

A superação da matriz positivista: um novo direito a se pensar à luz da teoria sistêmica

Cristina Ternes¹
Fernanda Giardini Pogorelsky²
Filipe Diffini Santa Maria³

Resumo

¹ Mestranda em Direito – UNISINOS. Bolsista Santander/Unisinos. eristernes@hotmail.com

² Mestre em Direito – UNISINOS. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho PUCRS. fepogo@uol.com.br

³ Mestre em Direito – UCS. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho PUCRS. filipedsm@terra.com.br
Recebido: 24/10/2008
Aprovado: 17/12/2009

Considerando a insuficiência do modelo positivista para regular as novas relações intersubjetivas, o presente artigo pretende abordar os motivos de superação da teoria kelseniana, propondo, a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, uma nova matriz teórica, em que impera a comunicação e a complexidade, passível de permitir que o Direito opere numa realidade própria da sociedade contemporânea globalizada.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Teoria Sistêmica. Globalização.

The positivism matrix overcoming: thinking a new law by systemic theory's enlightenment

Abstract

Considering the positivist model incapacity to regulate the new intersubjective relations, the present article intends to approach the Kelsen's theory overcoming reasons, suggesting, by Niklas Luhmann's systemic theory, a new theoretical matrix, in which communication and complexity reign, susceptible to allow Law to operate in a contemporary globalized society's reality.

Key-words: Judicial Positivism. Systemic Theory. Globalization.

Introdução

Em pleno fenômeno da globalização, o Estado perde seu papel tradicional diante da crise que assola a soberania. A edição e a aplicação de normas assumem um grau supranacional. O Direito perde seu referencial teórico do início do século XX e a complexidade das relações sociais inviabiliza a regulação estatal.

O surgimento de novas relações intersubjetivas, incompatíveis com os ideais normativistas até então difundidos, repercute na ausência de parâmetros legais reguladores. Na tentativa de desvendar as razões epistemológicas que culminaram na crise do Direito atual, este artigo busca analisar a insuficiência da teoria positivista de Hans Kelsen, paradigma principal da maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, e encontrar um caminho para possível superação da atual dilema legislativo-regulatório.

Partindo da perspectiva de que o Direito nasce para regular as relações na sociedade, a qual, por sua vez, é fonte geradora de novas situações a serem objeto de regulação, o objetivo do presente trabalho é dar um novo foco acerca da maneira de pensar o Direito. Embasando-se na teoria dos sistemas sociais, proposta por Niklas Luhmann, pretende-se desvendar um novo parâmetro de racionalidade que perceba não só a fragmentação das fontes normativas, mas também o fenômeno social a partir da comunicação. A sociedade globalizada requer novas diretrizes para compreensão das atuais manifestações jurídicas. Aos juristas compete redefini-las.

O positivismo jurídico de Hans Kelsen

Em 1934, Hans Kelsen publica a sua *Teoria Pura do Direito*, com a pretensão de construir uma ciência exhaustiva e protegida de qualquer intervenção externa, apta a solucionar todos os problemas a ela submetidos. A teoria positivista, como ficou conhecida, sustenta a noção da Ciência do Direito como uma ciência pura, limitada unicamente ao universo normativo, diga-se, ao Direito positivo. Em linhas gerais, Kelsen funda a

idéia de norma hipotética fundamental, propondo que o juiz, ou o operador do direito, limite sua preocupação apenas à lei, mecanismo, por excelência, obliterador de conflitos. Por isso. “na teoria pura uma coisa é o direito, outra distinta é a Ciência do Direito. O direito é a linguagem objeto, a Ciência do Direito a metalinguagem: dois planos lingüísticos diferentes” (ROCHA, SCHWARTZ, CLAM, 2005.).

O cerne da compreensão teórica kelseniana, nas lições de Karl Larenz, é excluir do Direito considerações extrajurídicas de cunho político, sociológico, histórico e individual (1989), atingindo completa pureza axiológica. Segundo Kelsen,

(...) quando a simples própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. (1974, p. 17)

Por isso, muito bem registra Luis Alberto Warat, a teoria de Kelse:

(...) elimina de su senso toda noción metajurídica, y no sólo la valoración jurídica (la axiología), sino también la facticidad (los hechos), quedando tan sólo con la norma y su enfoque técnico-jurídico, que se reduce a la demostración lógica de la validez de las normas jurídicas. El contenido del derecho se identifica con la norma. La realidad jurídica deviene norma, categoría del conocimiento, desvinculada de la dinámica existencial y de su intento de valoración y justificación. (1980, p. 26).

Nessa perspectiva, o objeto da Ciência do Direito são as normas (COELHO, 1996) (as normas postas), cuja existência específica se dá pela validade. Assim, uma norma terá validade quando dever ser cumprida; terá, entretanto, eficácia, quando for efetivamente cumprida. Por isso, para teoria, a norma legal possui validade antes de ser efetiva, e é a partir da condição de norma válida que surge a oposição entre o *ser* e o *dever-ser*, próprio do dualismo kantiano, reproduzindo a oposição entre os juízos de realidade e os juízos de valor (ROCHA, 2005).

