado a elementos externos ao sistema, pondo em risco a diferenciação funcional do direito. Em uma sociedade moderna, a diferenciação funcional do direito corre perigo, ao ser condicionada à realização de valores absolutos que retiram sua contingência; assim, o direito deve permanecer predisposto à revisão de suas seleções anteriores, dispondo de um excesso de possibilidades.

Conclui-se que o caráter racionalista do direito e da democracia encontra-se justamente na possibilidade de variedade de possibilidades, mantendo a riqueza da mutabilidade das seleções que originaram a positividade, de modo a permitir a diferenciação funcional do sistema do direito ante a complexidade crescente do ambiente.

³⁵⁸ KELSSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 186.

³⁵⁹ Ibid., p. 187.

³⁶⁰ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p 156.

Racionalidade da positividade e da democracia é, portanto, a manutenção do improvável que, ao permitir a variação das estruturas, impede que o sistema sucumba às crises que podem advir de sua insensibilidade ao ambiente.

Deste modo, a estabilização da democracia ocorre justamente pela manutenção da incerteza, produzida pela articulação da bipolaridade do código do sistema da política e do direito. Nesse prisma, o conflito é visto como elemento indispensável à evolução da sociedade, na medida em que implica na estabilização da democracia, e não como elemento destrutivo da harmonia social:

El conflicto no es destructor del sistema, sino presupuesto de su articulación. [...] Puesto que los sistemas ordenan sus comunicaciones sobre esta base, y puesto que no hay comunicación fuera de algún sistema social, no podrá ser ningún tipo de “racionalidad comunicativa” base del consenso, ni este el referente ideal de la comunicación. Aquí se sitúa una de las claves de los ataques de Luhmann a Habermas.³⁶¹

Deste modo, a variação estrutural necessária a um Estado Democrático de Direito gera riscos, os quais também devem ser controlados pelo próprio sistema. Uma destas problemáticas é a necessidade de um direito tão amplamente potencializado ter de ser reconhecido como válido por um maior número de pessoas com ideologias diferentes; deste modo, as seleções do sistema do direito devem ser fortemente generalizadas também no sistema social. Com isso, o direito “[...] tem que tornar-se praticamente independente do conhecimento e do sentimento individual, e mesmo assim ser aceito.”³⁶²

Portanto, a estabilidade da democracia não se dará no acordo sobre o conteúdo da decisão, mas baseia-se no consentimento generalizado sobre decisões, apesar do desacordo sobre seu teor. Esse consentimento generalizado para acatar decisões que ainda não foram tomadas deve ser construído por um procedimento bem organizado para o estabelecimento da ordem jurídica, de modo que a legitimidade do direito passe a significar seleções realizadas conforme um procedimento pré-estabelecido. Nas palavras de José Maurício Adeodato, “A legitimidade não é, mas processa-se. Por isso, é ‘legitimação’”³⁶³.

³⁶¹ AMADO, Juan Antonio García. **La filosofía de derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá/Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 164.

³⁶² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 12.

³⁶³ Apud BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia política**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 323, nota 35.

Nesse sentido, tal como alertado por Eduardo C. B. Bittar, é possível estabelecer um paralelo entre o pensamento de Luhmann e Kelsen, na medida em que ambos, respeitada a especificidade do campo de análise, clamam por um direito independentemente de interferências externas ao sistema. Acredita-se, ainda, poder estender-se esse paralelismo à análise da racionalidade da democracia, a qual é concebida por Kelsen como a tendência de se estabelecer a ordem jurídica do Estado como um sistema de normas gerais criadas por um procedimento bem organizado³⁶⁴.

3.3 Legitimação pelo procedimento na visão de Niklas Luhmann

Ciente de que as seleções realizadas pelo direito são escolhas sistêmicas frente a um mundo complexo, repleto de alternativas possíveis, certo é que estas seleções, para atenderem à função do direito, precisam ser compreendidas como legítimas; esta legitimidade consiste na prontidão generalizada para ser aceita, ainda que não haja consenso sobre seu conteúdo, ou seja, em uma capacidade generalizada de alcançar a obediência ao comando. A legitimação torna-se, portanto, um dos principais problemas do direito, essencialmente mutável, de uma sociedade moderna funcionalmente diferenciada.

Luhmann descarta todas as propostas que identificam elementos externos ao sistema como seus legitimadores; deste modo, precisa conciliar a generalização congruente de expectativas (função do direito) com a ideia de autorreferibilidade e autopoiese sistêmica. Em virtude da separação dos sistemas psíquicos e sistemas sociais – excluindo-se o indivíduo do conceito de sociedade, tal como visto na primeira parte deste estudo –, a legitimação das normas jurídicas não poderá depender de qualquer acordo entre os indivíduos, pouco importando sua inclinação pessoal para a aceitação de seus conteúdos; portanto, o direito deve se legitimar sem a dependência de inclinações pessoais ou acordos entre os indivíduos.

É pela generalização da disposição para aceitação das decisões (legitimidade) que o direito consegue exercer sua função social de generalização congruente de expectativas, tornando-se possível esperar expectativas contingentes daqueles que mantenham uma interação em cada situação, como também de terceiros. Ou seja, torna-se possível estabelecer uma expectabilidade da expectativa.

³⁶⁴ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185.

Porém, esta generalização da disposição para a aceitação das decisões se torna possível porque “[...] todos os expectantes se relacionam da mesma maneira com a norma; o senhor, e até mesmo o deus, tem a mesma posição frente ao direito que o súdito, e aquele que se afasta desse contexto de expectativas passa a ter expectativas erradas e comportar-se condenavelmente.”³⁶⁵ Assim, aqueles que agirem em contradição com a norma terão que aprender, com a manutenção da expectativa contrafática, o que significa a introdução de estruturas cognitivas. Do mesmo modo, o direito positivado, por estar aberto sempre ao futuro em razão de sua variabilidade estrutural, também deve estar disposto à mutação, conforme já alertado em momento anterior.

Deste modo, a legitimação do direito apenas pode ser possível se contemplado este duplo aprendizado, de modo que “[...] os afetados pela decisão aprendem a esperar conforme as decisões normativamente vinculativas, porque aqueles que decidem, por seu lado, também podem aprender.”³⁶⁶ Nesta visão, democracia e legitimação são tratadas como fenômenos reciprocamente referenciados, na medida em que

[...] ambos os conceitos descrevem a introdução de necessidades de aprendizado na esfera das expectativas normativas. Ambas se baseiam em uma desestabilização fundamental e em uma elevação dos riscos do direito através da introdução de atitudes cognitivas. [...] O processo democrático da política tem, portanto, que incluir mecanismos que possibilitem supor que os atingidos pelas decisões as assimilem, ou seja, que eles incorporem as decisões como premissas do seu comportamento subsequente. A legitimidade institucional não reside em uma derivação valorativa nem na disseminação fatural do consenso consciente, mas sim na *possibilidade de supor-se a aceitação*³⁶⁷. (grifo nosso).

Em suma, para que se logre obter a legitimação do direito, deve estar pressuposto o processo democrático na realização das seleções sistêmicas, o qual garante: (i) a aceitação e aplicação das normas jurídicas independentemente de aceitação individual, o que é realizado pelo recurso à eficácia simbólica generalizante da força física; e (ii) pela participação em processos³⁶⁸.

A força física é um elemento intrínseco ao direito, do qual não se pode prescindir, mesmo tendo o uso deste recurso se desvencilhado da reação imediata do ofendido (vindita), tal como ocorria nas sociedades arcaicas. Em si mesma, a força física

³⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 62.

³⁶⁶ Ibid., p. 63.

³⁶⁷ Ibid., p. 63.

³⁶⁸ Ibid., p. 64.

não contém garantias de sustentação das expectativas; contudo, permanece ser imprescindível manter seu empregado sempre em potencial para fins de motivação de indivíduos resistentes ao cumprimento normativo. Portanto, a força física permanece como recurso indispensável à legitimação do direito, podendo ser conceituada como “[...] instrumento de motivação altamente generalizável, que funcione sempre e independentemente das estruturas motivacionais individuais, e goze enquanto tal da confiança generalizada.”³⁶⁹

Contudo, a força física não pode, por si só, legitimar um direito, na medida em que é elemento suficiente para estabilizar ou ruir uma ordem jurídica; onde o seu emprego ocorre, revelam-se as bases do poder, caracterizando um “sintoma de fracasso político, que hoje até pode ser ‘provocado’ enquanto tal, para que a ordem dominante se apresente como ilegal, na forma de força.”³⁷⁰

Assim, uma ordem embasada tão somente no uso da força, levaria a um regime de terror insuportável, gerando instabilidade e ruptura sistêmica. Nesse aspecto, pode-se citar o caso vivenciado por algumas regiões do Brasil, notadamente as favelas cariocas, em que as ordens normativas legitimamente postas pelo o Estado são suplantadas pelo poder de um pequeno grupo de pessoas que buscam impor naquele local uma “ordem paralela” por meio da força física. Portanto, para que a legitimação do direito enquanto meio de generalização congruente de expectativa tenha lugar, a força física deve permanecer como última *ratio* (poder simbólico), sendo imprescindível, para isso, a existência de *procedimentos* que impeçam que o sistema sirva à vontade de um único senhor e garanta a formação de decisões vinculativas.

Com isso, garante-se que a generalização de aceitação de decisões de conteúdo ainda não definido fundamente-se em elementos intrassistêmicos, quais sejam, os *procedimentos*. Os *procedimentos*, nesta análise, são “[...] concebidos como mecanismos que permitem a institucionalização do direito na dimensão social de sentido e a conseqüente generalização social de expectativas normativas.”³⁷¹

³⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 130.

³⁷⁰ Ibid., p. 129.

³⁷¹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 174.

Deste modo, notório que este elemento tem como função a institucionalização dos modos de seleção de decisões coletivamente vinculantes, ao fixar as premissas de decisão, servindo, pois, de sustentação da diferenciação funcional do direito; assim, com a estabilização do procedimento como conquista evolutiva necessária à positividade, apenas se tornam normas jurídicas aqueles estímulos do ambiente que passem pelo filtro de um processo e, por esta razão, possam ser reconhecidos como legítimas seleções.

Essa tarefa da legitimação pelo procedimento, que conduz ao espantoso fenômeno da obediência à ordem, é realizada por um conjunto de processos diferentes entre si, que se condicionam mutuamente e se diferenciam conforme o modo e nível de redução da complexidade que buscam abranger. Com isso, a legitimação pelo procedimento substitui os antigos ideais jusnaturalistas de legitimação da ordem jurídica ou a busca incessante de formação de consenso, na medida em que promovem o reconhecimento generalizado de aceitação das decisões obrigatórias independentemente do conteúdo da decisão tomada. Portanto, “[...] leis, atos administrativos, sentenças etc. são, pois, legítimos como decisões, quando e enquanto se reconhecer que são obrigatoriamente válidos e devem fundamentar o próprio comportamento.”³⁷²

A legitimação pelo procedimento afasta-se, portanto, da opinião doutrinária de que esta generalização de aceitação das decisões estaria fincada no alcance duma verdade e justiça da decisão. De fato, ao menos em uma sociedade democrática, tal como elucidado anteriormente, deve-se ter uma amplitude de tematização, abrindo-se o espaço do impossível, o que impossibilita que as decisões político-jurídicas sejam tomadas por um acordo criado por convicções para todos os temas, ante a variabilidade e alta complexidade do sistema social. A adoção de decisões surpreendentes, decorrentes da variabilidade estrutural, não pode ser orientada apenas pelos sistemas psíquicos, mas antes devem estar lastreadas em uma efetiva transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação que decorra em conformidade com os regulamentos jurídicos.

Esse processo de transformação estrutural da expectativa, que permite a assimilação de novas estruturas aos sistemas psíquicos na medida em que passam a

³⁷² LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 52.

considerar as seleções do direito como premissas para seus comportamentos, não pode ser oriundo de um procedimento que é visto como a mera concatenação de rituais, ou seja, como uma *sequência fixa de ações determinadas*. Os rituais eram empregados pelas sociedades arcaicas como formulas mágicas para a obtenção de uma decisão sobrenatural; a palavra certa, o gesto correto, implicava no estabelecimento da regra. Como conquista evolutiva, os rituais continuam a fazer parte do procedimento das sociedades modernas, contudo, não são seus definidores. O procedimento, agora, deve abrir espaço para a incerteza do resultado e a sinceridade de alternativas, acompanhando, assim, a complexidade de seu ambiente³⁷³.

Visto nesta perspectiva, o procedimento, em contraposição ao decurso inevitável do ritual, deve ser aberto quanto às possibilidades de decisão, a qual dependerá tão somente da reação dos participantes; assim, os participantes poderão realizar escolhas de comportamento que, por sua vez, estabelecerão premissas para a decisão dos demais. Portanto, são as reações de comportamento dos próprios participantes que eliminam as alternativas possíveis, reduzem a complexidade, absorvem a incerteza ou transformam a complexidade indeterminada em uma problemática determinável e compreensível. Pode-se dizer, então, que “[...] o procedimento decorre como uma história da decisão, em que cada decisão parcial dum só participante se torna um fato, para que estabeleça premissas de decisão para os outros participantes e assim estruture a situação geral, que não aciona mecanicamente.”³⁷⁴

Nas sociedades modernas, os procedimentos adquirem uma diferenciação funcional a tal ponto que chegam a criar estruturas próprias e diferenciarem-se do ambiente, produzindo recursivamente suas operações; com isso, passam a ser tratados como verdadeiros subsistemas parciais. Luhmann, coerente com sua teoria funcional-estruturalista, enfatiza que os procedimentos são sistemas sociais por terem conquistado a diferenciação funcional, comprometendo-se com uma função específica, qual seja, a de aprofundar uma única decisão obrigatória³⁷⁵.

Apenas porque se caracterizam como sistemas relativamente autônomos, deixando em suspenso as alternativas possíveis de decisão – as quais passam a depender

³⁷³ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 38 e **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 182-201.

³⁷⁴ LUHMANN, op. cit., 1980, p. 39.

³⁷⁵ Ibid., loc. cit.

apenas do comportamento dos participantes –, é que o processo jurídico pode apresentar-se como um papel social que os participantes deverão cumprir e, com isso, lograr o comprometimento das próprias personalidades individuais. Assim, nos processos, os participantes são dotados de papéis sociais especiais, participando, agora, como eleitores, representantes do povo, réus, procuradores, testemunhas, peritos, etc.; estes papéis devem ser cumpridos segundo as normas gerais que estruturam o sistema processual, desvinculados dos papéis sociais desempenhados em outros sistemas parciais da sociedade, tais como marido, padre, empresário, etc.

A diferenciação de papéis protege a incerteza quanto ao resultado do processo, uma vez que os participantes, para serem bem sucedidos, não podem ser motivados pela exigência de outros papéis sociais, sob pena de não se lograr a generalização social do resultado. Assim, “[...] o patrão não pode exigir que os seus empregados contribuam, através da eleição, para o sucesso dum determinado partido. A mulher não pode exigir do marido que ele ganhe a causa de denúncia de aluguel.” A realização dos papéis apenas pode seguir as normas gerais que estruturam o procedimento, evitando-se a interferência de elementos externos ao sistema, ou seja, a corrupção de códigos, que culmina em sua falência.

Para o cumprimento de seu desiderato, o direito utiliza-se de duas classes de procedimentos, diferenciados conforme o grau de redução da complexidade: os que estabelecem decisões programadas e os que estabelecem decisões programadoras. As decisões programadas referem-se à aplicação do direito e possuem o objetivo de manter sua diferenciação funcional por meio da manutenção de expectativas normativas de forma contrafáctica, ou seja, em detrimento das expectativas cognitivas. Por seu turno, as decisões programadoras, obtidas prioritariamente no âmbito do Poder Legislativo, permitem ao direito a adaptação ao ambiente, em razão de seleções prévias das possibilidades jurídicas que são realizadas pelo sistema da política.

Assim, quando as decisões programadas são contrariadas, cumpre ao juiz resguardá-las e obrigar ao seu cumprimento, impulsionando o cumprimento das expectativas normatizadas aos que com ela estão satisfeitos ou frustrados. Porém, a racionalidade das decisões programadoras não pode ser avaliada pelos mesmos critérios; deste modo, para o legislador, as normas e os fatos se apresentam sob outro prisma, devendo ser computados em suas decisões “[...] o efeito real das normas, a proporção da

sua não aceitação e os custos de sua imposição, suas disfunções, os conflitos comportamentais aos quais elas levam, as ações substantivas por elas provocadas [...]”³⁷⁶, de modo que ele pode “[...] abrir-se ao direito clandestino dos rebeldes e dos criminosos, aos interesses dos afetados pelas prescrições. Ele pode, e até mesmo deve, estar disposto a corrigir expectativas [...]”³⁷⁷.

Luhmann, em sua obra *Legitimidade pelo Procedimento*, analisa basicamente três procedimentos jurídicos, a saber: o judiciário, legislativo e administrativo. Reconhece o autor que o procedimento legislativo possui função muito mais problemática que os procedimentos de aplicação jurídica, por se preocupar com um nível mais elevado de redução da complexidade, fora da interação face a face, envolvendo a sociedade como um todo.

Em razão da peculiaridade do processo legislativo, que impulsiona o direito para as mudanças sociais, é que este será tomado como objeto de estudo, sem desconsiderar que, para a estabilização da democracia, também se faz necessário um procedimento de aplicação de normas, funcionalmente diferenciado e livre da corrupção de códigos. Mantendo-se a premissa de que a positividade do direito consiste em conquista evolutiva realizadora do Estado Democrático de Direito, necessário analisar as estruturas do processo legislativo que permite a concretização da incerteza quanto ao resultado e a amplitude da tematização dos conflitos possíveis de serem juridicizados. Esta escolha temática possui como inquietação a resposta à seguinte indagação: “[...] como é possível divulgar a convicção real da legalidade ou da força compulsiva desta decisão, quando só alguns é que decidem?”³⁷⁸

3.4 Eleição política, processo legislativo e complexidade: amplitude de tematização na democracia

O processo legislativo sempre foi um grande desafio à teoria dos sistemas, a qual propõe a diferenciação funcional entre o direito e a política. Contrariamente às correntes teóricas que negam a diferenciação funcional entre esses

³⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 38.

³⁷⁷ Ibid., loc. cit.

³⁷⁸ Id. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 28.

sistemas sociais, a teoria funcionalista radical de Luhmann insiste na autonomia conquistada pela evolução social de todos os sistemas parciais da sociedade, ainda que não se olvide da óbvia relação entre a política e o direito. Negar a diferenciação funcional do direito e da política seria retornar às bases do governo totalitário.

Deveras, o sistema político é visto como a etapa de seleção prévia das possibilidades jurídicas; a ela compete, portanto, filtrar as temáticas passíveis de serem juridicizadas. O sistema da política possui a função de estabelecer as premissas de decisão (decisões programadoras), sendo certo que, para se tornar democrático, deve apresentar-se como apto a canalizar as inovações sociais e promover modificações na estrutura do direito, ou seja, tem que ser visto como mutável. Assim, na medida em que o direito estimula a política à criação de estruturas que permitam sua própria mutabilidade, torna-se democrático. Com isso, a positivação do direito e a democratização da política apoiam-se mutuamente, criando marcas significativas em ambos os sistemas, tais como a ampliação dos direitos individuais e direitos constitucionais.³⁷⁹

O processo de eleição política dificilmente se presta a deixar decidir os conflitos sociais básicos através do ‘próprio povo’, mas serve para trazer estes conflitos para dentro do sistema político, em vez de levá-los para fora dos sistemas, ou seja, deixá-los implodir no sistema social enquanto crise. Deste modo, a eleição política, em um sistema democrático, consiste no primeiro grau dum processo escalonado de absorção dos conflitos, lidando com o código binário governo/oposição (poder/ não poder)³⁸⁰. É justamente a positivação, pelo sistema do direito, do código governo/oposição no sistema político, que torna possível a realização da democracia, na medida em que impõe o pluralismo democrático no sistema político como pressuposto do processo de seleção de normas jurídicas. Com isso, na esteira do pensamento luhmanniano, afirma-se que, “[...] por meio da positivação do direito a ‘democracia’, transforma-se de uma das formas possíveis de dominação em norma do sistema político.”³⁸¹

³⁷⁹ Nesse sentido: “[...] the positivation of Law and the democratization of politics support each other reciprocally and they have left a significant mark on both the political system and the legal system of today. Therefore, is difficult to imagine two different systems, and in particular two systems that are operatively closed and non-congruent with these movements. But it is precisely the democratization of politics witch calls for much more legal protection for the individual, especially in regard to his constitutional rights.” (LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 364).

³⁸⁰ Ibid., p. 367 e **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 136.

³⁸¹ Id. **Sociologia do direito II**. Rio de janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 47.

Nesse passo, certo é que a eleição política, entendida como método de recrutamento para os cargos públicos, oportuniza a expressão da insatisfação sem risco para a estrutura do sistema político e do direito, na medida em que funciona como descongestionante das frustrações das expectativas; é por isso que ela pertence aos mecanismos de absorção de protestos, função também desempenhada pelos processos judiciais, porém, em outro grau de redução da complexidade³⁸². Deste modo, apesar de pertencer ao sistema da política, as preocupações sobre a eleição e o processo legislativo também devem ser investigadas pelo cientista do direito, na medida em que é neste contexto que se preestabelece o espaço do juridicamente possível.

Eleições políticas democráticas, segundo Kelsen, são aquelas que se fundamentam no *sufrágio universal, igualitário, livre e secreto*, sendo certo que, conforme o grau de satisfação desses requisitos, sobretudo da universalidade do sufrágio, o princípio democrático estará mais ou menos efetivado³⁸³. O jusfilósofo de Viena justifica seu pensamento sobre as eleições políticas na conceituação de democracia como “governo do povo”, e não para o povo – como querem fazer crer alguns – na aplicação e criação das normas gerais e individuais da ordem social, seja de forma direta ou indireta. Afora as divergências de pensamento possíveis entre Luhmann e Kelsen sobre o tema, certo é que ambos defendem como requisito primordial da democracia a existência da “oposição” como elemento fundamental do sistema político. A oposição é ingrediente indispensável para a estabilização da democracia, porque permite a participação de expectativas divergentes no procedimento de seleção de expectativas, aumentando a incerteza do seu resultado final e, com isso, permitindo que o sistema político canalize as mais diversas inovações e alterações de expectativas possíveis de juridicização pelo direito positivo.

De fato, numa sociedade que suporta um maior grau de complexidade, o exercício do poder político não pode mais ser embasado na realização de papéis sociais. O apoio político deve, agora, ser consentido por meio de um processo eleitoral apto à produção de incerteza e absorção de alternativas. Esta *canalização da inovação e alteração do direito positivo ao encaminhamento político*, em um sistema representativo, é realizada pelas eleições políticas democráticas, à qual compete representar os efetivos conflitos sociais.

³⁸² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 144.

³⁸³ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 142.

Essa possibilidade de absorção da complexidade pelas eleições políticas, a qual induz o fechamento operativo do sistema político e sua abertura cognitiva, apenas se torna possível se contemplados três princípios regedores das eleições políticas livres, consolidados: “(1) mediante a *universalidade* do acesso ao papel de eleitor para toda a população (excetuando as restrições de base funcional para menores, incapacitados, criminosos), (2) através da *igualdade* de peso dos votos e (3) mediante o *segredo* da votação.”³⁸⁴ A ideia de igualdade no peso dos votos não decorre de uma igualdade natural entre os homens, mas, sim, de um princípio da indiferença, o qual impõe que, nas eleições políticas, se deve abstrair qualquer diferença existente entre os mesmos, considerando-se apenas as regras positivadas que identificam o papel de eleitor.

Deste modo, o acesso ao papel de eleitor deve realizar-se independentemente de outros papéis sociais, de maneira que, ao não se justificar em outros contextos sociais, o sistema político de decisão adquira autonomia, tornando-se hábil para realizar as seleções apenas por suas próprias estruturas, ou seja, autopoiesis.

Nessa perspectiva, Luhmann percebe o problema vivido por países em desenvolvimento em que não há um grau de evolução social que possibilite a diferenciação da política. Neles, a realização dos três princípios da eleição política apontados acima (voto universal, igualitário e secreto) não conseguem se consolidar integralmente, proporcionando, com isso, a corrupção sistêmica. A corrupção sistêmica, por meio da sobreposição de códigos – conforme será tratado posteriormente – perverte o ideal democrático e retira a diferenciação funcional do direito e da política, prevalecendo o coronelismo, a política de interesses individuais, a corrupção e o direito escravo de uma classe elitista. Sobre o tema, são as palavras do autor:

Que a garantia do segredo eleitoral, primeiramente, e também hoje, não funcione neste sentido em alguns países em desenvolvimento, ensina que também esta instituição pressupõe um ponto especial de desenvolvimento da sociedade e a capacidade de utilizá-lo. Onde ele não exista, por exemplo, na Prússia agrária do século XIX (aí as eleições para a dieta foram públicas até 1919) ou na América do Sul do século XX, o latifundiário pode contar com tanta certeza com os votos dos seus trabalhadores que pode recomendar uma ampliação do direito de sufrágio. Este exemplo ensina ainda que os três princípios só podem funcionar em conjunção uns com os outros; a perda dum corromperia os outros³⁸⁵.

³⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 134.

³⁸⁵ Ibid., loc. cit., nota 11.

Assim, só é possível falar em eleições políticas quando o resultado permaneça incerto até a finalização do processo, por ser essencial que a situação da decisão seja mantida em suspenso. Ainda, o resultado de cada eleição política deve sempre aparecer como mutável e provisório, permitindo à oposição manter acesa a esperança de ver suas expectativas selecionadas pelo sistema político. Deste modo, “[...] faz parte deste padrão que cada vitória eleitoral só tem importância provisória, pois as eleições repetem-se periodicamente, de forma que os que foram derrotados não enterram as suas esperanças, antes têm de as adiar. São considerados como adversários.”³⁸⁶

Apenas quando a eleição política consegue se diferenciar dos demais contextos sociais, criando suas próprias estruturas capazes de filtrar os interesses por meio do processo eleitoral, é que se logra alcançar a diferenciação funcional do sistema político. Assim, é apenas por meio da eleição livre de uma democracia consolidada que o apoio às seleções da política se efetiva, passando a legitimação a ser um resultado desse próprio sistema – e não mais uma justificação externa. A realização do processo eleitoral, que permita a variação do poder por meio do controle do código governo/oposição, permite que o poder político se legitime a si mesmo, com base em suas próprias estruturas.

Portanto, apenas quando uma organização política está consolidada é que se pode garantir que sempre haverá uma oposição; a oposição não está, necessariamente, no confronto de ideias, mas, sim, na possibilidade de intercâmbio do poder político e a obrigação de apresentar um programa de expectativas que suporte esta mudança. Desta forma, sendo o sistema político tratado como uma “forma” (código matemático desenvolvido por Spencer-Brown), cujo código político é justamente “governo/oposição”, certo é que o vencedor, que se encontra do lado interno da “forma”, apenas existe porque o outro lado (externo) oferece-lhe alternativas³⁸⁷.

Deste modo, para que a eleição política atinja seu objetivo, proporcionando a diferenciação funcional do sistema que se imuniza de outros contextos sociais, os papéis sociais dos elegíveis devem ser cumpridos de forma a absorver os conflitos sociais existentes, canalizando as expectativas sociais para o meio político. Ou

³⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 134.

³⁸⁷ Nesse sentido, Luhmann, ao tratar sobre a diferenciação entre sistema político e sistema do direito, afirma que: “The schema government/opposition becomes the ‘form’, the ‘code’ of the political system in the sense that the form has an internal side and the code has a positive, connective side, ‘where the action is’. But the inner side of the form is only what it is because there is the other side where alternatives are available”. (Id. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 367).

seja, “[...] onde apenas o fato de ganhar as eleições leva ao poder legítimo e perdê-las significa perder o poder, os partidos têm de se colocar perante os conflitos sociais em aberto e que carecem urgentemente de decisão.”³⁸⁸

Pela instituição da eleição política, como processo de recrutamento que formaliza o apoio ou recusa ao poder político, coíbe-se a representação de interesses particulares, na medida em que eleva a contingência do sistema político. Isso também é proporcionado pela diferenciação de papéis no processo eleitoral do *eleitor*, o qual neutraliza a influência de motivos particulares que o impulsionam a votar em determinado candidato. Assim, se ele elege por crenças religiosas, interesses de uma classe econômica ou afeto, isso é-lhe facultativo.

