

A compreensão do Direito nas matrizes neopositivista e pragmático-sistêmica

Márcio de Souza Bernardes*

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, principalmente a partir da segunda metade do século XX, tem-se caracterizado pela crescente complexidade das relações intersubjetivas que, somada à crise que se abate sobre o Estado Nacional e que atinge a especialmente a soberania – tomada como o poder de criar e aplicar normas internas e [defender](#) sua autonomia no cenário internacional –, faz como que se torne cada vez mais urgente a (re)estruturação de alguns referenciais a partir dos quais possamos pensar o direito.

Ao longo da história o direito tem sido objeto de estudo de uma série de "escolas de pensamento" que definem e desenvolvem, a partir de determinado mirante epistemológico, teorias sobre o direito. De uma forma sintética, pode-se dizer que a análise do direito sob as lentes da ciência divide-se em *interna*, que examina o fenômeno do direito a partir de suas normas jurídicas – como a Teoria Geral do [Direito](#) –, e *externa*, preocupada em explicar o direito a partir da sociedade, ou do social⁽¹⁾.

A tendência de visualizar o direito como ciência começou a evidenciar-se no século XX, principalmente em seu primeiro quartel, tendo como impulso o pensamento de Hans Kelsen, em especial a partir de 1934, com a publicação da sua *Teoria Pura do Direito*, que significou um divisor de águas no pensamento jurídico e influenciou, sem sombra de dúvidas, a maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais.

O pensamento de Hans Kelsen, claramente marcado pelos estudos do chamado Círculo de Viena – grupo de filósofos fundador do positivismo lógico, neopositivismo ou da chamada filosofia analítica –, desenvolveu-se no objetivo de conferir à ciência jurídica objeto e métodos próprios permitindo ao jurista autonomia científica. Buscava-se, assim, uma pureza no estudo do direito, a partir da redução do objeto de estudo do cientista jurídico à norma, visando uma pureza axiológica. Em outras palavras, a partir de uma análise interna do direito.

Ao lado desta teoria, e muitas vezes no desiderato de combatê-la, surgiram outras que, a partir de outros mirantes epistemológicos, buscaram explicar o fenômeno jurídico de forma diversa da proposta por Kelsen, que via somente na norma o objeto de

estudo do jurista, excluindo toda e qualquer intervenção de valores de sua análise, sejam históricos, sociais, individuais.

Dentre essas outras teorias, e ao que nos parece em caminho diametralmente oposto senão pelo mesmo esforço de conferir cientificidade ao direito, tem-se a teoria sistêmica baseada no pensamento de Niklas Luhmann, que, ao contrário de exclusão de interferências de valores sociais, toma o direito a partir do social, debruçando-se, portanto, numa perspectiva interdisciplinar, onde se colocam conceitos totalmente estranhos à teoria jurídica baseada no neopositivismo kelseniano.

Neste sentido, o presente texto busca demonstrar as bases destas duas teorias sobre o direito – calcadas em correntes epistemológicas distintas: uma interna e outra externa – sob uma perspectiva panorâmica, contrapondo-as em seus aspectos fundamentais e buscando algumas aproximações possíveis, se possíveis. Para tanto, partimos de uma análise geral da Teoria Pura do Direito elaborada por Hans Kelsen como ideal científico do direito, onde debruçaremos maior atenção na pureza científica enraizada em Kant, colocando, posteriormente, o esforço da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann como corrente epistemológica de análise do direito, onde voltaremos nossa atenção para a teoria autopoietica.

Por fim, importante gizar que metodologicamente o presente texto é pautado na idéia de Leonel Severo Rocha ⁽²⁾ quanto às matrizes teórico-políticas do Direito, divididas em três principais, quais sejam, a Matriz Neopositivista, a Matriz Pragmática, e a Matriz Sistêmica. Nos debruçaremos, como já comunicado, na primeira e na última, das quais são representantes, respectivamente, Hans Kelsen e Niklas Luhmann.

2 A MATRIZ NEOPOSITIVISTA E A TEORIA HANS KELSEN

A obra de Hans Kelsen, mais especificamente o livro intitulado Teoria Pura do Direito, é considerada um divisor de águas no estudo do direito, principalmente pela preocupação em analisar o direito como ciência desde uma perspectiva interna, ou seja, a partir da norma jurídica, de forma a abstrair toda e qualquer interferência de valores. Com efeito, Kelsen busca a análise do direito fora do campo da sociologia, filosofia, política, etc., de forma considerá-lo como objeto em si, separado de outros ramos da ciência.