O “dever-ser” traz à tona a idéia de ser-prescrito, e não a do ser-competente ou a do ser-permitido. O “dever-ser” jurídico apresenta a ligação entre o pressuposto e a consequência (por exemplo, a ligação entre o ilícito e a consequência desse ilícito). Nessa esfera, quando se diz que

uma determinada norma, que prescreve determinada conduta, está em vigor ou tem vigência, não quer dizer que essa conduta seja efetivamente realizada, mas que deve realizar-se, de modo que o *dever-ser* possui um caráter descritivo, e não autoritário (KELSEN, 1974).

No tocante, ainda, ao “dever-ser”, faz-se uma breve menção aos princípios da causalidade e da imputação. O princípio da causalidade demonstra que a ligação entre o pressuposto e a conseqüência da lei natural (o pressuposto, como causa, e a conseqüência, como efeito), não é a mesma ligação do pressuposto e da conseqüência estabelecidos pela norma jurídica. Por sua vez, o princípio da imputação determina uma relação normativa, representada pela palavra *dever-ser* (KELSEN, 1974).

Ademais, para que a lei seja válida é necessário que tenha sido tanto elaborada quanto promulgada, de acordo com normas superiores a ela, que determinam as condições de funcionamento do Direito (KELSEN, 1974). Não obstante, tais condições, geralmente e tratando-se dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, são disciplinadas por uma constituição que fornece a lei fundamental do sistema jurídico. Logo, se a lei for válida, será o juiz quem pronunciará a sanção, tendo em vista sua competência para aplicar as regras de direito nas situações trazidas pela lei.

No âmbito da competência, é importante mencionar que o legislador e o juiz possuem autoridade – tanto para criar novas leis no quadro da lei constitucional, como para concretizar ou individualizar uma norma geral – com variação de graus. Ocorre que o legislador, ao criar o direito, não tem o dever de interpretar a constituição, assim como o juiz, no momento de aplicar a lei, não precisa dizer qual seu sentido correto; deve apenas decidir, ou seja, dar a sentença (KELSEN, 1974). No tocante à autoridade, esclarece Kelsen:

o fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas (1974, p. 267)

Nesse mesmo contexto, pode-se mencionar a Escola da Exegese,

que defende a possibilidade de existir um legislador que tudo prevê, sob o argumento de que os textos legais são infalíveis, e o juiz, “inserido” nesse positivismo jurídico, está obrigado a julgar e argumentar como se o sistema jurídico estivesse livre de qualquer lacuna. Nas palavras de Miguel Reale, “efetivamente, ele realiza a interpretação, aplicação e integração das normas, obedecendo a princípios lógicos, para que elas possam satisfazer às exigências sociais sem que haja contradições internas no sistema” (2000).

A teoria positivista sustenta, também, que a aplicação do direito, por um órgão jurídico, resulta da combinação entre a interpretação (obtida pelo conhecimento) e o ato de vontade do órgão, que faz uma escolha entre todas as possibilidades trazidas por essa interpretação (KELSEN, 1974). Portanto, percebe-se que tanto o legislador, quanto o juiz possuem uma liberdade relativa, sendo que seus poderes encontram limites, efetivamente, na obrigação de fundamentar suas decisões. Disso decorre a observação de que a teoria pura do Direito está relacionada às normas e aos fatos, tratando-se, como declina Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, “de percepção teórica radicalmente realista do Direito, da mais elaborada teoria do positivismo jurídico” (2008).

Voltando ao marco fundamental da teoria kelseniana, tem-se que a purificação da Ciência do Direito ocorre em cinco níveis: 1º) a purificação **anti-causalística** (anti-naturalística), que define a Ciência do Direito como sendo normativa e que afasta de sua análise as chamadas ciências causais; 2º) a purificação **intranormativa**, que separa o direito da ética e da teologia; 3º) a purificação política e ideológica, que priva da ciência do direito intervenções de ordem moral, política e ideológica, dando importância apenas para a normatividade; 4º) a purificação **anti-jusnaturalista**, que sustenta que a Ciência do Direito deve estar direcionada ao direito positivo; 5º) a purificação **monista**, que defende que as áreas da Ciência do Direito - o direito civil penal, comercial, tributário, trabalhista, etc – não são separadas (BERNARDES, 2008). O objetivo de Kelsen, ao idealizar a pureza do Direito, era reduzir as complexidades encontradas na sociedade, afastando da Ciência do Direito a função social da lei (ROCHA, 2005).

Nesse contexto, a teoria kelseniana resta por definir dois tipos de sistemas de normas, o estático e dinâmico. Enquanto o sistema dinâmico está

relacionado a uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento, que encontram seu fundamento na norma fundamental, ou seja, na norma hipotética fundamental; o sistema estático está vinculado ao “dever ser”, ou seja, às normas jurídicas como instrumento regulador da conduta humana, que controla o agir dos homens (COELHO, 1996).