Esta hiperdeterminação de interesses que impulsionam a votação aumenta a complexidade do sistema político e, portanto, sua contingência; em razão da pulverização dos particularismos por meio do papel de eleitor desempenhado por muitos, não se é possível afetar o desempenho funcional do sistema por interesses individuais, mas apenas ampliar o seu leque de possibilidades, tornando as decisões legislativas ainda mais complexas. Deste modo, se analisado o papel do eleitor como parte integrante de uma estrutura, torna-se evidente que a reestruturação de expectativas, e é esse o nosso conceito de legitimidade, não pode realizar-se sozinha, mediante o fato de o desiludido se converter em participante no sistema como eleitor.

Portanto, por meio da eleição livre (voto igualitário, secreto e universal), a legitimidade se alcança não pela imposição de expectativas individuais de uma pessoa ou grupo, mas, sim, pela diferenciação funcional do sistema político que estimule e incite a criação de alternativas pelo desenvolver do processo. Em síntese, “Esse mecanismo reforça a distinção do sistema da política porque aumenta o nível da sua indiferença com relação às irritações do ambiente e, igualmente, aumenta o nível da sua sensibilidade em relação aos temas que ele seleciona como horizonte das decisões.”³⁸⁹ Deste modo, por meio da eleição livre, possibilita-se a diferenciação funcional da política de outros contextos sociais, assegurando-se que não haja interferência de particularismos no processo de seleção das alternativas possíveis de juridicização.

³⁸⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 136.

³⁸⁹ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 42-43.

Ainda, se esse processo político for efetivamente democrático, restará assegurada a complexidade do sistema, tornando-se possível que todas as expectativas sociais possam vir a ser tematizadas no interior do sistema, ou seja, possam se tornar temas de comunicação da política. “Pressupõem-se evidentemente certas condições, como a igualdade dos participantes no início do procedimento e, sobretudo, a incerteza dos resultados”³⁹⁰, tornando-se relevante, para a legitimação pelo procedimento, a observância de estruturas intrassistêmicas de validação, seja do direito ou da política, que permitam que os procedimentos, “[...] independentemente de seus resultados, permaneçam em aberto para a diversidade de valores, expectativas e interesses, mesmo os que eventualmente sejam derrotados nos termos procedimentais.”³⁹¹

Após a primeira etapa de positividade do direito, pela seleção de temas através do sistema político, o direito emprestará seu código binário lícito/ilícito – passando a servir de segundo código – à política, de modo que o poder político possa ser reproduzido de forma simplificada, sem a necessidade de repetição de suas condições. Não se deve entender, com isso, que há uma sobreposição dos sistemas; conforme já ressaltado, a diferenciação funcional entre direito e política é pressuposto do Estado Democrático de Direito. Ao contrário, o que há é, na verdade, uma recíproca e constante irritabilidade entre política e direito; deste modo, os sistemas operam apenas por suas próprias estruturas, mas, por meio de seu fechamento operativo, conseguem reproduzir internamente as irritações do ambiente. Apesar da constante irritabilidade sistêmica, a diferenciação funcional entre direito e política é mantida por meio de seus fechamentos operativos, na medida em que “As irritações manifestam-se como informações: cada sistema constrói as informações de que necessita, tendo em vista que as irritações do ambiente devem ser elaboradas pelo sistema.”³⁹²

Portanto, para se lograr a efetivação da democracia, a irritabilidade entre direito e política deverá ser sempre mais aguçada; a indiferença entre os sistemas gera a falência da democracia. “Auto-expansão e auto-inibição são perigosas para o processo

³⁹⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 148.

³⁹¹ Ibid., loc. cit.

³⁹² DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 39.

democrático de tratamento da complexidade. Ambas ameaçam duramente a diferenciação, desacreditam a política e geram suspeitas e incertezas.”³⁹³

Enfim, a democracia, vista sobre esta perspectiva, não é mais a realidade parcial de um ideal democrático iluminista; trata-se, na verdade, de importante conquista evolutiva do sistema político, que permite a administração da complexidade social. Não consiste em apenas uma forma de governo possível, sequer representa o domínio do povo sobre o povo (autogoverno), mas é ponto de referência para a elaboração política da complexidade do sistema social. É por isso que a democracia, vista pela perspectiva da teoria dos sistemas, “[...] é superior ao que poderia estar representado nos modelos ideais da tradição [...]”.³⁹⁴

3.5 O tempo da política e tempo do direito: riscos da democracia

A irritabilidade entre os sistemas torna-se possível sem afetar sua diferenciação funcional por meio do acoplamento estrutural existente entre eles, bem como pela diferença temporal com que ambos realizam suas operações e conseguem controlar a complexidade que lhes são apresentadas pelo mundo.

A diferença do que e em que tempo deve ser recordado, o momento de enlace das comunicações e demais operações internas variam de sistema para sistema; exemplificativamente, a reação do sistema jurídico às mudanças do sistema da política ou da econômica contrasta com o tempo que a ciência demanda para observá-las. Especialmente em relação à política e ao direito, essa desarmonia temporal mostra-se de extrema relevância³⁹⁵.

A política, enquanto sistema responsável pela seleção preliminar que desemboca na elaboração de decisões coletivamente vinculativas por meio da positivação do direito, trabalha em um tempo mais dinâmico que o do direito. Portanto, o tempo da política apenas pode ser regulado pelo desenrolar de suas próprias operações, assim como

³⁹³ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 45.

³⁹⁴ Ibid., p. 51.

³⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 305.

o tempo do direito depende de sua reação interna aos estímulos do ambiente. O tempo com que a economia reage às mudanças sociais é visivelmente diferente do tempo necessário para o direito assimilar as modificações do ambiente. Portanto, diferenciação funcional libera os sistemas para trabalharem com suas próprias condições e estruturas, de modo que o tempo de suas operações estará vinculado à sua organização interna.

Em uma sociedade democrática, o tempo da política não é o tempo do direito. Esta relativa desarmonia temporal entre os sistemas estabelece importância significativa tanto para diferenciação funcional do direito e da política, quanto para recíproca irritabilidade dos mesmos. O sistema político moderno encontra-se sobre a pressão temporal, dinamiza-se na medida em que necessita canalizar os anseios sociais das mais diversas fontes sistêmicas. Em contraposição, o tempo do direito é vagaroso; assimila lentamente as mudanças sociais a respeito do desejável e do normativo.

Portanto, a irritação do direito pela política depende de estruturas que permitam àquele sistema reproduzir internamente seus estímulos, de forma a atender à mudança das expectativas sociais. Esta capacidade de resposta do direito aos estímulos do meio garante sua legitimidade, na medida em que se antecipa à crise; porém, caso se torne demasiadamente lenta, pode gerar a autoinibição sistêmica, tornando-o indiferente em relação ao meio e, com isso, obsoleto.

Ainda, o direito positivo, caso não logre responder com eficiência aos estímulos da política, torna-se trivial. Por trivialidade entende-se a “grande indiferença com respeito a diversidades.”³⁹⁶ Com isso, dá-se margem para a formação do “direito não-estatal”, o qual preenche os espaços deixados pelo legislador, delegando-se a outros subsistemas a possibilidade de definição das expectativas sobre as expectativas, ainda que se aponham em conteúdos normativos, tais como a liberdade contratual e as regulamentações próprias das organizações (desde a organização interna de um grupo ou clã, tal como uma companhia ou ordem religiosa até a formação das máfias).

Esse é o problema do poder que não se deixa politizar, na medida em que não pode ser reivindicado por qualquer terceiro que não tenha sido parte de sua constituição; apenas os membros destes subsistemas podem a ele se vincular, na medida em que é válido tão somente dentro da organização. Ainda, ao mesmo tempo em que o

³⁹⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 56.

“direito não estatal” é inevitável – em razão da impossibilidade de o direito responder a todo o tempo às mudanças sociais –, sua existência não controlada põe em risco a democracia. Deveras, “[...] as fábricas do século XIX e os cartéis do século XX deixaram claro onde se pode chegar com a autolegitimação organizacional de qualquer expectativa comportamental específico.”³⁹⁷

Portanto, para que o tempo do direito se compatibilize com o tempo da política, necessária se faz uma maior disponibilidade do direito em lidar oportunamente com os valores, mostrando-se mais dinâmico do que estático, menos para a proteção de um núcleo básico do direito e mais para a mutabilidade de seleções.

3.6 Corrupção de códigos: o risco da perda do risco

Viu-se que cada sistema parcial da sociedade realiza uma redução da complexidade, que, por sua vez, produz uma complexidade própria, estruturada em uma forma binária (código binário). Deste modo, enquanto o direito estrutura a complexidade do ambiente social na forma lícito/ilícito, a política também se diferencia funcionalmente por meio de valores autoexcludentes: governo/oposição. Por sua vez, a economia realiza sua diferença funcional ao lidar com o código ter/não ter, o amor lida com o código amor-desamor, etc.; deste modo, cada sistema da sociedade se forma porque suas próprias operações são realizadas a partir de uma base autorreferencial binariamente codificada.

Em relação ao direito, estando o sistema condicionado à amplitude da complexidade da sociedade, submetido, portanto, às pressões sociais, ele não pode focar-se em distúrbios particulares, em expectativas cognitivas de um só grupo, classe ou indivíduo, sob pena de não lograr realizar a generalização congruente de expectativas. Outrossim, direito e política devem estar condicionados apenas às suas próprias operações, laborando conforme sua racionalidade sistêmica, sob pena de retirar o compromisso da positividade com o futuro e a percepção de que é possível agir para sua atualização, ou seja, sob pena de se gerar a corrupção sistêmica.

Corrupção, neste sentido, ocorre quando as irritações que promovem as operações do sistema não advêm da pressão do ambiente como um todo, mas, sim, pela

³⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 59.

sobreposição de códigos de outros subsistemas, bloqueando sua *autopoiese*. Nesta hipótese, há a subordinação particularista do direito e da política a códigos binários (injunções) de outros subsistemas, tais como “ter/não ter”, “amigo/inimigo”, “amor/desamor” etc., causando a falência do Estado Democrático de Direito, em razão da destruição da unidade e identidade daqueles sistemas parciais da sociedade³⁹⁸.

Em razão da sobreposição de outros códigos ao sistema do direito e da política, a norma jurídica passa a ser positivada em razão de particularismos, os quais podem gerar modificação da lei, podem ignorar as normas já existentes ou até mesmo declarar a legalidade de uma conduta ilícita e a ilicitude de uma conduta lícita. Deste modo, a corrupção sistêmica torna o direito escravo de interesses particulares (grupos ou indivíduos). A título exemplificativo, têm-se como notórias as recorrentes normas jurídicas tributárias feitas para privilegiar grandes conglomerados econômicos, em detrimento de outra parcela da sociedade que se beneficiaria com a arrecadação convencional dos tributos³⁹⁹.

A corrupção sistêmica é constatada, de forma mais evidente, nos países em que há prevalência da “modernidade periférica”, também chamada de “modernidade negativa”, tal como vista por Marcelo Neves, em que permanecem obstáculos sociais à concretização da diferenciação sistêmica. Nesses casos, os sistemas jurídicos e políticos são bloqueados na sua autoprodução (*autopoiese*) por injunções heterônomas de outros códigos e critérios sistêmicos, assim como pelos particularismos difusos.

Nas palavras de Marcelo Neves, “A chamada corrupção sistêmica tem tendência à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na *alopoiese* do direito.”⁴⁰⁰ Atualmente, o Brasil sofre com um exemplo de corrupção sistêmica ao buscar aprovar o seu Novo Código Florestal (Projeto de Lei 1876/99 elaborado pelo Deputado Aldo Rebelo), o qual vem sofrendo críticas, no sentido de ser fruto de uma pressão econômica sobre o sistema jurídico para facilitar a exploração de reservas ambientais, abrandando a proteção jurídica sobre os recursos naturais e anistiando pessoas que

³⁹⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 151.

³⁹⁹ Nesse sentido, *vide* IGNACIO, Laura. Substituição gera prejuízo de R\$ 1,7 bi. **Valor Econômico**. São Paulo: Abril, 09 nov. 2010.

⁴⁰⁰ NEVES, op. cit., p. 241.

cometeram crimes ambientais⁴⁰¹.

Em uma democracia, a dinâmica das estruturas de normas não pode ser diretamente derivada de necessidades ou interesses pessoais individuais, que se neutralizam mutuamente por suas múltiplas facetas e contradições, tendo que ser agregadas a papéis políticos para produzirem mudanças; assim, caso haja a afetação desta estrutura por códigos de outros sistemas que impeçam a diferenciação, estará prejudicado o Estado Democrático de Direito. Deste modo, na democracia, ao contrário do que ocorre nos regimes totalitários e nas autocracias, não há submissão do direito e da política a outros códigos binários, sequer estes sistemas se sobrepõem entre si, mantendo-se, na verdade, uma relação sinalagmática entre eles.

Assim, se por um lado o direito é posto por decisões políticas, de outro essa seleção de expectativas sociais, em um regime democrático, é realizada dentro do código lícito/ilícito. Com isso, o direito não serve apenas para a justificação da dominação, mas mostra-se como sistema de controle do exercício do poder. Deve-se, deste modo, combater qualquer estrutura que busque impedir esta diferenciação funcional e retirar os riscos das seleções do direito, tornando hipertrófico e cego à complexidade de seu ambiente. Em outros termos, para que se possa concretizar a democracia, deve-se combater qualquer forma unilateral de legalismo e de impunidade, vinculando-se o direito e a política apenas, e tão somente, às suas próprias estruturas.

Nesta perspectiva, são perturbadoras as invasões do sistema do direito e da política ocorridas no processo eleitoral e legislativo por meio do código da econômica e por interesses particulares, tais como compra de votos, fraude eleitoral, opressão do eleitor, influências ilícitos, dentre outros. A existência destes problemas retira a incerteza do resultado, própria das eleições políticas, tornando-as mero ritual de consagração de interesses de uma classe dominantes. Com isso, “[...] a eleição afasta-se assim radicalmente do seu modelo constitucional e legal. O código ‘lícito/ilícito’ não funciona eficientemente como código da política. Isso implica deficiente legitimação pelo procedimento e impossibilidade de estabilização da democracia.”⁴⁰²

⁴⁰¹ Sobre o tema, *vide* GIRARDI, Giovana; FANZERES, Andréia. In: Código Florestal ao arripio da ciência, **Revista UNESP Ciência**, out. 2010. Disponível em: <http://www.unesp.br/aci_ses/revista_unespciencia/acervo/13/novo-codigo-florestal>. Acesso em: 02 out. 2010.

⁴⁰² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 242.

4 DEMOCRACIA: CORRUPÇÃO SISTÊMICA, SUBINTEGRAÇÃO E SOBREINTEGRAÇÃO NA MODERNIDADE PERIFÉRICA

4.1 Aplicação da teoria dos sistemas ao contexto brasileiro

Até o presente momento delinear-se os aspectos centrais da teoria luhmanniana para a análise geral da ideia de democracia pela perspectiva de sua teoria funcionalista radical. Com isso, promoveu-se a análise dos elementos fundamentais da teoria sem, contudo, tratar de um modelo de sociedade específico.

Porém, certo é que Niklas Luhmann, apesar de propor uma teoria com pretensão universalista, ao desenvolvê-la partiu de um modelo de sociedade europeia, a qual é comumente catalogada como moderna, por satisfazer o pressuposto da diferenciação funcional. Ao lado deste fato, tem-se ainda a disseminada diferenciação evolucionista das sociedades mundiais em “centrais” e “periféricas” sendo estas marcadas por uma irremediável involução, o que impossibilitaria a aplicação de uma base teórica comum à análise dos dois modelos de sociedade, a não ser para constatar o irreparável abismo evolutivo existente entre as mesmas. Assim, sendo certo que a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann consiste em arsenal metodológico para a análise das sociedades modernas, eis que surgem dúvidas a respeito da possibilidade de sua utilização para análise do contexto brasileiro.

Para que se possa responder à inquietação acima levantada, faz-se necessário, primeiramente, verificar se a sociedade brasileira pode ser considerada moderna, ainda que esta modernidade possua vícios latentes que a diferenciam da modernidade vivida por países centrais, sendo, então, denominada de “modernidade periférica” (Marcelo Neves) ou “modernidade tardia”.

Essa consideração inicial faz-se necessária na medida em que convivem com o conceito de sociedade mundial diferenciações territoriais marcadas por uma historiografia que as distingue em termos de evolução sistêmica. Não se ignora, com isso, a ambição da teoria dos sistemas de servir à observação da “sociedade mundial”, evitando o recolhimento a análises particularistas e marcadamente empíricas; o que se quer, em

verdade, é constar como, em termos territoriais, os elementos histórico-sociológicos implicam na necessidade de mediações para a apropriação da teoria, em razão da diferenciação regional dos sistemas políticos. Portanto, primeiramente, tratar-se-á do conceito de “sociedade mundial” para a teoria luhmanniana, para que, somente após este esclarecimento, se possa tratar das implicações da diferenciação do sistema político em termos regionais.

A seguir, serão utilizadas as análises de Orlando Villas Bôas Filho e Marcelo Neves sobre a modernidade brasileira, notadamente no que se refere aos vícios sociais que o *ethos* ibérico possa ter imposto à sociedade brasileira e as consequências para a obtenção da diferenciação funcional e, logicamente, da estabilização da democracia como conquista evolutiva.

Antes, porém, de ingressar na análise da realidade brasileira, importante trazer ao lume as concepções de Niklas Luhmann sobre a observação da modernidade da sociedade moderna, de modo a clarificar os pressupostos indispensáveis para a realização de qualquer diagnóstico social. Ao tema, pois.

4.2 Observações na sociedade moderna ou pós-moderna?

Quando a sociedade moderna se auto-observa e se julga moderna, assim se intitula por uma diferença em relação ao passado. Esse retorno ao passado se realiza por meio da diferenciação promovida pela possibilidade de o observador verificar que já não é mais como no passado e já não mais voltará a ser o que era. Consistiu-se, portanto, na percepção de sua constante alteridade, ou seja, na possibilidade infinita de não ser em momento futuro o que se é ou já se foi. Certo é, portanto, que a observação da modernidade sempre será uma observação na modernidade, pois ocorrerá no intramuros da sociedade moderna; não há metarreferência porque não há observador externo. Trata-se da observação da sociedade contemporânea dentro da sociedade contemporânea.

Daí que, para se definir a modernidade, fazem-se necessários padrões que proporcionam a verificação da diferença. Os padrões que conceituam a modernidade diferem em relação ao campo de análise do observador social. Veja-se o exemplo da arte; conforme aduz Luhmann, para este sistema modernidade, significou busca da

autenticidade, libertação do engessamento a padrões pré-definidores do artístico, enfim, busca desesperada pela autenticidade⁴⁰³.

Em termos sociológicos, os padrões identificadores do moderno são comumente definidos por observadores que se apartam da teoria dos sistemas como “racionalidade” ou “humanidade”. Contudo, certo é que esses elementos não satisfazem uma análise mais crítica da sociedade, não permitem identificar o porquê da diferenciação estrutural e semântica da sociedade moderna em relação às suas predecessoras. Além disso, trata-se de elementos externos ao próprio sistema, incapazes de justificar a diferenciação funcional e enfrentar o paradoxo da autorreferibilidade.

Para solucionar o paradoxo da autorreferencialidade (posteriormente englobado no conceito de *autopoiese*), Luhmann elegeu o critério da diferenciação funcional como condição suficiente para uma descrição estrutural suficiente da sociedade modernidade. A diferenciação funcional, como visto anteriormente, surge como recurso à ampliação contínua da complexidade social gerada pela presença permanente de mais possibilidades do que as que são suscetíveis de serem realizadas, gerando incerteza e indeterminações (contingência).

Assim, se a ampliação constante da complexidade apenas é possível em sociedades pluralistas, nas quais a cosmovisão do mundo já não é mais um elemento aglutinador, será justamente a falta de uma descrição unitária do mundo que a impulsionará à modernidade. Deste modo, se a inexistência de um sentido condutor das relações sociais promove a diferenciação funcional, este impulso deve ser observado como condição do moderno e não como obstáculo à modernização. Disso resulta a refutação da chamada pós-modernidade pela teoria dos sistemas.

Perry Anderson, em seu livro “As origens da pós-modernidade”, afirma que tanto o termo como a ideia de pós-modernidade surgiu no contexto artístico da década de 1930 da América Hispânica, por Federico de Onís, servindo para caracterizar um novo estilo artístico dentro do moderno. A partir de então, o termo percorreu uma longa modificação semântica, até alcançar sua estabilização atual. Apenas após vinte anos da criação do termo por Federico de Onís é que a expressão foi utilizada no mundo

⁴⁰³ LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad**: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1997, p. 18.

anglófono como categoria de época, e não mais para tratar de um movimento estético; o responsável pelo uso do termo para caracterizar um período histórico marcado por guerras foi Toynbee, em 1854, em seu livro *Study of Histories*, para quem a pós-modernidade se tratava de um tempo histórico marcado pela perda do racionalismo e do *ethos* do iluminismo⁴⁰⁴.

Ainda segundo Anderson, C. Wright Mills e Irving Howe, no final da década de 1950, foram os primeiros a empregar o termo no âmbito sociológico, utilizando-o para “[...] indicar uma época nas quais os ideais modernos do liberalismo e do socialismo tinham falido, quando a razão e a liberdade se separaram numa sociedade pós-moderna de impulso cego e conformidade vazia.”⁴⁰⁵

Por outro lado, no âmbito filosófico, o termo é primeiramente adotado por Jean-François Lyotard, em sua obra *A condição pós-moderna* (1979), para quem a pós-modernidade formava-se em uma sociedade linguisticamente articulada, em que a ciência não passa de um dos jogos de linguagem possíveis e o conhecimento se torna a principal força de produção. Portanto, na pós-modernidade cai por terra a ideia de que a evolução da ciência conduz à revelação da verdade; em seu lugar se posiciona a percepção de uma evolução científica descontínua, incerta, paradoxal⁴⁰⁶.

É a partir da década de 1970, com a proliferação do uso da expressão *pós-modernidade* para caracterizar uma nova fase na história, cultura e expressão estética, que se passa a debater se de fato se pode falar em superação do estágio moderno, em pós-modernidade. As diversas teorias que buscam compreender esse estágio civilizatório não são unívocas e coerentes; dividem-se os teóricos entre aqueles que anunciam a pós-modernidade, descartam sua existência (modernos) ou acreditam na sua superação (pós-pós-modernidade)⁴⁰⁷.

A par dos diversos significados possíveis de serem atribuídos ao termo *pós-modernidade*, caso se pretenda com ele identificar a falta de uma visão unitária do mundo, de uma razão vinculante a todos ou uma posição correta e comum frente ao mundo

⁴⁰⁴ ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1999, p. 09-12.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 18.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 32-33.

⁴⁰⁷ Sobre o tema, *vide* ESPERANDIO, Mary Ruth Gomes. **Para entender pós-modernidade**. São Leopoldo: Sinodal, 2007.

e à sociedade, está claro esta perda de um elemento aglutinador não se tratar de um novo estágio civilizatório, mas, sim, das próprias condições estruturais a que está exposta a sociedade moderna⁴⁰⁸. Deveras, é justamente a perda de pontos de partidas unívocos e o aumento progressivo de complexidade que provocam a pressão seletiva e a diferenciação sistêmico-funcional; com isso, o sistema volta-se a si mesmo, a fim de distinguir-se do ambiente e responder cada vez mais à complexidade por suas próprias estruturas, ou seja, fecha-se operativamente e adquire racionalidade própria. Deste modo, o conceito de pós-modernidade decorre da subestimação do potencial da modernidade por alguns observadores, que, por haverem ignorado seu real potencial, necessitam de um conceito diferente para definir a sociedade moderna⁴⁰⁹.

A perda de um vetor comum é, portanto, característica própria da modernidade – e não sua superação. De fato, conforme assevera Marcelo Neves, na modernidade, vista pela teoria dos sistemas, “[...] haveria uma amoralização social, tendo em vista que o código moral ‘respeito/desprezo’ se reproduziria difusa e fragmentariamente, não se construindo a partir dele generalização congruente de expectativas.”⁴¹⁰

Portanto, complexidade e contingência, ao contrário de produzirem o esfacelamento da sociedade, permitem sua diferenciação funcional e, com isso, a modernidade. A modernidade, neste contexto, alimenta-se do caos, na medida em que cada mudança do entorno torna o sistema mais apto a responder à imprevisibilidade, lidando harmonicamente com o improvável. Eis assim o que há de moderno na sociedade moderna, à medida que o sistema responde às variações do ambiente, cria e recria sua própria estrutura e, com isso, gera novas variações; mas, então, já não é mais o que era anteriormente.

Daí que, para a teoria dos sistemas de Luhmann, o conceito de pós-modernidade apenas logrou descrever a própria modernidade, em razão da constatação de que a sociedade perdeu a confiança em sua autodescrição, nada mais.

⁴⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad**: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1997, p. 41-47.

⁴⁰⁹ Id. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, 2006, p. 905-910

⁴¹⁰ NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 37, 1996, p. 94.

4.3 A sociedade global e a diferenciação territorial dos sistemas político e jurídico

O modelo luhmanniano de observação da sociedade permite concebê-la para além das concepções territorialistas; formada pela comunicação – e não pela consciência, elemento próprio dos sistemas psíquicos –, a sociedade não mais encontra barreiras geográficas, mas abre-se a um horizonte maior, traduzindo-se em “sociedade mundial”.

A sociedade mundial decorre da diferença entre os dois lados de uma forma (sociedade/ambiente); trata-se, portanto, da distinção entre *marked/unmarked place*. Assim, o ambiente da sociedade moderna mostra-se como um espaço externo à distinção (*unmarked place*) é resultado da diferença entre sistema/ambiente; portanto, a sociedade, observada pela teoria dos sistemas, apenas aceita a diferenciação funcional, refutando a tentativa de fragmentá-la em relação aos aspectos territoriais. Em outros termos, pode-se afirmar que a “[...] sociedade, no seu interior, é composta por sistemas (política, economia, direito, etc.), mas não comporta exclusões geográficas.”⁴¹¹

Luhmann aponta constatações que permitem tratar a sociedade enquanto sistema mundial conglomerador de todas as comunicações dos sistemas parciais; tais apontamentos buscam evidenciar que a comunicação não encontra mais barreiras geográficas na modernidade circulando em nível global, o que proíbe que se exclua da descrição uma parte da sociedade. Isso porque, diversamente dos sistemas parciais da sociedade que se criam e se mantêm pela distinção entre eles próprios e o seu ambiente, a sociedade se caracteriza por ser um sistema social abrangente de todas as comunicações; é o *locus* em que todas as comunicações se reproduzem, sendo o sistema psíquico o seu ambiente.

Portanto, na modernidade, a sociedade deve ser vista como sociedade mundial, cuja comunicação não encontra mais barreiras; não há “sociedades”, mas apenas uma única sociedade global, em que a comunicação circula livremente por todo o globo.

A fim de comprovar este conceito unitário de sociedade, Luhmann aponta a existência de um tempo único no mundo, marcado pela possibilidade de, em

⁴¹¹ CAMPILONGO, Celso. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 131.

qualquer lugar do globo terrestre, ser possível estabelecer simultaneidades com outros espaços territoriais do globo terrestre e, assim, comunicar-se sem perda de tempo. Nesse sentido, afirma que,

Como na física a constante da velocidade da Luz, assim o tempo do mundo garante na sociedade a convertibilidade de todas as perspectivas temporais: o que em um lugar é cedo ou tarde, em outro é também cedo ou tarde. Com isso se desvanece a possibilidade de definir uma unidade do sistema sociedade a partir dos limites territoriais ou a partir de seus habitantes separando-os daqueles que não são seus membros – por exemplo, cristão em contraposição a pagãos. Os sistemas funcionais – como a economia ou a ciência, a política ou a educação, a atenção aos entendedores ou o direito – propõem, cada um, exigências de acordo com seus limites, limites que já não pode ficar concretamente integrados em um espaço com relação a um grupo de seres humanos⁴¹². (tradução e grifo nossos).

