

EM BUSCA DE NOVAS FORMAS DE COMPREENSÃO DO FENÔMENO JURÍDICO: UMA INTRODUÇÃO À ABORDAGEM SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN

*Maria Lúcia Navarro Lins Brzezinski*¹

UERJ – UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO –RJ

RESUMO

O trabalho pretende instigar a busca por novos prismas para compreensão do direito, entre a profusão de novas teorias para explicar o fenômeno jurídico. Apresenta-se, primeiramente, a teoria dos sistemas como uma possibilidade de superação de paradigmas anteriores, mecanicistas e cartesianos. Especificamente, pretende-se relatar e explicar alguns conceitos básicos da concepção de Niklas Luhmann dos sistemas social e jurídico, ressaltando o caráter inovador da sua abordagem, apesar das críticas de que este seria um autor conservador pela sua aceção de sistema jurídico fechado ou autopoietico.

PALAVRAS – CHAVE: teoria do direito; teoria dos sistemas; Niklas Luhmann; autopoiesis.

¹ Doutoranda em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; Mestre em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Bacharel em Direito na Universidade Federal do Paraná - UFPR. Email para contato: marialuci@yahoo.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva apresentar a teoria dos sistemas e a possibilidade de analisar uma determinada realidade social, a do direito, sob esta ótica.

Trata-se de uma tentativa de lidar com a perplexidade causada pela multiplicidade de teorias, modelos, ideologias e autoridades que se dignam responder a pergunta “o que é direito?”, buscando uma essência imutável e distanciando o fenômeno do direito do seu entorno ou ambiente, a sociedade. Para a pergunta sobre o fundamento do direito é possível encontrar um número ainda maior de digressões: desde metafísicas, kantianas, lingüísticas, e até num sentido de bem comum vigente em uma determinada coletividade.

Aparentemente, cada teoria apresenta apenas uma visão parcial, fazendo-se necessária uma visão mais ampla e também mais engajada com a realidade social da qual o direito sempre fez parte. Há ainda a dificuldade no direito, como em outras ciências sociais, de elaboração de uma teoria considerando que o sujeito-observador é também objeto da observação; o mundo retirou-se para o inobservável, mas a teoria dos sistemas é capaz de reconhecer a si mesma dentro do inobservável². Dessa forma, faz frente ao desafio da diferenciação entre sujeito/objeto, pois abdica de fórmulas conclusivas sobre o “mundo no mundo”, de uma lógica de busca da verdade e de autoridades. “A sociedade moderna possibilita uma multiplicidade de descrições do

² Como resume Daniela Nicola: “Para Luhmann, como a produção de teoria (comunicação) é considerada produção de sociedade (comunicação), a teoria torna-se parte do objeto do qual se ocupa; por isso que Luhmann e De Giorgi afirmam que a *Teoria della Società* oferece uma descrição da sociedade na sociedade (LUHMANN e DE GIOGI, 1992:396). A pesquisa sobre o sistema da sociedade constitui também um sistema, estando sujeita a todas as observações feitas acerca de seu próprio objeto. Tal idéia da auto-implicação da teoria é assumida como ponto de partida, rompendo-se, então, com os esquemas epistemológicos tradicionais lineares (do racionalismo ao empirismo), substituindo-os por um modelo circular (auto-referente). Nesta perspectiva, pode-se abandonar o dualismo recorrente entre a valoratividade científica e comprometimento ideológico, na medida em que a própria relação sujeito/objeto é transformada”. NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997. p. 224.

mundo e de si mesma e, por isso, só pode descrever-se, ela própria, de uma forma que leve isso em consideração”³.

Tendo-se em mente que é preciso haver um encontro entre o concreto e o abstrato, busca-se uma teoria que analise (e sintetize) o fenômeno jurídico como parte de um sistema social, ao qual serve e pelo qual é moldado. Rejeitam-se os modelos explicativos viciados na abstração (e no pragmatismo) em busca de um arranjo teórico capaz de fazer sentido quando aplicado à realidade, inclusive à realidade brasileira – e não apesar dessa realidade – muito embora ela seja tão cheia de absurdos.

A primeira parte do trabalho faz uma introdução da importância da teoria dos sistemas, como superação do paradigma das ciências anterior. Na sequência, é abordada a noção de sistema social segundo Luhmann e o seu controvertido conceito de autopoiesis. Por fim, são comentados alguns elementos da concepção luhmanniana do direito, qual a sua função dentro do sistema social moderno, a forma e condições da sua reprodução.

³ LUHMANN, Niklas. Por que uma teoria dos sistemas? In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann**: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Goethe Institut, 1998. p. 37; Idem: 46.