A norma hipotética fundamental é formulada a partir da idéia de purificação axiológica, buscando afastar da Ciência do Direito toda e qualquer influência externa e, com o escopo de fundamentar o direito por meio da validade, sob o referencial lógico-dedutivo. Sucintamente, é a norma hipotética fundamental que dá origem à validade e à ordenação lógica do Direito, isto é, a validade e a ordenação lógica do Direito são necessariamente oriundas de uma norma hierarquicamente superior: a norma hipotética fundamental. Por isso, para Kelsen, ela

tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja a competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental. (1974, p. 269)

Todas as normas, criadas a partir do mesmo fundamento de validade – a norma hipotética fundamental –, resultam em um sistema de normas, ou melhor, em uma ordem normativa. O Direito se auto-produz, uma vez que ele mesmo regula sua criação e reprodução. Assim,

as regras jurídicas, nesse sentido, são dogmas, porquanto não podem ser contestadas na sua existência, se formalmente válidas. Pode haver discussões quanto ao seu alcance e eficácia, mas ninguém poderá excusar-se alegando ignorar o texto da lei ou por ser contrário aos seus objetivos. (REALE, 2000, p. 327)

A metáfora da pirâmide normativa nasce justamente da idéia de norma hierarquicamente superior. Sendo a Constituição a norma fundante de um Estado de Direito, está localizada no ápice, no lugar mais alto da pirâmide. Formulada de forma racional e lógico-dedutiva,

a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico.

para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do Direito positivo. (KELSEN, 1974, p. 275)

Enfim, a percepção proposta pela teoria kelseniana está umbilicalmente ligada à questão do poder e à figura do Estado forte, como legitimado único à produção normativa. Porém, hoje, o Direito não se limita mais às normas, torna-se plural; assume contatos com outras realidades, e o poder perpassa por micro-relações sociais, de modo que a normatividade estatal já não é o mais importante (ROCHA, 2008). Impera o nascimento de um novo racionalismo jurídico.

A teoria sistêmica de Niklas Luhmann

Tomando como ponto de partida a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, procurar-se-á encontrar uma nova forma de racionalidade do Direito do século XXI. Esse é o objetivo central da teoria sistêmica que, analisando pontos como a complexidade, dupla contingência, sistemas sociais, comunicação, percebe a fragmentação social, que acarreta a pluralidade de fontes de normatividade, e gera a concepção de sociedade como autopoiese (ROCHA, 2008).

Niklas Luhmann entende que falar de sociedade é falar de sistema, por isso, antes de adentrar na existência da sociedade, deve-se analisar como é possível a chamada ordem social. Estruturada sob dois pilares de sustentação – complexidade e dupla contingência –, a ordem social encontra na complexidade o conjunto de todos os eventos possíveis, isto é, um campo ilimitado de possibilidades, que é identificado como caos (AMADO, 2004); e na dupla contingência, o deslocamento do mundo das possibilidades para a situação originária de contato de dois indivíduos. Na medida em que uma das possibilidades introduz a ordem, é possível a autoafirmação (mundo real, nas palavras de Luhmann) e, por consequência, a redução da complexidade, permitindo o começo da sociedade.

Assim, a complexidade implica numa constante evolutiva absoluta (LUHMANN, 2001), de modo que, para o sistema, essa “constante evolutiva” implica na evolução do meio como fonte de problemas constantes. Por outro lado, esta mesma evolução é independente das operações que o sistema

empreende para resolver os conflitos.

No contato entre dois indivíduos numa complexidade não-reduzida (o que Luhmann denominou de “situação originária”), nasce o problema da dupla contingência. Aqui, ainda não foi introduzida uma ordem, pelo que não se tem ainda sociedade. Na verdade, se está diante do inesperado, e não se sabe ao certo o que o choque entre esses indivíduos pode acarretar. Afinal, ainda não há comunicação (AMADO, 2004).

Por isso, a dupla contingência só termina quando uma das duas pessoas toma uma atitude, elegendo uma das possibilidades. Nesse momento, cabe a outra aceitar ou não a possibilidade escolhida. A partir de então, surge a comunicação, que nada mais é do que o compartilhamento de expectativas, estando-se diante do caráter fundador do social. Enfim, nas palavras de Luhmann, “a operabilidade desses sistemas sociais nasce da fatalidade do acaso” (AMADO, 2004).

Mas do que se compõe a sociedade? Partindo da perspectiva luhmanniana de que falar de sociedade é falar de sistema, a sociedade, enquanto sistema, é composta por comunicações e de todas as comunicações (LUHMANN, 2001). Logo, sem comunicação não existe sociedade, nem relações humanas, uma vez que as seleções em comum, redutoras da complexidade e da dupla contingência, não seriam constituídas.

Observa-se, assim, que o sistema social, enquanto operado e composto somente de comunicação, é, inicialmente, um sistema fechado. E, na concepção de que só se produz comunicação a partir da comunicação, que surge a chamada *autopoiese*⁴. Nesse contexto, vale clarificar que é a sociedade que se comunica, e não as consciências individuais, pois, acaso a comunicação se esgotasse nas consciências individuais, não haveria sociedade; sem dúvida haveria vida, mas jamais haveria sociedade. A comunicação é a possibilitadora da sociedade, ou seja, ela permite que

⁴ Sistemas autopoieticos são sistemas operacionalmente fechados, mas funcionalmente diferenciados. Luhmann inspirou-se na teoria de dois biólogos chilenos – Humberto Maturana e Francisco Varela – que denominaram de *autopoiesis* a abordagem da auto-organização dos processos celulares, ou seja, no sentido de auto-produção dos componentes do sistema. Transpondo este entendimento para a teoria dos sistemas, ter-se-á que cada sistema se auto-produz, sendo capaz de determinar seus elementos numa idéia de unidade e ordenação, mantendo sua identidade em relação ao meio, ou seja, do entorno. *Autopoiesis*, do grego, auto (mesmo) e poein (produzir). Para maiores esclarecimentos ver: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabricio Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a teoria dos sistemas sociais. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 15, jan/jun 2006, p. 182-207.

a sociedade exista. A sociedade não se compõe de pessoas, mas sim de comunicações entre essas pessoas.