Ainda, a existência de uma sociedade mundial encontra-se comprovada também pela semântica do tempo entre o passado e o futuro. Caso se pergunte pelo futuro, difícil será argumentar que este não dependa da perspectiva de uma sociedade mundial; o destino pertence, assim, à análise global das condições dos subsistemas parciais que formam a sociedade. Deste modo, “México, Japão, Uganda e Suíça, Coréia e Alemanha, em que pesem as enormes diferenças operacionais de seus sistemas econômicos, políticos e jurídicos, integram essa única sociedade moderna: a sociedade mundial.”⁴¹³

Luhmann refuta, mais uma vez, a possibilidade de se falar da sociedade moderna em termos de sociedades regionais, ao condenar a ideia de existência de subsociedades dentro da sociedade mundial. Isso porque, para o autor, esta concepção vai na contramão da diferenciação funcional, por ser impossível vincular todos os sistemas encarregados de uma função com limites unitários espaciais; assim, a diferenciação funcional não dialoga com a diferenciação regional de sociedade, posto que os sistemas parciais da sociedade operam independentemente de limites territoriais. Porém, Luhmann

⁴¹² LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 171-172. Texto original: “[...] Como en la física la constante de la velocidad de la luz, así el tiempo del mundo garantiza en la sociedad la convertibilidad de todas las perspectivas temporales: lo que en un lugar es temprano o tarde, en otro es también temprano o tarde. [...] Con esto se desvanece la posibilidad de definir la unidad del sistema sociedad a partir de límites territoriales o a partir de sus habitantes separándolos de quienes no son sus miembros — por ejemplo, cristianos a diferencia de paganos. Los sistemas funcionales — como la economía o la ciencia, la política o la educación, la atención a los enfermos o el derecho — proponen cada uno exigencias de acuerdo a sus propios límites, límites que ya no pueden quedar concretamente integrados a un espacio o con relación a un grupo de seres humanos.”

⁴¹³ CAMPILONGO, Celso. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, p. 133.

reconhece que dois sistemas parciais da sociedade são possíveis de diferenciação regional, a saber, a política e o direito. Em suas palavras:

Uma diferenciação que fora essencialmente regional entraria em contradição com o primado moderno da diferenciação por função. Fracassaria porque é impossível vincular todos os sistemas encarregados de uma função com limites unitários espaciais – limites que dariam validade para todos os sistemas. **Apenas o sistema político e com o sistema do direito da sociedade moderno são diferenciáveis regionalmente sob a forma de Estados.** Todos os demais sistemas funcionais operam independentemente dos limites espaciais.⁴¹⁴ (tradução e grifo nossos).

Deste modo, a sociedade moderna adquire significado extremamente inovador ao ser libertada das barreiras territoriais que tradicionalmente eram erigidas como seu elemento formador, desenvolvendo um grau de complexidade sem precedentes. Isso pois os sistemas operam independentemente das barreiras territoriais, extravasam os limites de geográficos para adquirirem o *status* global; assim, a comunicação não encontra mais limites espaciais inserindo-se dentro do sistema omniabarcador da “sociedade global”.

Contudo, o significado da diferenciação territorial resiste pela interdependência do sistema político e do sistema do direito formada pela figura do Estado, a qual apenas se justifica pelo fato de que esta segmentação ainda parece ser a melhor maneira de aperfeiçoar sua própria função.⁴¹⁵ Porém, a observação das diferenças regionais advindas da demarcação geográfica dos sistemas político e jurídico apenas é possível observar caso se considere a existência da sociedade global, de modo que do outro lado da forma do subdesenvolvimento se encontre o desenvolvimento.

No entanto, ainda que a sociedade deva ser compreendida como macrossistema aglutinador de todas as comunicações, ao observador é possível eleger outras distinções, a fim de analisar com acuidade as operações sistêmicas. A aceitação de

⁴¹⁴ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 125. Texto original: “[...] Una diferenciación que fuera esencialmente regional entraría en contradicción con el primado moderno de la diferenciación por funciones. Fracasaría porque es imposible vincular todos los sistemas encargados de una función con límites unitarios espaciales —límites que tendrían validez para todos los sistemas. **Sólo el sistema político y con él el sistema del derecho de la sociedad moderna son diferenciables regionalmente bajo la forma de Estados.** Todos los demás sistemas funcionales operan independientemente de límites espaciales.”

⁴¹⁵ ARAÚJO, Cícero; WAIZBORT, Leopoldo. Sistema e evolução na teoria de Luhmann (mais: Luhmann sobre o sistema mundial). **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 47, ago. 1999, p. 189-190.

distinções diversas para a observação sistêmica é consequência da aceitação do relativismo filosófico pela teoria luhmanniana, aceitando-se que não há realidade a ser apreendida sem a participação ativa do sujeito cognoscente, ou seja, não há realidade dada independentemente do observador. Sobre o tema, afirma Niklas Luhmann:

O ato de observar tem que eleger – e pode eleger – distinções, de modo que também são suscetíveis de serem objeto de observação as distinções que este ato de observar elege ou evita eleger. Isso é a origem do relativismo [...] E como há um grande número de distinções disponíveis e uma mesma coisa pode distinguir-se de diferentes maneiras, a consequência é que não há uma realidade independente do observador.⁴¹⁶

Se ao observador é facultada a realização de novas distinções, devem-se identificar quais distinções foram por ele eleitas quando da descrição da realidade, realizando-se uma observação da observação ou, em outros termos, uma observação de segunda ordem. Portanto, o que é percebido como realidade apenas pode ser garantido pela observação dos observadores; assim, a distinção realizada pelo observador delimitará a realidade apreendida, não sendo mais possível se partir de um “mundo comum”⁴¹⁷.

Com isso, ainda que a sociedade seja entendida pela perspectiva da teoria dos sistemas como sociedade global, independente dos limites territoriais existentes, certo é que para o observador é possível realizar outras distinções, dentre elas as distinções que relevam a demarcação regional e os diferentes níveis de desenvolvimento que dela resultam.

As identificações de limites territoriais decorrem do entrelaçamento dos sistemas político e jurídico, que demarcam a figura do Estado, de modo que, caso se eleja este critério como definidor da observação, então se torna possível constatar dentro de barreiras regionais as diferenças de desenvolvimento entre as regiões do globo e, assim, abre-se a possibilidade de se discutirem os diferentes níveis de diferenciação funcional.

⁴¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Madrid: Editorial Trotta, 1993, p. 150. Texto original: “El observar tiene que elegir y puede elegir distinciones, por lo que es susceptible de convertirse en objeto de observación qué distinciones elige o evita elegir. Esto es el origen del relativismo. [...] Y como hay un gran número de distinciones disponibles, y una misma cosa puede distinguirse de muy diversas maneras, la consecuencia es que no hay una realidad con independencia del observador.”

⁴¹⁷ Note-se que a teoria dos sistemas, ao aceitar o relativismo, cria um paradoxo: por ser uma teoria que parte da observação da realidade, também pode ser relativa. Mantém a dúvida sobre o que pode o observador ver.

Nesse aspecto, Luhmann aponta – sem a pretensão de esgotá-las – quatro formas de diferenciação possíveis de serem encontradas dentro da sociedade mundial, a saber: (i) diferenciação segmentária; (ii) diferenciação centro/periferia; (iii) diferenciação estratificada; e (iv) diferenciação funcional⁴¹⁸.

A *diferenciação segmentária* é reconhecida pela igualdade entre os sistemas parciais da sociedade, os quais se distinguem por critérios de descendência e comunidade habitacional ou pela combinação de ambos; são, portanto, formas típicas das sociedades tribais, clãs e grupos. Conforme afirma Darío Rodrigues, as sociedades segmentárias se orientam pela diferenciação em critérios de parentescos ou de territórios, princípios que, normalmente, estão unidos aos correspondentes cultos aos ancestrais e à terra⁴¹⁹.

Já a *diferenciação entre centro/periferia* supera o princípio da segmentação, mas prevê a desigualdade, na medida em que apenas alguns grupos podem ocupar determinada posição. Pode se dar dentro da diferenciação segmentária, como, exemplificativamente, a diferenciação tribal em que apenas determinadas famílias podem ocupar um posto central; porém, nesta hipótese, não se põe em questionamento o critério da diferenciação segmentária como determinante para a diferenciação da sociedade.

Por sua vez, a *diferenciação estratificada* caracteriza-se pela desigualdade de nível entre os sistemas parciais, notadamente na distinção de pares, tais como a distinção entre nobreza/povo comum, burguesia/proletariado. Luhmann enfatiza que este tipo de diferenciação é altamente instável, notadamente quando dividido em apenas duas posições, na medida em que permanecem do outro lado da forma grupos intermediários; exemplificativamente, tem-se a diferenciação marxista entre burgueses e proletariados, a qual deixa do outro lado da forma a pequena burguesia e grupos de funcionários. Por fim, Luhmann trata da *diferenciação funcional*, a qual consegue abarcar tanto a igualdade quanto a desigualdade dos sistemas parciais. Os sistemas funcionais são iguais em suas desigualdades.

⁴¹⁸ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 486.

⁴¹⁹ Texto original: “En las sociedades segmentarias, se orienta la diferenciación por criterios de parentesco o de territorios, principios que normalmente se presentan ambos unidos con los correspondientes cultos a los ancestros y a la tierra”. (RODRIGUEZ, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. Prefácio. In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 42).

As formas de diferenciação apontadas pela teoria luhmanniana não possuem a pretensão de esgotar o catálogo das formas possíveis de surgimento no processo evolutivo social; ainda, sequer obedecem a um critério cronológico evolutivo – o qual é completamente refutado pelo conceito de evolução adotado. Assim, a evolução da sociedade não pode eleger nenhuma sequência pré-determinada de desenvolvimento, bem como sequer pode evitar regressos a formas ulteriores de diferenciação. Substitui-se, portanto, a concepção de *diferenciação-crescente*, pela ideia de *câmbio-das-formas-de-diferenciação*, de modo a ser aceitável a existência de evoluções e involuções.

Essas formas de diferenciação convivem dentro do sistema macrocomunicativo da sociedade mundial. Deste modo, a par da diferença existente entre sistema/ambiente que delimita a sociedade mundial e opera de maneira universalista, ou seja, como *um corte sobre o mundo*, existe a diferenciação funcional interna decorrente da formação dos sistemas parciais que a compõem. Assim, torna-se possível, dentro do conceito de sociedade global, tratar da relação existente entre os sistemas-parciais, observando as operações *sistema-a-sistema* em determinados limites territoriais.

Dentre as possibilidades de relações sistêmicas (*sistema-a-sistema*), encontra-se o entrelaçamento do direito e da política que formam o conceito de Estados; com isso, torna-se possível, dentro do conceito de sociedade mundial, observar-se a diferenciação funcional entre as diversas regiões do globo, tais como o caso brasileiro. Ressalva-se, porém, que a possibilidade de discutir os diversos níveis de desenvolvimento dos Estados apenas reforça o conceito de sociedade mundial posto pela teoria luhmanniana, uma vez que é a própria existência da unidade que reforça a diferença. Deveras, apenas se estabelecido o conceito de sociedade mundial é que será possível perceber como e por que as diferenças que existem em termos regionais operam segundo a maneira como se encontram entrelaçadas às condições globais.

O observador, ao eleger a distinção regional para a realização de sua análise, pode, então, problematizar a bifurcação existente dentro da sociedade mundial que faz com que alguns Estados sejam catalogados como “centrais/desenvolvidos”, por possuírem nível ideal de diferenciação sistêmica para a estabilização da democracia, em contraposição aos denominados Estados “periféricos/ subdesenvolvidos”, que permanecem

em estágio de diferenciação funcional insatisfatório, dando ensejo a corrupções sistêmicas e ao primado da exclusão social.

Neste contexto, será analisado o caso brasileiro, notadamente em relação à diferenciação funcional do direito e da política como primado para estabilização da democracia, tomando-se como paradigmas as análises feitas por três tipos de observadores, a saber, sociólogo, artista e jurista. Após, serão confrontadas suas observações, a fim de realizar uma observação de segunda ordem e compreender o futuro da democracia no Brasil.

4.4 Democracia na “modernidade periférica” ou “modernidade negativa” brasileira: sobre o problema dos sobreintegrados e a corrupção sistêmica

As análises a respeito do caso brasileiro dividem-se entre dois pressupostos problemáticos: considerá-lo ainda na fase pré-moderna, por entender não haver oportunamente ocorrida a diferenciação funcional, mantendo-se na fase de diferenciação hierárquica, ou considerá-lo na fase moderna, ainda que esta modernidade contenha vícios decorrentes de seu processo histórico.

Existem, ainda, aqueles que observam a existência destes três estágios da modernidade a um só tempo na realidade brasileira. Conforme leciona Eduardo C. Bittar, o Brasil é um sincretismo de pré-modernidade (por exemplo, uma comunidade de pescadores na Amazônia), modernidade (algumas cidades brasileiras que começam a viver os avanços tecnológicos) e pós-modernidade (metropolização e conturbações dos grandes centros populacionais). Daí que, para o autor, a realidade multifacetada brasileira impõe que o direito seja analisado sob diversos matizes, por ser fato que aqui não se poderia ter um sistema autopoietico⁴²⁰.

Notório que, se o diagnóstico do caso brasileiro conduzir à conclusão de que a diferenciação funcional não se efetivou e, pior, jamais poderá se efetivar, então não será possível aplicar-lhe a teoria dos sistemas para a análise das condições de estabilização da democracia. Porém, se for possível incluí-lo na fase moderna, a aplicação da teoria dos

⁴²⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 219.

sistemas lhe será coerente, bastando, porém, verificar a necessidade de adaptação de seus conceitos para sua fiel apropriação.

Em defesa da possibilidade de aplicação da teoria luhmanniana – ainda que com ressalvas –, cumpre trazer a lume a compreensão oferecida por Marcelo Neves sobre o caso brasileiro. A par da apropriação de conceitos próprios da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas – notadamente a ideia de esfera pública pluralista –, Neves diagnostica o Brasil como pertencente a uma *modernidade periférica*, a qual também é adjetivada como *negativa*, em comparação com a modernidade vivenciada por países centrais⁴²¹.

Para Marcelo Neves, o Brasil é marcado pela insatisfatória diferenciação funcional por força da injunção de fatores sociais diversos, destacando-se dentre eles *clientelismo e particularismos*. Contudo, o inadequado fechamento operativo dos sistemas do direito e da política não permite caracterizar o Brasil como pré-modernidade, mas obrigam o observador a realizar adaptações conceituais da teoria dos sistemas, para compreender as particularidades da experiência democrática brasileira.

Assim, com o intuito de aplicar a teoria dos sistemas ao caso brasileiro sem que se proceda a homogeneização de realidades histórico-sociais diferentes, Neves propõe o conceito de *alopoiese*⁴²². A *alopoiese* decorre, além da corrupção destrutiva do código hipertrófico “ter/não ter”, da constante intrusão do código político sobre o código do direito impedindo a diferenciação sistêmica. Atrelado ao problema da inadequada diferenciação sistêmica do direito e da política, Neves vai além do paradigma sistêmico ao incluir, como um dos vícios da modernidade periférica, a inexistência de uma esfera pública pluralista. Para o autor, além da diferenciação funcional, o Estado Democrático de Direito tem sua imparcialidade assegurada pela pluralidade de procedimentos abertos a uma esfera pública heterogênea e universalista.

Apesar da inteligente intersecção de pensamento entre Jürgen Habermas e Niklas Luhmann feita por Marcelo Neves ao perceber que ambas as teorias referem-se à

⁴²¹ Ver NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p 236-258. NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 37, 1996/96, p. 93.

⁴²² Sobre o tema, vide NEVES, Marcelo. From the autopoiesis to the allopoiesis of Law. **Journal of Law & Society**, v. 28, n. 2, p. 242-264, Jun. 2001.

superação da moral tradicional conteudística e hierárquica, por não ser objetivo deste trabalho correlacionar a fundamentação ética habermasiana com o amoralismo luhmanniano, serão apropriadas apenas as concepções do autor sobre os problemas da diferenciação funcional do direito e da política, a fim de constatar como esse vício afeta a modernidade brasileira e, por conseguinte, a estabilização da democracia.

De fato, a ausência da diferenciação funcional do direito e da política permite que Neves classifique o Brasil como “modernidade periférica”. A modernidade periférica decorre da inexistência dos pressupostos de modernização traçados por Luhmann (diferenciação funcional) e Habermas (esfera pública autônoma); trata-se de uma realidade marcada por obstáculos à autorreferência sistêmica, o que aniquilaria a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pluralista. Nas palavras do autor:

Tendo como referencial o modelo da teoria dos sistemas, é possível uma releitura no sentido de afirmar que, na modernidade periférica, à hipercomplexidade social e à superação do “moralismo” fundamentador da diferenciação hierárquica, não seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu *topos* específico.⁴²³

Em razão de obstáculos à diferenciação sistêmica, o direito e a política são comumente corrompidos por outros códigos e critérios sistêmicos. Assim, sobre o código “lícito/ilícito” do direito, passam a operar de forma dominante e destrutiva os códigos da amizade “amigo/inimigo”, o código da economia “ter/não ter”, implicando em privilégios, favoritismos ilegais que impossibilitam ao sistema do direito cumprir sua função de generalização congruente de expectativas.

Como visto anteriormente, apenas o fechamento operativo promove a abertura cognitiva, na medida em que o sistema passa a reconhecer seu entorno enquanto diferença; deste modo, caso o sistema se torne *autopoietico*, as irritações do ambiente serão previamente selecionadas segundo seu código binário para, a seguir, serem reproduzidas por suas próprias estruturas. Certo, portanto, que o fechamento operativo não constitui fim em si mesmo, mas condição de possibilidade para a abertura cognitiva. Nessa esteira, caso não se proceda ao fechamento operativo, as interferências imediatas do entorno não

⁴²³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 238.

poderão ser tratadas como abertura cognitiva, mas, sim, como um caso de corrupção sistêmica deletéria.

Enquanto componente de uma modernidade periférica, o sistema jurídico brasileiro seria, nesta perspectiva, caracterizado pela vigência de expectativas normativas decorrentes da influência direta de interesses políticos, econômicos, religiosos, dentre outros. Enfim, mostra-se, então, como instrumento de favoritismos, atendendo a demandas particularistas de interesses de pessoas e grupos.

Portanto, a chamada corrupção sistêmica é fator generalizado nas experiências jurídicas da modernidade periférica, tal como a realidade brasileira, do que resulta a *alopoiese* do direito. Daí poder a *modernidade periférica* também ser tratada como *modernidade negativa*, na medida em que “[...] prevalecem formas unilaterais de legalismo e de impunidade em uma relação paradoxal de complementaridade.”⁴²⁴ Na perspectiva luhmanniana, a modernidade periférica, apesar de perder a diferenciação hierárquica em razão da superação do moralismo fundamentador, a esta fase não se seguiu a estabilização da diferenciação funcional como superação da tradição, mas, sim, a hipercomplexificação desagregadora do moralismo hierárquico tradicional⁴²⁵.

Mesmo não excluindo o caso brasileiro do conceito de modernidade, Neves, atento prioritariamente aos problemas da política e do direito, percebe a existência da interferência negativa dos “donos do poder” que sobrepõe ao código ‘lícito/ilícito’ seus interesses, vontades e critérios políticos particulares.

A interferência particularista se dá nos procedimentos eleitoral, administrativo e judicial do Estado de Direito, responsáveis pela função de seleção, filtragem e imunização de expectativas cognitivas frente às expectativas normativas. No que se refere ao processo legislativo, instância primeira da seleção de expectativas, a interferência de particularismos retira o pluralismo democrático do sistema político e contamina a positivação do direito, a qual passa a atender a demandas de pessoas/grupos privilegiados, os chamados *sobrecidadãos*.

⁴²⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 240-241.

⁴²⁵ Id. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 37, 1996, p. 98.

Pela perspectiva de Neves, o Estado brasileiro, incluído no conceito de modernidade periférica, torna-se palco de interesses particularistas, dando ensejo a relações de *subintegração* e *sobreintegração*.

A *subintegração* decorre da inexistência de cidadania, ante a ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente; isso porque, embora os *subcidadãos* não tenham acesso aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, também não estão liberados do cumprimento dos deveres e responsabilidades impostos pelo sistema jurídico, sendo alvo rotineiro de medidas punitivas. Segundo o autor, “[...] aqueles que pertencem às camadas sociais ‘marginalizadas’ são integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores.”⁴²⁶

As sobreposições particularistas do sistema econômico e da política sobre o sistema jurídico decorrem, por sua vez, da existência dos *sobreintegrados* ou *sobrecidadãos*. Esses são responsáveis por, com o aval do aparelho burocrático estatal, desenvolverem ações bloqueantes da reprodução do direito ao impedirem a aquisição de sua identidade própria. Em razão das influências externas dos sobrecidadãos (corrupção, *lobbies* e práticas afins), torna-se impossível aos textos legais e constitucionais realizarem a função de generalização congruente de expectativas.

Para Neves, a lei, no Brasil, torna-se unilateralista, servindo como mecanismo de discriminação social. O direito autista é a marca da modernidade periférica; autista não porque logrou atingir sua autorreferencialidade, mas, sim, por se manter cego à rigidez legalista imposta aos subintegrados, em contraposição aos privilégios outorgados aos sobreintegrados. “Enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos subintegrados (‘excluídos’), a impunidade está vinculada, em regra, ao mundo de privilégios dos sobreintegrados juridicamente.”⁴²⁷

Sobre o tema, Robert Dahl igualmente reconhece a existência dos sobrecidadãos no regime democrático, as quais são responsáveis pelo lado sombrio da democracia (poliarquia). Os sobrecidadãos são responsáveis pela negociação entre elites

⁴²⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 249.

⁴²⁷ Id. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 37, 1996, p. 103.

políticas e burocráticas que se sobrepõem aos interesses do cidadão comum. Contudo, para Robert Dahl, esta elite encontra limites para sua interferência no aparato burocrático da democracia, na medida em que as eleições periódicas as obrigam a manter um olho na opinião pública. Nessa esteira, afirma que “[...] as elites políticas e burocráticas nos países democráticos são poderosas, bem mais poderosas do que podem ser os cidadãos comuns – mas elas não são déspotas.”⁴²⁸

Nesse sentido, não se é possível acolher a opinião de Robert Dahl sobre a inexistência do despotismo. Nos bastidores de um país despolitizado, há muito mais do que o observador externo pode ver; a ausência de consciência política torna o sistema palco de interesses particularistas, impedindo a esfera política de funcionar como espaço de universalização de expectativas cognitivas, a serem posteriormente transformadas em normas jurídicas. Conforme afirma Carlos Estevam Martins:

Nossos partidos são a perfeita encarnação dos anos dourados do pensamento liberal. Não cumprem nenhuma das funções maiores que lhes têm sido consignadas pelos estudiosos da vida política comprometidos com o ideal da soberania popular. São apenas aparelhos de usurpação de um poder público do qual se apropriam para instrumentalizá-lo em proveito do seu mesquinho interesse privado que consiste em garantir, exclusiva e indefinidamente, sua autoperpetuação político-eleitoral.⁴²⁹

A modernidade periférica brasileira divide-se, assim, entre subcidadãos e sobrecidadãos. Enquanto os subcidadãos sacodem as bandeiras de campanhas eleitorais por dez reais ao dia, sem conhecimento de qualquer debate político, em completo absenteísmo político e ideológico, aos sobrecidadãos compete a realização de *lobbies*, negociações ilícitas e preparação de propagandas políticas enganosas a respeito da farta democracia vivida pelos subcidadãos.

Quanto ao processo decisório, outra realidade não se pode constatar. Solta-se Daniel Dantas, enquanto meninas de treze anos permanecem presas em celas masculinas, submetendo-se a rotinas de estupros e violências. A invasão dos sobrecidadãos ocorre em todas as esferas do aparato burocrático. “Aí estão atuando, com toda a legitimidade do mundo, os lobbies, os anéis burocráticos, os nichos cartorais e todos os

⁴²⁸ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 129.

⁴²⁹ MARTINS, Carlos Estevam. Vinte anos de Democracia? **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 64, jan./abr. 2005, p. 20.

demais especialistas em advocacia administrativa, negociações de bastidores e tráfego de influência.”⁴³⁰

Não é a toa que, conforme relata o antropólogo Roberto DaMatta, o Brasil deve ser descrito como uma *sociedade relacional*, na medida em que, aqui, o mais importante não são os indivíduos, mas suas relações. Daí que a expressão *cidadão*, no Brasil, caracteriza um drama típico, sendo utilizada, em regra, quando a pessoa deseja se esvair do cumprimento de uma lei geral e abstrata, passando a ser percebido com base em outro papel social. É a típica expressão *sabe com quem está falando?*, que torna o conceito de cidadão no Brasil algo bastante complicado⁴³¹.

A cidadania no Brasil, segundo DaMatta, não é vivida segundo o primado da igualdade perante a lei que funda o sistema jurídico. Ao contrário, o conceito de “cidadão”, quando empregado sob um aspecto universalizante e impessoal, traz uma conotação negativa, a fim de dificultar a resolução de um problema jurídico, tal qual se percebe do uso rotineiro da expressão *o cidadão não tem licença para dirigir* ou *o cidadão vai preso se não cumprir a lei*. “Daí todo brasileiro estar certo de que, quando está numa delegacia de polícia, seus direitos políticos (e civis) ficam lá fora, na sua casa: junto aos amigos e colegas.”⁴³² Excetuam-se, porém, aqueles que estão acima do conceito de cidadão, pois possuem *relações* que os retiram deste conceito abstrato previsto em lei; assim, na sociedade brasileira, cumprir a lei, ou ser “cidadão” conforme a lei, é sinônimo de anonimato e inferioridade.

DaMatta constata que o repúdio ao impessoal que decorre da igualdade perante a lei não é de hoje, mas caracteriza-se como marca da sociedade brasileira desde seu passado colonial. Cita, para tanto, casos em que o aparato burocrático é empregado historicamente como meio para a exaltação das relações pessoais, tal como o caso do desembargador baiano Joseph Freitas Serrão, que, em 1676, se recusou a sair das casas que havia alugado, apesar da ordem de despejo, e depois fez com que o seu senhorio não conseguisse uma audiência no Tribunal, até o caso do vice-governador do Estado do Rio de Janeiro, cujo automóvel foi rebocado, por ter sido estacionado em local proibido, mas cujas multas quem pagou, no final, foi o motorista.

⁴³⁰ MARTINS, Carlos Estevam. Vinte anos de Democracia? **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 64, jan./abr. 2005, p. 22.

⁴³¹ DAMATTA, Roberto. **A casa & a rua**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 79.

⁴³² Ibid., p. 80.

Esses exemplos são apenas para notar a atualidade da sociedade relacional, em que as relações são utilizadas como condições para a criação de normas jurídicas individuais diferentes das normas jurídicas gerais que, teoricamente, deveriam valer para todos. Daí porque, conforme assevera DaMatta, apesar de as leis trazerem um conceito universalista e impessoal de cidadania (código da rua), o que impera, no cotidiano, são as relações do universo privado, da família, dos compadres, parentes e amigos (código da casa). Com isso, dá-se um “jogo duplo” da política no Brasil; enquanto o discurso é voltado aos cidadãos comuns em um idioma-liberal-universalista, na prática prevalece o código da lealdade relacional que não possui compromisso com as leis. “O resultado não passa despercebido à massa brasileira, que vê na atividade política um jogo fundamentalmente sujo, onde existe tudo, menos ética.”⁴³³

E o que isso gera para o direito de uma sociedade periférica? A existência de sobreintegrados e subintegrados, além de qualificar a modernidade periférica como negativa, impede que o direito se legitime, na medida em que se apresenta como um meio de consecução dos objetivos econômicos, políticos e relacionais do sobrecidadão. Com isso, resta prejudicado o fechamento operativo do sistema jurídico, em razão da corrupção sistêmica engendrada pela sobreposição particularista dos códigos da amizade, economia e política sobre o código lícito/ilícito.

4.5 Democracia na “modernidade seletiva” brasileira: sobre o problema dos subcidadãos e a prevalência da justiça material sobre a justiça formal

Em contraposição ao pensamento de Marcelo Neves, Orlando Villas Bôas Filho refuta a ideia de *modernidade negativa*, preferindo tratar o caso brasileiro como sendo uma *modernidade seletiva*, de modo a evitar comparativos que desprezem a heterogeneidade dos processos históricos. Para o autor, a adjetivação em modernidade negativa decorre da standardização do processo histórico evolutivo das nações centrais, ou seja, da homogeneização da concepção de modernidade.

⁴³³ DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua*. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 87.

Ainda, segundo Bôas Filho, o problema essencial da democracia brasileira não é a corrupção sistêmica do direito pela política e econômica – tal como enfatizado por Neves – mas, sim, a incapacidade desse sistema de lidar com o excesso de demandas decorrentes de uma sociedade com alto nível de exclusão, comprometendo, com isso, a generalização congruente de expectativas⁴³⁴. Necessário, portanto, analisar ponto a ponto as matrizes teóricas utilizadas pelo autor, para, então, compreender a diferença de sua observação.

Villas Bôas Filho analisa a concepção da realidade brasileira de Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro, os quais, apesar de elegerem como elemento comum de análise o legado psicossocial deixado pelo colonialismo ibérico, apartam-se quanto ao prognóstico sobre o futuro da nação. Neste aspecto, a análise de Sérgio Buarque de Holanda tem a vicissitude de identificar o *ethos* ibérico como um elemento que confere especificidade à sociedade brasileira sem, com isso, considerá-lo um obstáculo à modernização; o mesmo não se poderia dizer da obra de Raymundo Faoro, cuja perspectiva é posteriormente retomada por Roberto DaMatta, marcada pelo fatalismo como vê o patrimonialismo, legado do passado colonialista que impõe ao Brasil o *status* de pré-moderno.