O ponto de partida de Kelsen para a realização de sua teoria remonta o pensamento inaugurado pelo chamado Círculo de Viena, formado, no início do século XX, por um grupo de filósofos cuja preocupação era a constituição de uma teoria da ciência como disciplina autônoma, fundadora do chamado positivismo lógico ou neopositivismo, corrente mais tarde conhecida sob o nome de filosofia analítica. ⁽³⁾

Seus principais integrantes foram, além de Schlick, Rudolf Carnap, Otto Neurth, Hans Hahn, etc.. O programa filosófico do Círculo de Viena foi ganhando cada vez mais em influência, sobretudo nos países anglo-saxões, onde suas investigações não se

limitaram ao campo da teoria da ciência, mas estenderam-se aos domínios da ética, da filosofia da linguagem e da filosofia da história. ⁽⁴⁾

De acordo com os neopositivistas, ou positivistas lógicos, o ideal de ciência poderia ser construído a partir de dois princípios básicos, quais sejam, o *princípio do empirismo* e o *princípio do logicismo*, motivo pelo qual esta corrente também era denominada Empirismo Lógico.

O primeiro princípio consubstanciava-se no entendimento de que um conceito só seria significativo se possuísse uma base empírica, formulada a partir da experiência sensível, enquanto o segundo – princípio do logicismo – fundava-se na idéia de que para *um enunciado ou sistema de enunciados possa valer como científico deve ser passível de exata formulação na linguagem lógica.* ⁽⁵⁾

Desses princípios decorre que toda a filosofia analítica preocupa-se na exigência de que os conceitos científicos possam ser reduzidos a conceitos observacionais. Neste sentido, Carvalho refere que

O cerne da questão era o seguinte: se a ciência empírica pretende informar sobre o mundo empírico, real, factual, é preciso que seus conceitos tenham um fundamento empírico. Parece que essa pretensão só poderia ser realizada caso fosse possível mostrar que os conceitos da ciência eram passíveis de serem reduzidos, ou seja, traduzidos em uma linguagem observacional. ⁽⁶⁾

Com os olhos fixos nestes referenciais, entende-se a transposição, realizada por Kelsen, do pensamento da Filosofia Analítica para o direito, principalmente no que se refere à preocupação com a fixação do objeto científico que, a toda evidência, mostra-se calcado na situação posta, factual, real, qual seja, a norma jurídica que, a partir de uma análise lógico-formal, formula as bases da teoria do direito. Parece ser neste sentido que Leonel Severo Rocha refere que Kelsen pode ser considerado neopositivista pelo fato de fundar a sua ciência do direito *em proposições normativas que descrevem sistematicamente o seu objeto.* ⁽⁷⁾

Assim, como marco fundamental da teoria kelseniana, influenciada em muito pela corrente neopositivista de Viena, está a determinação exata do objeto do conhecimento científico que, para o jurista é a norma posta.

Outro aspecto de relevante interesse para o entendimento do direito a partir do pensamento de Hans Kelsen, repousa na observação de que, em sua construção científica original, buscou elementos no pensamento de Immanuel Kant, principalmente na sua *Crítica da Razão Pura*, no desiderato de "purificar" o objeto de estudo da ciência do direito, que é a norma, afastando dela toda e qualquer influência de valores externos, de molde a tornar estranho, na sua concepção de ciência do direito, o conteúdo valorativo das normas.

A teoria do direito de Kelsen também possui influência do neo-kantismo, evidentes no seu ideal de *ciência pura*. Nos capítulos iniciais de sua obra mantém os

pressupostos kantianos, que se mesclam com os neopositivistas, pouco a pouco (cap. sobre *ciência do direito*). O ideal de pureza implica em separar o conhecimento jurídico, do direito natural, da metafísica, da moral, da ideologia e da política. Por isso Kelsen tem como uma de suas (sic) diretrizes epistemológicas basilares, o dualismo kantiano, entre ser e dever ser, que reproduz a oposição entre juízos de realidade e juízos de valor.⁽⁸⁾

A purificação desejada por Kelsen na construção de sua teoria, ademais, tem como aspecto fundamental a sua percepção de que a sociedade é complexa, existindo no convívio humano uma série de aspectos que, para a compreensão do direito como ciência, devem ser afastados. Pode-se dizer, de uma forma bastante perfunctória, que a idéia de Kelsen ao buscar a purificação de seu objeto de estudo, seria reduzir complexidades de fato percebidas na sociedade.