A disseminação da informação dentro de um sistema é permitida pela comunicação, ou seja, vale-se da informação para levar à informação, do que resulta sua mudança. Logo, afirma Luhmann, “a comunicação é a criação de realidade emergente, nomeadamente da sociedade, que, por seu lado, assenta na reprodução contínua da comunicação pela comunicação” (LUHMANN, 2001).

Entretanto, a multiplicidade de comunicações e de comportamentos possíveis resulta numa complexidade paralisante. Como consequência, a sociedade não pode crescer sem que se reduza essa complexidade. A proposta de Luhmann, para esse problema, seria a geração, através da sociedade, de novos sistemas sociais, denominados de subsistemas, sem que deixem de ser sistemas autênticos e autônomos. Portanto, cada subsistema terá a função de reduzir a complexidade num determinado âmbito da sociedade (especialização funcional). Dessa forma, desaparece a necessidade de que todos se ocupem do todo para tudo. Somente dessa maneira, a sociedade poderá evoluir (AMADO, 2004).

Importante mencionar que esses subsistemas fazem parte do sistema social, pois todos são, enquanto parte da sociedade, sistemas comunicativos, sendo que a comunicação entre eles não se esgota no interior de cada um deles. Em realidade, cada sistema parcial desenvolve “uma alta sensibilidade para determinadas questões temáticas, ao mesmo tempo em que manterá também uma alta indiferença frente às demais questões” (AMADO, 2004).

A delimitação, por sua vez, se dá no momento em que cada sistema, através da sua função, delimita um setor particular de complexidade e passa a reduzi-la. Na verdade, o sistema opera através de uma forma de seleção continuada, que permite discernir qual entre as comunicações existentes está dentro e qual está fora do sistema. Portanto, os sistemas não existem sem que antes existam limites, que são constituídos pelo sentido. Por sentido, entende-se a estratégia de seleção de elementos ou possibilidades, cuja função é reduzir a complexidade (AMADO, 2004).

O sistema é um elemento cuja existência repousa na sua qualidade de redutor da complexidade do ambiente. Logo, o mundo de possibilidades é muito mais complexo do que o próprio sistema:

la diferencia entre entorno y sistema estabiliza el gradiente de complejidad. Por eso la relación entre entorno y sistema es necesariamente asimétrica. El gradiente corre en una sola dirección irreversible. Cada sistema tiene que afirmarse frente a la complejidad avasaladora de su entorno y cada éxito, cada logro estable, cada reproducción vuelve más complejo el entorno de todos los demás sistemas. (LUHMANN, 1998, p. 177)

Mas como os sistemas são produzidos? Os sistemas sociais reproduzem-se na sociedade com a função de redução da complexidade, e, uma vez constituídos, permanecem. Em outras palavras, os sistemas são produtos de si mesmos e, na medida em que se tornam autênticos, vivem de si mesmos. As comunicações compõem o sistema, entretanto é o sistema que as governa, de forma que das comunicações seguem outras comunicações, e assim por diante, mantendo a duração do sistema (AMADO, 2004).

Nesse momento ganha relevância a autopoiese proposta por Luhmann. Um sistema se diz auto-referencial ou autopoietico quando capaz de produzir a si mesmo, isto é, quando capaz de produzir seus elementos a partir de seus próprios elementos e tudo o que identifica o próprio sistema como unidade, como, por exemplo, suas operações, seus processos e estruturas, até mesmo sua identidade como sistema, a partir de um espaço próprio de sentido, ou seja, de um código e de uma programação própria (ROCHA, 2006). É importante ressaltar que não se trata de repetições, mas sim de recriações de novos elementos ligados aos anteriores. Pois se estivéssemos falando em repetições estaríamos falando de um sistema sem sentido, que não reduziria a complexidade (AMADO, 2004).

Todo dado do meio é analisado pelo sistema, que vai decidir se essa informação é relevante ou não, a partir do estabelecimento dos próprios critérios diretores dessa seleção. Justamente sob essa perspectiva, se discute se os sistemas são abertos ou fechados. Em verdade, os sistemas são tanto fechados quanto abertos. O fato de um sistema ter a capacidade de se auto-reproduzir, de se auto-sustentar, traz à tona a idéia de que o sistema

seja fechado, entretanto, não significa dizer que essa autonomia resulte na independência total em relação ao meio exterior. O mais adequado é entender que o sistema é fechado e aberto ao mesmo tempo. Aberto no sentido de que atua a partir de excitações provenientes do meio (AMADO, 2004), do que resulta que um sistema é cognitivamente aberto, mas operativamente fechado.