Note-se, assim, que o autor refuta a aproximação das obras de Faoro e Buarque de Holanda realizada por Jessé de Souza, o qual desconsidera os elementos diferenciadores destas análises para enquadrá-las em um único rol denominado de “sociologia da inautenticidade”. Isso porque, para Villas Bôas Filho, Buarque de Holanda, apesar de constatar o ranço do colonialismo deixado na sociedade brasileira, mantém “[...] aberta a perspectiva de uma ruptura com a herança rural que hipostasiava a permanência do *ethos* ibérico, o que afasta da descrição enrijecida que Faoro faz do estamento burocrático.”⁴³⁵

Ainda, segundo Villas Bôas Filho, para que seja possível a aplicação da teoria dos sistemas luhmanniana, devem-se evitar análises homogeneizantes, passando-se a reinterpretar o contexto social brasileiro, ou seja, devem-se evitar perspectivas

⁴³⁴ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 295.

⁴³⁵ Ibid., p. 184. Ver, ainda, p. 303-305.

historiográficas focadas no elemento patrimonialista como característica social impeditiva da modernização da sociedade brasileira.

Assim, o autor procura compreender as especificidades da modernidade brasileira, conhecendo a existência de uma “pluralidade de vias para a modernização”, de modo a dispensar a comparação com modelos ideais de modernidade; por esse motivo, o autor refuta o uso da expressão *modernidade negativa*, em contraposição a *modernidade positiva* vivida por países centrais. Para tanto, utiliza-se da combinação dos pensamentos de Jessé Souza, Norbert Elias e Sérgio Buarque de Holanda, a fim de, conciliando estas visões sobre a variedade e multiplicidade histórica das vias de acesso à modernidade, compreender a modernidade brasileira e conciliá-la com a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann⁴³⁶.

Nesta perspectiva, evita-se atribuir ao devir histórico europeu um *quid* de superioridade incompatível com a utilização da teoria dos sistemas como método de observação social, na medida em que, conforme visto no capítulo anterior, a teoria da evolução albergada por Luhmann refuta a ideia de um caminhar histórico que leve a um patamar ideal de civilização. Ao contrário, a evolução carrega consigo o risco decorrente da contingência, marcado pela existência de possibilidades sempre maiores do que os sistemas sociais podem absorver.

Portanto, o processo evolutivo não se trata de uma “via de mão única” que conduz à modernidade, existindo processos seletivos marcados dotados de especificidades que não podem ser reduzidos a uma fórmula universal. Partindo desta perspectiva, Villas Bôas Filho descaracteriza o sentido de “modernidade aborta ou inautêntica” da sociedade brasileira, de modo que, ao respeitar sua individualidade, passa a tratá-la como um desenvolvimento seletivo próprio. Em outros termos, “[...] a modernidade brasileira não é nem inautêntica nem negativa. É pura e simplesmente o resultado de um processo de desenvolvimento seletivo entre outros, tal como ressalta Jessé Souza”⁴³⁷.

Amparado na observação sociológica de Sérgio Buarque de Holanda, o autor identifica, como traços marcantes da construção histórica da sociedade brasileira,

⁴³⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 299-300.

⁴³⁷ Ibid., p. 290-291.

dois fatores: (i) ausência de uma esfera moral e simbólica, de fundo religioso, que, sendo autônoma em relação às esferas profanas, fosse capaz de perpassar todas as esferas da vida, de modo a legitimá-las e conferir-lhes estabilidade, o que recrudescer os traços personalistas, a dominação pessoal e a violência como forma de mediação social; e (ii) passado escravista recente que “[...] esquematiza” a modernidade, gerando uma naturalização da exclusão crônica⁴³⁸.

Enfatiza, o autor, com base em Sérgio Buarque de Holanda⁴³⁹, que o legado escravagista levou à formação de uma classe de excluídos do conceito de cidadania, alijada de qualquer função produtiva na nova ordem de homens livres. Essa “ralé” despreparada para integrar a nova ordem econômica pós-abolicionismo, formou, mais tarde, a classe de subintegrados da modernidade periférica.

Nesta perspectiva, o fim da sociedade escravocrata, patriarcal e rural, apesar de ser um marco estrutural indispensável à superação das amarras pré-modernas da sociedade brasileira, causou uma convulsão social gradual em razão da não integração dos escravos libertos, gerando, para a sociedade hodierna, uma classe de subcidadãos. Assim, marca o processo evolutivo da sociedade brasileira – diversamente do devir histórico europeu – a existência de “Homens e mulheres que sobrevivem nas fímbrias da nova ordem econômica que se instaura no País, sob o jugo do poder pessoal, em articulações sociais nas quais grassam a pobreza e a violência.”⁴⁴⁰

Associada a esta exclusão social crônica está a ausência de um “código moral de conduta” passível de conferir uma visão de mundo articulada institucional e simbolicamente, o que faz prevalecer, em lugar da moralidade, a violência ou “código do

⁴³⁸ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 297, 310, 327.

⁴³⁹ Bôas Filho destina boa parte de seu estudo para descaracterizar a crítica de Jessé Souza ao pensamento de Sérgio Buarque de Holanda, que imputa a este sociólogo a pecha de determinista, por supostamente catalogar a sociedade brasileira como pré-moderna em razão de um ranço colonialista ibérico insuperável, tal como realizado por Raymundo Faoro. Contudo, conforme demonstra Villas Bôas Filho, Sérgio Buarque de Holanda analisa o passado colonialista não como um obstáculo intransponível, mas, sim, como uma marca estrutural da sociedade brasileira, a qual não pode ser relegada sob pena de perda de sua autenticidade. Ainda, o Bôas Filho demonstra que, ao contrário do afirmado por Jessé Souza, a preocupação com as marcas de uma sociedade escravocrata não estão apenas em Gilberto Freyre e Joaquim Nabuco, mas consiste em questão importante da obra de Sérgio Buarque de Holanda, o qual problematiza a questão sem utilizar uma perspectiva nostálgica e conservadora. *Vide* VILLAS BÔAS FILHO, *ibid.*, p. 307-314.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 316.

desafio” como recurso à preservação da vida contra qualquer violação; por isso, a violência toma o lugar de outras formas de controle social, tal como o direito.

A carência de um “código moral de conduta” decorre da ausência de uma esfera moral e simbólica autônoma, de fundo religioso, capaz de perpassar as demais esferas sociais e impor padrões de conduta minimamente institucionalizados, traço típico da chamada *nova periferia*, para usar a expressão empregada por Jessé Souza.

Assim, essa imensa classe de excluídos, a “ralé estrutural” da sociedade brasileira, vive imersa em um contexto de violência latente, onde a autotutela prevalece em relação ao direito, impedindo a generalização congruente de expectativas; é a violência, e não o direito, que realiza a mediação social de conflitos. Deste modo, o império da lei e a impessoalidade da autoridade se tornam conceitos estranhos a esta parcela da sociedade, sendo substituídos pelo poder pessoal e a *vindita* (vingança).

Enfim, a enorme exclusão social decorrente dos fatos históricos levantados pelo autor, são as principais causas da impossibilidade de o direito se manter como forma de mediação social. Portanto, “[...] não é tanto uma elite má – ou uma classe de sobreintegrados, tal como a conceitua Marcelo Neves – que obsta a universalização da cidadania no Brasil”⁴⁴¹, mas, sim, a existência de uma gigantesca “ralé” incapaz de adaptação às vias produtiva e social modernas, subvalorizada pela sociedade como um todo.

Daí ser o problema do direito e da política no Brasil muito mais complexo do que o bloqueio particularista de uma classe de sobreintegrados, por encontrar suas raízes mais profundas na própria constituição da sociedade brasileira que deu ensejo à formação de uma legião de excluídos. Assim, para o autor, a corrupção do sistema jurídico decorrente da sobreposição de interesses particularistas não é fundamental para a compreensão das mazelas do sistema jurídico, por aproximar-se, perigosamente, do paradigma personalista dos “donos do poder”.

Assim como Neves, Villas Bôas Filho compreende que a aplicação da teoria dos sistemas de Luhmann ao direito brasileiro requer uma mediação analítica, notadamente no que concerne ao seu conceito de evolução, visto no segundo capítulo do presente estudo. Deveras, no caso brasileiro, a formação de sistemas autônomos não

⁴⁴¹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 320.

segiu à desfragmentação do moralismo fundamentador da sociedade hierárquica tradicional. Assim, apesar de ser uma sociedade pluralista, a perda da diferenciação hierárquica não conduziu à formação sistêmica. Portanto, para compreender esta diferenciação evolutiva, devem-se compreender as limitações empíricas do conceito de evolução luhmanniano, afastando uma concepção homogeneizada da modernidade e do processo que a ela conduz.

Afastando-se do conceito de *alopoiese* proposto por Marcelo Neves, Villas Bôas Filho traça os problemas do sistema jurídico na “modernidade seletiva” com base em duas outras situações problemáticas: (i) elevada exclusão social – subintegração; e (ii) prevalência do código da justiça material sobre o da justiça formal. Em seguida, propõe uma análise do caso brasileiro a partir da “redução na escala de observação”, atentando-se aos Tribunais, o qual é o centro do sistema jurídico⁴⁴².

O autor acentua a importância da análise do tema com base nos subcidadãos, e não mais em relação à interferência dos sobrecidadãos e a corrupção sistêmica. Por trazer um novo olhar sobre o tema, a perspectiva de Villas Bôas Filho em nenhum aspecto conflita com as observações de Marcelo Neves, na medida em que, sendo coerente com a perspectiva luhmanniana, sempre, do outro lado da forma, deve haver a diferença; assim, não há como se falar em subintegrados sem se considerar a existência dos sobreintegrados.

Portanto, Bôas Filho traz novos elementos para o questionamento da democracia no Brasil, ajudando a construí-la sem, contudo, olvidar das análises feitas por outros observadores. Nesse sentido, o autor sintetiza sua contribuição teórica e as diferenças desta e a perspectiva de Marcelo Neves ao afirmar que, apesar de não excluir de sua análise o problema de falta de autonomia do direito em face dos demais subsistemas, acredita que o centro gravitacional da investigação deve ser a incapacidade do sistema jurídico de dar conta das demandas oriundas de uma sociedade altamente excludente, que lhe impõe exigências próprias de outros sistemas parciais⁴⁴³.

⁴⁴² Sobre o conceito de centro/periferia nesta mesma perspectiva, *vide* também CAMPILONGO, Celso. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, p. 165.

⁴⁴³ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 295.

Enfim, nesta perspectiva o problema da diferenciação sistêmica no Brasil concentra-se na existência de uma parcela significativa de subintegrados ou subcidadãos, decorrentes do passado colonialista ibérico e da recente abolição da escravidão. Esses elementos ajudaram a formar uma “ralé estrutural” que, por estar excluída do conceito de pessoa, não vê o direito como guia de suas expectativas normativas. Deste modo, a exclusão social endêmica naturaliza o preconceito e a tolerância à discriminação, impedindo que a plena consecução do sistema jurídico.

Contudo, como a sociedade, na perspectiva luhmanniana, não é formada por indivíduos (sistemas psíquicos movidos pela consciência), mas, sim, por comunicações, necessário se faz a retomada de conceitos trabalhados no primeiro capítulo deste estudo. Veja-se:

A teoria luhmanniana foi injustamente acusada de anti-humanista por retirar o indivíduo do conceito de sociedade, na medida em que compõe seu ambiente. Apesar de estarem fora da sociedade, os indivíduos, enquanto sistemas psíquicos, estão a ela acoplados; o acoplamento estrutural entre indivíduos e sociedade se dá por diferentes formas de acordo com o sistema parcial social, tal como o processo eleitoral no âmbito do sistema político. Portanto, se não são os indivíduos componentes da sociedade, como pode a exclusão social afetar a diferenciação funcional?

Villas Bôas Filho oferece interessante análise sobre o tema, na medida em que nota que, apesar de o indivíduo (ser humano composto de “carne e osso”) não compor a sociedade, o conceito de *pessoa*⁴⁴⁴ é um modo operativo próprio que regula a inclusão social. O termo *pessoa* integra a comunicação social com a finalidade de delimitar os endereçados do ato comunicativo; é, portanto, uma unidade construída pela comunicação para referir-se aos sistemas psíquicos, sem que com isso carregue qualquer

⁴⁴⁴ Luhmann também trata do tema ao analisar os meios de comunicação social, os quais pressupõem a existência de indivíduos como observadores cognitivamente interessados. Em todas as áreas programáticas da comunicação social está implicado o “ser humano”, mas ele não pode ser considerado em seus processos bioquímicos e psicológicos, já que, enquanto indivíduo, é também operativamente fechado (opaco). Assim, o que é considerado para os meios de comunicação é, na verdade, um construto social do “ser humano cognitivamente mais ou menos informado, apto a decisões, moralmente responsável”, que serve para que o sistema da comunicação irrite-se a si mesmo continuamente, considerando seu ambiente humano biológico e psíquico. (LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 121-127).

carga ontológica desse conceito, ou seja, um “constructo social”. Deste modo, não são os sistemas psíquicos os excluídos do sistema social, mas as *pessoas*⁴⁴⁵.

São as *pessoas*, enquanto artefatos semânticos da comunicação social, que são passíveis de serem incluídas/excluídas dos sistemas parciais que compõem a sociedade e não as representações físicas dos seres humanos. Porém, apesar de Luhmann haver considerado os seres humanos de carne e osso no ambiente do sistema social, errôneo atribuir ao seu pensamento um caráter anti-humanista.

Ao contrário, os seres humanos, ao serem lançados para fora do sistema social, passam a ser sempre um “problema a ser resolvido”, algo que, mesmo fora do sistema, permanece a ele acoplado. A esse respeito, embora Luhmann insista na separação entre sistemas psíquicos e sistema social, certo é que o termo *pessoa*, enquanto constructo social, promove o acoplamento entre sistemas psíquicos e sistemas sociais, constituindo um canal de irritações recíprocas. Sobre o tema,

Luhmann ressalta que o fato de ter consciência de que se é pessoa dá aos sistemas psíquicos uma boa aparência (algo próximo ao conceito de reconhecimento) social, enquanto no caso desviante, ou seja, naquele em que tal consciência não ocorre, o que se tem é uma irritação que deve ser processada no sistema psíquico.⁴⁴⁶

Para que se tenha uma visão adequada do pensamento de Bôas Filho, deve-se conjugá-lo com o sentido de inclusão/exclusão para a teoria dos sistemas. As condições de inclusão variam com a diferenciação da sociedade, de modo que, na sociedade moderna, deve preservar mais possibilidades do que nas sociedades tradicionais, afastando, ainda, a ordem hierárquica linear que as estruturavam.

A exclusão deve ser compreendida como o outro lado da forma (*unmarked space*), em cujo interior se encontra a inclusão. Apenas há inclusão quando a exclusão é possível; assim, à medida que a inclusão se especifica como forma do ordenamento social, torna-se possível vislumbrar o outro lado da forma em que se

⁴⁴⁵ Sobre o tema, *vide* LUHMANN, Niklas. Die Form ‘Person’. **Soziale Welt**, n. 42, p. 166-175, 1991. No mesmo sentido é a nota 42 de LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 492: “Personas” entendidas aquí —como en otras ocasiones— como marcas de identidad a las que uno se refiere en el proceso de la comunicación, a diferencia de los procesos celulares, orgánicos y psíquicos que respectivamente ocurren de hecho en el entorno.”

⁴⁴⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 338.

encontram os excluídos. Inclusão e exclusão são geometricamente proporcionais, caminhando *pari passu*⁴⁴⁷.

Nas palavras de Luhmann, a inclusão não significa que as peças isoladas de processos ou operações ocorrem em outro sistema, mas indica apenas que o sistema social atribui às pessoas lugares em que elas podem atuar sobre as expectativas complementares.⁴⁴⁸

Nas sociedades segmentárias, a inclusão é resultado da pertença a um determinado segmento social (clã, grupo, família), havendo baixa mobilidade de *status* e de sobrevivência fora desta ordem. Por sua vez, nas sociedades estratificadas, a medida da inclusão passa a ser o *status* social, decorrente dos papéis sociais (capas sociais), os quais podem ser atribuídos em razão do nascimento ou admissão; a exclusão ocorre ou por impossibilidade econômica, ou por falta de oportunidade de casamento⁴⁴⁹.

Já nas sociedades modernas, funcionalmente diferenciadas, a inclusão/exclusão fica a cargo dos próprios sistemas parciais, de modo que o indivíduo (ser humano) já não pode ser localizado concretamente, sendo tratado de acordo com suas comunicações. Assim, o indivíduo deve poder participar da comunicação delimitada por cada sistema funcional, tal como influenciar as decisões políticas, estabelecer a diferença entre o lícito e o ilícito em determinado caso, realizar o pagamento nas relações econômicas, dentre outras formas possíveis.

Deste modo, a inclusão já não se refere ao *status* social que diferencia quem o indivíduo é conforme sua origem e qualidade, mas, sim, em relação às oportunidades de comunicação que lhe são apresentadas; portanto, a todos deve ser assegurada a participação na comunicação dos sistemas sociais em igualdade de condições:

Em princípio cada qual deve ser sujeito de direito e dispor de oportunidades suficientes para poder participar na economia. Cada qual participando nas eleições políticas deve poder reagir suas experiências com a política. Cada qual – até onde seja possível – deve cursar ao menos

⁴⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 492.

⁴⁴⁸ Texto original: “Por eso, inclusión no significa que partes, procesos u operaciones aislados de un sistema ocurran en otro. Lo que más bien quiere indicarse es que el sistema sociedad predispone a las personas asignándoles lugares en cuyo marco pueden actuar de acuerdo a expectativas complementarias. De manera un tanto romántica podría decirse que, como individuos, se sienten en casa.” (Ibid., loc. cit.).

⁴⁴⁹ Vide LUHMANN, ibid., p. 493.

os níveis escolares elementares. Cada qual tem o direito a um mínimo de benefícios sociais, ao serviço de saúde, a uma sepultura legal. Cada qual pode casar-se sem necessidade de autorizações. Cada qual pode eleger uma religião – ou renunciar a ela. E se alguém não aproveita suas oportunidades de participação nas inclusões, isso se lhe atribui individualmente. Desta maneira, a sociedade moderna está agora – ao menos por enquanto – a perceber o outro lado da forma (a exclusão) como fenômeno socioestrutural.⁴⁵⁰ (nossa tradução).

A perspectiva da inclusão/exclusão ofertada pela teoria dos sistemas possui a vicissitude de retirar o ocultamento de problemas sociais mascarados pelo conceito de “direito humanos”. Com a diferenciação funcional da sociedade, o problema referente à inclusão/exclusão passa a ser regulado pelos próprios sistemas funcionais, não havendo uma instância única que possa centralizar a reger os demais subsistemas; portanto, a regulamentação do que se caracteriza por lícito/ilícito em determinado caso depende exclusivamente do sistema do direito, saber se um indivíduo dispõe ou não de dinheiro é aspecto regulado pela economia, o que se toma como obra de arte cabe ao sistema da arte, etc.

Contudo, a distinção realizada por Luhmann auxilia na percepção de que o fenômeno da inclusão em um dos sistemas parciais não implica em ato imediatamente correspondente nos demais subsistemas. Já em relação à exclusão, os sistemas não obedecem a esta mesma lógica, na medida em que a exclusão se propaga com muito mais força que a inclusão.

Deveras, a referência múltipla dos sistemas funcionais reforça a exclusão; por exemplo, o excluído do sistema educacional que não sabe ler nem escrever certamente estará excluído do mercado de trabalho e até do sistema político (vedação à candidatura do analfabeto ou a recente possibilidade de os mesmos exercerem o direito ao voto). A exclusão de um sistema reduz as possibilidades de participação em outros subsistemas, segregando uma boa parte da população que se torna invisível à sociedade. Assim, os sem trabalho, sem recursos monetários, sem documentos, sem relações íntimas

⁴⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 495-496. Texto original: “En principio cada cual debe ser sujeto de derecho y disponer de ingresos suficientes para poder participar en la economía. Cada cual participando en las elecciones políticas debe poder reaccionar a sus experiencias con la política. Cada cual —hasta donde de— debe cursar al menos los grados elementales en las escuelas. Cada cual tiene el derecho a un mínimo de beneficios sociales, al servicio de salud, a una sepultura legal. Cada cual puede casarse sin necesidad de autorizaciones. Cada cual puede elegir una confesión religiosa —o renunciar a ella. Y si alguien no aprovecha sus oportunidades de participar en las inclusiones, esto se le atribuye individualmente. De esta manera la sociedad moderna se ahorra —al menos por lo pronto— el percibir el otro lado de la forma (la exclusión) como fenómeno socioestructural.”

estáveis, sem acesso a contratos e sem proteção jurídica, sem possibilidade de distinguir campanhas políticas de eventos carnavalescos, analfabetos e desnutridos encontram possibilidade de participação reduzida nos sistemas sociais.

Deste modo, a exclusão de um dos subsistemas parciais da sociedade gera uma “ação em cadeia”, tendente à promoção da exclusão dos demais; com isso, acelera-se o aumento da classe de subintegrados, destituídos de direitos e marginalizados socialmente. O resultado final é a destituição paulatina de alguns indivíduos ou grupos da condição de pessoa. Estes indivíduos passam a ser vistos socialmente como destituídos de personalidade, ou seja, são tratados como simples “corpos”, na medida em que, por estarem desprovidos de qualquer direito, não conseguem se identificar com o conceito de “pessoa” previsto no sistema jurídico. A ausência de identificação, em razão do alto índice de tolerância à exclusão, parte das elites sobreintegradas e também dos próprios excluídos.⁴⁵¹

Os efeitos deletérios desse problema foram sensivelmente percebidos pelo autor por meio do emprego do arsenal teórico-metodológico da teoria dos sistemas. A partir da perspectiva luhmanniana, Villas Bôas Filho constata que a tolerância à exclusão em níveis desproporcionais torna o conceito de “pessoa” imprestável para servir como mecanismo de acoplamento estrutural entre as consciências psíquicas e a comunicação social, gerando a inadaptação e marginalização de pessoas ou grupos.

Essa grande massa de subintegrados, que não logra atingir o estatuto de pessoa, ao se ver como simples “corpo”, passa a não irritar o sistema social com demandas que invoquem o conceito de personalidade; são mantidos, portanto, fora do acesso às prestações dos diversos subsistemas sociais, dentre os quais o sistema do direito. Permanecem como “[...] simples corpos imprestáveis e inadaptados que, nessa medida, não são percebidos e, ademais, também não se percebem como pessoas.”⁴⁵²

A subcidadania, apesar de não gerar o colapso à autopoiese do direito, promove problemas significativos para o sistema, o qual não consegue servir de premissa de comportamento para os excluídos, ou seja, não realiza, em relação a eles, a

⁴⁵¹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 337.

⁴⁵² Ibid., p. 341.

generalização congruente de expectativas. Com isso, prevalece a violência em detrimento da expectativa cognitiva, liberando as formas primárias e instintivas de defesa.

4.6 Ações desconfirmadoras: reação à exclusão comunicativa

A indiferença em relação ao código do jurídico ocasionada pela exclusão endêmica proporciona a ampliação das denominadas ações desconfirmadoras, as quais buscam pôr fim à relação entre mando e obediência construída pela situação comunicativa. Nesse aspecto, Mara Regina de Oliveira, em sua obra *O desafio à autoridade da lei: a relação existente entre poder, violência e subversão*, demonstra como as pessoas alijadas da participação comunicacional nos diversos sistemas sociais, deixam de assumir a condição de endereçados sociais da ordem emanada pela autoridade, subtraindo-se à aplicação do direito⁴⁵³.

A desconfirmação evidencia a própria relação de poder, podendo provocar sua destruição. Isso porque aquele que desconfirma não se sente na obrigação do cumprimento do comando, exatamente por não reconhecer autoridade ao emissor. Assim, se a desconfirmação for bem sucedida, pode criar uma nova relação de poder, paralela à primeira, fazendo ruir a ordem social existente. Com isso, a autora demonstra que a justiça é “condição moral do direito”, de tal forma que, quando os destinatários sociais detectam arbitrariedade no discurso normativo, perde-se essa condição moral, abrindo espaço para reações desconfirmadoras.

É por isso que, na perspectiva de Mara Regina de Oliveira, a injustiça não retira a validade, mas faz com que esta perca sentido. Com isso, o sujeito exposto à relação insuportável da injustiça passa a ignorar a autoridade do emissor. Assim, quando não há mais espaço para o descumprimento da norma, mas apenas para a coação, a relação de poder se destrói.

Deveras, nesta perspectiva o direito se manifesta-se por meio da linguagem, veículo utilizado pelo homem para se comunicar, ou seja, para que qualquer fenômeno ingresse no mundo jurídico, ele deve estar posto em linguagem. Nessa esteira, o

⁴⁵³ Vide OLIVEIRA, Mara Regina de. **O desafio à autoridade da lei: a relação existente entre o poder, obediência e subversão**. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006.

direito é visto como um código artificial que comunica padrões de comportamento (regra de conduta), atribuindo-lhes valores. A comunicação entre sistema jurídico está acoplada aos sistemas psíquicos, na medida em que depende de um emissor (orador) ao seu receptor (ouvinte).

Apenas haverá comunicação jurídica se houver “compreensão” (acto-de-darla-a-conocer/acto-de-entenderla), entendida como a aceitação da comunicação como premissa de um comportamento, seja ele favorável (consenso) ou contrário à informação transmitida (dissenso). Ou seja, torna-se necessário o ato de ensinar e aprender, na medida em que aquele que se comunica não só emite uma mensagem, mas apela ao entendimento de outrem.

Qualquer comunicação transmite um conteúdo (relato), mas também impõe um comportamento (cometimento), de modo a definir a relação entre os partícipes. Assim, um amigo que diz: “Acho melhor você entregar o trabalho escolar no prazo” e um professor que afirma ao aluno: “Acho melhor você entregar o trabalho escolar no prazo”, apesar de expressarem o mesmo enunciado, produzem informações – no sentido da teoria dos sistemas já esposado – diferentes.

O aspecto cometimento, quase sempre, é comunicado de forma analógica. É ele que estabelece as relações de igualdade e desigualdade dos partícipes da comunicação. Quando emissor e receptor encontram-se em posição de igualdade, diz-se que a relação é simétrica. Porém, quando estes estão em uma relação desigual, temos uma relação complementar.

A interação comunicativa sempre pode ser conflituosa, em razão da possibilidade de dissenso tanto em relação ao aspecto relato, quanto ao cometimento. Daí que “[...] a idéia de poder aparece como um meio (médium) de comunicação que pode ser generalizado simbolicamente nas interações sociais.”⁴⁵⁴

A ideia de poder está sutilmente difusa e espalhada por todas as relações humanas. Para se entender esta ideia, deve-se compreender o que se entende por (i) complexidade, (ii) seletividade e (iii) contingência, por meio da teoria dos sistemas.

⁴⁵⁴ OLIVEIRA, Mara Regina de. **O desafio à autoridade da lei**: a relação existente entre o poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 87.

A complexidade, como visto em capítulos anteriores, decorre do fato de que sempre existem maiores possibilidades de ação do que se pode realizar. Assim, em razão da complexidade, há necessidade de selecionar algumas possibilidades, em detrimento de outras. Isso implica que a seleção realizada pelo emissor da mensagem pode não ser confirmada pelo receptor, desiludindo suas expectativas, causando, então, a contingência.

As contingências provocam angústia social, pois evidenciam a potencialidade de conflito em relação ao relato ou cometimento. Esta estrutura é transposta para a compreensão do fenômeno do poder. Vê-se que tanto emissor quanto receptor possuem às suas disposições mais de uma alternativa quanto à tomada de posição em relação ao conteúdo e cometimento.

Assim, para que haja poder, deve haver certa possibilidade de escolha entre os comunicadores, o que afasta o exercício da coação. “Na coação, quando se reduz as possibilidades de escolha do coagido, também se diminui o poder”⁴⁵⁵, portanto poder e força estão relacionados mas não se confundem. O poder está ligado à ideia de controle, à potencialidade do uso da força e não ao seu emprego em si; deste modo, a seleção exercida por um dos comunicadores deve reduzir as possibilidades de ação do outro, mas não a neutralização total do poder de escolha.