Neste sentido, a purificação da ciência do direito é realizada por Hans Kelsen a partir de cinco níveis, ou cinco purificações, quais sejam, a *purificação anti-causalística* ou *anti-naturalística*, que definiu a ciência do direito como sendo normativa como a teologia e a ética, afastando de sua análise o que chamou de ciências causais; a *purificação intranormativa*, onde separa, dentro das ciências normativas, o direito da ética e da teologia; a *purificação política e ideológica*, afastando da ciência do direito comprometermos de ordem moral, política ou ideológica, preocupando-se tão-somente com a normatividade; a *purificação anti-jusnaturalista* que defende que a preocupação da ciência do direito deve estar voltada ao direito positivo, posto, factual, e não a um pretensão direito natural; e, por fim, a *purificação monista* onde, para análise científica, não há separações entre as várias áreas do Direito (civil, penal comercial, etc.).

Conforme já referiu Fábio Ulhoa Coelho em monografia na qual se debruça sobre o pensamento kelseniano, *a pureza da ciência do direito, portanto, decorre da estrita definição de seu objeto (corte epistemológico) e de sua neutralidade (corte axiológico)*⁽⁹⁾. Estas questões metodológicas são imprescindíveis ao entendimento do pensamento de Hans Kelsen e de sua Teoria, principalmente no que se refere a separação entre teoria e práxis, afastando da análise do direito *a função social da lei*⁽¹⁰⁾.

2.1 Os sistemas estático e dinâmico do direito

Ingressando na teoria mesma de Kelsen, elegemos alguns pontos, ante a proposta temática do presente texto, que são importantes para pensar o direito a partir da matriz neopositivista e que mostram-se interessantes para o contraponto com a matriz teórica sistêmica. Dentre estes pontos eleitos, estão os sistemas estático e dinâmico.

Conforme o entendimento de Hans Kelsen, o conhecimento científico do direito poderia ser apreendido utilizando-se do rigorismo elementar na metodologia neopositivista, a partir de duas perspectivas através das quais as normas deveriam ser consideradas. Conforme o entendimento de Rocha, *a filosofia analítica do direito assenta-se em dois campos de atuação a serem agilizados respectivamente pela Teoria do Sistema Jurídico e pela Teoria das Regras Jurídicas*⁽¹¹⁾, que em Kelsen se manifestava através da Estática e da Dinâmica Jurídicas.

Em verdade, segundo se depreende da própria terminologia utilizada pelo autor alemão, embora fique a ressalva de que o vocábulo "sistemas" utilizado por Kelsen não se confunde com a matriz sistêmica adotada por Luhmann, a estática e a dinâmica são dois tipos diferentes de sistemas de normas:

Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo estático e um tipo dinâmico. As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada é considerada como devida (devendo ser) por força de seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. Assim, por exemplo, as normas: não devemos mentir, não devemos fraudar, devemos respeitar os compromissos tomados, não devemos prestar falsos testemunhos, podem ser deduzidas de uma norma que prescreve a veracidade. (...) o tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. Um exemplo aclarará este ponto. Um pai ordena ao filho que vá a escola. À pergunta do filho: por que devo eu ir à escola, a resposta pode ser: porque o pai assim o ordenou e o filho deve obedecer às ordens do pai. Se o filho continua a perguntar: por que deve eu obedecer às ordens do pai, a resposta pode ser: porque Deus ordenou a obediência aos pais e nós devemos obedecer à Deus.⁽¹²⁾

Verifica-se, assim, que o sistema estático de normas preconizado por Kelsen refere-se às normas jurídicas enquanto instrumento regulador da conduta humana. É a partir desta análise do tipo estático de normas que encontram-se os enunciados deônticos, o "dever ser", com mais evidência, posto que nele encontram-se os direitos subjetivos, o dever, personalidade jurídica, etc., destinado a reger o agir dos homens.