Se fossemos mais além, pode-se perfeitamente admitir que o sistema autopoietico é aberto porque é fechado. Diga-se que um

sistema, por ser operacionalmente fechado – não tendo portanto influências no seu ambiente – não prescinde do ambiente que o circunda. O sistema é, então, adaptado ao seu ambiente através do acoplamento estrutural. Esse conceito explica como o sistema reconhece seu ambiente sem contudo sofrer influência do mesmo. (QUEIRÓZ, 2003, p. 84)

Para Luhmann, cada sistema se individualiza a partir da posse de um código binário, por exemplo, no Direito (jurídico/antijurídico), na ciência (verdadeiro/não-verdadeiro), etc. Enfim, não há apenas uma única verdade e nada mais. No tocante ao Direito, por exemplo, não existe somente o jurídico, mas também o antijurídico. Dessa forma, se fica estabelecido que o jurista deva decidir se determinado ato é jurídico ou antijurídico, não basta afirmar a juridicidade ou antijuridicidade desse ato, é preciso, também, que a designação de cada um desses valores esteja condicionada por algum dado externo (AMADO, 2004).

Com efeito, não existe nenhum sistema que possua uma perspectiva privilegiada sobre a realidade se comparado aos demais sistemas. Cada sistema contempla os objetos conforme seu código próprio e a partir de suas diferenças constitutivas, jamais se pronunciando sobre a compreensão desse mesmo objeto em de outro sistema. O sentido de cada objeto é “*policontextual*”, ou seja, seus sentidos serão tantos quantos forem os sistemas que integram suas operações (AMADO, 2004).

Todo o sistema representa a redução de alguma forma de complexidade, através da criação de uma racionalidade própria (código próprio), que o distingue e o mantém íntegro em face do ambiente. Apesar dessa auto-referência (fechamento), o sistema adapta-se ao entorno por

meio do que do acoplamento estrutural (abertura). É da “interação de sua parte endógena, absorvida pelo exógeno social” (SWARTZ, NETO, 2008, p. 199) que o sistema evolui.

Como dito anteriormente, a sociedade e seus subsistemas não se compõem de indivíduos, mas de comunicações. Os indivíduos, em sua dupla dimensão – biológica e psicológica, são um pressuposto necessário, mas não fazem parte, enquanto tais, da auto-referência do sistema. Os indivíduos não são parte dos sistemas sociais, mas sim de seu meio. Por isso, cada sistema funcional abarca, sob sua perspectiva, todos os indivíduos, mas não na sua integridade, somente na dimensão que importa para cada sistema. O sujeito, como consciência individual, não pertence aos sistemas sociais modernos. Cada pessoa encerra um sistema psíquico autopoietico diferente dos sistemas sociais, já que seus elementos não são comunicações, mas consciência (AMADO, 2004).

O indivíduo existe para o sistema como centro de identificação de um conjunto de expectativas. A individualidade será formada de acordo com a eleição pelo indivíduo dos comportamentos que, dentre todas as ilimitadas possibilidades, sejam coerentes com suas condutas anteriores, que permitam sua auto-apresentação coerente, como identidade, e não como contingência (AMADO, 2004).

A existência dos sistemas sociais, como mecanismo de redução de complexidade, obedece à impossibilidade de consenso fático entre os indivíduos, de forma que cada sistema conhece apenas do setor que fica sob seu código particular e sua seletividade. Não há consenso para integração dos elementos de um sistema, sob pena de acabar com a diferenciação funcional de cada um deles. Os conflitos, assim, são solucionados por cada sistema de acordo com sua própria bipolaridade alternativa, com seu código padrão, evitando o contágio a todo meio social (AMADO, 2004).

A base do consenso nunca poderá ser a comunicação, posto que não há comunicação fora do sistema. Por isso, a legitimação das atuações de um sistema deve ser produto do próprio sistema. A conformidade ou consenso decorre do funcionamento normal dos mecanismos internos de cada sistema. O consenso social está no funcionamento dos sistemas, mas

não nas decisões ou conteúdos que decorram desse funcionamento. Logo, a legitimação refere-se à aceitação fora do sistema dos resultados do mesmo, que decorrem dos mecanismos internos do próprio sistema, devendo, contudo, conectar-se a algum dado externo, ou seja, devendo exteriorizar-se (AMADO, 2004).

Cada sistema parcial da sociedade tem sua participação na autopoiese do sistema global, assumindo uma orientação a uma função. O Direito, dentro da teoria dos sistemas sociais, é a segurança que torna esperável o comportamento próprio e alheio sob pautas comuns. O Direito permite aos indivíduos orientar-se mediante a “generalização” das expectativas de expectativas (AMADO, 2004).

Considerando que as estruturas dos sistemas sociais consistem em expectativas, introduz-se um elemento de insegurança consistente na possibilidade dessas expectativas serem defraudadas. Por isso, há duas estratégias, segundo Luhmann, que permitem manter íntegros os sistemas. Uma delas se apresenta como expectativas cognitivas, hipótese em que a frustração serve como uma nova fonte de conhecimento, permitindo a formação de uma nova expectativa. Aqui os sistemas aprendem, adaptando-se ao novo estado das coisas e modificando suas expectativas. A outra são as expectativas normativas nas quais os sistemas defendem suas estruturas das expectativas defraudadas; aqui se assegura que as expectativas sejam estabilizadas, ou seja, que não sejam modificáveis por atos particulares dos indivíduos, e para isso existe o sistema jurídico. É a expectativa normatizada que pode ser imposta pelo uso da força, que determina que as hipóteses contempladas na norma sejam suscetíveis de realizar-se (AMADO, 2004).