2 BREVES NOÇÕES SOBRE A TEORIA DOS SISTEMAS

O enfoque sistêmico é uma nova *Weltanschauung* (visão do mundo), segundo a qual os problemas não podem ser entendidos isoladamente, pois são problemas interligados e interdependentes. Trata-se de um novo paradigma das ciências – no sentido de Thomas Kuhn - que ascendeu no século XX, superando o paradigma precedente, mecanicista e reducionista. Caracteriza-se, em resumo, pela superação do método de análise das partes, em prejuízo do todo, e do determinismo das relações de causa e efeito⁴.

O novo enfoque sistêmico representou uma profunda mudança no pensamento científico ocidental:

O grande impacto que adveio com a ciência do século XX foi a percepção de que os sistemas não podem ser entendidos pela análise. As propriedades das partes não são propriedades intrínsecas, mas só podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo. Desse modo, a relação entre as partes e o todo foi revertida. Na abordagem sistêmica, as propriedades das partes podem ser entendidas apenas a partir da organização do todo. Em consequência disso, o pensamento sistêmico concentra-se não em blocos de construção básicos, mas em princípios de organização básicos. O pensamento sistêmico é “contextual”, o que é o oposto do pensamento analítico. A análise significa isolar alguma coisa a fim de entendê-la; o pensamento sistêmico significa colocá-la no contexto de um todo mais amplo⁵.

Assim, a teoria estuda os sistemas não a partir de seus elementos básicos, mas a partir da sua organização interna, interrelações recíprocas, níveis hierárquicos, capacidade de variação e adaptação, autonomia e conservação de identidade. Há um privilégio do todo sobre as partes – já que o todo é diferente da soma das partes – das relações entre os seus elementos e também das relações do sistema com seu entorno:

⁴ CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 25-33; GRÜN, Ernesto. **Una vision sistêmica y cibernética del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 19---. p. 17-22.

⁵ CAPRA. *Op. cit.*, p. 41.

de fato, todo sistema pode ser visto como um subsistema dentro de um horizonte maior⁶.

O sistema pode ser definido como um “complexo de elementos ou componentes direta ou indiretamente relacionados numa rede causal, de sorte que cada componente se relaciona pelo menos com alguns outros, de modo mais ou menos estável, dentro de determinado período de tempo”⁷. Apresentam-se, assim, dois aspectos inseparáveis: o estrutural-estático (um conjunto estruturado de elementos) e o funcional-dinâmico (que cumpre funções)⁸.

No contexto da teoria dos sistemas, surgiu a cibernética (do grego *kybernetes*, que significa timoneiro) como uma ciência preocupada com os padrões de comunicação e controle, da qual se extrai a problemática da informação e da auto-regulação. A informação é tudo o que atinge um sistema e pede uma resposta, a capacidade de absorver informação e de responder a ela deu origem ao conceito de realimentação sistêmica, essencial para compreensão dos sistemas. Um laço de realimentação é um arranjo circular de elementos ligados por vínculos causais, no qual uma causa inicial se propaga ao redor das articulações do laço, de modo que cada elemento tenha um efeito sobre o seguinte, até que o último “realimenta” (*feeds back*) o efeito outro elemento do ciclo. A consequência disso é que a primeira entrada é afetada pelo egresso (“saída”), o que resulta na auto-regulação de todo o sistema, uma vez que o efeito inicial é modificado cada vez que viaja ao redor do ciclo. Em outras palavras, a realimentação ou retro alimentação é a capacidade de receber informação (*input*), assimilá-la e, a partir disso, dar uma resposta (*output*), que é reintroduzida como *input* e permite a persistência do sistema no tempo⁹.

Resume Pedro Demo:

⁶ DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 1981. p. 229-231; GRÜN. *Op. cit.*, p. 28-29; LUHMANN, *Op. cit.*, 1998, p. 38-40.

⁷ BUCKLEY *apud* DEMO. *Op. cit.*, p. 230.

⁸ GRÜN. *Op. cit.*, p. 29-31.

⁹ CAPRA. *Op. cit.*, p. 59; DEMO. *Op. cit.*, p. 231-233.

A cibernética levou à constatação de que o sistema é uma propriedade de toda organização, física ou humana. A definição de sistema não se atém mais apenas ao fenômeno da inter-relação das partes ou de sua organização interna, mas centra-se sobretudo no discernimento da propriedade de uma organização auto-sustentada. A retroalimentação do sistema é que o faz sistêmico, ou seja, que o torna um todo, lhe dá um contorno delineável, e explica sua razão de persistência¹⁰.