O emissor sempre espera que a seletividade por ele realizada seja assumida como ponto de partida para a seleção feita pelo receptor; porém, há sempre espaço para a desilusão da expectativa (contingência) e estabelecimento do conflito, já que a contingência está ligada tanto ao aspecto relato, quanto o cometimento.

Deste modo, a desilusão da expectativa pode implicar: a) na adaptação da expectativa desiludida à realidade (**atitude cognitiva**) ou b) na manutenção da expectativa em detrimento da realidade (**atitude normativa**). A atitude normativa não se adapta à realidade, ao contrário, considera sua não observância como seu ambiente; trata-se do outro lado da forma do qual não se pode abrir mão; o ilícito sempre será um pressuposto da licitude, não sendo possível dele se desprender⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ OLIVEIRA, Mara Regina de. **O desafio à autoridade da lei**: a relação existente entre o poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 88.

⁴⁵⁶ Sob o tema, *vide* também Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Por essa razão, o caráter prescritivo das normas jurídicas deve estabelecer uma relação complementar entre emissor/receptor, colocando-os na posição autoridade/sujeito. Este caráter complementar pode ser expresso de forma digital (modais deônticos) ou analógica (rituais previstos no mundo jurídico). O emissor, no discurso jurídico, entra fortalecido, já que há a inversão do ônus da prova em seu favor, de modo que cabe ao receptor justificar a não recepção da mensagem.

A supremacia do emissor é garantida graças à institucionalização da relação de autoridade, por meio da inserção do conceito na própria concepção de Estado, que garante o consenso suposto e anônimo de terceiros. Portanto, o Estado representa a ficção de um consenso, ainda que, na verdade, exista o dissenso social.

Este consenso é gerado por abstrações sociais, tais como o processo legislativo, eleição democrática, voto universal, dentre outros. Em consequência, o caráter jurídico das normas decorrerá do grau de institucionalização do seu aspecto cometimento, capaz de garantir o consenso geral presumido de terceiros.

Contudo, o relato da norma também necessita ser garantido contra a contingência, ato que é realizado pelos chamados “núcleos significativos”, que funcionam como centros integradores de sentido. Em sistemas complexos, estes “núcleos significativos” consistem nas ideologias, que hierarquizam os valores. Valores são, portanto, preferências abstratas e gerais por certo conjunto de conteúdo abstratamente integrado em um sentido consistente, representando o sentido do consenso social. Por sua vez, as ideologias consistem na avaliação dos próprios valores, hierarquizando-os. Deste modo, as ideologias são fechadas e não dialogam entre si (ex.: ideologia liberal x ideologia comunista).

Sob esse ângulo pragmático, Mara Regina de Oliveira ensina que as normas jurídicas possuem, portanto, as duas dimensões apresentadas: (i) o *relato*, responsável pelo conteúdo da mensagem sígnica; e (ii) o *cometimento*, responsável pela relação complementar estabelecida entre emissor/receptor. Com base neste ângulo de análise, ao receber mensagem normativa, o emissor poderá *confirmá-la*, *rejeitá-la* (descumpri-la) ou *desconfirmá-la*. A rejeição não afeta o cometimento, mas, sim, o relato; porém, a desconfirmação retira o aspecto do consenso presumido, na medida em que demonstra que nem todos reconhecem autoridade e nem todos se colocam na posição de sujeitos da comunicação.

Deste modo, a desconfirmação da autoridade não se enquadra na dicotomia lícito/ilícito, pois retira a presunção do consenso, na medida em que demonstra que nem todos reconhecem autoridade e nem todos se colocam na posição de sujeitos da comunicação.

É muito comum que as atitudes desconfirmadoras não tenham a repressão e visibilidade. Ao contrário, como negam a autoridade do emissor, não buscam qualquer discrição – vejam-se, exemplificativamente os atentados terroristas, pelos quais grupos brigam pela autoria. É deste modo que a desconfirmação evidencia a própria relação de poder, buscando provar a sua destruição.

Quando os endereçados sociais desconfirmam a relação de autoridade (cometimento) e o conteúdo (relato) das mensagens normativas eles, abertamente, eliminam o controle da seletividade que o editor normativo tenta realizar. [...] aquele que desconfirma, desilude integralmente esta expectativa, pois age como se a autoridade, e os atos de coação que ela determina nas suas mensagens, não existissem.⁴⁵⁷

Em suma, aquele que desconfirma não se sente obrigado ao cumprimento do comando porque não reconhece a autoridade do emissor e, conseqüentemente, não se sente na posição de sujeito da relação. Se a desconfirmação for bem sucedida, pode criar uma nova relação de poder, paralela à primeira, fato que deverá ser evitado pelo emissor.

Nesse aspecto, tem-se que, embora o direito não se confunda com a força física, com ela guarda estreita relação, trazendo uma base de segurança para a comunicação sgnica. O uso da força física passa a ser visto pelo detentor do poder e o submetido como uma alternativa a se evitar, na medida em que um sairá vencedor e o outro, conseqüentemente, perdedor. Esse fato inclui na relação comunicativa o esquematismo binário: forte/fraco, o qual, para o direito, se reproduz como jurídico/antijurídico.

Portanto, deve estar claro ao submetido que, caso haja o emprego da força física, ele sairá muito prejudicado, de modo que se torna “vantajoso” cumprir o comando. Assim, a “potencialidade do uso da força” ou, em outros termos, o uso da força física como faculdade é elemento necessário à gênese do poder. Contudo, caso haja seu emprego efetivo, haverá a extinção da relação de poder, passando a ser apenas “força física”.

⁴⁵⁷ OLIVEIRA, Mara Regina de. **O desafio à autoridade da lei**: a relação existente entre o poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 104.

A relação existente entre força e poder deve ser velada, dissimulada. Este velamento, que proporciona a imposição de significações de um determinado grupo ou classe social, é denominado de “violência simbólica”.

A “violência simbólica” promove a seleção de significações possíveis da comunicação social, impondo, arbitrariamente, aquele conjunto de significações que expressam o interesse dos grupos ou classes dominantes. Deste modo, “[...] o código de poder inclina-se a reproduzir este arbítrio cultural ao longo das relações que ele estabelece [...] as relações de poder serão mais fortes na medida em que forem desenvolvidas sem que seus agentes sociais se dêem conta de seu exercício [...]”⁴⁵⁸. Como se vê, para a ocorrência da “violência simbólica”, há necessidade que este arbítrio não seja imposto forçosamente, mas, sim, que emissor e receptor se reconheçam, reciprocamente, como legítimos ocupantes destes polos da relação. Portanto, por meio da “violência simbólica”, há a interação dos esquematismos forte/fraco, jurídico/antijurídico, de modo que o direito igualmente dissimula as relações de força que estão em sua base. A legitimidade decorre da pré-dispensa do emissor (detentor do poder) de produção de provas a respeito das condições da instauração e perpetuação do poder, ocorrendo a “inversão do ônus da prova” em favor do editor normativo, o que garante sua meta-complementaridade. Ou seja, “[...] o poder será legítimo na medida em que não necessitar do esclarecimento das reais condições de sua instauração, bem como das de sua perpetuação.”⁴⁵⁹

A “autoridade” possui sua relação de supremacia garantida pela inversão do ônus da prova, de modo que apenas reconhece como possíveis duas reações do sujeito passivo da comunicação: (i) a aceitação ou (ii) rejeição do comando. Nesse aspecto, “autoridade” não reconhece a desconfirmação, por meio da qual o sujeito passivo não apenas rejeita o comando, mas, sim, a própria supremacia do emissor.

Assim, mesmo que o sujeito passivo descumpra o comando, ele deve manter o respeito e submissão à autoridade. Para tanto, deve-se firmar o esquematismo binário lícito/ilícito, de modo que as expectativas do emissor sejam garantidas como lícitas e a expectativas contrárias a elas, ilícitas.

⁴⁵⁸ OLIVEIRA, Mara Regina de. **O desafio à autoridade da lei**: a relação existente entre o poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 107.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 109.

Caso o receptor exerça uma ação desconfirmadora, poderá escolher entre (i) ceder em relação às suas expectativas, em outros termos, “confirmar a desconfirmação”, (ii) ou mantê-la incólume frente à desconfirmação, optando por “desconfirmar a desconfirmação”.

A reação desconfirmadora ocorre quando a legitimidade entra em crise, ou seja, quando o exercício da violência simbólica não é suficiente. A desconfirmação retira a presunção de inversão do ônus da prova do emissor e de licitude de suas expectativas, de modo que as expectativas contrárias também não são vistas como ilícitas; deste modo, “[...] a desconfirmação põe à mostra que o consenso social presumido, que garante a supremacia do emissor normativo, é fictício, e que pelo menos alguém não aceita a relação de autoridade.”⁴⁶⁰

Não é só, a desconfirmação evidencia o problema da justiça, na medida em que destrói a pretensão de que o sentido do conteúdo das normas jurídicas seja aceito apenas em razão do respeito aos procedimentos de positivação.

O sentido de justiça é uma espécie de condição moral do direito, assim, quando os destinatários sociais detectam uma arbitrariedade no discurso normativo, há a perda desta “condição moral”, abrindo-se espaço para reações desconfirmadoras. Assim, a afirmação de injustiça da norma não lhe retira a validade, porém, ignora a autoridade do emissor normativo, o que caracteriza um ato de “revogação” da norma, ainda que diferente da tradicional revogação feita por outro comando normativo.

Isso porque retira-se o cometimento normativo, na medida em que o sujeito percebe uma perversão do ato de fala realizado pelo emissor (autoridade). Em outros termos, houve o “abuso das condições do uso potestativo da autoridade” em razão do aniquilamento do sujeito da relação comunicativa. Essa é, portanto, a consequência gerada pela exclusão da participação comunicativa no sistema parcial do direito. Vejam-se alguns exemplos trazidos pela autora:

Se alguém for condenado por um crime que não cometeu, esta mensagem normativa torna-se injusta porque desmascara a situação insuportável em que o sujeito é colocado e não apenas porque o crime não foi demonstrado. [...] Esta fórmula não neutraliza o discurso desconfirmador

⁴⁶⁰ OLIVEIRA, Mara Regina de. **O desafio à autoridade da lei**: a relação existente entre o poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 113.

do sujeito, mas o próprio sujeito, na medida em que, tendo ele cometido ou não o crime, será condenado.⁴⁶¹

Assim, no caso acima, tendo o sujeito confirmado ou desconfirmado a mensagem emanada pela autoridade, ele será punido. Com isso, a relação complementar desaparece, na medida em que não há mais espaço para o descumprimento da norma, mas apenas para a coação (força), que destrói a relação de poder; nesta mesma condição, tem-se o caso de morador da periferia que, apenas por ser negro, estar “mau vestido” ou caminhando à noite pelas ruas, é preso ou violentado pela autoridade policial.

Porém, ainda que haja evidente desconfirmação, a autoridade não pode reconhecer que é ignorada/rejeitada em sua supremacia; ao contrário, buscará sempre manter a complementaridade. Com isso, a autoridade tenta demonstrar que a rejeição do aspecto cometimento, em verdade, trata-se de simples rejeição do aspecto relato (descumprimento normativo).

A validade da norma está vinculada à possibilidade de neutralização das atitudes desconfirmadoras, por meio da imunização das contrarreações dos endereçados, garantindo a metacomplementaridade; a esta atitude chama-se “calibração”.

Um modo de calibração realizado pelo editor oficial é demonstrar a invalidade da norma-origem emitida pelo sujeito desconfirmador, igualando o comportamento de seu adversário a um mero ilícito. Pode, porém, agir o editor oficial de forma mais sutil, modificando a norma-origem de seu sistema, de modo a recepcionar a atitude desconfirmadora e enquadrá-la em sua própria ordem jurídica, tal como, exemplificativamente, a eventual liberação do uso de drogas, de maneira controlada pelo próprio ente público. Contudo, caso a ação desconfirmadora seja bem-sucedida, ela pode destruir a autoridade e estabelecer uma autoridade paralela.

Como visto, o sistema jurídico possui um fechamento operativo por meio do código binário lícito/ilícito; porém, é cognitivamente aberto ao meio-ambiente, adaptando-se a mudanças sociais. O fechamento operacional não implica na eliminação do meio-ambiente, mas impede que o sistema seja integralmente controlado por elementos

⁴⁶¹ OLIVEIRA, Mara Regina de. **O desafio à autoridade da lei**: a relação existente entre o poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 115-116.

externos, tais como, no âmbito do direito, a política, economia, sociologia, etc. Com isso, o direito, apesar de ser permeável às mudanças sociais, não é por elas controlado.

Com base nesta compreensão, Luhmann afirma que não existe uma teoria da justiça com critérios exteriores ao do próprio sistema jurídico, porque todos os valores que circulam na sociedade ou serão próprios do sistema ou juridicamente irrelevantes (*autopoiese*).

Porém, a autora aceita a perspectiva de Marcelo Neves de que, notadamente nos países periféricos, há prevalência do sistema alopoietico, ou seja, o sistema permanece condicionado pelo meio-ambiente, de modo a diluir seu fechamento operacional. A *alopoiese*, conforme tratado em tópico anterior, é decorrente da sobreposição de outros códigos de comunicação, tais como o econômico (ter/não ter), o político (poder/não poder), ao código do jurídico (lícito/ilícito).

Assim, a *alopoiese* põe em evidência a relação direito e poder, na medida em que não concretiza, na realidade, o princípio da legalidade, previsto na constituição, o qual se transforma em uma retórica do poder estatal. Deste modo, as abstrações constitucionais não se refletem na práxis, atuando tão-somente como figura de retórica política (Constituição simbólica).

Referida problemática, na visão pragmática da autora, compromete a “validade” e eficácia das mensagens normativas, comprometendo a relação autoridade/sujeito, na medida em que o próprio editor descumpra as normas postas, fortalecendo os poderes informais. Assim, quando a norma não possui contato algum com a realidade, não servirá mais que um símbolo de retórica da situação comunicativa, de modo que o direito restará imediatamente subordinado ao jogo do poder.

A ocorrência da “constitucionalização simbólica” e “desjuridificação da realidade constitucional” acompanha o sistema normativo brasileiro desde as Cartas imperiais até o tempo presente. Tal fato promove o descrédito da autoridade pública, retirando a lealdade dos sujeitos sociais que passam a contestar sua supremacia por meio de ações desconfirmadoras.

5 CINEMA COMO MEIO DE OBSERVAÇÃO DO SISTEMA DO DIREITO E DA POLÍTICA

Após a balizada análise dos observadores internos do sistema jurídico, passa-se à observação de segunda ordem sobre os observadores externos deste sistema, mais propriamente da observação realizada pelo cinema e as vicissitudes que esta análise pode trazer ao estudo da presente temática.

De fato, o direito, preso em suas amarras estruturais, não pode observar a si mesmo sem se descrever a partir de um ponto de observação interno (ao exemplo dos pareceres jurídicos). Deste modo, buscar outros pontos de observação – tais como a sociologia e a arte – pode auxiliar na desconstrução do conformismo de seus déficits estruturais.

Para demonstrar a importância do recurso a outros espectros de observação para a análise do sistema jurídico, Luhmann recorre à metáfora do *décimo segundo camelo*⁴⁶². Trata-se de um beduíno que, ao dispor em testamento de sua herança – composta unicamente de camelos –, resolve atribuir a seguinte divisão entre seus três filhos: ao primogênito, outorga a metade de seus animais; ao segundo filho, um quarto e, ao terceiro, um sexto.

Chegado o momento de sua morte, percebe-se que lhe restavam apenas onze camelos para serem repartidos aos herdeiros. O primogênito reivindica seis animais, logo, mais da metade, causando indignação aos irmãos. Chama-se um terceiro comunicador (juiz) para a resolução da questão, o qual resolve a problemática pelo empréstimo de um de seus camelos. O monte partível, agora composto por doze camelos, já não oferece dificuldades, sendo repartido em seis, três e dois animais, de acordo com a idade do filho herdeiro; remanesce um camelo, o qual pode ser devolvido ao seu proprietário original (juiz).

A aplicação desta metáfora à observação do direito demonstra que o recurso à outra posição teórica é capaz de auxiliar na superação dos déficits estruturais do sistema jurídico. O direito opera conforme seu código binário lícito/ilícito, porém, não

⁴⁶² NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, p. 54.

pode opinar sobre a licitude da ilicitude ou sobre a ilicitude da licitude. Qual seria, então, o *décimo segundo camelo* para o direito? Poderá a arte exercer essa função?

Nessa perspectiva, adota-se como ponto de partida a possibilidade de diálogo entre a sociologia jurídica e a expressão artística capaz de ser reconhecida pelos seus destinatários como manifestação cultural de um povo ao reproduzir sua identidade e, assim, auxiliar na construção da heterodescrição do sistema jurídico.

Deste modo, o sistema do direito e o sistema da arte, ao conviverem como sistemas parciais da sociedade, promovem mútua irritação; assim, o direito deve ser capaz de reconhecer o que é que se apresenta através da arte e internalizar, por meio de suas próprias estruturas, as irritações promovidas pelo entorno, transformando-as em *informação*⁴⁶³.

Nesse ponto, conforme alertado por Guilherme Leite Gonçalves⁴⁶⁴, a observação de elementos culturais apresenta-se como capaz de auxiliar de forma mais produtiva na explicação da modernidade periférica, na medida em que refuta o uso de paradigmas evolutivos experimentados por países centrais, notadamente o padrão europeu. Com isso evita-se a adoção de um *standard* social evolutivo, o que poderia acarretar a depreciação das demais formas de experiência ao considerá-las “atrasadas” por não contemplarem os critérios necessários à conformação com o padrão escolhido.

Como alternativa, Guilherme Leite Gonçalves propõe o uso dos denominados “estudos pós-coloniais” – cuja obra de maior repercussão é o livro *Orientalismo* (Edward W. Said) –, os quais sugerem o pluralismo semântico, ou seja, o afastamento do “eurocentrismo”, a fim de ampliar as narrativas para considerar os estudos “subalternos e periféricos” na formação do patrimônio da modernidade. Para o autor, o debate entre estudos pós-coloniais e teoria dos sistemas é possível por diversos fatores, dentre eles: (i) a aceitação expressa por Luhmann da existência de diversas narrativas semânticas; (ii) o alinhamento da teoria luhmanniana com a ideia pós-colonial de “sujeito

⁴⁶³ Por *informação* entende-se uma diferença entre algo e o resto, ou seja, uma diferença que se torna sensível pelo sistema em razão de sua diferença significativa; não se confunde, portanto, informação e enunciado.

⁴⁶⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite. El poscolonialismo y la teoría dos sistemas: notas para una agenda de investigación sobre el derecho en los países periféricos. **X Congreso Nacional de Sociología Jurídica**. Apresentação de Trabalho/Comunicação. Comisión 11: Justicia e Derecho frente a los conflictos globalizados. Córdoba, nov. 2009. Disponível em: <http://www.sasju.org.ar/xcon/Xarchivos/Xcongreso/Comision_11/goncalvesElpostcolonialismoylateoradesistemas.pdf>. Acesso em: 02 out. 2010.

descentrado”, na medida em que reconhece que a realidade é fruto de uma observação e não “algo em si”; (iii) o alinhamento da ideia de lugar social híbrido, considerado como um terceiro espaço no ordem social, com a perspectiva luhmanniana de “acoplamento estrutural”⁴⁶⁵.

A par dos frutíferos apontamentos levantados por Guilherme Leite Gonçalves, o uso do cinema será empregado como forma alternativa de descrição do caso brasileiro, sem pretensão de adotá-la como única, na medida em que, conforme dito anteriormente, a realidade não é algo dado em si, mas decorrente da observação. Tenta-se, portanto, proceder à abertura do modelo luhmanniano a observações de observadores externos ao sistema jurídico, de modo a ampliar as possibilidades de teorização.

Parte-se, portanto, de um estudo interdisciplinar, no sentido de buscar a aproximação entre os diversos campos do saber, ultrapassando a conhecida segmentação analítica epistemológica. Assim, a interdisciplinaridade, atualmente em voga no estudo jurídico brasileiro, é adotada como modo de formulação de um tríplice protesto contra: (i) um saber ultrafragmentado em especialidades que foge ao conhecimento do todo; (ii) a esquizofrenia intelectual, alienada em funções compartimentadas do agir humano, que condiciona os indivíduos a não desabrochar suas especialidades; e (iii) contra o conformismo das “idéias prontas”⁴⁶⁶. Neste sentido, a interdisciplinaridade é adotada como uma categoria científica que busca a articulação da pesquisa com as manifestações artísticas do cinema, a fim de aquebrantar as radicais repartições epistemológicas do saber, ou, para usar o termo de Japiassu, o *babelismo científico*⁴⁶⁷.

As ciências humanas compartimentalizadas em fronteiras rígidas das *disciplinas* – entendidas como “feudos intelectuais” que buscam a “progressiva exploração científica especializada numa certa área ou domínio homogêneo de estudo”⁴⁶⁸ – acabam alienadas do mundo dos objetos naturais e técnicos. Diante disso, “[...] deparamo-nos com

⁴⁶⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite. El poscolonialismo y la teoría dos sistemas: notas para una agenda de investigación sobre el derecho en los países periféricos. **X Congreso Nacional de Sociología Jurídica**. Apresentação de Trabalho/Comunicação. Comisión 11: Justicia e Derecho frente a los conflictos globalizados. Córdoba, nov. 2009. Disponível em: <http://www.sasju.org.ar/xcon/Xarchivos/Xcongreso/Comision_11/goncalvesElpostcolonialismoylateoradesistemas.pdf>. Acesso em: 02 out. 2010, item 4, p. 07-12.

⁴⁶⁶ JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 43.

⁴⁶⁷ Vale lembrar que, conforme leciona JAPIASSU, a interdisciplinaridade vai além da pluridisciplinaridade. Esta se apresenta como prática pedagógica, enquanto que a interdisciplinaridade diz respeito à pesquisa científica, ou seja, reivindica o status de “categoria científica”. *Ibid.*, p. 51.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 61.

as ciências humanas desligadas do mundo, o homem não conseguindo mais, através da força de seu espírito, remodelar o meio natural e técnico”⁴⁶⁹; fato que eleva a interdisciplinaridade como emergência científica, e não apenas como modismo passageiro.

Deveras, a fragmentação do saber em disciplinas adveio da vontade humana de chegar, por meio do recorte epistemológico, ao conhecimento mais profundo da porção da realidade observada – cuja expressão máxima está no movimento *positivista*. Contudo, certo é que ao fatiar a realidade em prol da segurança das observações realizadas, destrói-se a possibilidade de conhecimento do todo; assim, as observações científicas passam a construir a “sua” realidade, a partir do real reduzido ao ângulo de visão particular dos especialistas em questão⁴⁷⁰.

Torna-se claro, portanto, que, diante de um mundo altamente complexo, não se é mais possível admitir o fracionamento estéril das observações, devendo-se explorar as fronteiras existentes entre os diversos campos do saber. É nesta seara que a interdisciplinaridade aparece como horizonte epistemológico novo, que busca não apenas a justaposição ou o diálogo paralelo entre disciplinas – tal como ocorre, respectivamente, na multidisciplinaridade e pluridisciplinaridade, mas, sim, a formação de um campo unitário de conhecimento. Japiassu sintetiza o que se deve entender por interdisciplinaridade:

Passamos por graus sucessivos de cooperação e de coordenação crescente antes de chegarmos ao grau próprio ao interdisciplinar. Este pode ser caracterizado como o nível em que a colaboração entre as diversas disciplinas ou entre os setores heterogêneos de uma mesma ciência conduz a *interações propriamente ditas*, isto é, a uma certa reciprocidade nos intercâmbios, de tal forma que, no final do processo interativo, cada disciplina saia enriquecida⁴⁷¹.

Assim, a colaboração e intercâmbio disciplinar, promovidos pela interdisciplinaridade, mostram-se mais hábeis à apreensão da complexidade moderna, ainda que não se possa absorvê-la em sua integralidade. Portanto, em um estudo que pretenda, ainda que em detrimento de uma rigidez metodológica, enfrentar um problema de ordem social, torna-se exigência a interação com outros ramos do saber, a fim de reconstruir a unidade do objeto pulverizada pela fragmentação de métodos de observação. É neste sentido que o presente estudo recorre ao uso do cinema para romper com o autismo

⁴⁶⁹ JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 58.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 66.

⁴⁷¹ Ibid., p. 75.

da ciência jurídica e promover um enriquecimento mútuo mediante trocas recíprocas entre arte, direito, sociologia e filosofia (*interdisciplinaridade estrutural*).

5.1 A reconstrução do “mundo real” a partir do cinema

Um investigador observa o que os demais observam. Quem ama tem interesse em saber se a amada também tece os mesmos sentimentos; o sistema econômico observa ao mercado, analisando se a demanda corresponde à oferta e se adquirem os bens por determinado preço. Do mesmo, para se compreender a arte deve-se antes saber como os artistas observam o objeto, ou seja, deve-se realizar uma observação de segunda ordem (crítica) sobre a observação de primeira ordem (arte)⁴⁷².

Primeiramente, cumpre ressaltar que a escolha pelo cinema brasileiro, fruto de pensadores que experimentaram a vivência cultural do país, torna possível a construção de mundos imaginários dentro do próprio mundo externo. Essas figurações permitem compreender o *ambiente* a partir do autoencontro, de modo que a *percepção* do mundo externo confunde-se com a autopercepção, na medida em que o objeto observado não é algo em si mesmo, mas logros da consciência⁴⁷³.

E o encontro com o mundo autoconstruído é potencializado pela arte cinematográfica, que contempla, em um simulacro onírico, a percepção visual e auditiva, potencializando o “efeito real” da arte. Nessa esteira, Mara Regina de Oliveira afirma que,

Quando a imagem é bem montada, em termos dramáticos, ela produz o chamado ‘efeito real’, tão bem explicado pela psicanálise e adquire um alto poder de penetração mental, facilitando a reflexão crítica dos temas de forma completa, pois mescla manifestação emocional com reflexão racional.⁴⁷⁴

É através da qualificada construção do real que a arte alcança sua autenticidade existencial, desconstruindo-se enquanto ficção para assumir o direito à sua própria objetividade. Essa reconstrução do mundo originalmente elaborada possibilita a aceitação de sua oferta de seleção, na medida em que se impõe como algo novo que deve

⁴⁷² Vide LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 292.

⁴⁷³ LUHMANN, Niklas. **El arte de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2005, p. 18.

⁴⁷⁴ OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito**: um estudo sobre a crise de legitimidade jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 14.

ser assim como se apresenta, apesar de não existir em parte alguma um modelo que lhe corresponda⁴⁷⁵.

As obras cinematográficas selecionadas para a análise da democracia do país possuem essa vicissitude. Apesar de ser um recorte da realidade formado pela observação do cineasta, permitem a análise da realidade brasileira a partir de um “mundo construído” que instiga o debate a respeito dos problemas que desestimulam a estabilização da democracia enquanto conquista evolutiva; assim se busca produzir *informação* no sistema da ciência e auxiliar a reconstrução de perspectivas teóricas.

Os filmes escolhidos para análise se mostram como provocações do sistema da arte que irritam aos demais sistemas parciais, em cujo interior podem produzir *informação*, a partir dos estímulos daqueles; mostra-se, portanto, cabível verificar se esses *inputs* da arte provocam o envio de *outputs* pelo sistema jurídico.

Ainda, busca-se realizar um contraponto entre as análises cinematográficas realizados na década de 60/70 sobre a condição social no Brasil e os roteiros contemporâneos filmados em 90/2000. Com a análise busca-se confrontar a agenda de problemas levantada pela arte durante a ditadura militar e o modo de processamento dessas críticas sociais após a “conquista” da democracia. Analisa-se, nesta esteira, a pertinência do niilismo democrático vivenciado nos dias atuais, que remete, sempre, ao “mito do tempo de antes”, em que o passado se apresenta como um refúgio nostálgico ante a crise de legitimidade, abrindo as portas para o retorno de um regime antidemocrático⁴⁷⁶.

Do mesmo modo, a associação do cinema à perspectiva científica objetiva desvelar problemas sociais que, por uma tradição de ocultamento da violência, não são devidamente debatidos.

João Moreira Salles, ao debater a violência no Brasil, demonstrou estatisticamente a ausência de problematização adequada do tema em comparação com outros países que vivenciam situações de conflito. Conforme ressaltou o renomado cineasta, enquanto alguns conflitos internacionais, retratados por fotógrafos e jornalistas,

⁴⁷⁵ Sobre o tema, *vide* LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 276.

⁴⁷⁶ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 92.

possuem suas imagens premiadas e divulgadas em jornais de renome, no Brasil, a captura imagética da violência é relegada a jornais populares – conhecidos como “imprensa marrom”.