O Direito, para Luhmann, tem implícita na estrutura de suas normas a previsão do conflito, pois sempre se coloca como alternativa de cumprimento e descumprimento. Logo, o Direito usa a possibilidade de conflito para a generalização de expectativas e é no conflito que encontra o elemento dinamizador que permite sua evolução e adaptação às mudanças no meio social, reconhecendo novas expectativas em substituição às anteriores (AMADO, 2004).

O sistema jurídico, como sistema social, é auto-referencial,

autopoietico, pois constrói seus elementos a partir de seus elementos. É o Direito que se auto-estabelece e se auto-legitima internamente como Direito. Não importa nada do meio e nada é jurídico fora dele (lembre-se aqui do código binário jurídico/antijurídico). Compõe-se de comunicações e na sucessão de eventos temporais dessas comunicações encontra sua base de manutenção. Mas como sistema auto-referencial, o Direito enfrenta também a tautologia ou paradoxo da circularidade. Deve, por isso, tomar referências externas, sem romper sua auto-referência normativa. Contudo, entende Luhmann que as tentativas tradicionais de resolver o problema da validade originária do Direito não passam de mentiras necessárias, pois não impedem sua capacidade de auto-referência (AMADO, 2004).

Dai vem a presença do código binário próprio do sistema e dos programas. O código dá ao sistema sua cláusula operativa e permite a produção da primeira limitação da contingência, o que é jurídico não pode ser antijurídico. Mas para dirimir esses valores aos fatos exteriores são necessários programas revelados no Direito positivo, nas normas. Nessa esfera, o sistema jurídico é operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto. Não existem normas jurídicas fora dele, mas vincula seu funcionamento a acontecimentos externos que requerem uma atividade cognitiva (AMADO, 2004). Por isso, dessa relação sistema/entorno, o

direito torna-se autopoietico, quando as suas auto-descrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena. (TEUBNER, 1989, p. 85)

O Direito é válido enquanto pode ser mudado; é contingente e vale em razão dessa contingência. Somente a partir do Direito se produz direito, de forma que não pode o sistema questionar os recursos de validade de seus elementos, quando o próprio sistema imputa essa validade. A discricionariedade das mudanças jurídicas institucionaliza-se, estendendo-se o consenso pressuposto para o procedimento de criação e modificação dos conteúdos jurídicos (AMADO, 2004).

É a própria sociedade que pressiona o sistema jurídico para que abarque novas e maiores complexidades, acarretando o aumento

da complexidade do sistema, com a criação de normas. Contudo, as possibilidades de aumento não podem ser ilimitadas, pois o Direito só poderá aumentar sua complexidade até o limite em que não acarrete a inconsistência das decisões, ou seja, que se tratem os casos iguais de forma igual. O Direito deve ser garantia de expectativas confiáveis e estáveis (AMADO, 2004).

A teoria dos sistemas sociais, embora aparentemente inovadora, em verdade é revolucionária, pois, além de criar o inédito conceito de sociedade sem indivíduos (sociedade é comunicação), torna superáveis os limites territoriais, circunstância fundamental numa sociedade pós-moderna policontextual (NEVES, SAMIOS, 1997), cuja velocidade “gera novas formas associativas e novas dimensões relacionais” (AGUIAR, 2004).

A superação da matriz positivista: um novo direito a se pensar à luz da teoria sistêmica

Cientes da insuficiência do positivismo-normativista, próprio da teoria kelseniana, na racionalidade jurídica atual, encontra-se na teoria sistêmica de Niklas Luhmann uma possível saída ao impasse. O certo é que, na sociedade globalizada do século XXI, deve-se pensar em um novo Direito, que atenda as expectativas sociais, diante da multiplicação de complexidades. Importando estabelecer um ponto de partida, a teoria dos sistemas sociais aparece como uma das possibilidades (ROCHA, CARVALHO, 2006).

Assim, a primeira observação recai sobre um dos maiores obstáculos a ser enfrentado pelo Direito, ou seja, o problema de sua operacionalização diante das transformações que se fazem presentes na sociedade globalizada. A sociedade pós-moderna mantém um inevitável paradoxo, já que, apesar de ter condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo não cessa de produzi-las (ROCHA, SCHWARTZ, CLAM, 2005). Por isso, “examinar o Direito dentro da sociedade globalizada implica relacioná-lo com a complexidade, com todos os processos de diferenciação e regulação que estão surgindo” (ROCHA, 2005).

Entretanto, o fenômeno social atual ainda convive com uma teoria

jurídica muito arraigada no positivismo jurídico, e, por isso, muito limitada⁵, fazendo com que o Direito não consiga dar conta dos problemas, frutos da sociedade pós-moderna. Trata-se de entendimento voltado unicamente à norma, que parece não estar preparado para lidar, por exemplo, com os chamados novos direitos⁶. Nesse sentido, deve ser introduzida uma nova epistemologia construtiva que leve em consideração a pluralidade social, bem como a complexidade, os paradoxos e os riscos (ROCHA, 2005).