É relevante, ainda, mencionar a distinção entre sistemas fechados e abertos. Os sistemas fechados funcionam independentemente do seu entorno ou ambiente e, seguindo a 2ª lei da termodinâmica, tendem à entropia, à perda de todas as suas diferenciações. Para a pergunta sobre como é possível a ordem, a resposta foi o conceito de sistemas abertos, aqueles em contínua interação com o seu ambiente, desde que mantenham limites para a sua conservação. Um sistema fechado ou autopoietico pode receber perturbações do seu ambiente, que por sua vez contribuem para que o sistema tenha reações internas que garantam a função de homeostase, mas não são informações que programam o sistema. Em alguns desenvolvimentos teóricos, a forma de funcionamento interno de um sistema fechado é um *black box*. Os sistemas fechados são considerados, em geral, sistemas que legitimam a manutenção da ordem e da harmonia, em detrimento do conflito. No entanto, é a concepção do sistema jurídico como um sistema autopoietico – localizando a autopoiesis não na estrutura do sistema, mas no nível operacional - que admite conflitos e transformações que distingue a teoria de Niklas Luhmann das demais¹¹.

¹⁰ DEMO. *Op. cit.*, p. 232

¹¹ DEMO. *Op. cit.*, p. 238; GRÜN. *Op. cit.*, 32-34; LUHMANN. *Op. cit.*, 1998, p. 38-40; NICOLA. *Op. cit.*, p. 225.

3 A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Embora Kelsen tenha sido o primeiro jurista a utilizar a noção de sistema de normas, quem melhor aproveitou a teoria dos sistemas no âmbito do direito foi Niklas Luhmann, o sociólogo alemão que desenvolveu uma ambiciosa teoria da sociedade, multidisciplinar e com um arcabouço conceitual próprio, numa tentativa de explicar a alta complexidade da sociedade moderna.

A partir de descobertas da biologia, Luhmann desenvolve a idéia de que dentro do sistema social – que é a sociedade – o direito é um subsistema, diferenciado funcionalmente para reduzir complexidade por meio da generalização de expectativas normativas. No entanto, ao reduzir complexidade, o sistema cria uma nova realidade que paradoxalmente significa maior complexidade – é justamente este paradoxo que permite vislumbrar a aceitação do conflito na teoria luhmanniana, afastando-o de outros funcionalistas-sistêmicos. Além disso, outra característica importante da teoria de Luhmann é o fato de que concebe o sistema como algo auto-referencial ou autopoietico: somente ele produz e reproduz seus próprios elementos, sem pré-determinação do ambiente, embora seja aberto cognitivamente – conceitos que serão abordados na seqüência¹².

Inicialmente, é preciso esclarecer que, para Luhmann, os sistemas sociais são considerados unidades autopoieticas de comunicação, isto significa que têm como unidade elementar a comunicação e como estruturas, as expectativas. Os sistemas sociais constituem-se na medida em que se diferenciam do ambiente, dos sistemas da vida e psíquicos.

Com o aumento da complexidade¹³ ocorre uma evolução funcional. Este processo evolutivo - no sentido de transformação do elemento desviante em

¹² GRÜN. *Op. cit.*, p. 45-70; MATHIS, p. 2; NICOLA. *Op. cit.*, p. 221-225.

¹³ Explica Daniela Nicola (*Op. cit.*, p. 228): “Com o conceito de complexidade, a teoria quer indicar exatamente este ‘excesso de possibilidades’, a impossibilidade da conexão contemporânea de todos os
Rev. Disc. Jur. Campo Mourão, v. 4, n. 2, p.122-143, ago./dez. 2008. 128

estrutura do sistema - se perfaz quando se preenchem três condições: variação (uma comunicação desvia-se do modelo estrutural de reprodução social, o surgimento de elemento diferente dos até então existentes); seleção (a comunicação desviante pode ser rejeitada ou selecionada de forma a permitir a continuidade da reprodução desviante); e restabilização (o mecanismo que assegura a compatibilização da nova expectativa com o sistema, tornando-se parte de uma unidade de reprodução auto-referencial). Assim, a evolução do sistema resulta de transformações internas e não de relações com o ambiente e não representa um processo progressivo, voltado para atingir um determinado fim ou valor. Por isso pode-se afirmar que o modelo sistêmico não oferece nenhuma interpretação do futuro, a evolução é a mera transformação do improvável em provável.

A teoria identifica três tipos de sociedade, conforme a evolução do sistema social, sendo que na sociedade moderna, de alta complexidade, dinâmica e abertura para o futuro, a evolução conduz a uma diferenciação funcional, ou melhor, ao surgimento de sistemas parciais autônomos, cada um constituindo uma unidade de reprodução auto-referencialmente fechada e fazendo parte do ambiente dos outros sistemas sociais. A sociedade moderna caracteriza-se, portanto, pela sua alta complexidade (presença de mais possibilidades do que as que são suscetíveis de ser realizadas); pela supercontingência (a contingência significa que as possibilidades poderiam ser diferentes das apontados) e a diferenciação sistêmico-funcional, como, por exemplo, a emergência de um sistema jurídico autônomo¹⁴.