A questão que permanece é: onde estão essas imagens? Por que esses conflitos são retratados apenas como meio para instigar o “consumo do terror”? Talvez a resposta na ausência de debate crítico, o que pode ser minorado com a inserção do cinema como dado para o estudo científico:

Se algum jornal da grande imprensa – digamos, Folha de S. Paulo, O Estado de S. Paulo, Jornal do Brasil e O Globo – estampar na primeira página a imagem de um sujeito morto na rua, provocará um dilúvio de cartas dizendo coisas como ‘não quero que isso esteja no meu jornal de manhã, são imagens de mau gosto’. O que acontece então é que toda essa violência acaba confinada no gueto dos programas populares que nós não assistimos, e criticamos, esses que oferecem a miséria humana em espetáculo. O contexto determina a leitura. Nos jornais ou programas populares, as imagens de violência não são lidas criticamente. Existe uma diferença – e eu não quero dizer qual é, eu teria de pensar a respeito, no momento não sei – entre uma mesma imagem publicada num jornal popular e num jornal da grande imprensa. No segundo caso, a imagem tem o potencial de produzir uma leitura crítica da realidade. **Isso talvez nos ajudasse a perceber a gravidade do fenômeno no qual vivemos.**⁴⁷⁷ (grifo nosso).

Certo é que a observação da arte pode se dar de duas formas elementares: (i) com posicionamento crítico e (ii) sem posicionamento crítico. A arte sem posicionamento crítico mantém-se no campo da *percepção*, na vivência momentânea, imediata e tangível do presente, ou seja, na obtenção primária da consciência. Já o posicionamento crítico ultrapassa a sensação momentânea para tomar a *percepção* como um dado objetivo que pode ser refletido pela *consciência*. É, portanto, neste sentido que o cinema é empregado como dado para a análise científica.⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ SALLES, João Moreira. Imagens em conflito. In: MOURÃO, Maria Dora Genis; LABAKI, Amir. (Orgs.). **O cinema do real**. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 83-95.

⁴⁷⁸ Sobre a diferença entre percepção e consciência, *vide* LUHMANN, Niklas. **El arte de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2005, p. 31-41. Ainda, a respeito do cinema como arte capaz de remontar o instante da presença, o “agora”, *vide* CHARNEY, Leo. Num instante: o cinema e a filosofia da modernidade. In: _____; SCHWARTZ, Vanessa R. **O cinema e a invenção da vida moderna** (Orgs.). São Paulo: Cosac Naify Edições, 2001, p. 386-407.

5.2 A construção da realidade pelo cinema

Desde que Georges Méliès, em 28 de dezembro de 1895⁴⁷⁹, percebeu que o “cinematógrafo”, antes empregado para captar movimentos que serviriam para estudos científicos, poderia dar uma ilusão de realidade a fatos fictícios, a arte nunca mais foi a mesma. Deu-se, então, a origem do cinema, que, de geração em geração, há mais de um século, reúne espectadores solitários. O uso da câmera filmadora passou, em sua evolução histórica, de instrumento científico, a contadora de histórias, recordação de experiência e denúncias da realidade social; vai além, portanto, do mero entretenimento, servindo tanto para o deleite do espectador quanto para retirá-lo de um estado de comodismo a respeito da realidade.

Primeiramente, o que mais impressionou no cinema foi a possibilidade de construção da ilusão, em que o espectador passa a vivenciar os fatos mostrados na tela como se estivesse em contato direto com as imagens projetadas, sem mediação. O irreal é projetado com características de realidade, passando o espectador a vivenciar o drama como se fosse o próprio personagem; a essa ilusão de verdade, dá-se o nome de *impressão de realidade*.

O “olho mecânico”, apesar de induzir-nos a crer na eliminação da intervenção direta de seu criador, aparentando ser a própria expressão da realidade, é sempre conduzido pelo olhar do seu usuário. É justamente o recorte da realidade feito pelo cineasta que esconde elemento precioso de análise; perceber a observação feita pelo observador (observação de segunda ordem) pode trazer rico aprendizado, muito além dos textos escritos. A pergunta que fica é: até que ponto a sétima arte está voltada à transcrição do real? Realizará, a sétima arte, a passagem de uma realidade vulgar para um mundo suprarreal?⁴⁸⁰

A câmera pode recortar fragmentos de espaço, focalizando-os de forma ampla ou restrita. Diversamente do teatro, da pintura, da fotografia ou da literatura, o filme capta a diferenciação de espaços para dar a impressão de uma realidade, segundo o olhar de quem a manuseia, chamando o espectador a participar, como num sonho, das situações

⁴⁷⁹ BERNARDET, Jean-Claude. **O que é cinema**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 11.

⁴⁸⁰ Sobre o tema, remete-se o leitor para AGEL, Henri. **Estética do cinema**. São Paulo: Pensamento, 1957.

reveladas. Saindo do onírico, ao acenderem-se as luzes, fica a sensação da experiência forjada, mas, se o espectador souber realizar uma “leitura imagética”, poderá trazer consigo muitas reflexões teóricas.

A par daqueles que utilizam o cinema apenas com a perspectiva de mercado, preocupando-se com temas em que não predomine uma concepção ideológica ou que não problematize conflitos sociais – o que afastaria a possibilidade de “agradar a gregos e troianos” –, existem filmes que podem servir como crítica da realidade, afastando-se da concepção puramente mercadológica.

O “filme mercadoria”, inspirado no sistema Hollywoodiano, toma um ritmo acelerado que retira a potencialidade de reflexão do espectador. A velocidade do ritmo favorecida pela temática vazia – geralmente encenada por efeitos especiais inebriantes, perseguições calorosas, fugas e lutas – serve tão somente para alimentar a indústria capitalista e o consumo de massa. Com isso, “o indivíduo, formado pela mídia, tende a apresentar uma dificuldade em desenvolver um pensamento próprio, e uma concentração intelectual insatisfatória.”⁴⁸¹

Ciente do processo contínuo de alienação a que está exposta a maioria da população (e, como sói ocorrer, grande parte dos acadêmicos), Mara Regina de Oliveira criou um método criativo e inteligente de lidar com esta conduta social corrosiva ao inserir a leitura imagética de qualidade como método de aprendizagem. Com isso, a massificação é afastada, sacudindo o aluno de sua zona de conforto intelectual e mostrando-o que a arte não é apenas epitelial, mas meio para uma transformação social.

A utilização de filmes com objetivos pedagógicos possibilita uma experiência estética inusitada, mais eficaz na aproximação do estudo do direito da realidade social do que o discurso verbal-escrito tradicionalmente empregado nas academias.

Nos ensinamentos de Edgar Morin, percebe-se que a arte, dotada da capacidade de deslumbramento, permite a compreensão do que não é compreensivo na vida comum, ou seja, para além do conhecimento científico, possibilita o conhecimento do eu e do outro configurando, àqueles que a experimentam, verdadeiras “escolas de vida” em

⁴⁸¹ OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito**: um estudo sobre a crise de legitimidade jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 11.

múltiplos sentidos: (i) escola da língua, que permite o aprimoramento da comunicação através do aprendizado da linguagem utilizada por escritores e poetas; (ii) escola da qualidade poética da vida, da emoção estética e do deslumbramento; (iii) escola da descoberta de si, por meio da projeção/identificação em outros personagens; e (iv) escolas da complexidade humana, ao permitir da vivência simulada com seres e situações complexas.⁴⁸²

Em relação ao cinema, tem-se que essa possibilidade de aprendizado humano é ainda mais direta, pois permite que, em único instante, as emoções que afloram no espectador o façam experimentar o problema humano transmitido para além das explicações lógicas. Assim, o cinema vai além da explicação dos problemas humanos e sociais, mas permite a compreensão dos mesmos. Tal como afirma Edgar Morin, “Explicar não basta para compreender. Explicar é utilizar todos os meios objetivos de conhecimento, que são, porém, insuficientes para compreender o ser subjetivo. [...] É a partir da compreensão que se pode lutar contra o ódio e a reclusão.”⁴⁸³

Deveras, enquanto o texto escrito concatena signos indiretos (símbolos, na terminologia de Pierce) que necessitam de um esforço hermenêutico do ente cognoscente para aproximá-los da realidade, a imagem conduz, quase sem precisar da mediação do raciocínio, à realidade sensível. Nas palavras de Jean Epstein: “O texto só fala aos sentimentos através do filtro da razão. As imagens da tela limitam-se a fluir sobre o espírito da geometria para, em seguida, atingir o espírito do refinamento.”⁴⁸⁴ Daí a razão de este autor qualificar o cinema como “algo demoníaco”, uma vez que, em contraposição à racionalidade da imagem textual, o espetáculo cinematográfico se encontra diretamente vinculado às qualidades mais primitivas dos seres humanos, quais sejam, a *emoção* e a *indução*.

Semelhantemente ao estado onírico, o cinema encontra-se mais apto a atingir o âmago do irracional; lançando mão da poesia de imagens carregadas de valências sentimentais, o filme estimula o espectador a se projetar no próprio filme. Há, assim, a impressão da realidade vivida pelo espectador diante do cinema, decorrente da impressão

⁴⁸² MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 48-51.

⁴⁸³ Ibid., p. 51.

⁴⁸⁴ EPSTEIN, Jean. O cinema do diabo – Excerto. In: XAVIER, Ismail (Org.). **A aparência do cinema**: antologia. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 294.

de que se assiste diretamente a um espetáculo quase real, ou seja, desencadeia no espectador um processo ao mesmo tempo perceptivo e afetivo de “participação”. O poder projetivo do cinema faz com que o espectador não apreenda “um ter-sido-aqui, mas um ser-aqui vivo”⁴⁸⁵.

Por sua vez, em relação às emoções experimentadas pelo espectador, necessário dividi-las em duas ordens, tal como leciona Hugo Münsterberg: (i) emoções que comunicam o sentimento da pessoa dentro do filme; e (ii) emoções que as cenas do filme suscitam no espectador⁴⁸⁶.

O primeiro grupo de emoções, denominado de “emoções primárias”, promove a projeção do espectador, o qual passa a sofrer, rir e temer com o próprio personagem; tornam a ação do filme mais nítida e afetiva, mas alcançam os sentimentos apenas de forma epitelial. Já o segundo grupo de emoções, denominado de “emoções secundárias” refere-se à forma como a plateia reage às cenas conforme sua vida afetiva independente, trata-se de sentimentos que o espectador superpõe à cena projetada, sendo, portanto, de densidade mais profunda. Nesse aspecto, Hugo Münsterberg alerta para o fato da pouca exploração das emoções secundárias, as quais representam meios habilidosos de despertar no espectador as particularidades de comportamentos e emoções impossíveis de serem atingidos pela linguagem textual.

O uso do cinema como instrumento pedagógico busca ir além das emoções primárias. Ainda que o cinema esteja vinculado prioritariamente ao eu irracional, são as emoções secundárias riqueza inesgotável para a exploração de uma racionalidade estética, útil à compreensão de fenômenos sociais de difícil acesso epistêmico.

O recurso à “leitura imagética” empregado por Mara Regina de Oliveira consiste em prática pedagógica frutífera para a problematização de temas clássicos da filosofia do direito, os quais são arduamente recepcionados pelos acadêmicos em razão da dificuldade de abstração, comum a uma sociedade desacostumada a problematizar a realidade. Com isso, a autora logrou desenvolver uma perspectiva pedagógica mais apta a formar acadêmicos capazes de realizar um diagnóstico crítico da sociedade brasileira, ao

⁴⁸⁵ Sobre a impressão de realidade do cinema, *vide* METZ, Christian. **A significação do cinema**. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 18.

⁴⁸⁶ MÜNSTERBERG, Hugo. A emoção. In: XAVIER, Ismail (Org.). **A aparência do cinema**: antologia. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 51.

conjugar a racionalidade científica à experimentação emocional imagética. Essa combinação mostra que a emoção é indispensável à prática de comportamentos racionais, dado que, conforme leciona Edgar Morin, “Tudo o que é humano comporta afetividade, inclusive a racionalidade.”⁴⁸⁷

Na esteira de Júlio Cabrera, Mara Regina de Oliveira percebe que a filosofia pode sofrer poderosas modificações após o surgimento do cinema. O potencial reflexivo (des)construtivo da filosofia é intensificado com a inserção do elemento afetivo (ou pático), acrescentando à cognição a emoção e a sensibilidade. A inserção da logopatia no estudo da filosofia trata-se, portanto, de questão emergencial, na medida em que “[...] para se apropriar de um problema filosófico, não é suficiente entendê-lo: também é preciso vivê-lo, senti-lo na pele, dramatizá-lo, sofrê-lo, padecê-lo, sentir ameaçado por ele, sentir que nossas bases habituais de sustentação são afetadas radicalmente.”⁴⁸⁸

Portanto, para compreender os problemas sociais, o homem precisa ir além do *homo sapiens, faber, economicus*; ou seja, precisa superar o conhecimento objetivo do mundo promovido pela racionalidade, agregando à razão a sensibilidade do imaginário, do lúdico, do estético. Precisa agir para além da ciência e da técnica, sob pena de transmutar-se em *homo demens*, na medida em que seu apego à razão leva-o a “formas frias de loucura: a loucura do excesso de coerência”. Deveras, conforme alerta Edgar Morin, o apego ao primado da razão, a fé absoluta na lógica, o fechamento de uma teoria em doutrina blindada, são impulsos históricos à barbárie, ao tornarem-se justificativas inabaláveis para a libertação das pulsões destrutivas do homem⁴⁸⁹.

Por sua vez, a racionalidade atrelada à afetividade e fantasia transborda o genial, ao compor o cadinho da fonte criadora permanente. Uma ideia nova sempre brota da associação da racionalidade à liberdade criativa. Vejam-se, exemplificativamente, as constatações físicas de Newton ao observar o cair da maçã ou o apagar das luzes em um vagão de trem; nesta circunstância, percebe-se que “[...] a criação nasce do encontro entre o caos genésico das profundezas psico-afetivas e a pequena chama da consciência.”⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ MORIN, Edgar. **O método 5**; a humanidade da humanidade. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 120.

⁴⁸⁸ CABRERA, Júlio. **O cinema pensa**: uma introdução à filosofia através dos filmes. Rio de Janeiro: Rocco, 2006, p. 16.

⁴⁸⁹ MORIN, op. cit., p. 117-120.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 126.

Com o intuito de oferecer subsídios a essa metodologia inovadora do pensar jusfilosófico é que este trabalho, além das valiosas contribuições teóricas de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Orlando Villas Bôas Filho, Marcelo Neves e Celso Campilongo sobre a aplicação da teoria dos sistemas à realidade brasileira, discute, ainda, as observações feitas pela crítica estética à crise do sistema jurídico na modernidade periférica brasileira.

5.3 Glauber Rocha e o cinema novo brasileiro: observando o observador

Figura 3 – Glauber Rocha observando o observador

Fonte: Blog 2001 Vídeo⁴⁹¹

O “Cinema novo” teve sua origem no movimento “neorrealista” italiano (1945) e objetivava promover a renovação do cinema no nível da temática e linguagem, aproximando-se das preocupações sociais e das relações com o público. Marcado por explorar ambientes do cotidiano e substituir o “star-system” por pessoas comuns, que muitas vezes sequer eram atores, o “Cinema Novo” vencida a força contrária da burguesia e a penúria econômica do período pós-guerra ao produzir filmes com orçamentos enxutos.

Linguagem simplificada capaz de captar a situação dos atores em ações do cotidiano, substituição dos estúdios por ambientes naturais, preocupações com o dia a

⁴⁹¹ BLOG 2001 VÍDEO. 30 anos sem Glauber Rocha. 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://2001video.empresarial.ws/blog/?p=2482>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

dia do proletariado, camponeses e pequena classe média são escolha estética marcante deste movimento, cujos cineastas mais representativos no cenário internacional foram Vittorio de Sica e Roberto Rossellini⁴⁹².

O “Cinema Novo” repercutiu positivamente no Brasil, criando uma situação cultural inovadora, a qual permitiu a identificação cultural das elites, anteriormente excluídas da relação cinematográfica pela prevalência das “chanchadas”. Desta forma, o movimento brasileiro afastava-se do cinema de estúdio tipicamente hollywoodiano para, introduzindo-se no cenário do cotidiano brasileiro, expressar a situação de subdesenvolvimento do país; buscava, portanto, criar “[...] um cinema voltado para a questão social e os oprimidos e capaz de fazer a crítica desse sistema social.”⁴⁹³ Com isso, este movimento reproduz os problemas básicos da sociedade brasileira, passando a ser meio para a reflexão social sobre temas políticos, éticos, religiosos, dentre outros.

O movimento cinematográfico do “Cinema Novo” brasileiro atingiu expressão internacional, ao permitir o estabelecimento com outros países de um “diálogo cultural”, anteriormente impossibilitado pela prevalência de temáticas afastadas da elite cultural. Até o golpe de Estado de 1964, conforme leciona Jean-Claude Bernardet, o “Cinema Novo” tratava da temática rural, abordando prioritariamente a miséria dos camponeses nordestinos, a violência do cangaço e problemas ligados à família e ao trabalho da classe ruralista, os quais tratavam de problemas básicos decorrentes do processo abrupto de industrialização por que passou a sociedade brasileira; nesta linha, encontram-se os trabalhos de Glauber Rocha que abordavam como objeto a vida sertaneja para, dentro desta perspectiva, problematizar a fome, o poder autoritário, o regime de propriedade da terra e a revolução, ao exemplo de “Deus e o Diabo na Terra do Sol”, “Barravento” e “Sertão-mar”.

Porém, após o golpe militar, a temática rural se retrai e os cineastas respondem aos reclamos de que o “Cinema Novo” só se ocupava de sertão e favela, dando espaço para a tematização de preocupações urbanas da classe média, tais como o tema do poder econômico, da política, da mulher como produto de consumo, dentre tantos outros temas, ao exemplo dos filmes “São Paulo S/A” (Luis Sérgio Person, 1965), “A Opinião

⁴⁹² BERNARDET, Jean-Claude. **O que é cinema**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 93-100.

⁴⁹³ Ibid., p. 95.

Pública” (Jabor, 1967) e “Anuska, Manequim e Mulher” (Ramalho Jr., 1968).⁴⁹⁴ Nesse aspecto, “[...] o meio dos políticos e a relação dos intelectuais com o poder torna-se também tema dominante, de que ‘Terra em Transe’ (Glauber Rocha, 1967) é o exemplo mais significativo.”⁴⁹⁵

Glauber Rocha representou uma geração de intelectuais e artistas brasileiros atentos à ligação do cultural e do político; sua obra é pura manifestação de um desejo insaciável de comunicação próprio de um cinema da revolução ou, em outros termos, um “cinema de autor”, em que o produto é fruto da atividade genuína e autêntica de seu pensador, em oposição ao “cinema de produtor” ou “cinema-indústria”, cujas temáticas são encomendadas para atender à demanda de mercado. “A consequência disto é o aprofundamento da expressão do ‘autor’, agora livre das amarras que o condicionam a determinadas expectativas, com relação ao estágio ‘exibição’ no processo de realização do valor da mercadoria fílmica.”⁴⁹⁶

Deveras, Glauber é fruto da polarização de conflitos sociais no qual uma geração emergiu para revolucionar e reagir; por ser completo, o cineasta consegue surpreender com “[...] um movimento expansivo, articulando os temas da religião e da política, da luta de classes e do anticolonialismo: do sertão do Brasil como um todo, e deste à América Latina e ao Terceiro Mundo.”⁴⁹⁷

Glauber Rocha situa-se, portanto, dentro de um contexto artístico de busca do “caráter nacional”, a partir da libertação nacional do neocolonialismo, ou seja, da refutação à herança colonial dos países desenvolvidos, a partir da criação de novas bases técnicas e temáticas. Vale lembrar que o contexto nacional e internacional favoreceu a busca pela autenticidade do cinema brasileiro; o período de 1960-1970 foi marcado pela luta anticolonial dos povos africanos (*vide* revolução argelina), além da formação do movimento artístico do Tropicalismo (segunda metade de 1967), que tomava a expressão *tropicália* de uma instalação de Hélio Oiticica, exposta no Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro (maio de 1967)⁴⁹⁸. É neste contexto que Glauber Rocha exhibe, pela primeira vez, seu filme *Terra em Transe*, escolhido como objeto de análise do presente estudo, o

⁴⁹⁴ XAVIER, Ismail. **O Cinema brasileiro moderno**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 62.

⁴⁹⁵ BERNARDET, Jean-Claude. **O que é cinema**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 103.

⁴⁹⁶ RAMOS, Fernão. **Cinema Marginal (1968-1973): a representação em seu limite**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

⁴⁹⁷ XAVIER, op. cit., p. 117-118.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 30-31.

qual possui cunho político provocativo, ao colocar em pauta temas incômodos sobre o fracasso revolucionário, a posição da elite no país, a crítica ao populismo, a situação do proletariado no seio da cultura de massa, dentre tantos outros temas apresentados por um estilo cinematográfico marcado pela alegoria. À análise, pois.

5.3.1 *Terra Em Transe*: sobre os sobrecidadãos e subcidadãos na democracia periférica

[...]
 A praça! A praça é do povo
 Como o céu é do condor
 É o antro onde a liberdade
 Cria águias em seu calor!
 [...]
 Irmão da terra da América,
 Filhos do solo da cruz,
 Erguei as fronte altivas,
 Bebei torrentes de luz...
 Ai! Soberba população,
 Dos nossos velhos Catões,
 Lançai um protesto, ó povo,
 Protesto que o mundo novo
 Manda aos tronos e às nações.⁴⁹⁹

O filme *Terra em Transe*⁵⁰⁰ entrelaça uma “ralé estrutural” e sobreintegrados envoltos em meio a uma paisagem natural fantástica, que faz cenário ao delírio político vivido na Província de Alecrim. Na perspectiva de Glauber, o transe é palavra-chave para o filme em comento. “O transe, a instabilidade das pessoas, a instabilidade ideológica, a instabilidade mesmo física das pessoas, e então o meu filme é instável. Eu não estou a fim de provar nada, eu quero descobrir as coisas, o que é muito diferente de provar.”⁵⁰¹

⁴⁹⁹ CASTRO ALVES, Antônio Frederico de. O povo ao poder. [Recife, 1864]. In: **Poesias Coligidas**. Belém: Unama, [s/d], p. 3-5. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ua00072a.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2010.

⁵⁰⁰ TERRA EM TRANSE. Filme. Direção: Gláuber Rocha, roteiro: Gláuber Rocha, produção: Gláuber Rocha, fotografia: Luiz Carlos Barreto, edição: Eduardo Escorel, música: Sergio Ricardo. Companhias produtoras: Mapa Filmes e Difilm; Distribuição: Difilm. Longa-metragem, 35mm, preto e branco, 115 min. Rio de Janeiro, 8 maio 1967. Site oficial: <<http://www.tempoglauber.com.br/glauber/Filmografia/terra.htm>>.

⁵⁰¹ ROCHA, Glauber. **Ideário de Glauber Rocha**. Rio de Janeiro: Philobilion, 1986, p. 50.

Terra em Transe retoma, de forma alegórica, toda a discussão socioantropológica debatida linhas atrás, problematizando as questões sobre o *ethos* ibérico deixado pelo passado colonialista, a condição da cidadania e a situação dos sobreintegrados na sociedade brasileira. O espetáculo da dominação, a bestialização do “povo”, a violência raizada na cultura popular são temas para a cinematografia do transe político vivida pela América Latina e, mais especificamente, o Brasil. Apesar de se passar na província Alecrim, situada no país alegórico Eldorado, o filme é a projeção escancarada do transe político brasileiro e o mal-estar em que vive esta sociedade.

Marcado pela alegoria, a instabilidade dos planos de filmagem, a ausência de coloração e a figuração *kitsch* dos espaços e personagens, *Terra em Transe* promove verdadeiro choque no espectador ao criticar a máscara democrática que envolve o populismo, o amesquinhamento do mundo das elites dominantes e a contradição da figura do intelectual-político; põe em relevo questões sobre quem é povo e qual seu lugar na cena política. “Epitáfio de uma época, autocrítica e imprecação antimperialista veemente, *Terra em Transe* condensou o Cinema Novo, em agonia, e preparou o tropicalismo.”⁵⁰²

Em síntese, trata-se da trama política muito além do horizonte da revolução decorrente do Golpe de Estado de 1964. Representa o movimento da luta política em que, de um lado, está D. Porfírio Diaz (Paulo Autran), senador que serve aos interesses da classe econômica representada pela Companhia de Explotaciones Internacionales, e, de outro, o líder populista Dom Felipe Vieira (José Lewgoy), o qual, após obter o apoio popular, reprime as massas e extermina seus líderes. Entre eles, figura o poeta e jornalista Paulo Martins, mostrado sempre em constante agonia por acreditar na ideia romântica do povo como expressão única do poder, mesmo que para isso haja sangue e sacrifício, além de Sara, jovem idealista que luta de forma incessante pelo alcance das possibilidades democráticas de Eldorado.

Portanto, cada um dos personagens apresentados representa, figurativamente, uma camada da sociedade brasileira dos anos 60. Dom Porfírio Diaz (Diaz), com seu discurso puritano, que equipara sua dedicação à política ao amor divino pela humanidade, sintetiza a postura dos defensores do golpe militar. Don Júlio Fuentes

⁵⁰² XAVIER, Ismail. **O Cinema brasileiro moderno**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 63-64. *Vide* também XAVIER, Ismael. *Sertão Mar: Glauber Rocha e a Estética da Fome*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 165-166.

(Fuentes) representa a classe econômica abastada; possuidor de um grande império da comunicação, desloca-se entre as facções políticas, a fim de preservar seu poderio econômico. Dom Felipe Vieira (Vieira) representa a frente política de caráter populista, com falsos discursos de proteção do povo que, após a conquista do poder na Província de Alecrim, se dissolve em palavras vans. Por fim, Paulo Martins (Paulo), personagem central, representa um intelectual, poeta e jornalista que busca se opor ao regime ditatorial, sem encontrar, porém, os meios adequados para tanto.

O filme se inicia com a imagem do mar; mar este que serviu para o descobrimento e colonização da América. Com isso, Glauber resgata a imagem do passado colonialista da América Latina que, no caso brasileiro, deixa marcas incontestáveis na formação social. Conforme visto pela perspectiva de Sérgio Buarque de Holanda, as dores do parto da colonização brasileira pariram uma sociedade essencialmente patrimonialista que reflete esse legado na dominação política moderna; a percepção de uma classe de subcidadãos e sobrecidadãos é objeto de análise de Glauber. Sua obra é marcada por um sentimento de urgência, de denúncia, em que, por trás da câmera, há um intelectual que observa a sociedade e diagnostica o processo de formação de sua identidade como marcado pela formação hierárquica do poder. Nas palavras do autor: “No Brasil subsiste um sistema medieval no qual os latifundiários desempenham a função dos antigos senhores.”⁵⁰³

Logicamente que Glauber não possui uma visão homogeneizada do devir histórico; sabe que toda sociedade deve ser analisada com respeito aos seus padrões culturais e, por isso mesmo, reivindica a identidade nacional brasileira. Em sua análise crítica do transe político latino-americano não realiza nenhum comparativo com “padrões ideais” de países centrais; quer apenas relatar a crise econômica, a dependência externa, a relação do “povo” e das elites. Mas Glauber, assim como Paulo, é ainda um idealista, pois acredita na possibilidade de se “[...] pôr em prática a verdadeira democracia que é a participação de todos no processo produtivo, distributivo e cultural.”⁵⁰⁴ A praça é do povo, como o céu é do condor.

Mas que “povo” é esse que merece ser atendido pelas demandas políticas e jurídicas, que precisa ter voz, se expressar, deliberar, combater? O povo...o povo é José, João e Maria, o povo é faminto, desprezado, violentado, sujo; sua mais alta ambição é

⁵⁰³ ROCHA, Glauber. **Ideário de Glauber Rocha**. Rio de Janeiro: Philobilion, 1986, p. 51.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 52.

conquistar o que comer, beber e dormir. O “povo” são corpos que não se encontram no conceito de *pessoa*, não possuem direitos, mas apenas angústias imediatas que precisam ser sanadas por qualquer um que acene como seu pai protetor, tal como Dom Felipe Vieira, que, após tantas promessas, vira as costas para as demandas populares. É neste contexto que Glauber denuncia o populismo mascarado de pseudodemocracia que aparece, em *Terra em Transe*, como um verdadeiro carnaval das massas.

Sara e Paulo, idealistas, buscam uma solução para a exclusão social. Logo no início do filme, Sara procura Paulo na redação do jornal em que ele trabalhava, a fim de apresentar-lhe algumas fotos que representam a situação do povo de Eldorado; são retratos de crianças famintas, pessoas em filas de hospitais, miseráveis acorrentados nas prisões. Sara solicita a realização de uma campanha, pois os donativos não são suficientes para auxiliar essa gente, mas Paulo afirma que a solução não é esta, o que é preciso é um líder político para solucionar esses problemas.