A hermenêutica foi uma das tentativas de superação do normativismo jurídico, frente à crise originária das novas demandas da sociedade globalizada. Voltando-se para os operadores jurídicos, esta corrente teórica percebe o Direito como um fenômeno cultural, como um sistema aberto, composto de normas, regras e princípios. Todavia, na tentativa de compreender o Direito além da norma, ampliando a participação social, e percebendo a Constituição como norte de interpretação, na verdade, a hermenêutica resta por manter a estrutura normativa e, ao mesmo tempo, ampliar as fontes de sentido, o que repercute, diretamente na ausência de efetividade para as novas questões fruto da globalização. Porém, deve-se deixar claro que, embora a teoria hermenêutica tenha um papel fundamental na compreensão da sociedade e do Direito, não consegue explicar suficientemente o que vem a ser sociedade (ROCHA, SCHWARTZ, CLAM, 2005) e acaba por conferir muita importância ao Estado.

Outra tentativa de superação dos critérios dogmáticos foi a adotada pela teoria dos sistemas proposta por Talcott Parsons (mais tarde fonte inspiradora da teoria de Luhmann). Sustentando que a sociedade não pode ser pensada em divisões isoladas, mas sim na sua totalidade, Parsons percebe que o indivíduo deixa de ser o centro e a sociedade assume a condição de sistema social. Assim, deve-se pensar a sociedade sem perder de vista a

⁵ A teoria normativista funciona como um sistema fechado (dogmático), tendo em vista que todas as normas são criadas a partir de uma norma fundamental, sem sofrer influências externas ao Direito, completamente isento e desconectado dos valores sociais. Trabalha no plano da validade e vincula o Direito à figura do Estado.

⁶ "Entende-se por novos direitos os direitos da criança e do adolescente, os direitos das mulheres, os direitos dos indígenas, o problema do racismo, os direitos dos idosos, o direito do consumidor, o direito ambiental, o biodireito e os reflexos da difusão da informática e da dinâmica de uma nova sociedade da informação sobre os novos direitos". Para maiores esclarecimentos ver: ROCHA, Álvaro Felipe Oxley da. In SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41

existência de diversos sistemas (político, econômico, social, etc.), de modo que a sociedade só existe, na medida em que ocorre comunicação, permitida pelo sistema (ROCHA, 2005).

Niklas Luhmann, aluno de Parsons, aprofunda-se na teoria dos sistemas e, inspirado na teoria de Hegel, vai sustentar que o sentido da sociedade não está em chegar-se a um consenso, mas sim na produção da diferença (ROCHA, 2005). Nascem, nesse momento, os conceitos de *expectativas, complexidade e dupla contingência*.

Assim, quanto mais expectativas se geram, mais aumentam a complexidade e a dupla contingência. A fim de evitar possíveis frustrações, é necessário que as expectativas sejam trabalhadas, ou melhor, voltadas para o futuro, e isso é viável por meio do Dircito. Nasce, aí, a necessidade de uma sociedade voltada para o futuro, com um espírito diferente da pensada para o modelo normativista, o qual, diante das várias expectativas de decisão, faz com que uma ou duas delas, bem como as suas conseqüências, já estejam previamente definidas pelo Direito (ROCHA, 2005).

Dessa forma, diante da rapidez da internet, dos meios de comunicação, da informática – que são marcas da sociedade globalizada – percebe-se a existência de uma disparidade entre a sociedade pós-moderna e o Direito, o qual ainda se mantém preso aos Códigos e à Constituição. O problema é que, embora os Códigos sejam elaborados para perdurarem no tempo, as transformações da nova sociedade acabam, muitas vezes, fazendo-os perder a finalidade em questão de dias. Tudo porque os operadores do direito não observam as transformações que se fazem presentes ao seu redor e continuam a decidir conforme o tempo dos Códigos, insistindo em não voltar sua atenção às circunstâncias particulares e específicas de cada caso, e restando por acentuar a repetição, ao invés de buscar a produção da diferença (ROCHA, 2005).

Mas a realidade vem se alterando. A partir das mudanças sociais, passam a surgir operadores comprometidos em produzir a diferença por meio de suas decisões. Contudo, a viabilidade desse processo implica o abandono das expectativas normativistas/dogmáticas, presas ao passado, abrindo-se à complexidade das expectativas cognitivas, tornando possível a

construção do futuro (ROCHA, 2005).

O mundo social, entretanto, não é tão simples. As duas noções reinantes ainda convivem entre si – a de repetição (presa ao passado) e a de diferença (voltada ao futuro) – o que acarreta, inevitavelmente, um paradoxo, uma vez que toda a tomada de decisão depara-se, inevitavelmente, com duas alternativas de racionalidade (ROCHA, 2005).

Com efeito, quando se analisa a questão do paradoxo, no sentido de que temos um sistema fechado, pois ligado ao passado, e, simultaneamente, um sistema aberto, pois relacionado com o futuro, constata-se que se está diante de um sistema autopoietico (aberto e fechado), que equaciona em seu interior a repetição e a diferença. A produção da diferença permite a análise das conseqüências que serão geradas pelas decisões. Isso significa que é preciso atentar para a questão do risco, uma vez que, quando se toma uma decisão relacionada ao futuro, deve-se considerar não só as conseqüências, mas também a complexidade. Não basta apenas decidir diferente da lei, mas sim considerar os riscos, as conseqüências, a complexidade, desse ato. Por isso, se faz necessário o planejamento, as estratégias, a economia, de modo a tornar o risco conhecido (ROCHA, 2005). Deve-se otimizar o risco; deve-se buscar a desparadoxização das tautologias causadas pela auto-referência do Direito (ROCHA, 2007). Enfim, parafraseando Luhmann, “precisa-se observar aquilo que não é possível ser observado” (ROCHA, 2007), e perceber o não-percebido.