A diferença entre sistema e ambiente é fundamental para a teoria luhmanniana – e para a teoria dos sistemas, em geral - para o tratamento do desnível de complexidade entre sistema e entorno. Nas palavras do próprio autor:

elementos dos sistemas entre si. Para a continuação da auto-reprodução, que coloca a situação de uma escolha binária – ou o sistema se conserva, ou desaparece – é preciso condicionar, limitar as relações entre os elementos. Esta organização da complexidade se dá ao nível estrutural. As estruturas nada mais são do que a pré-seleção das possíveis relações entre os elementos admitidas pelo sistema em dado momento. Entretanto, graças à imanente possibilidade de negação, oferecida pela codificação lingüística, toda seleção é contingente, ou seja, poderia se dar em outra direção”.

¹⁴ NEVES, 2006, p. 2-18.

No sistema não há nenhuma representação do ambiente (assim como ele é). Há somente construções próprias do sistema. E o problema nem mesmo se coloca lá, onde o idealismo clássico o supunha, ou seja, não na questão de como é possível um conhecimento apesar de o sistema depender de seus próprios instrumentos de conhecimento e precisar sempre já pressupô-los quando quer conhecer o mundo exterior. O conhecimento é possível, não apesar de, mas porque o sistema não pode estabelecer nenhum contato com o ambiente. Justamente por essa razão o sistema é dependente, na sua relação com o ambiente, da forma de mero conhecimento. Tão logo operações do sistema exijam observações, isto é, diferenciações e designações, as operações de observação também participam das condições do fechamento operacional. Também elas são e permanecem como operações próprias do sistema. Mas a observação das próprias operações (inclusive das próprias operações de observação) exige marcar estas operações como próprias, em contraste com aquilo que no sistema é atribuído ao ambiente. Dito de outro modo: o sistema nunca chegaria a construir sua própria complexidade e seu próprio saber, se fosse confundido continuamente com o ambiente. Mas já a linguagem exclui essa possibilidade quase com certeza: quase nunca se cai na tentação de confundir a palavra 'maçã' com uma maçã. Em todo o caso, como ensina a própria controvérsia entre realismo e nominalismo, em situações de elevado nível de abstração existiu durante um certo tempo o perigo dessa confusão. Dependente de operações internas, o sistema precisa, por esta razão, poder diferenciar no âmbito interno (onde mais?) entre auto-referência e referência externa. Somente sob esta condição tornar-se-á capaz de operar de modo cognitivo¹⁵.

Portanto, a função ou a diferenciação funcional não se refere ao sistema, mas à sua relação com o ambiente: "tudo que ocorre pertence simultaneamente a um sistema (ou a vários sistemas) e ao ambiente de outros sistemas"¹⁶.

O problema é a compreensão da emergência de um sistema autônomo no interior de um sistema autônomo, que é a sociedade. Em outras palavras, sistema é fechado na produção e reprodução de seus próprios elementos, como é possível a diferenciação funcional, com a formação de um subsistema operacionalmente autônomo? Nesta questão reside a originalidade da concepção luhmanniana de autopoiesis: segundo Luhmann, fechamento não significa falta de ambiente, mas autonomia do sistema em relação ao ambiente. Só que os sistemas sociais e psíquicos

¹⁵ LUHMANN. *Op. cit.*, 1998, p. 44.

¹⁶ LUHMANN. *Op. cit.*, 1998, p. 40; NEVES, 2006, p. 59; NICOLA. *Op. cit.*, p. 226-227.

são constituintes de sentido (ao contrário do sistema orgânico ou neurofisiológico), isso significa que a auto-observação é um componente da reprodução:

Eles mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora) operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e ambiente. O seu fechamento operacional não é prejudicado com isso, considerando-se que sentido só se relaciona com sentido e só pode ser alterado através de sentido. Porém, a incorporação da diferença “sistema/ambiente” no interior dos sistemas baseados no sentido (a auto-observação como “momento operativo da autopoiese”) possibilita uma combinação de fechamento operacional com abertura para o ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiesis pode ser interrompida através da referência ao ambiente. Portanto, na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann, o ambiente não atua perante o sistema nem meramente como “condição infraestrutural de possibilidade da constituição dos elementos”, nem apenas como perturbação, ruído, *bruit*; constitui algo mais, o “fundamento do sistema”. Em relação ao sistema, atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando este, de acordo com seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma¹⁷.

A autopoiesis luhmanniana significa que o sistema é: auto-referencial (reprodução exclusiva dos elementos que constroem o sistema e são por ele constituídos); dotado de reflexividade (os processos sistêmicos são ao mesmo tempo referente e referido); e dotado de reflexão (a capacidade de autodescrição do sistema, elaborando sua identidade em oposição ao ambiente)¹⁸.