Relembrando o poema de *El Gaucho* (José Hernández, *Martín Fierro*), Paulo condena a situação dos excluídos. Com a estrofe a seguir, Paulo revela seus ideais a Vieira, formando com ele uma aliança após ter relegado o apadrinhamento de Diaz. Acredita, com isso, poder concretizar suas perspectivas políticas, colocando-se à inteira disposição de Vieira para auxiliá-lo a chegar ao poder. Segue a cena em aplausos múltiplos ao aspirante a governador de Alecrim, risos, muitos risos...

[...]
Es el hombre en su orfandá
de la fortuna el desecho,
porque naides toma a pecho
el defender a su raza;
debe el gaucho tener casa,
escuela, iglesia y derechos.⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ Terra em transe, 19'. Poema de José Hernández, *El Gaucho*, retrata a formação da classe conhecida como *gaucho* ou *gauderíos*, formada na sociedade argentina em razão da:

Mano de obra de las vaquerías,
Bárbaro mestizo de la campaña,
Víctima original de la exclusión,
Estigma social y Ser nacional.
“[...]”
Es el hombre en su orfandá
de la fortuna el desecho,
porque naides toma a pecho
el defender a su raza;
debe el gaucho tener casa,
escuela, iglesia y derechos.

Segue-se a campanha de Vieira junto à massa popular, inúmeras promessas de melhoria, abraços apertados no povo, etc. Em meio à sua campanha, Vieira é interrompido por um líder da comunidade local, maltrapilho, com uma voz cansada, em timbre baixo e respeitoso, com muita dificuldade em articular suas ideias reivindicadas:

Líder comunitário: Doutor, em nome desse pessoal, eu queria pedir ao senhor uma atenção a... (pausa) água pra nossas terras melhorar. Agora, se o senhor quiser também o senhor podia, pode, mais, o...

Vieira: pode ficar tranquilo meu filho que eu vou acabar com esses abusos. Vai tomando nota Marinho que ele está tomando uma atitude.⁵⁰⁶

Sem possibilidade de articular suas ideias de forma precisa, o líder comunitário é relegado e a massa segue pelas ruas da cidade em um cortejo carnavalesco. Nessa esteira, relembrando o pensamento de Luhmann, tem-se a demonstração da exclusão dos diversos subsistemas sociais. Alijado do sistema educacional, o indivíduo também não alcança sua participação política; conforme ressalta o sociólogo:

Já que a exclusão real de um sistema (sem trabalho, sem ingressos monetários, sem acesso a contratos e sem uma proteção jurídica garantida pela corte, sem possibilidade de distinguir campanhas políticas eleitorais de acontecimentos carnavalescos; com analfabetismo e com insuficiência de medicamentos e alimentos) reduz as probabilidades em outros sistemas, além de definir mais ou menos a boa parte da população – a qual por seu habitar fica separada e, por isso mesmo, permanece invisível⁵⁰⁷. (nossa tradução).

Y han de concluir algún día
 estos enriedos maaditos;
 la obra no la facilito
 porque aumentan el fandango
 los que están, como el chimango,
 sobre el cuero y dando gritos.

Mas Dios ha de permitir
 que esto llegue a mejorar,
 pero se ha recordar
 para hacer bien el trabajo
 que el fuego, pa' calentar,
 debe ir siempre por abajo”.

[...]

José Hernández, Martín Fierro (LOURIDO, Christian. **El Gaucho. Estigma Social y Ser Nacional**. Ensayo, out. 1999. Disponível em: <<http://www.myspace.com/christianlourido/blog/350385018>>. Acesso em: 02 out. 2010).

⁵⁰⁶ TERRA EM TRANSE. Filme. Direção: Gláuber Rocha, roteiro: Gláuber Rocha, produção: Gláuber Rocha, fotografia: Luiz Carlos Barreto, edição: Eduardo Scorel, música: Sergio Ricardo. Companhias produtoras: Mapa Filmes e Difilm; Distribuição: Difilm. Longa-metragem, 35mm, preto e branco, 115 min. Rio de Janeiro, 8 maio 1967. Site oficial: <<http://www.tempoglauber.com.br/glauber/Filmografia/terra.htm>>, 24’.

⁵⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 500. Texto original: “Ya que la exclusión real de un sistema (sin trabajo, sin ingresos monetarios, sin papeles, sin

Assim é que a sociedade dita periférica – sem querer remontar a descrição pré-moderna entre centro e periferia – apresenta uma ampla exclusão de parcela de sua população. Essa “ralé estrutural”, que não se enxerga como pessoa, mas apenas como corpos, vê na violência a possibilidade de solução de suas demandas não atingidas; elegem, portanto, o “código do sertão” ao invés do “código do direito”. Isso faz com que o receptor do comando normativo busque destituir o primado da autoridade do emissor; trata-se da chamada “desconfirmação da autoridade da lei”. Conforme alerta Mara Regina de Oliveira, “Ela é perigosa porque destrói a ficção do consenso geral presumido, mostrando que nem todos reconhecem a autoridade e que nem todos, de fato, assumem a posição de sujeitos.”⁵⁰⁸

À classe de subcidadãos é imposto o fetichismo da lei apenas para expropriá-los de seus direitos, conduzindo-os à desconfirmação da autoridade, fato sabiamente exposto por Glauber Rocha, quando do diálogo travado entre um sujeito que reivindica a propriedade de terras ocupadas por uma comunidade suburbana e Paulo Martins, poeta e assessor do líder populista Vieira – o qual havia prometido atender todas as demandas da classe popular em troca de seu voto. Calha a transcrição do diálogo:

Líder comunitário: É que nossas família chegou nessas terra já tem mais de vinte ano. E a gente cultivou as terra, planto nela e as mulher da gente pariu nessas terra. Agora a gente não pode deixar as terra só porque apareceu uns dono, vindo não sei da onde, trazendo papel do cartório e dizendo que as terra é dele. É isso que a gente queria dizer pro douto. A gente confia no sinhô. **Mas..., se a justiça decidi que a gente deve deixa as terra, a gente morre mais não deixa não.**

Paulo: Se acalme infeliz, respeita o Governador.

Líder comunitário: Doutor Paulo, doutor Paulo... A gente tem que grita!

Paulo: Grita com o quê?

Subcidadão: Grita com o que sobrar da gente, com os ossos, com tudo!

Paulo: Cala boca! Você e sua gente não sabem de nada.

Subcidadão: Doutor Paulo, você era meu amigo, você me prometia.

Paulo: Eu nunca lhe prometi nada.

Subcidadão: Eu não sou mentiroso.

Paulo: seu miserável, fraco, falador, covarde.

Subcidadão (agredindo Paulo a socos): Doutor Paulo, não diz isso, não diz isso, não diz isso (desespero). Doutor Paulo, o senhor era meu amigo!

relaciones íntimas estables, sin acceso a contratos y a una protección jurídica garantizada por la corte, sin posibilidad de distinguir campanas políticas electorales de acontecimientos carnavalescos; con analfabetismo y con suministro insuficiente de medicinas y alimentos) reduce lo que en los otros sistemas puede lograrse, además de definir más o menos a buena parte de la población —la cual por su hábitat se halla separada y por eso mismo vuelta invisible.”

⁵⁰⁸ OLIVEIRA, Mara Regina de. **O desafio à autoridade da lei:** a relação existente entre o poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 101.

Figura 4 – Líder comunitário reivindicando seus direitos

Fonte: TERRA EM TRANSE⁵⁰⁹

A força policial aparece apenas para conter a massa popular. Nenhuma proteção é dada a essas pessoas, que reivindicam condições mínimas de moradia, nutrição, escolaridade. A exclusão endêmica é notória pelas cenas do filme *Terra em Transe*; sem moradia, sem comida, sem escola, enfim, desprovidos de tudo estão esses indivíduos impossibilitados de participar da comunicação do sistema político e do sistema jurídico. O que resta a eles? A violência aparece, então, como último recurso. O código do direito passa a ser substituído pela força física.

O trecho do filme em comento representa, fielmente, as palavras de Luhmann no trecho a seguir, cuja transcrição é de extrema valia, chegando o autor a problematizar, inclusive, o contexto da sociedade brasileira:

Quem não tem endereço não pode se escrever nas escolas (Índia). Quem não sabe ler ou escrever tem poucas possibilidades no mercado laboral e se discute seriamente (Brasil) se não deve ser despojado de direitos políticos. Quem não encontra mais oportunidades do que a de refugiar-se em terreno ocupado ilegalmente das favelas não conta – quando as coisas se tornam sérias – com proteção legal, ainda que o proprietário desse tipo de terreno não possa impor seus direitos se seu desalojamento forçado trazer demasiada turbulência política. Os exemplos podem multiplicar-se e estabelecer nexos que atravessam todos os sistemas funcionais. A exclusão integra com muito mais força que a inclusão – integração entendida no sentido do

⁵⁰⁹ TERRA EM TRANSE. Filme. Direção: Gláuber Rocha, roteiro: Gláuber Rocha, produção: Gláuber Rocha, fotografia: Luiz Carlos Barreto, edição: Eduardo Escorel, música: Sergio Ricardo. Companhias produtoras: Mapa Filmes e Difilm; Distribuição: Difilm. Longa-metragem, 35mm, preto e branco, 115 min. Rio de Janeiro, 8 maio 1967. Site oficial: <<http://www.tempoglauber.com.br/glauber/Filmografia/terra.htm>>.

conceito anteriormente definido: como limitação do grau de liberdade das seleções.⁵¹⁰ (tradução e grifo nossos).

A situação de vulnerabilidade econômica relega uma parcela da sociedade brasileira às margens da sociedade, conduzindo-a à informalidade por não ter direito a ter direitos. A frustração reiterada à participação da comunicação do sistema político e sistema jurídico impede que as normas jurídicas realizem a generalização congruente de expectativa. Mata-se o líder político e reforça-se a ideia de exclusão.

Paulo reivindica que Vieira tome providência em relação aos partidários do governo que praticaram o assassinato do líder comunitário. Contudo, mas um elemento problematizador é inserido por Glauber, qual seja, a participação do setor econômico como financiador das campanhas políticas. Vieira afirma que nada poderá fazer em relação às reivindicações de Paulo, já que muitos fazendeiros financiaram grande parte de sua campanha, de modo que não seria inteligente ir contra os interesses desta classe social ao proteger os grileiros que reivindicavam a propriedade ocupada. Entra em cena a ideia, o outro lado da forma, a sobreintegração tratada por Marcelo Neves.

Qualquer sistema funcionalmente diferenciado apenas pode realizar a abertura cognitiva, reconhecendo o outro lado da forma como diferença, se lograr realizar seu fechamento operativo. Contudo, a sobreposição de outros códigos sobre o lícito/ilícito retira a possibilidade de diferenciação funcional e, assim, as interferências diretas passam a ser tratadas como corrupção sistêmica.

Nesse ponto, a perspectiva de Marcelo Neves mostra que apenas existem subcidadãos se, do outro lado da forma, existirem os sobrecidadãos. Esses sobrecidadãos não encontram qualquer limite legal para suas condutas; todas as expectativas normativas a eles contrárias podem ser facilmente manipuladas pelo código da amizade, do amor, da

⁵¹⁰ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006, p. 500. Texto original: “Quien no tiene dirección tampoco puede inscribirse en las escuelas (India). Quien no sabe leer ni escribir tiene pocas posibilidades en el mercado laboral, y se discute seriamente (Brasil) si no debe ser excluido del derecho político de votar. Quien no encuentra más posibilidad que la de refugiarse en el terreno ocupado ilegalmente de las favelas no cuenta —cuando las cosas se ponen serias— con protección legal, aunque el propietario de este tipo de terrenos tampoco puede imponer sus derechos si su desalojo forzado genera demasiada turbulencia política. Los ejemplos pueden multiplicarse y establecen nexos que atraviesan todos los sistemas funcionales. La exclusión integra con mucha más fuerza que la inclusión — integración entendida en el sentido del concepto anteriormente definido: como limitación del grado de libertad de las selecciones.”

política ou da economia. Glauber lança na cara do espectador, como um soco no estômago da elite burguesa, os bastidores da política brasileira.

Desiludido, Paulo cinde com Vieira, por não concordar com o uso da força para a contenção dos conflitos sociais. Vieira propõe que Paulo acalme as massas e, em troca, conseguirá verbas para as escolas; contudo, conforme afirma o poeta, “[...] a caridade apenas adia, agrava mais a miséria. É muito fácil um raciocínio frio quando a gente está por cima. Um líder precisa de força moral.”

Mas Vieira se recusa a contrariar a classe econômica que financia sua campanha, provocando atitudes desconfirmadoras promovidas pelos subcidadãos em resposta à sua exclusão dos diversos sistemas sociais. Para garantir seu cargo político, Vieira opta pelo uso da força como forma de desconfirmar a atitude desconfirmadora da grande massa popular que se levanta contra seu governo; contudo, mal percebe que o uso da força física afasta o poder, são elementos excludentes que jamais poderão ocupar o mesmo espaço.

Figura 5 – Diaz – fariseu empunhando o crucifixo e a negra bandeira fascista

Fonte: TERRA EM TRANSE⁵¹¹

Diaz, sob o pretexto de servir a Cristo, faz um pacto com o diabo, vendendo-se ao império econômico da Compañia de Explotaciones Internacionales e a Don Júlio Fuentes ao utilizar o aparato burocrático para fazer a corte aos seus mantenedores. É o império dos sobreintegrados que realizam bloqueios sociais destrutivos

⁵¹¹ TERRA EM TRANSE. Filme. Direção: Gláuber Rocha, roteiro: Gláuber Rocha, produção: Gláuber Rocha, fotografia: Luiz Carlos Barreto, edição: Eduardo Escorel, música: Sergio Ricardo. Companhias produtoras: Mapa Filmes e Difilm; Distribuição: Difilm. Longa-metragem, 35mm, preto e branco, 115 min. Rio de Janeiro, 8 maio 1967. Site oficial: <<http://www.tempoglauber.com.br/glauber/Filmografia/terra.htm>>.

nos sistemas da política e do direito, na medida em que possuem acesso aos direitos previstos em lei, sem se vincularem efetivamente aos deveres e às responsabilidades impostas pelo aparato judicial. A eles, portanto, não se aplica o fetichismo da lei (“para os inimigos, a lei!”); em lado diametralmente oposto estão os subintegrados, para quem são aplicadas, rigorosamente, as responsabilidades e penas previstas na legislação.

Conforme comentário de Nelson Rodrigues ao filme *Terra em Transe*:

Fiquei maravilhado com uma das cenas finais de *Terra em Transe*. Refiro-me ao momento que dão a palavra ao povo. Mandam o povo falar, e este faz uma pausa ensurdecadora. E, de repente, o filme esfrega na cara da platéia esta verdade mansa, translúcida, eterna: o povo é débil mental. Eu e o filme dizemos isso sem nenhuma crueldade. Foi sempre assim e será assim eternamente. O povo pare os gênios, e só. Depois de os parir volta a babar na gravata [...] ⁵¹².

Figura 6 – Paulo Martins – a consciência em transe

Fonte: TERRA EM TRANSE ⁵¹³

Por que afirmar que o povo é “débil mental”? Nesse ponto, Glauber não esconde que o problema da democracia brasileira (e da América Latina como um todo) é a condição dos subcidadãos. A exclusão social é tamanha na modernidade periférica que faz com que a grande maioria da classe popular perca até o direito a ter direitos; o câncer desta

⁵¹² VENTURA, Tereza. **A Poética Polityca de Glauber Rocha**. Rio de Janeiro: Funarte, 2000. Disponível em: <<http://www.tempoglauber.com.br/glauber/Filmografia/terra.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

⁵¹³ TERRA EM TRANSE. Filme. Direção: Gláuber Rocha, roteiro: Gláuber Rocha, produção: Gláuber Rocha, fotografia: Luiz Carlos Barreto, edição: Eduardo Escorel, música: Sergio Ricardo. Companhias produtoras: Mapa Filmes e Difilm; Distribuição: Difilm. Longa-metragem, 35mm, preto e branco, 115 min. Rio de Janeiro, 8 maio 1967. Site oficial: <<http://www.tempoglauber.com.br/glauber/Filmografia/terra.htm>>.

democracia está na ausência de educação, cultura básica, saúde, enfim, no estado permanente de dilaceração econômico-social. Com isso, nenhuma diferenciação funcional será possível, na medida em que o direito jamais logrará realizar a função de generalização congruente de expectativas para aqueles que estão cansados de ver as disposições normativas serem desrespeitadas.

Na mesma esteira, Glauber Rocha problematiza o papel da imprensa na formação da opinião pública, apresentando-a como uma figura manipuladora do eleitorado, de modo a transformar o processo eleitoral democrático em um mero simbolismo, um ritual de passagem. Além da manipulação pela comunicação de massa, são expostas as vísceras de uma política corrupta e a bestialização do “povo”, que nada pode ou sabe reivindicar, sequer consegue diferenciar questões políticas de um ritual carnavalesco.

Carlos Estevam Martins, afirma que, neste Brasil moderno, manipulado pela comunicação de massa, “[...] o povo não precisa se sentir bestializado, perdido e desorientado: não faltam ‘âncoras’ para ancorá-lo.”⁵¹⁴ Em sua concepção, o “povo” da democracia brasileira é um fantoche midiático, manipulado pelos meios de comunicação de massa, ou seja, a eleição política não possui um papel representativo nesta sociedade, na medida em que as concepções são distorcidas pela imprensa.

Abre-se um espaço, neste momento, para a discussão sobre o papel da imprensa na formação da opinião pública. Este veículo de comunicação será capaz de transmitir a realidade? Quais os impactos da imprensa para o sistema político e jurídico?

Deveras, tudo que se conhece sobre a sociedade é mesmo conhecido pelos meios de comunicação. Contudo, é generalizada a desconfiança a respeito das mensagens transmitidas pelos meios de comunicação; como consta do diálogo de Horácio e Marcelo, em *Hamlet*, Ato I, cena 1: “Assim eu ouvi, e parcialmente acredito.”⁵¹⁵ Contudo, conforme adverte Luhmann, a solução do problema não está na tese de manipulação conspirada dos meios de comunicação, apesar de não se negar sua existência. Deve-se, antes, falar em um “valor próprio” dos meios de comunicação, compreendidos

⁵¹⁴ MARTINS, Carlos Estevam. Vinte anos de Democracia? **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 64, jan./abr. 2005, p. 22.

⁵¹⁵ Texto original: “So I have heard, and do in part believe it”. (SHAKESPEARE, William. **Hamlet, Prince of Denmark**. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/dirs/etext98/2ws2610.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010, Act. 1, Scene 1, p. 21).

como sendo “[...] todas as instituições da sociedade que se servem de meios técnicos de reprodução para a difusão da comunicação.”⁵¹⁶

Luhmann trata da realidade dos meios de comunicação em seu sentido ambivalente. A realidade dos meios de comunicação consiste, em uma primeira perspectiva, em suas próprias operações sistêmicas, pelas quais o sistema reproduz a si mesmo como diferença em relação ao ambiente – tais como a impressão, difusão e leitura. Porém, sob outro viés, pode-se tratar o tema em um segundo sentido, “[...] aquilo que *para eles* ou *por meio deles* aparece como realidade *para outros*.”⁵¹⁷

Os meios de comunicação comunicam algo distinto de si mesmos; deste modo, constroem sua própria realidade, de modo que toda realidade transmitida é, por si, uma construção. Isso pois a realidade primária não consiste no “mundo lá fora” como um objeto dado, mas, sim, como algo construído pela cognição. Nesta perspectiva construtivista da realidade, o mundo não aparece como um dado bruto passível de apreensão, uma realidade ontológica, existente e objetivamente acessível, já que

[...] não pressupõe o mundo como objeto, mas, em sentido fenomenológico, como horizonte, quer dizer, como algo intangível. E por isso não sobra nenhuma outra possibilidade senão construir a realidade ou, eventualmente, observar como observadores constroem a realidade.⁵¹⁸

Para reforçar a ideia de que a verdade não reside na comunicação pública, Luhmann relembra o caso Rubens Ricúpero, ocorrido em 02 de setembro de 1994. O então ministro da fazenda brasileiro, em entrevista à Rede Globo, anunciava o pacote de medidas drásticas para a redução da inflação, dentre eles a inserção de uma nova moeda, “o real”. Como estava em véspera de eleição, suspeitava-se que tal fato estava atrelado à candidatura de Fernando Henrique Cardoso, então candidato preferido da classe empresária.

⁵¹⁶ LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 16. Inserem-se no conceito de meios de comunicação adotado pelo autor todas as instituições que se destinem à reprodução difusa de comunicação, tais como televisão, cinema, livros, revistas, jornais e rádio – estes desde que não se destinem apenas a manter a conexão telefônica entre participantes individuais. Excluem-se do conceito as interações realizadas em teatros, conferências, reuniões, exposições, concertos, a não ser que a sejam reproduzidas por filmagens ou outro meio de divulgação a um público indeterminado.

⁵¹⁷ Ibid., p. 20.

⁵¹⁸ Ibid., p. 23.

Questionado sobre as intenções políticas do novo pacto de medidas para contenção da economia, Ricupero manteve a justificativa de ser apenas uma estratégia de política econômica. Contudo, no apagar das luzes, em conversa de bastidor captada por antenas parabólicas, Ricúpero deixou claro que suas declarações públicas não correspondiam a suas verdadeiras intenções, chegando a afirmar que “[...] a única forma que eu posso provar meu distanciamento do PSDB é criticar o PSDB.” Assim, a suspeita de manipulação da informação, sempre presente em qualquer noticiário, foi desnudada, repercutindo no âmbito econômico (queda na Bolsa de Valores) e político (risco à candidatura de Fernando Henrique). Assim, “[...] contra todas as suposições racionalistas sobre o efeito de elucidação da verdade, que está no ato de tornar público, esse caso demonstra que a verdade não reside na comunicação pública, mas na comunicação reservada.”⁵¹⁹

Já que não se pode falar em realidade independente da construção, não se pode alegar que a realidade seja desvirtuada pelos meios de comunicação; o problema está, portanto, no modo como os meios de comunicação constroem essa realidade a partir de suas seleções. Debate-se, então, se os meios de comunicação, operativamente fechados e autopoieticos são, de fato, imunes às influências externas.

Os meios de comunicação são acoplados aos demais sistemas sociais por meio dos temas; uma doença não é propriamente produto das operações dos meios de comunicação, mas fruto do acoplamento estrutural entre eles e a ciência. Após se tornarem público, os temas podem circular livremente, servindo de irritação para os demais subsistemas sociais, podendo, então, ser reconhecidos como *informação*. Daí a função essencial da imprensa livre em um Estado Democrático, a qual contribui para a tematização de problemas sociais, irritando os diversos sistemas parciais da sociedade, notadamente o direito e a política, para autorreproduzirem esses temas em seus ambientes internos.

Por isso, os meios de comunicação se fecham operativamente, a fim de realizar suas próprias seleções, estabelecendo a distinção entre autorreferência e heterorreferência; a partir de sua observação interna, o sistema consegue se distinguir do meio. Para isso, necessita de um *código* capaz de converter em unidade essa diferença específica, determinando quais operações pertencem ao sistema e quais ocorrem no

⁵¹⁹ LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 79-81.

ambiente externo. Esse *código*, segundo Luhmann, é a distinção entre informação/não informação – contudo, conforme ressalta Ciro Marcondes Filho, profissionais do ramo jornalístico preferem a utilização da nomenclatura informativo/não informativo⁵²⁰.

Quando o código dos meios de comunicação é corrompido por código de outros sistemas (da economia, por exemplo), corre-se o risco de perder a amplitude de tematizações inerentes a este sistema, reduzindo-se as irritações provocadas no ambiente, ou seja, perde-se a sua função de manter a sociedade desperta, na medida em que deixam de produzir “[...] uma disposição continuamente renovada para que esta esteja preparada para surpresas, mesmo para os distúrbios.”⁵²¹

Pela conquista da independência sistêmica, não há nenhum tema que não possa ser apropriado para o tratamento nos meios de comunicação, ou seja, a autonomia no controle de seletividade. Deste modo, torna-se criticável, a interferência de padrões externos que busquem controlar o modo de seleção da comunicação mediática, tais como as interferências de grupos religiosos, políticos e econômicos.

Em um meio de comunicação livre há a amplitude de possibilidades comunicativas, as quais apenas podem ser restringidas pelos seletores internos do sistema. Dentre os seletores existentes, Luhmann destaca: (i) a *surpresa* decorrente da novidade da informação; (ii) a preferência pelos *conflitos*, que jogam com a incerteza sobre ganhadores/perdedores, implicando em um trabalho de adivinhação – *guess work*; (iii) as quantidades, preferindo-se as informações que possuem grandes números – ex.: muitos mortos em um acidente; (iv) assuntos de relevância local devem ser compensados pela gravidade de suas informações ou pela estranheza dos acontecimentos; (v) transgressões às normas que causem indignação ao público; (vi) transgressões às normas que gerem julgamentos morais; (vii) transgressões às normas que apresentem contextos complexos sobre os motivos que levaram o agente a cometer o ato ilícito; (viii) notícias atuais, que aparentem ser divulgadas em “momento real”; (ix) manifestações de opiniões que são veiculadas como notícias⁵²².

⁵²⁰ LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 39, nota de rodapé.

⁵²¹ Ibid., p. 48.

⁵²² Ibid., p. 53-77.

Especificamente em relação aos itens (v) a (ix), vê-se que a imprensa livre possui importante papel para promoção de mudanças no âmbito jurídico. A divulgação de notícias sobre a transgressão jurídica é capaz de transmitir um sentimento geral de indignação, “[...] isso reforça, por um lado, a indignação e, assim, de forma indireta, a própria norma [...] dá a todos a oportunidade de chegar à conclusão: ‘Isso não!’” Portanto, a tematização de problemas jurídicos e políticos promove pressões por ações nestes sistemas, tais como, exemplificativamente, o clamor popular pelo *impeachment* de determinado político ou a reforma de uma legislação em vigor.

Em suma, tem-se que a existência de meios de comunicação livres é também pressuposto do Estado Democrático, na medida em que permitem a amplitude de tematização e promovem irritação constante nos demais sistemas parciais, agindo como meio provocador de mudanças, ainda que a verdade não seja o código que regule suas operações. Deste modo, apesar de consistirem em sistemas diferenciados, há claro acoplamento estrutural entre mídia e os demais sistemas sociais, tais como a política e o direito.

Política e direito⁵²³ se veem constantemente irritados pelos meios de comunicação, já que os comunicados (sistemas psíquicos) nos meios de comunicação exigem uma reação dos sistemas quando irritados pelas informações transmitidas pela mídia. Portanto, quanto maior a incerteza, a desconstrução do consenso, produzida pela mídia, maior fortalecimento do ideal democrático, em razão do estímulo constante ao trânsito de comunicações.

Aos que debatem a democracia e a necessidade da diferenciação funcional do direito, da política e da economia como forma de sua efetivação, fica a esperança de superação deste diagnóstico, o qual apenas poderá ser resolvido pelo combate direto à corrupção sistêmica no âmbito de todos os poderes (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário), associado à implementação de políticas públicas e demais medidas capazes de efetivar os direitos dos subcidadãos, integrados ao conceito de *pessoa*. Caso estas reivindicações não sejam atendidas, então apenas o transe popular e o desconsolo dos tantos Paulo Martins que lutaram por sua efetivação e acabaram por obter uma “democracia simbólica”.

⁵²³ Como irritação do sistema jurídico pelos meios de comunicação têm-se também as hipóteses de julgamento antecipado realizado por um tipo de reportagem.

Figura 7 – A violência revolucionária suicida

Fonte: MNN⁵²⁴

Eis que o poeta – consciência em vigília – decide assumir, ao preço da própria vida, a situação limite que o dilacera, dilacerando Eldorado. Sozinho, sozinho, tão só como quem nasce – ou como quem morre – o poeta, com o povo, pelo povo e para o povo, lança seu peito de encontro aos fuzis que condenam Eldorado ao papel de um país que se agacha. Em nome de todos, encarnando o direito de todos à vida, à liberdade e à dignidade humana, o poeta arromba as barreiras da polícia e tomba crivado de balas.⁵²⁵

5.4 João Moreira Salles e a revelação da violência no contexto brasileiro

A violência é uma coisa que tratamos com luva cirúrgica: não queremos encostar; sujar a mão, os olhos.