Por outro lado, o sistema dinâmico utilizado por Kelsen refere-se ao processo de aplicação e produção das normas, a partir do qual são analisadas as situações de unidade da ordem jurídica, o fundamento do direito, a validade das normas, etc.. Sobre esta perspectiva, assenta-se com maior visibilidade a idéia de norma hipotética fundamental e, em outras palavras, a idéia de que somente o **direito cria o direito. Ou seja, o direito seria resultado de um processo de "autoprodução"**⁽¹³⁾. Nas palavras do próprio Kelsen, *o direito regula sua própria criação*⁽¹⁴⁾.

Importante ainda salientar que estes sistemas de normas do pensamento kelseniano relacionam-se na medida em que a unidade lógica do ordenamento jurídico e a validade das normas mostram-se inseparáveis, tendo como via de comunicação a estrutura lógico-formal.

2.2 A norma hipotética fundamental

Com a preocupação de fundamentar o direito, mais especificamente com o objetivo de fundamentação de validade do direito, sob a perspectiva lógico-dedutiva e a

partir da idéia de purificação axiológica, afastando aspectos morais, políticos, históricos, ideológicos, Hans Kelsen formula a norma hipotética fundamental.

Conforme se depreende do sistema normativo dinâmico de Kelsen, a validade e a ordenação lógica do direito dá-se a partir de uma norma hierarquicamente superior, donde provém a idéia da pirâmide normativa que tem em seu topo a [Constituição](#) de um Estado. Em última análise, a proposta kelseniana assenta-se, no desiderato de afastar as idéias jusnaturalistas, em adotar como critério de validade sempre uma norma anterior e superior. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho,

Kelsen lança mão de uma norma que deve sustentar o fundamento de validade da ordem jurídica como um todo, mas que necessariamente não tenha sido editada por nenhum ato de autoridade. Uma norma não *posta*, mas *suposta*.⁽¹⁵⁾

Assim, a norma hipotética fundamental, ou norma fictícia, para dar o fechamento necessário à Teoria Pura do Direito, e não podendo ser oriunda de postulados metajurídicos ou transcendentais – posto que incidiria no erro jusnaturalista combatido por Kelsen –, surgiria de esforço racional, lógico-dedutivo, de molde a fundamentar a existência do direito positivo analisado.

Sob esta ótica, como anteriormente foi referido, não há como fugir da conclusão de que o fundamento do direito assenta-se no próprio direito, restando claro que direito para Kelsen, como objeto de estudo do cientista jurídico, reduz-se à norma, sendo analisado, ademais, a partir do afastamento de qualquer interferência externa.

3 A MATRIZ PRAGMÁTICO-SISTÊMICA E A TEORIA DE NIKLAS LUHMANN

Demonstrada em linhas gerais a concepção de direito a partir de uma análise interna, ou seja, considerado o direito a partir da norma jurídica, que com Hans Kelsen ganhou notoriedade e influenciou grande parte dos ordenamentos ocidentais, cumpre realizarmos um corte para, a partir de uma análise externa, visualizarmos o fenômeno jurídico, ainda que num mesmo esforço científico.

A visão ora proposta, até mesmo como contraponto à matriz neopositivista que resultou no normativismo kelseniano e extremou o positivismo jurídico, parte de uma análise sociológica do direito, considerando este como elemento social e, portanto, não excluindo de sua análise valores morais, políticos, históricos, etc. Nesta perspectiva, parte-se do entendimento da sociedade como sistema, o que provoca, para análise do direito, uma profunda mudança epistemológica.

Para tanto, partiremos do esforço empreendido por Niklas Luhmann para a construção de uma teoria geral da sociedade. A base dos estudos iniciais de Luhmann vem das pesquisas sobre sistemas que já vinham sendo desenvolvidas por Talcot Parsons e que

resultou na formulação da Teoria dos Sistemas. No entanto, Luhmann passou, principalmente a partir da década de 1960, a formar uma abordagem própria sobre os sistemas que resultou em uma análise sociológica do direito, excluindo-se, portanto, a visão puramente normativista. Podemos dizer, junto com Rocha, que Luhmann teve a influência de Parsons somente na primeira fase de seu pensamento, época em que, entre outras, surgiu a obra *Legitimação pelo Procedimento*, partindo, após, para uma visão original, voltando-se para análise do direito como sistema autopoietico⁽¹⁶⁾. Conforme salientado por Neves

Sua obra pode ser dividida em duas fases: a primeira, do início dos anos 60 até meados da década de 1980, é a fase em que formulou uma teoria de sistemas funcional-estrutural, tendo por base a diferenciação entre sistemas e ambiente. O sistema define-se por diferença ao ambiente, através de mecanismo de seleção de equivalentes funcionais que servem para a redução de complexidade.