Em outras palavras, a autopoiesis significa que “o ambiente não pode contribuir para nenhuma operação de reprodução do sistema” e que “todas as operações do sistema são operações exclusivamente internas”¹⁹.

Com relação à sociedade como o grande sistema social, este é realmente um sistema fechado, já que suas unidades elementares, as comunicações, só estão presentes em seu interior – e não no mundo da vida ou psíquico. Porém quanto aos subsistemas sociais o seu caráter autopoietico não pode ser compreendido desta

¹⁷ NEVES, 2006, p. 62.

¹⁸ GRÜN. *Op. cit.*, p. 69-71; NEVES, 2006, p. 64-65.

¹⁹ LUHMANN. *Op. cit.*, 1998, p. 41.

forma, já que a comunicação é comum a todos eles e há, de qualquer forma, comunicação do subsistema sobre e com o seu ambiente (o sistema social). Assim, somente quando um subsistema adquire um código sistêmico próprio, binário, é que as unidades elementares desse subsistema são reproduzidas internamente e diferenciadas do ambiente. Além do código exclusivo, são necessários os programas – que dão conteúdo e valor ao código, possibilitando a escolha - e assim é permitido ao subsistema o fechamento operacional, ao mesmo tempo em que é cognitivamente aberto. Em suma, esta teoria dos sistemas nega a existência de um espaço privilegiado de observação a partir do qual seja possível refletir sobre a sociedade, pois a observação é sempre parcial. Há diferença entre sistema e ambiente nos subsistemas sociais porque cada um deles tem uma perspectiva própria do mundo e da sociedade²⁰.

Foi assim que o direito, diferenciando-se da política, passou a constituir um subsistema autônomo, autopoietico, na medida em que passa a controlar, exclusivamente, o código binário lícito e ilícito adquirindo assim seu fechamento operativo²¹.

²⁰ NEVES, 2006, p. 66-67; NICOLA. *Op. cit.*, p. 227-228.

²¹ NEVES, 2006, p. 80-81.

4 A SOCIOLOGIA DO DIREITO DE LUHMANN

Diferenciando-se da política, o direito tornou-se nas sociedades modernas um subsistema social autônomo, isto é, autopoiético, com a função de generalizar expectativas normativas.

A autopoiésis ou fechamento operacional do direito se refere ao fato de dispor exclusivamente do código binário lícito-ilícito, neste contexto, a condição para o fechamento operacional é que o sistema esteja aberto cognitivamente para o ambiente, tornando-se relevante a distinção entre expectativas normativas e cognitivas:

A capacidade de aprendizagem (dimensão cognitivamente aberta) do direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao ambiente complexo e “veloz”. O fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu ambiente, exige a “digitalização” interna de informações provenientes do ambiente. A diferenciação do direito na sociedade não é outra coisa senão o resultado da mediação dessas duas orientações. A alterabilidade do direito é, desse modo, fortificada, não impedida, como seria de afirmar-se com respeito a um fechamento indiferente ao ambiente; mas ela ocorre conforme os critérios internos e específicos de um sistema capaz de aprender e reciclar-se, sensível ao seu ambiente. Nessa perspectiva, o fechamento auto-referencial, a normatividade para o sistema jurídico, não constitui finalidade em si do sistema, antes é a condição da abertura²².

É precisamente o fechamento operacional do sistema jurídico o ponto mais polêmico da teoria luhmanniana: se a abertura cognitiva para o ambiente é a condição para se “desparadoxizar” o fechamento operacional, este impede a aplicação do código binário ao próprio código, a auto-referência neste sentido é excluída, sob pena de heteronomizar o sistema. É por esta razão que para Luhmann é irrelevante a problemática da fundamentação do direito e da teoria da justiça: o fato de que o direito cumpre a sua função afasta considerações acerca de moral e ética; a

²² NEVES, 2006, p. 82.

justiça, para Luhmann, é considerada somente como uma questão de adequação entre a complexidade e a consistência das decisões, é uma fórmula de contingência²³.

Segundo Luhmann, portanto, o direito serve a uma sociedade hipercomplexa na medida em que orienta a ação social, resolve conflitos de interesses, estabiliza a sociedade sem, no entanto, eliminar a pluralidade e complexidade. O sistema jurídico luhmanniano não tem grandes atribuições, ambiciosas, integrativas e normativistas, ele apenas serve para a generalização das expectativas normativas, orientando expectativas comportamentais. Não há uma “consistência do direito” que garanta a consistência das expectativas, há “apenas um filtro valioso que separa a massa das contradições imagináveis e torna o resto passível de decisões”²⁴.