João Moreira Salles

O documentário *Notícias de uma Guerra Particular*, dirigido por João Moreira Salles e Kátia Lund, revelam a violência que se esconde junto à “ralé estrutural” formada no processo de modernização brasileira, a qual é vista socialmente como desprovida de personalidade e, portanto, à parte dos sistemas político e jurídico, sendo que, neste último, apenas aparece a essa classe social como meio de repressão, ou seja, como

⁵²⁴ MNN. **Reproduzir a realidade ou revolucioná-la?** Fernando Meirelles ataca Glauber Rocha e defende Tropa de Elite. 18 maio 2008. Disponível em: <<http://www.transicao.org/noticia.php?id=723>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

⁵²⁵ PELLEGRINO, Hélio. Trechos de texto escrito em 1967, quando lançamento do filme. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 30 ago. 1981. Disponível em: <<http://www.tempoglauber.com.br/glauber/Filmografia/terra.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

força. Na esteira de Villas Bôas Filho, o documentário demonstra que essa incapacidade de reconhecimento desses “corpos” como pessoas, não está restrito às elites, mas aos próprios excluídos que passam a ter uma ideia distorcida de suas identidades.

A incapacidade de se ver como pessoa é compartilhada socialmente pelas elites e pelos próprios excluídos, fazendo com que se entreguem à marginalização em razão da não adaptação social. Deste modo, a distorção da formação da identidade impede ao sistema psíquico que se conscientize do seu estatuto pessoal, promovendo sua exclusão endêmica dos diversos sistemas parciais da sociedade, dentre eles o direito e a política.

Deste modo, a aceitação das normas jurídicas como regradoras de conduta são relegadas; a comunicação passa a ser travada em um *status* bem mais primitivo, cedendo espaço à violência e à força, ou seja, promove-se o “[...] recrudescimento da violência alçada ao patamar de moralidade, como ocorre historicamente na sociedade brasileira.”⁵²⁶

É por isso que, conforme ressalta João Moreira Salles, a violência no Brasil é trágica, pois não possui um objetivo claro, não é movida por um ideal político, uma força motriz idealista, mas é pura violência sem sentido; “[...] os soldados em questão não têm objetivos claros, é difícil desvendar intenções. É uma situação que não caminha pra lugar nenhum, que não possui dinâmica clara. No entanto, os cadáveres estão aí e existem.”⁵²⁷ Essas pessoas, de que fala o cineasta, em regra são vistas apenas como gráficos, números que motivam a divulgação de notícias; seus rostos não aparecem por serem por demais insignificantes à sociedade; convive-se com a violência em um estágio letárgico sem que haja grande comoção social. Por quê?

Sem utilizar uma visão maniqueísta da situação, João Moreira Salles faz de seu documentário um réquiem; não há cenas de conflito armado ou imagens brutais. A violência está contida nos depoimentos colhidos pelo cineasta dos moradores das favelas cariocas, policiais e traficantes. Porém, a captura dos depoimentos pessoais remonta os argumentos dessas três classes envolvidas no conflito; “[...] a perspectiva de cada envolvido é moldada por subjetivismos, e por um certo conflito de interesses, os pontos de

⁵²⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 350.

⁵²⁷ SALLES, João Moreira. Imagens em conflito. In: MOURÃO, Maria Dora Genis; LABAKI, Amir. (Orgs.). **O cinema do real**. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 91.

vista escolhidos são variados, deixando ao espectador a livre tarefa de montar o “quebra-cabeça”, com apreciação crítica pessoal.”⁵²⁸

Ainda que não consista em um documentário que demonstre a “violência real”, o conflito armado de forma escancarada, João Moreira Salles afirma que *Notícias de uma Guerra Particular* foi relegado a um segundo plano na cena midiática; relegado ao gueto dos canais de televisão, em um primeiro momento passou despercebido no cenário cinematográfico brasileiro, apenas vindo a lume por “razão erradas”, ou seja, porque houve problemas jurídicos gerados por causa dele e não pela temática em si.

Na visão do documentarista, é algo próprio da tradição brasileira não debater a violência; no país não se costuma divulgar fotos em jornais renomados dos conflitos travados na periferia, sequer se busca debater a violência.

É necessário que o Pedro Bial quase morra na avenida Niemeyer para que a TV fale dessa violência. Não faço nenhuma crítica ao Jornal Nacional. O que ele pode fazer se morrem 24 pessoas assassinadas por dia? Isso é notícia? O que é notícia senão aquilo que é extraordinário? Quando uma pessoa morre a cada hora, isso deixa de ser extraordinário, é banal.⁵²⁹

Complementando esse raciocínio, o escritor Paulo Lins, em entrevista ao documentário, afirma:

Sempre morreu gente na favela e não saía na imprensa. [...] Só que se dava só no espaço da favela; não atravessava o túnel. A imprensa, a mídia, foi descobrir a violência quando ela saiu da favela. Quando começou a acontecer seqüestros, estas coisas, Comando Vermelho, tráfico de drogas, a bala perdida... só depois. Houve uma transformação muito grande depois que “democratizou” a cocaína.⁵³⁰

A ausência de debate a respeito da violência também se encontra no cenário acadêmico, fato que vem sendo desconstruído a partir dos anos 90 e que explica os motivos da escassez de produção intelectual sobre o tema. Contudo, o problema da violência avançou, não se concentra mais em lugares pontuais que possam ser escondidos, trata-se de uma epidemia social que precisa ser problematizada.

⁵²⁸ OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito**: um estudo sobre a crise de legitimidade jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 78.

⁵²⁹ SALLES, João Moreira. Imagens em conflito. In: MOURÃO, Maria Dora Genis; LABAKI, Amir. (Orgs.). **O cinema do real**. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 90.

⁵³⁰ NOTÍCIAS DE UMA GUERRA PARTICULAR. Documentário. Direção: João Moreira Salles, Kátia Lund. Distribuição: Videofilmes. 56 min. Brasil, 1999, 09’43”.

Esse é o beco em que nos encontramos, mas do qual talvez estejamos começando a sair, uma vez que o problema se tornou tão crônico que é impossível deixar de enfrentá-lo. Já existem pessoas, tanto no Rio de Janeiro como em São Paulo, que se dedicam a entender e a enfrentar a violência.⁵³¹

Mara Regina de Oliveira é uma dessas pessoas que não se omitiu ao seu mister de debater as questões. Traz-lhe inconformismo a questão da violência no Brasil, o que lhe motiva a aliar a essa inquietação um debate teórico inteligente. Seguindo nessa perspectiva, questiona a autora a respeito do depoimento trazido por um dos “meninos do tráfico”, pré-adolescentes e crianças que abandonam a infância em prol da violência:

Como entender a naturalidade com que o garoto descreve a sua primeira missão na condição de funcionário do tráfico, queimar vivo um inimigo de seu patrão, preso em pneus de borracha ou o menor, de menos de dez anos, que exhibe seu poderoso arsenal bélico, que contém armas do exército de alto calibre?⁵³²

Talvez a resposta se encontre no recrudescimento da violência alçada ao patamar de moralidade na sociedade brasileira, promovido em razão da impossibilidade de uma massa de indivíduos identificarem-se como pessoa, ampliando a exclusão sistêmica em cadeia. A não identificação desses “corpos” ao conceito de pessoa realiza-se tanto pelos próprios excluídos, quanto pelos demais sistemas psíquicos não insertos na relação de subintegração e o próprio sistema social. Conforme lembra Mara Regina de Oliveira, há uma “inegável base de todo o problema, que guarda relação jurídico-política”, fincada na negação, pelo Estado, de direitos sociais básicos (moradia, alimentação, esgoto sanitário, escolas, acesso à justiça, etc.), atrelada a uma prática abusiva da repressão policial, que abre espaço ao fortalecimento da criminalidade⁵³³.

Como consequência da ausência de identificação dessa “ralé estrutural” ao conceito de pessoa que compõe o sistema político e jurídico, ocorre a redução da comunicação social potencializadora de mudanças, na medida em que esses sistemas parciais da sociedade não se irritam por estímulos de seus ambientes, já que escassas são as demandas igualitárias, legitimando a subcidadania.

⁵³¹ SALLES, João Moreira. Imagens em conflito. In: MOURÃO, Maria Dora Genis; LABAKI, Amir. (Orgs.). **O cinema do real**. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 88.

⁵³² OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito**: um estudo sobre a crise de legitimidade jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 79.

⁵³³ Ibid., loc. cit.

Por sua vez, essa situação de subcidadania promove o esfacelamento do sistema jurídico que não logra realizar sua função de estabilização de expectativas normativas, aparecendo, aos subintegrados, como mero aparato de repressão. “O único segmento do Estado que vai até a favela é a polícia e só a polícia não resolve.”⁵³⁴ Deste modo, os subsistemas funcionais e seus meios de comunicação simbolicamente generalizados não servem como premissas de comportamento aos excluídos, promovendo uma grande indiferença ao código do sistema jurídico o qual passa a ser substituído pela violência. Abre-se caminho para a fortificação de facções criminosas (tráfico), gerando uma cadeia contínua de informalidade e violência:

A expansão do tráfico de drogas a partir da metade da década de 80 é diretamente responsável por um crescimento vertiginoso do número de homicídios. Uma pessoa morre a cada meia hora no Rio, noventa por cento delas atingidas por balas de grosso calibre. A Polícia Federal estima que hoje o comércio de drogas empregue cem mil pessoas no Rio, ou seja, o mesmo número de funcionários da Prefeitura da cidade. Nem todas essas pessoas moram em favelas; no entanto a repressão se concentra exclusivamente nos morros cariocas.⁵³⁵

Trata-se de uma violência sem propósito político, sem motivação de mudança social; a violência empregada no Brasil é muito diferente da existente em movimentos beligerantes – para usar o termo de Direito Internacional –, os quais possuem uma estrutura organizacional e um propósito ideológico capaz de irritar os sistemas sociais da política e do direito a promoverem mudanças. Na visão do cineasta em comento, a questão também não é só ausência de recurso econômico, é além disso; trata-se de um sentimento de exclusão, um não pertencimento que corrói a identidade do sistema psíquico:

O grande problema brasileiro, eu acho, é não sabermos o que diabos se deseja com essa violência. Sofri uma tentativa de assalto outro dia e, como não abri o vidro do carro, o garoto me apontou o dedo e disse “eu estou de olho em você”. **Ali, a questão não era só dinheiro. Tinha algo mais. Havia vilania, ressentimento e desespero.**⁵³⁶ (grifos nossos).

⁵³⁴ Trecho do documentário *Notícias de uma Guerra Particular*, também lembrado por OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito**: um estudo sobre a crise de legitimidade jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 81.

⁵³⁵ NOTÍCIAS DE UMA GUERRA PARTICULAR. Documentário. Direção: João Moreira Salles, Kátia Lund. Distribuição: Videofilmes. 56 min. Brasil, 1999, 01’.

⁵³⁶ SALLES, João Moreira. Imagens em conflito. In: MOURÃO, Maria Dora Genis; LABAKI, Amir. (Orgs.). **O cinema do real**. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 94.

Um dos efeitos da exclusão no sistema jurídico é justamente o aniquilamento da autoridade norma, ou seja, o esfacelamento da relação de metacomplementariedade provocado pelas ações desconfirmadoras; além da indiferença dos grupos excluídos aos códigos e programas jurídicos, há a prevalência da autotutela pela violência que gera a “crise de legitimidade” ou “crise de autoridade” do direito.

Deste modo, é natural que o direito não logre sua legitimação em contextos nos quais a exclusão consiste no código prevalente; “[...] em relação ao imenso contingente de excluídos para o qual tal subsistema aparece, via de regra, como mecanismo de repressão e restrição da liberdade, e não de garantia de direitos”, certo é que a relação metacomplementar não se estabiliza, dando ensejo a ações que buscam não apenas descumprir o conteúdo da mensagem normativa, mas desconsiderar seu emissor (sistema jurídico).

CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo, parece ser possível empreender um balanço de alguns dos resultados obtidos pela utilização da teoria luhmanniana para a análise da democracia, especialmente em relação ao caso brasileiro. O primeiro ponto a ser observado refere-se à escassez do consenso em uma sociedade hipercomplexa, o que faz com que a ideia de democracia se desvincule da concepção tradicional de uniformidade das decisões, para, a partir de então, ter como referencial o dissenso controlado por meio de procedimentos decisórios que permitam a aceitação generalizada de decisões sempre contingentes.

A par do consenso real, impossível de concretização em uma sociedade marcada pela contingência, prevalece, à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o consenso fictício, formado por procedimentos que permitam, ao final, a generalização congruente de expectativas. Deste modo, a democracia, ao invés de se embasar em uma cosmovisão do mundo – rompida com a modernização social –, encontra-se fincada no dissenso.

Portanto, rompendo-se com a visão tradicional, pode-se dizer que, pela teoria dos sistemas, democracia não é: (i) o domínio do povo sobre o povo ou superação do domínio; tão pouco será (ii) um princípio segundo o qual todas as decisões devem ser tomadas de modo participativo. Por isso, Luhmann propõe que se entenda a democracia como sendo “la decisión de la cima”, ou seja, “a divisão do sistema político mediante a distinção entre governo e oposição” (nossa tradução)⁵³⁷; nesta perspectiva, a oposição de ideias passa a ser a principal razão de ser do Estado Democrático.

Porém, ao mesmo tempo em que o dissenso é imprescindível para a existência da democracia, deve ser controlado por procedimentos que busquem a estabilizá-los em limites controlados; ao invés do consenso conteudístico, tem-se agora o consenso fictício procedimental. Assim, por meio dos procedimentos, os sistemas político e jurídico se autolegitimam, dispensando a existência de uma moral fundadora ou de concepções metafísicas amparem suas decisões.

⁵³⁷ Nesse sentido, *vide* LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007, p. 162. Texto original: “la escisión de la cima: la escisión de la cima del sistema político diferenciado mediante la distinción entre gobierno y oposición.”

Contudo, a legitimação pelo procedimento não se equipara a um ritual de passagem, tal como o efetivado em sociedades arcaicas, mas, sim, na “igualdade das probabilidades de se obter decisões satisfatórias.”⁵³⁸ É justamente a igualdade na participação das decisões que permite ao direito a concretização da “generalização congruente de expectativas” e à política a produção de decisões coletivamente vinculantes, na medida em que permite que suas decisões sejam caracterizadas como obrigatórias, devendo fundamentar o comportamento social.

A partir desta concepção, busca-se analisar o “caso brasileiro”, tomando-se como ponto de partida a constatação de que, no Brasil, o direito, muitas vezes, é aplicado de forma ineficaz, sendo certo que, em determinados pontos territoriais, as comunicações normativas são completamente ignoradas pelos indivíduos ao serem substituídas pela força física e a *vindita*.

Busca-se, com isso, identificar os motivos pelos quais, no caso brasileiro, o direito encontra dificuldades em manter sua diferenciação funcional, causando riscos à democracia. Parte-se da análise empreendida por Marcelo Neves, Orlando Villas Bôas Filho e Mara Regina de Oliveira, os quais, respeitadas suas diferenças teóricas, empreenderam esforços em explicar o caso brasileiro, acreditando-se ser possível uma inter-relação do posicionamento destes doutrinadores.

Com base na visão de Marcelo Neves, logrou-se compreender a existência de uma corrupção sistêmica endêmica causada por um padrão personalista de interação marcado pelo clientelismo; portanto, compreende-se que a existência dos chamados “sobreintegrados” compromete a incerteza dos procedimentos decisórios, retirando a igualdade de participação na tomada de decisões.

Por outro lado, a partir da visão de Orlando Villas Bôas Filho, compreende-se que os riscos apresentados à estabilização da democracia como conquista evolutiva brasileira vai além da corrupção sistêmica gerada pela alopoiese descrita por Marcelo Neves; foca-se, a partir desta concepção, a existência de uma classe de excluídos (subintegrados) para os quais a justiça material apresenta-se como substituta dos comandos das normas jurídicas, as quais não são tomadas como premissas para seus comportamentos. A partir da análise das origens sociais e históricas da tradição brasileira, Villas Bôas Filho,

⁵³⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 31.

rompendo com as concepções que encontram na formação da sociedade brasileira um óbice insuperável para sua modernização e sem negar a autonomia dos sistemas funcionais nesta sociedade, identifica a situação de subcidadania como fator excludente das prestações dos diversos sistemas funcionais, dentre eles o direito.

A partir do pensamento de Mara Regina de Oliveira, logrou-se observar como essa situação de sobreintegração e subintegração prejudica a generalização de expectativas pelo sistema jurídico, ameaçando sua própria diferenciação funcional, na medida em que oferece condições para as chamadas “ações desconformizadoras”, as quais vão além das simples rejeições das normas jurídicas, na medida em que buscam destruir a própria relação de autoridade, prejudicando a afirmação do poder estatal como última instância decisória; neste sentido, vê-se que o diagnóstico elaborado por Marcelo Neves e Orlando Villas Bôas Filho anuncia que, em estágios mais graves, o direito tem sua diferenciação funcional comprometida, fazendo ruir o Estado Democrático de Direito.

Ao final, agregou-se ao estudo teórico a observação de elementos culturais capazes de auxiliar de forma mais produtiva na explicação da modernidade periférica, na medida em que, ao mesmo tempo em que refutam o uso de paradigmas culturais de países centrais, buscam identificar o Brasil em sua forma mais autêntica. Para tanto, utilizou-se a análise de dois cineastas brasileiros que possuem como foco central de suas obras o diagnóstico e crítica da sociedade brasileira, a saber: Glauber Rocha e João Moreira Salles.

Ambos os cineastas, por meio de suas obras *Terra em Transe* (Glauber Rocha) e *Notícias de uma guerra particular* (João Moreira Salles), problematizam o tema da sobreintegração e subintegração no Brasil e as dificuldades que essa relação apresenta para a estabilização da democracia, ao permitir um tratamento desigual dos excluídos que veem no direito apenas comandos que impõem deveres, mas não direitos, de modo a preferirem a uso da vingança como elemento substitutivo das normas jurídicas. Assim, essa imensa classe de excluídos é reduzida à condição de *corpos*, pois não se identificam com o conceito de *pessoa* previsto nas comunicações jurídicas e políticas, vendo o Direito apenas como aparato repressivo e não como salvaguarda de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABRIL DESPEDAÇADO. Filme. Direção: Walter Salles. Produção: Arthur Cohn. Duração: 99 min. Produzido em coparceria por: Video Filmes, Haut et Court, Bac Films e Dan Valley Film AG. Brasil, 2001. Site oficial: <http://www.abrildespedacado.com.br/pt/entrada_pt.htm>. Acesso em: 07 nov. 2010.

AGEL, Henri. **Estética do cinema**. São Paulo: Pensamento, 1957.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juis, 2004.

_____. **La filosofía de derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá/Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1999.

AMORIM, Maria Stella. **Sociologia Política II**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1999.

ARAÚJO, Cícero; WAIZBORT, Leopoldo. Sistema e evolução na teoria de Luhmann (mais: Luhmann sobre o sistema mundial). **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. São Paulo, n. 47, p. 179-200, ago. 1999.

ARENDT, Hannah. **O que é política?** 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

ARNAUD André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.

BARBOSA, Samuel. **Direito como sistema**. Curso promovido pela SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público. 23 out. 2010. São Paulo: USP, 2010.

BERNARDET, Jean-Claude. **O que é cinema**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia política**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BLOG 2001 VÍDEO. 30 anos sem Glauber Rocha. 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://2001video.empresarial.ws/blog/?p=2482>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CABRERA, Júlio. **O cinema pensa: uma introdução à filosofia através dos filmes**. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

CAMPILONGO, Celso. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Representação Política**. São Paulo: Ática, 1988.

CASTRO ALVES, Antônio Frederico de. O povo ao poder. [Recife, 1864]. In: **Poesias Coligidas**. Belém: Unama, [s/d]. p. 3-5. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ua00072a.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2010.

CHARNEY, Leo. Num instante: o cinema e a filosofia da modernidade. In: _____; SCHWARTZ, Vanessa R. **O cinema e a invenção da vida moderna** (Orgs.). São Paulo: Cosac Naify Edições, 2001. p. 386-407.

CHAUÍ, Marilena Sousa. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

COHN, Gabriel. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 13, n. 38, p. 53-62, 1998.

CORSI, Giancarlo. **GLU**: Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. 1. ed. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

_____. **Análise Política Moderna**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

DAMATTA, Roberto. **A casa & a rua**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DAS WEIßE BAND. Direção e Roteiro: Michael Haneke. Distribuidora: Imovision. Duração: 144 min. Áustria, 2009.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUSO, Giuseppe (Org.). **O Poder**: história da filosofia política moderna. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

EPSTEIN, Jean. O cinema do diabo – Excerto. In: XAVIER, Ismail (Org.). **A aparência do cinema**: antologia. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 293-313.

ESPERANDIO, Mary Ruth Gomes. **Para entender pós-modernidade**. São Leopoldo: Sinodal, 2007.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

FRIED, Charles. The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know. **Texas Law Review**, v. 60, n. 35, p. 37-86, 1981.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003.

GIACOMINI, Bruna. A perspectiva funcionalista: poder e sistema político em Niklas Luhmann. In: GIUSEPPE, Duso (Org.). **O Poder**: história da filosofia política moderna. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

GIRARDI, Giovana; FANZERES, Andréia. In: Código Florestal ao arripio da ciência, **Revista UNESP Ciência**, out. 2010. Disponível em: <http://www.unesp.br/aci_ses/revista_unesp-ciencia/acervo/13/novo-codigo-florestal>. Acesso em: 02 out. 2010.

GONÇALVES, Guilherme Leite. El poscolonialismo y la teoría dos sistemas: notas para una agenda de investigación sobre el derecho en los países periféricos. **X Congreso Nacional de Sociología Jurídica**. Apresentação de Trabalho/Comunicação. Comisión 11: Justicia e Derecho frente a los conflictos globalizados. Córdoba, nov. 2009. Disponível em: <http://www.sasju.org.ar/xcon/Xarchivos/Xcongreso/Comision_11/goncalvesElpostcolonialismoylateoradesistemas.pdf>. Acesso em: 02 out. 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria política do direito**: uma introdução política do direito. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Blackwell, 1946.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

KAUFFMAN, Louis H. **Laws of Form** – An Exploration in Mathematics and Foundations. (livro em progresso). Chicago: UIC – University of Illinois at Chicago. Disponível em: <<http://www.math.uic.edu/~kauffman/Laws.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2010.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: _____. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 347-357.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito**: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009.

LOURIDO, Christian. **El Gaucho. Estigma Social y Ser Nacional**. Ensayo, out. 1999. Disponível em: <<http://www.myspace.com/christianlourido/blog/350385018>>. Acesso em: 02 out. 2010.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. **Complejidad y modernidad**: de la unidade a la diferencia. Madrid: Editorial Trotta, 1993.

_____. Die Form 'Person'. **Soziale Welt**, n. 42, p. 166-175, 1991.

_____. **El arte de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2005.

_____. **El Derecho de La Sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

_____. **La Sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Helder, 2006.

_____. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Observaciones de la modernidad**: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1997.

_____. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

_____. Politicians, Honesty and the Higher Amoralty of Politics. **Theory, Culture & Society**, v. 11, n. 2, p. 25-36, May 1994. Disponível em: <<http://tcs.sagepub.com/content/11/2/25.full.pdf+html>>. Acesso em: set. 2007.

_____. Quod Omnes Tangit: remark on Jürgen Habermas's Legal Theory. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Eds.). **Habermas on Law and Democracy: critical exchanges**. Berkeley: University of California Press, 1998.

_____. **Sistemas sociales**. Lineamentos para una teoría general. Coord. por Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. **Social Systems**. Stanford, California: Stanford University Press, 1995.

_____. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (Org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã/Portugal: UBI – Universidade da Beira Interior, 2005. p. 71-122. (Coleção Ta Pragmata).

_____. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007.

_____. The autopoiesis of social systems, **Autopoiesis Colloquium Paper, multigr.** Florence: IUE, n. 328, col. 81, p. 25-26, 1985.

_____. The paradox of form. In: BAECKER, Dirk. **Problems of form**. Stanford, California: Stanford University Press, 1999, p. 15-26.

_____. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD André-Jean e LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MADEIRA, Lúcia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Revista Eletrônica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**. Disponível em:
<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/2907/2197>>.
Acesso em: 01 set. 2010.

MARIAS, Julian. **Historia da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARTINS, Carlos Estevam. Vinte anos de Democracia? **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. São Paulo, n. 64, p. 13-37, jan./abr. 2005.

METZ, Christian. **A significação do cinema**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

MNN. **Reproduzir a realidade ou revolucioná-la?** Fernando Meirelles ataca Glauber Rocha e defende Tropa de Elite. 18 maio 2008. Disponível em:
<<http://www.transicao.org/noticia.php?id=723>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

_____. **O método 5; a humanidade da humanidade**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MORISSON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MÜNSTERBERG, Hugo. A emoção. In: XAVIER, Ismail (Org.). **A aparência do cinema**: antologia. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 47-54.

NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2004.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. From the autopoiesis to the allopoiesis of Law. **Journal of Law & Society**, v. 28, n. 2, p. 242-264, Jun. 2001.

_____. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 37, p. 93-106, 1996.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

NOTÍCIAS DE UMA GUERRA PARTICULAR. Documentário. Direção: João Moreira Salles, Kátia Lund. Distribuição: Videofilmes. 56 min. Brasil, 1999.

OLIVEIRA, Mara Regina de. **Cinema e Filosofia do Direito**: um estudo sobre a crise de legitimidade jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006.

_____. **O desafio à autoridade da lei**: a relação existente entre o poder, obediência e subversão. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006.

PELLEGRINO, Hélio. Trechos de texto escrito em 1967, quando lançamento do filme. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 30 ago. 1981. Disponível em: <<http://www.tempoglauber.com.br/glauber/Filmografia/terra.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

PLATÃO. **The Dialogues of Plato**. The Republic. v. III. 3rd ed., revised and corrected. Oxford University Press, 1892. 5 v. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php&title=166>. Acesso em: 02 out. 2010.

RAMOS, Fernão. **Cinema Marginal (1968-1973)**: a representação em seu limite. São Paulo: Brasiliense, 1987.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra seu tempo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

ROCHA, Glauber. **Ideário de Glauber Rocha**. Rio de Janeiro: Philobilion, 1986.

RODRIGUEZ, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. Prefácio. In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SALLES, João Moreira. Imagens em conflito. In: MOURÃO, Maria Dora Genis; LABAKI, Amir. (Orgs.). **O cinema do real**. São Paulo: Cosac Naify, 2005. p. 82-95.

SALLES, Walter. Notas. ABRIL DESPEDAÇADO. Filme. Direção: Walter Salles. Produção: Arthur Cohn. Duração: 99 min. Produzido em coparceria por: Video Filmes, Haut et Court, Bac Films e Dan Valley Film AG. Brasil, 2001. *Site oficial*: <http://www.abrildespeditado.com.br/pt/entrada_pt.htm>. Acesso em: 07 nov. 2010.

SAMIOS, Eva Machado Barbosa; NEVES, Clarissa Eckert Baeta (Orgs.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: UFRGS; Goethe Institut; ICBA, 1997.

SANTOS, José Manuel (Org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã/Portugal: UBI – Universidade da Beira Interior, 2005. (Coleção Ta Pragmata).

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet, Prince of Denmark**. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/dirs/etext98/2ws2610.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O povo e o poder: todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

TERRA EM TRANSE. Filme. Direção: Gláuber Rocha, roteiro: Gláuber Rocha, produção: Gláuber Rocha, fotografia: Luiz Carlos Barreto, edição: Eduardo Escorel, música: Sergio Ricardo. Companhias produtoras: Mapa Filmes e Difilm; Distribuição: Difilm. Longa-metragem, 35mm, preto e branco, 115 min. Rio de Janeiro, 8 maio 1967. *Site oficial*: <<http://www.tempoglauber.com.br/glauber/Filmografia/terra.htm>>.

TEUBNER, Gunther. **How the Law thinks: toward a constructive epistemology of Law**. San Domenico: European University Institute; Badia Fielosana, 1989.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

VENTURA, Tereza. **A Poética Polytica de Glauber Rocha**. Rio de Janeiro: Funarte, 2000. Disponível em: <<http://www.tempoglauber.com.br/glauber/Filmografia/terra.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Jean-Jacques Rousseau: a supremacia da vontade geral, a unidade do corpo moral e coletivo e a sobrecarga ética do cidadão. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 93-108, jan./jun. 2008. Disponível em:

<<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/viewFile/997/1061>>. Acesso em: 02 out. 2010.

_____. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

_____. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

XAVIER, Ismael. **Sertão Mar: Glauber Rocha e a Estética da Fome**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. (Org.). **O discurso cinematográfico, a opacidade, a transparência**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

_____. **O Cinema brasileiro moderno**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.