A segunda fase teve por marco a sua principal obra: *sistema social, esboço de uma teoria geral*, publicada em 1984. Nesta obra Luhmann introduziu uma nova concepção de sistema social, tendo por referência a mudança de paradigma na teoria geral dos sistemas, produzida por dois biólogos chilenos: Humberto R. Maturana e Francisco Varela (1994a, 1994b e 1995). Essa mudança significou a substituição dos sistemas abertos, caracterizada pela diferença entre sistema e ambiente, pela teoria dos sistemas autopoieticos.⁽¹⁷⁾

Para a formulação de sua teoria dos sistemas, Luhmann parte da constatação de que a sociedade contemporânea é profundamente complexa, entendendo por complexidade a totalidade das possibilidades do mundo, sendo o objetivo da criação dos sistemas a redução desta complexidade. Conforme o próprio autor, complexidade significa *que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar*.⁽¹⁸⁾

Outro ponto sobre o qual se apoia o autor é o conceito de diferenciação funcional que entende como outra característica da sociedade contemporânea, ou seja, considerando a sociedade como sistema, dentro dele diferenciam-se cada vez mais os subsistemas, como o econômico, o político, científico, e o próprio direito que, por sua vez, diferenciam-se internamente, como é o caso do direito penal, civil, comercial, etc.

Assim, em um primeiro momento, complexidade e diferenciação funcional são dois conceitos que embasam a teoria sistêmica de Luhmann. Nesta perspectiva, o direito surgiria como sistema dinâmico, funcionalmente diferenciado, em evolução permanente no seio da sociedade, e que age como redutor dessa complexidade. Conforme Rocha,

A teoria sistêmica do direito comunicando a norma jurídica com o social e a práxis significativa fornece um importante passo para a construção de uma nova teoria do direito relacionada com as funções do Estado: aqui estamos claramente refletindo sobre o direito de um Estado interventor.⁽¹⁹⁾

Dessa forma, podemos entender a sociedade como meio no qual estão presentes os sistemas funcionalmente diferenciados, como direito, economia, política, que

não se confundem com o meio nem com os outros sistemas, mas com eles se comunicam, todos postos no objetivo de reduzir a complexidade do mundo.

Estes sistemas, nesta fase - e aqui repisa-se que nossa abordagem é bastante superficial dada a proposta panorâmica do presente texto -, são entendidos por Luhmann como fechados e abertos ao mesmo tempo, justificando o par binário sistema/meio (ou sistema/entorno), onde o sistema é fechado no sentido de que um sistema tem característica próprias que não se confundem com o meio, mas, ao mesmo tempo, mantém relação com este meio de onde obtém informações que são por ele assimiladas e que retornam ao meio.

Outro aspecto fundamental na teoria de Luhmann é o conceito de contingência que, junto com a complexidade, forma um dos pontos de partida para a análise dos sistemas, e que mostra-se mais relevante quando o autor passa a trabalhar com a sociologia do direito. Contingência, assim, pode ser considerada como sendo as possibilidades de um sistema. Em outras palavras, considerando que existem inúmeras possibilidades para as mais diversas formas de experiência, e que os fatos poderiam ser (ou terem sido) diferente do que ocorreram, temos que a contingência é a variação dessas possibilidades, ou, conforme o autor, *o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas* ⁽²⁰⁾, que leva a aceitar a idéia de constante frustração, o que o direito, em Luhmann, também busca minimizar.

Num segundo momento, principalmente na década de 1980, influenciado pelos estudos dos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela, Luhmann remodela sua teoria sistêmica, modificando alguns pontos de sua teoria e passa a trabalhar com os conceitos de autopoiesis, fechamento operacional e acoplamento estrutural, onde o próprio direito aparecerá como um sistema que se auto-referencia, embora tenha comunicação e interferência do meio através do que o autor chamará de irritações causadas por um sistema em outro sistema ou pelo meio no sistema.