Vale repetir, ao longo da evolução das sociedades, o direito sempre existiu, mas com diferentes graus de diferenciação estrutural – quanto mais complexa for a sociedade maior é a necessidade da generalização congruente de expectativas normativas. Com a crescente complexidade da sociedade, houve uma evolução no sentido de diferenciar o direito como “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”²⁵.

De qualquer forma, “o desenvolvimento do direito não deve ser compreendido como salto da sociedade pré-jurídica à sociedade do direito, mas sim como paulatina diferenciação e autonomização funcional do direito”²⁶.

As expectativas normativas devem ser imunes às frustrações fáticas (ao contrário das expectativas cognitivas, que diante da frustração, adaptam-se). Para prevalecerem diante de uma contradição fática, as expectativas normativas têm que ser generalizadas congruentemente, ou seja, têm que constituir um meio de abstração, abstrato o suficiente para reduzir complexidade sem eliminar

²³ NEVES, 2006, p. 83-85

²⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 97.

²⁵ LUHMANN. *Op. cit.*, 1983, p. 121.

²⁶ Idem, p. 122

complexidade. Assim, para realizar a função do sistema jurídico, é preciso que as expectativas normativas constituam meios de abstração ou identificação de sentidos, pelas quais diversas expectativas comportamentais vão se orientar e que vai servir de referência para outras expectativas divergentes. A generalização é a semântica do “dever ser” e deve ser observada nas três dimensões constitutivas de sentido: dimensão temporal, social e material²⁷.

Na dimensão temporal essa redução ocorre através da diferenciação entre expectativas normativas e cognitivas e da disponibilidade de um mecanismo de processamento de expectativas. Se as expectativas existem para reduzir a complexidade e a contingência, o seu desapontamento pode acumular complexidade ou comprometer a própria história da expectativa. É por isso que existem os processos de reconstituição de uma expectativa e os sistemas sociais são encarregados da criação de expectativas normativas que se antecipem ao desapontamento – para que as estruturas não se desestabilizem. Quando uma expectativa é desapontada, a norma prevê qual o possível comportamento frente ao desapontamento para a preservação da norma. Considerar o desapontamento como desvio já significa legitimar a norma, nesse caso ocorre o que se chama de “imputação de discrepância”, que deixa intacta a expectativa de modo a confirmar a norma, isolando o comportamento divergente (que vem a ser a discrepância). O isolamento da discrepância se dá através da explicação do desapontamento – uma descrição do incidente atribuindo-lhe conotação negativa e confirmando a norma. Cada explicação depende do sistema social e a sua função é de manter a expectativa frente ao desapontamento, expressando-o e levando à aplicação da sanção²⁸.

Na dimensão social ocorre a institucionalização apoiada num consenso ficto e na institucionalização do ato de institucionalizar. Nesta dimensão, Luhmann valoriza o papel do terceiro, como alguém cuja atenção foi atraída para um caso concreto. A

²⁷ NICOLA. *Op. cit.*, p. 234

²⁸ LUHMANN. *Op. cit.*, 1983, p. 66-76.

institucionalização é confiada aos terceiros anônimos, cujas supostas opiniões a sustentam – um presumido consenso generalizando um entendimento prévio. O processo de institucionalização se dá a partir da aceitação de uma definição da situação, desenvolvendo-a seguindo uma direção, encaminhando as pessoas aos seus respectivos papéis. Esta aceção pressupõe uma redução social – institucional através da distribuição de encargos e riscos comportamentais. O indivíduo que tenta desafiar a instituição deve reunir em si as atenções e apresentar os aspectos contraditórios da instituição com o risco de ser criticado e estigmatizado como rebelde. A dificuldade de exposição e argumentação contra uma instituição faz com que a maioria retenha-se à segurança do silêncio, o que por sua vez supõe o aceite das expectativas institucionalizadas, desta forma todos dão continuidade aos seus comportamentos. Por isso, são o anonimato e a indeterminação de terceiros as garantias da instituição. Portanto, é fundamento da instituição a suposição do consentimento de todos, determinando a sua própria vulnerabilidade e fictícia homogeneidade. É evidente que com a diferenciação das funções sociais nas sociedades complexas, diminui a quantidade de expectativas comuns a todos. Mas na institucionalização do direito destacam-se três grandes pontos evolutivos: o contrato (pelo qual o indivíduo se compromete), os grupos de referência (pelo qual se limitam os terceiros relevantes) e a institucionalização da função institucionalizante²⁹.