Considerações finais

Própria da modernidade, a matriz neopositivista, imaginada por Hans Kelsen, tinha por preocupação conferir ao Direito uma autonomia científica, sustentando que o objeto de estudo do cientista jurídico limitava-se à norma. Partindo de uma visão interna, isenta de qualquer valoração, o Direito era percebido como único estatuto de racionalidade científica, afastando-o de qualquer interferência externa e sendo concebido como uma ciência pura.

Todavia, na pós-modernidade, o positivismo jurídico revelou claramente sua incapacidade, diante das novas demandas sociais. Como

contraponto teórico que parte de um prisma sociológico, nasce a denominada matriz pragmático-sistêmica, fruto da Teoria dos Sistemas Sociais, difundida por Niklas Luhmann, que, com a finalidade de compreender a complexidade social, percebe a sociedade como um sistema, composto de comunicação, o qual, por sua vez, é integrado por vários subsistemas, na tentativa de redução dessa complexidade.

Dita abordagem teórica procura demonstrar que o Direito não é estático, já que influencia e é influenciado por fatores externos. A percepção do Direito deve partir de uma análise social, uma vez que, para verificação da comunicação, a influência que o meio e os demais sistemas acarretam deve ser considerada na qualificação da auto-poiese do sistema jurídico. O Direito se auto-reproduz internamente, mas adapta-se ao externo para se manter: é da diferença com o entorno que o sistema do Direito garante sua manutenção, para dispor-se a encarar novas expectativas de conhecimento.

Na sociedade contemporânea, submetida aos efeitos da globalização, o poder de aumento e reprodução do “conjunto de todos os eventos possíveis” (AMADO, 2004) revela-se ilimitada. O Estado perde seu monopólio de produção normativa, há clara fragmentação das fontes regulatórias e o direito estatal, vinculado aos ideais de soberania e coação, não tem mais a capacidade de operacionalização.

A teoria kelseniana, pensada para um momento histórico muito particular, em que a força estatal persistia, não mais opera na nova compreensão da realidade. Urge o nascimento de uma nova racionalidade para o Direito. As possibilidades do mundo assumem um grau supranacional e os operadores do direito devem estar preparados.

O antigo procedimento de subsunção à norma, hoje, é inoperante. A tecnologia e os novos movimentos sociais requerem outro tipo de Direito: um Direito voltado à interação com os novos elementos, aberto às possibilidades e que permita o comprometimento de seus operadores aos riscos inerentes à nova realidade global.

Deve-se pensar a diferença. Deve-se planejar. Deve-se aplicar o Direito a partir de uma compreensão mais elaborada, que analise sua repercussão no todo social e permita a construção do futuro. E, quem sabe, um melhor futuro!

Referências Bibliográficas

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *Alteridade e rede no direito*. Veredas do Direito, v.1. Janciro/Junho de 2004. Belo Horizonte: Escola Superior Don Heder Câmara, 2004. p. 11-43.
- AMADO, Juan A. García. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. In ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BERNARDES, Márcio de Souza. *A compreensão do Direito nas matrizes neopositivista e pragmático-sistêmico*. Teresina: Jus Navigandi, 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5624>. Acesso em: 24 jun. 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1996.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O positivismo jurídico*. Teresina: Jus navigandi, 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10060>. Acesso em: 24 jun. 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 3 ed. Coimbra: Armênio Amado-Editor, Successor-Coimbra, 1974.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da Comunicação*. Tradução: Anabela Carvalho. 3 ed. Veja, Limitada, 2001.
- _____. *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*. 2 ed. Barcelona: Anthropos, 1998.
- NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a teoria dos sistemas sociais. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 15, jan/jun 2006, p. 182-207.
- NEVES, Clarissa Eckert; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luh-*

mann: a nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

QUEIRÓZ, Marisse Costa de. O Direito como Sistema Autopoietico: contribuições para a sociologia jurídica. *Revista Sequência*, nº 46, p. 77-91, jul. de 2003.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

_____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico*. In STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; CARVALHO, Delton Winter de. *Policontextualidade jurídica e Estado Ambiental*. In SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Tempo e constituição*. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAES, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 402p.

ROCHA, Álvaro Felipe Oxley da. *Judiciário: cidadania e reforma*. In SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 27-46.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SWARTZ, Germano; NETO, Arnaldo Bastos Santos. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças. In: *Direitos Fundamen-*

A superação da matriz positivista: um novo direito a se pensar à luz da teoria sistêmica

tais e Justiça, Ano 2, nº 4, Jul./set. 2008.

TEUBNER, Gunter. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

WARAT, Luís Alberto. *Sobre la dogmática jurídica*. Florianópolis: Revista Seqüência, UFSC, Ano I, dezembro de 1980.