3.1 Autopoiesis, fechamento operacional e acoplamento estrutural

Nesta segunda fase do pensamento de Niklas Luhmann, aparece o conceito de autopoiesis como substituição ao conceito de sistema aberto/fechado. Pode-se dizer que a idéia de autopoiesis para o autor assenta-se na idéia não só de auto-organização interna, mas na auto-produção das estruturas para os elementos do sistemas, servindo com o auto-referência. Nas Palavras de Luhmann

Um sistema é constituído por elementos autoproduzidos e por nada mais. Tudo o que opera no sistema como unidade – mesmo que seja um último elemento não mais passível de ser decomposto – é produzido no próprio sistema através da rede de tais elementos. O ambiente não pode contribuir para nenhuma operação de reprodução do sistema. O sistema, obviamente, também não pode operar no seu ambiente. ⁽²¹⁾

A modificação do pensamento de Luhman, portanto, revoluciona o conhecimento sobre sistemas a partir do momento que admite que nenhum sistema *vive graças ao fornecimento de vida por parte do ambiente* ⁽²²⁾, ou seja, as operações, como processamento de informações do sistema, são internas. Dessa idéia de que o ambiente não

contribui para este processo surge o conceito de fechamento operacional, ou seja, o ambiente não contribui para a reprodução do sistema, e vice versa, para clarificar que um sistema não pode operar fora de seus limites.

No entanto, em que pese estas não interferências diretas do meio no sistema e vice versa, e dos sistemas entre si, fica claro que eles possuem influências um no outro, através o que Luhmann chama de irritações, ou seja, alguns efeitos gerados no ambiente que, através do acoplamento estrutural, interferem no sistema. Estas interferências, no entanto, somente aparecem sobre a forma de informações que são captadas pelo sistema a partir do meio.

A ligação entre o meio e o sistema operacionalmente fechado, portanto, dá-se através do acoplamento estrutural, conceito também tomado da teoria de Humberto Maturana, que serve como fundamento para explicar a idéia de que o sistema somente existe em função do ambiente que, embora seja pré-requisito para a existência do sistema nele não interfere diretamente.

O conceito de acoplamento estrutural é tomado mais uma vez de Maturana com a tarefa de indicar como sistemas autopoieticos, operacionalmente fechados, podem existir num ambiente que, por um lado, é pré-requisito da autopoiesis do sistema e, de outro, não intervém nesta autopoiesis. O conceito de acoplamento estrutural designa assim uma *forma para interdependências regulares entre sistemas e relações ambientais, que não estão disponíveis operacionalmente, mas que precisam ser pressupostas.*⁽²³⁾

A partir destes principais conceitos utilizados por Luhmann na descrição dos sistemas sociais, desde a primeira fase de seu pensamento até a segunda fase da pesquisa sobre sistemas, pode-se extrair a concepção de direito a partir desse novo enfoque epistemológico.

3.2 A idéia de direito como sistema

Pode-se dizer que todo o ordenamento jurídico, independente da matriz teórica que o analisa encerra a idéia de sistema, no sentido de que em todos encontram-se presentes as idéias de ordenação e unidade. Claus Wilhelm Canaris já havia se manifestado a este respeito, da seguinte forma:

Há duas características que emergiram em todas as definições: a da ordenação e a da unidade; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uma quantos princípios fundamentais⁽²⁴⁾.

Conforme verifica-se da própria obra de Kelsen, o vocábulo *sistemas* aparece por diversas vezes, como no caso dos sistemas estático e dinâmico da norma jurídica, justamente pelo ordenamento jurídico ter como peculiar a ordenação e a unidade. No entanto, há de estar bastante claro que não se confunde a utilização da palavra sistemas com a teoria sistêmica.

Com efeito, consoante o entendimento de Niklas Luhmann, o conceito de sistema se mostra determinado com mais precisão e não necessariamente referindo-se ao ordenamento jurídico; parte-se, na teoria dos sistemas, de uma análise da sociedade e, partir desta, para a análise do direito com um "subsistema" imerso no sistema social, ou um sistema inserido no meio (entorno).

3.3 O direito como sistema autopoietico

Desta modificação profunda da teoria dos sistemas proposta por Luhmann, o direito, concebido como sistema inserido no sistema social, pode ser considerado como autopoietico. Esta construção dá-se a partir da definição de direito proposta pelo autor e assentada em três dimensões, quais sejam a temporal (que refere-se à normatividade), social (ligada à institucionalização) e a prática ou objetiva (onde trabalha-se com significações).