É na dimensão material que há cristalização do conteúdo do meio de abstração. Os quatro planos de abstração são: os pessoais, os papéis, os programas e os valores. No que se refere às pessoas, só se pode ter segurança nas expectativas conhecendo a fundo as características pessoais de determinado indivíduo. Como isso é impossível, o plano das pessoas implica pequena redução de expectativas e grande probabilidade de desapontamentos. A identificação de complexão de expectativas através dos papéis pressupõe uma maior abstração, maior previsão dos comportamentos institucionalizados e estabilização social, os desapontamentos são

²⁹ LUHMANN. *Op. cit.*, 1983, p. 77-93.

imputados aos indivíduos e as suas características pessoais. De grau de abstração maior, os programas compreendem as normas fixas, as regras de aplicação garantidas pela institucionalização. A norma exerce as funções de apoiar as decisões e as expectativas – uma mudança na regra não modifica as pessoas e os papéis. Como é um comportamento que legitima uma norma institucionalizada (e não um valor), para Luhmann os valores, apesar da sua alta abstração, não são hierarquicamente superiores aos programas e as relações entre eles não podem ser definidas como constante: os valores possuem uma função diferente da dos programas e não podem justificar qualquer ação. Os diferentes planos de sentido devem ser vistos como um todo a partir da sua interpretação, como participantes da formação de expectativas e comportamentos. Nas sociedades mais simples, os diversos planos estão entrelaçados de tal maneira que as expectativas normativas, por exemplo, estão atreladas às convicções morais, uma mudança em um plano ameaça os outros. Nas sociedades mais complexas a diferenciação entre os planos de sentido torna a estrutura quádrupla, uma evolução que aumenta a complexidade e a flexibilidade das expectativas. Por esta razão que o direito luhmanniano da sociedade moderna está mais ligado aos papéis e aos programas e não mais a uma pessoa ou um valor³⁰.

Em suma, a generalização congruente das expectativas tem por objetivo superar as discontinuidades peculiares de cada dimensão. O direito, como produtor de congruência seletiva, constitui o conjunto das expectativas comportamentais congruentemente generalizadas, ou seja, uma estrutura dos sistemas sociais. A coação do direito é vista com uma característica: a obrigatoriedade de selecionar expectativas.

Assim, o direito é um elemento essencial da evolução social, pois só através da congruência de expectativas é que se pode desenvolver generalizações específicas a cada dimensão. A sua função social é, portanto, a seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em cada dimensão,

³⁰ Idem, p. 93-109.

compatibilizando os mecanismos de generalização em cada dimensão. Na dimensão temporal, a generalização se dá através da preferência pela sanção como forma de processamento de desapontamentos, institucionalizando-a. Na dimensão material a seleção acontece por causa da separação, ao longo do desenvolvimento social, das pessoas, dos papéis, dos programas e valores como princípios de identificação de complexão de expectativas. Como a pessoa constitui um feixe de expectativas individuais não aplicáveis a todos e os valores são confusos, o direito situa-se nos papéis e programas – onde há mais complexidade e também maior possibilidade de congruência entre as expectativas³¹.

Luhmann se ocupa também do Estado Democrático de Direito (considerado uma conquista evolutiva), cujo formato exige que não somente o sistema jurídico seja autônomo – titular exclusivo dos seus próprios códigos e programas - como também o sistema político. O sistema político, a esfera de tomada de decisão coletivamente vinculante, também deve ser autopoiético, reproduzindo-se conforme o seu próprio código de referência (poder/não poder e governo/oposição), com a neutralização de códigos outros, provenientes da economia, da moral, da arte, da ciência, religião etc.

O sistema político funciona por meio de uma dupla circulação de poder entre público, políticos e administração, o que implica um processo de filtragem seletiva de complexidade (expectativas, valores e interesses): do público para organizações partidárias, dessas para governo, parlamento e burocracia administrativa e, a partir da tomada de decisão, do político para o público, realimentando a circulação de poder. Mas esse modelo de dupla circulação de poder só passa a ser viável quando é inserido no interior do sistema político o código binário lícito/ilícito como segundo código de poder, em outras palavras, o Estado democrático de direito só é possível com a subordinação do sistema político ao código do direito, provocando uma interdependência entre esses dois sistemas, com prestações recíprocas³². Vale citar:

³¹ Idem, p. 109-123.

³² NEVES, 2006, p. 79-90.

Para explicar as prestações que um sistema coloca à disposição do outro, Luhmann utiliza-se da noção parsoniana de *'double interchanges'*. Entre os sistemas existe uma dupla via de intercâmbio: sobre uma via, o sistema político oferece ao jurídico premissas decisórias na forma de direito positivamente estatuído (legislação), enquanto recebe a realização do poder político (o que a tradição, desde Weber, chama de legitimação) que passa pelo direito (princípio do *'rule of law'*); sobre a outra via, o direito fornece à política premissas para o emprego da força física, na forma de decisões coletivamente vinculantes, interrompendo o círculo do poder (vontade e força), enquanto que recebe a possibilidade de coerção de que necessita para sua imposição³³.