Na dimensão temporal, o direito surgiria com o desiderato de minimizar as frustrações das expectativas dos homens oriundas da contingência, no sentido de possibilitar expectativas de comportamento dos outros homens. Esta redução das frustrações e este "esperar" o comportamento alheio concretiza-se através da segunda dimensão, onde as expectativas passam a ser institucionalizadas, com base no consenso e na dimensão prática, onde efetivamente este consenso parte da aceitação de limitações recíprocas, compondo uma inter-relação. Nas palavras de Luhmann

O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. o alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas significando um eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contratáfica" ⁽²⁵⁾

Assim, o direito para Luhmann mostra-se sob a forma de uma estrutura (em especial considerando a normatividade inseparável do direito baseada no consenso) que, no entanto, pelos elementos antes referidos, é dinâmico no momento em que aceita as irritações do meio. Em outras palavras, sendo o direito um sistema autopoietico, aparece ele como normativamente fechado (operacionalmente), mas cognitivamente aberto, assimilando os fatores do meio (política, economia, cultura, etc.) de acordo com seus próprios critérios, ou seja, seleciona as informações que lhe são de interesse.

De uma forma bastante resumida, podemos afirmar que o sistema direito, assim como os demais sistemas, a partir de sua "constituição", tornam-se autônomos para sua organização, ou auto-organização, ou seja, seguir regras por ele mesmo produzidas. Neste sentido, o direito mostra-se autopoietico por que é a partir do direito que o direito se reproduz. Segundo o entendimento de Goyard-Fabre, *isso significa não só que há*

autonomização do direito (que não necessita nem de transcendência moral ou religiosa, nem de causalidade natural ou sociopolítica), mas que o direito baseia-se unicamente no princípio de auto-referência⁽²⁶⁾.

No entanto, todo o processo das três dimensões da definição do direito, juntamente com os conceitos anteriormente trabalhados por Luhmann, como da complexidade, contingência, diferenciação, fechamento operacional e acoplamento estrutural, demonstram que, em última análise, pela abertura cognitiva do direito, este mostra-se dinâmico e sensível às modificações sociais, servindo como redutor de complexidade e instrumento que firma a expectativa comportamental buscando reduzir, através da normatividade da institucionalização (calcadas no consenso) a frustração em face da contingência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma primeira análise dos pontos eleitos para o texto proposto, em especial a estática e a dinâmica jurídicas e a idéia de norma hipotética fundamental de Kelsen, e a concepção autopoietica do direito, poderia sugerir uma aproximação entre estas teorias, conforme enfatizou Goyard-Fabre ao informar que *seria evidentemente tentador aproximar as posições* de criação e aplicação do direito como sistema que se auto-regula e se reproduz.

No entanto, estes mesmos aspectos demonstram posição diametralmente opostas no sentido de concepção do direito, porque partem do que denominamos de mirantes epistemológicos totalmente contrários: para Kelsen, a análise do direito dá-se a partir da norma, ou seja, de um ponto de vista interno, sendo que para Luhmann, esta análise sobre o direito parte da análise social. As próprias matrizes teóricas do direito, assim, separam-se pela perspectiva e pela forma de busca da verdade, sendo que para a teoria kelseniana, a forma de abordagem é calcada na filosofia analítica baseada no Círculo de Viena, enquanto para Luhmann, esta busca passa a ser a partir de um ponto de vista interdisciplinar.

Conforme restou demonstrado, a tentativa de análise do direito enquanto ciência, levou Kelsen a compreendê-lo, a partir de sua estrutura normativa, portanto de um ponto de vista interno, afastando de sua análise todo e qualquer valor social, seja moral, político, cultural, etc., radicalizando o positivismo jurídico e entendendo o direito como criador do próprio direito a partir da idéia da norma hipotética fundamental.

Neste passo, os sistemas estático e dinâmico kelsenianos reproduzem toda a idéia de relação intersubjetiva – e não é calcada em consenso mas na idéia de coação do Estado – e estrutural no sentido de criação, ou produção normativa, tudo posto para a redução da complexidade também aceita por Kelsen e motivo da sua postura de purificação do estudo do direito.

Outra constatação advém do fato de que para a teoria kelseniana o Estado, naquela concepção oriunda do século XVI, tendo como principal característica a soberania, aparece como elemento chave na imposição da força coativa que detém, se justificando por esta, em última análise, sem prejuízo da idéia da norma hipotética fundamental, a aceitação do direito, da lei, da norma, por todos.

Por outro lado, o afastamento dos fatores "externos" ao direito, como moral, política, etc, pretendido pela purificação axiológica (ou as cinco purificações de Kelsen), posta como forma de garantir a sua autonomia enquanto ciência, mostra-se totalmente oposta a teoria oriunda da matriz pragmático-sistêmica.

Para Luhmann, todo o enfoque interno do direito deve, para sua análise, ser afastado, posto que não reflete sobre a realidade, sendo substituída pela análise interdisciplinar dos sistemas sociais que, embora diferenciados, comunicam-se e influenciam-se mutuamente, contrapondo-se, pois, à idéia de purificação proposta por Kelsen, rompendo profundamente com a idéia, ainda dominante, da dogmática.

Ademais, a própria perspectiva autopoietica leva em conta, com base na contingência e nos acoplamentos estruturais dos sistemas, a influência que o meio e os outros sistemas trazem para o direito, principalmente em suas dimensões, temporal, social e prática, onde se verifica a comunicação, na teoria sistêmica, entre a estrutura normativa e o *social e a práxis significativa*⁽²⁷⁾.

Dessa forma, embora o direito se auto-regule e se reproduza a partir de suas estruturas internas, tem ele esta comunicação com os fatores que, para Kelsen, retirariam a autonomia da ciência do direito, como os valores presentes na sociedade.

Estas duas matrizes teóricas sobre o direito, portanto, mostram-se, não só por estes aspectos, colocados aqui de forma panorâmica como anteriormente se disse – mesmo porque tratam-se de teorias bastante complexas e que demandariam um espaço muito maior do que o aqui disponível – mas por outros postos pelos autores com mais detalhes, diametralmente opostas, sendo que a visão do direito proposta por Niklas Luhmann, mormente pela análise conjuntural do direito e de outros sistemas, tem-se destacado como uma proposta séria apta a combater o normativismo kelseniano que, embora não mais corresponda às expectativas da sociedade contemporânea, ainda apresenta-se com vigor em muitos pensadores do direito e na maioria dos sistemas jurídicos do ocidente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Maria Cecília M. de. *Construindo o saber: metodologia científica, fundamentos e técnicas*. 3. ed. Campinas: Papyrus, 1991

- 2001 COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva,
- Martins Fontes, 2002
- 1994 GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- 1994 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983,
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980
- NEVES, Clarissa Eckert Baeta; et. alli. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe-institut/ICBA, 1997
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1998
-

Notas

¹ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 1998, p. 33

² ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2001

³ CARVALHO, Maria Cecília M. de. *Construindo o saber: metodologia científica, fundamentos e técnicas*. 3. ed. Campinas: Papyrus, 1991, p. 66

⁴ Idem. *Ibidem*.

⁵ Idem. *Ibidem*

⁶ Idem, *ibidem*, p. 69

⁷ ROCHA, Leonel Severo. *Op. Cit.*, p. 28

⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Op. Cit.* p. 92

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3

¹⁰ ROCHA, Leonel Severo. Op. cit. p. 54

¹¹ Rocha, Leonel Severo, Op. Cit. p. 28

¹² Hans Kelsen, apud Fábio Ulhoa Coelho, p. 4

¹³ Esta terminologia, à toda evidência, não é utilizada por Kelsen. Preferimos utilizá-la mesmo como recurso didático para a aproximação – ainda que hipotética – com a teoria autopoietica neste sentido estrito de auto criação do direito.

¹⁴ KELSEN apud GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos das ordem jurídica*, p. 223

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 12

¹⁶ ROCHA, Leonel Severo. Op. cit. p. 82

¹⁷ NEVES, Clarissa Eckert Baeta; et. alli. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe-institut/ICBA, 1997

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45

¹⁹ Iedem. Ibidem. p. 84

²⁰ LUHMANN, Niklas, Op. cit. p. 45-46

²¹ Niklas Luhmann apud Neves, Op. cit. p. 25

²² NEVES, Clarissa Eckert Beta, Op. cit. p. 25

²³ FEDOZZI, Luciano; et alli. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe-institut/ICBA, 1997, p. 27

²⁴ CANARIS, Claus–Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 12-13

²⁵ LUHMANN apud ROCHA, Op. cit., p. 97

²⁶ GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 222

²⁷ ROCHA, Leonel Severo, Op. cit. p. 97

* Advogado, Professor universitário, Mestrando em direitos sociais e políticas públicas na UNISC-Santa Maria/RS

Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5624> > Acesso dia 11/05/07