Por esta razão, a teoria luhmanniana caracteriza o Estado de Direito como o “espaço de entrecruzamento horizontal de dois meios de comunicação simbolicamente generalizados: o poder e o direito”³⁴.

Ainda, neste modelo de Estado, a Constituição é a responsável pelo acoplamento estrutural³⁵ entre os sistemas jurídico e político, o mecanismo que permite a abertura do sistema para o seu ambiente. Os direitos fundamentais, por sua vez, são a resposta do sistema jurídico, ao perigo da “indiferenciação” dos sistemas ou à sobreposição do político a todos os outros códigos de preferência³⁶.

Por conta da autonomia dos sistemas jurídico e político, Luhmann tem uma visão peculiar sobre o Estado de bem-estar social e sobre a sua suposta falência. Este modelo concretizou uma intromissão de programas finalísticos, prospectivos típicos da política, dentro do sistema jurídico, que é voltado para o passado e que tem programas condicionais. O direito não tem nem a abertura necessária, nem a legitimidade democrática, nem a reversibilidade de decisões para tanto e, pior, é onerado com a obrigatoriedade de decidir (*non liquet*), que nem existe no sistema político. Assim, a inserção de programas finalísticos no direito provocou uma

³³ NICOLA. *Op. cit.*, p. 237.

³⁴ NEVES, 2006, p. 91.

³⁵ Acoplamento estrutural é o que permite a dependência do sistema em relação ao seu ambiente de forma compatível com a autopoiesis e com o fechamento operacional. O ambiente não contribui para nenhuma operação do sistema, mas pode prejudicar, irritar ou perturbar as operações do sistema “quando (e somente quando) os efeitos do ambiente aparecem no sistema como informação e podem ser processados nele como tal (LUHMANN. *Op. cit.*, 1998, p. 41-42).

³⁶ NEVES, 2006, p. 95-106.

hiperinflação legislativa, uma sobrejuridificação que acaba por colocar em xeque a sua efetividade.

5 CONCLUSÃO

São muitas as críticas feitas ao pensamento luhmanniano: desde o alto nível de abstração, ao desprezo de Luhmann pelas teorias sociológicas clássicas que possibilitaram a criação de um arsenal de conceitos bem particular. Ainda que se concorde com esses questionamentos, não se pode negar a originalidade da sua teoria, tanto no que diz respeito ao arcabouço teórico interdisciplinar, como em relação à abordagem sistêmica do fenômeno jurídico.

A teoria dos sistemas corresponde a um novo paradigma das ciências, pelo qual se operam muitas superações em relação ao anterior: nega-se a existência de um objeto cartesiano, rejeita-se a relação determinista de causa e efeito - em prol de uma abordagem relacional - e sobrepondo-se ao eterno problema do conflito entre sujeito e objeto: simplesmente não há mais espaços privilegiados para observação do mundo, o cientista tem que descer do pedestal e abandonar a busca da verdade absoluta.

Falta ao direito integrar-se nesse novo paradigma, permitindo-se perscrutar muitas relações que antes ficavam subentendidas e eram naturalizadas, dando ensejo a todo tipo de (pré)conceito sobre o que é o direito, sobre o seu fundamento, sobre sua razão de ser. A teoria luhmanniana serve, portanto, para permitir fazer um novo tipo de análise de fenômenos jurídicos, possibilitando novas explicações da realidade - um pouco menos idealistas, talvez, mas com mais sentido no mundo de hoje.

6 REFERÊNCIAS

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 1996.

CAUBET, Christian Guy. **Sistemas e polarizações**: representações incertas e ideologia na teoria das RI's, In: Anais do 1º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais, 2007.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 1981.

DUARTE JUNIOR, João Francisco. **O que é realidade**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

ESTEVES, João Pissarra. **Niklas Luhmann**: uma apresentação. Website. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/esteves-pissarra-luhmann.html>>. Acesso em 4 ago. 2008.

GONÇALVES, Guilherme L. **Certeza e incerteza: pressupostos operativos del diritto contingente**. Tese de doutorado defendida na Universidade de Estudos de Lecce (Itália), Lecce, 2006.

GRÜN, Ernesto. **Una vision sistêmica y cibernética del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 19--.

LAFFORGUE, Martin. **Sociologia para principiantes**. Buenos Aires: Era Naciente, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. Por que uma teoria dos sistemas? In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann**: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Goethe Institut, 1998, p. 37-47.

PEREIRA, Otaviano. **O que é teoria**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, p. 219 – 242, 1997.

Enviado: 26/08/08
Aceito: 31/12/08
Publicado: 31/12/08