

Teoria dos sistemas sociais e realidade jurídica: uma combinação útil?

Social systems theory and legal reality: a useful combination?

Gabriel Ferreira da Fonseca¹

Resumo: O presente trabalho objetivou empreender uma breve análise da teoria dos sistemas sociais, desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, e da sua aplicação à realidade jurídica. Para tanto, após apresentar alguns dos principais conceitos deste referencial teórico, enfrentou-se o problema da relação entre o subsistema do direito e da política. A investigação teve o objetivo de verificar a utilidade da teoria dos sistemas sociais para a descrição da realidade jurídica.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas; direito; política; autopoiese.

Abstract: This study aimed to understand a brief analysis of the social systems theory, developed by the German sociologist Niklas Luhmann, and its application to the legal reality. In this way, after presenting some of the key concepts of this theoretical framework, we faced the problem of the relationship between the subsystem of law and policy. The research aimed to verify the usefulness of the theory of social systems to describe the legal reality.

Keywords: Systems theory; law; policy; autopoiesis.

1. Introdução

A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann é uma das importantes matrizes teóricas contemporâneas que têm sido utilizadas para auxiliar os estudiosos do direito na descrição da realidade jurídica. Trata-se de uma construção originária da sociologia, mas que apresenta uma rica gama de conceitos que podem contribuir para a compreensão de questões teóricas importantes relacionadas ao direito.

O direito é descrito pela teoria dos sistemas sociais como uma rede de comunicações específicas dentro da sociedade (grande sistema comunicacional). A comunicação jurídica apresenta peculiaridades que permitem distingui-la de outras comunicações sociais, como a econômica, a política, a religiosa, a artística etc., o que será objeto de análise neste artigo.

O presente trabalho tem o objetivo de apresentar um breve panorama sobre o referencial teórico sistêmico e a sua aplicação na realidade jurídica, com o intuito de, ao final, responder à importante questão: a descrição da realidade jurídica por este referencial teórico é

¹ Advogado, mestrando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

útil? Para tanto, será apresentada a descrição da relação entre direito e política proposta pela teoria.

2. A sociedade como sistema social autopoietico

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (1927-1998), descrição complexa de uma realidade igualmente complexa, vê a sociedade como um grande sistema social autopoietico, operativamente fechado e cognitivamente aberto, que compreende, no seu interior, todas as formas de comunicação.

Luhmann elabora a sua teoria a partir da constatação dos déficits das teorias sociológicas diante da profunda complexidade da sociedade contemporânea. Tanto os clássicos, quanto as teorias contemporâneas, serão objeto das críticas de Luhmann, que objetiva a apresentar um novo *design* teórico para ocupar o lugar daquelas perspectivas da “Velha Europa”².

Uma das grandes contribuições da teoria dos sistemas sociais está na constatação de que a complexidade da sociedade moderna torna infrutíferos os modelos que pretendem descrever, esclarecer ou justificar a sociedade mediante a eleição de um único mecanismo ou aspecto, “seja ele o poder (Foucault), a luta de classes (Marx), o capital simbólico (Bourdieu) ou o agir comunicativo (Habermas)”. A sociedade não apresenta um sistema ou um mecanismo social que funcione como centro de gravidade para a compreensão de todos os outros³.

Segundo Luhmann, a Sociologia tem dificuldades para designar a unidade de seu objeto. Há três obstáculos epistemológicos (preconceitos das expectativas tradicionais) que bloqueiam o desenvolvimento do conceito de sociedade: a) o preconceito humanista, que afirma que a sociedade é constituída de pessoas; b) a pressuposição de uma multiplicidade

² FEDOZZI, Luciano. A Nova Teoria de Sistemas de Niklas Luhmann: uma leitura introdutória. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 19. Segundo De Giorgi, Luhmann gostava de chamar de “o pensamento da Velha Europa” a maneira de ver o mundo que permanecera atrasada diante das transformações da estrutura da sociedade: “Como Pirandello, Luhmann descrevia o humor trágico da realidade que outros queriam absolutamente reparar, colocar em ordem. Para este trabalho de reparação da realidade, ele respondia com seu sorriso forte e amargo, ingênuo e refinado, triste e sarcástico. Assim como seu pensamento e sua vida, sua teoria é, como escreveu Quasímodo em uma poesia para a morte do pai, ‘uma conta de números baixos, que recomeçava exata, concêntrica, um balanço da vida futura’. São baixos os números dessa improvável construção, são simples e paradoxais como o zero, como o décimo segundo camelo, como a realidade da realidade, como ele, Niklas Luhmann. Ele era sua teoria.” (DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 103).

³ NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: “Eu vejo o que tu não vês”. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org.). **Pensamento alemão no século XX: grandes protagonistas e recepção no Brasil**. Volume 1. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 259.

territorial de sociedades; c) o preconceito decorrente da teoria do conhecimento, que concebe sujeito e objeto como separados e considera como possível uma observação e descrição externa do mundo⁴.

Para solucionar esses obstáculos, Luhmann parte, mediante uma perspectiva interdisciplinar, do conceito de sistema. Deve-se entender por sistema, adotando a conceituação do matemático inglês George Spencer Brown, a forma de uma determinada diferenciação, que possui dois lados: “o sistema (como lado interno da forma) e o ambiente (como lado externo da forma)”⁵. Cada sistema é, ao mesmo tempo, sistema e ambiente, pois, internamente, é sistema, mas, externamente, é também ambiente dos demais sistemas.

Ao lado dos sistemas vivos e psíquicos, há os sistemas sociais. A sociedade, consoante Luhmann, é um grande sistema social que abarca em seu interior diversos subsistemas, como a economia, o direito, a política, a religião etc. Cada um desses subsistemas sociais tem um entorno (ou ambiente) interno à sociedade – como a vida familiar, a economia de produção, o consumo orientado ao mercado, a investigação científica etc. – e um entorno externo à sociedade – como a natureza e as pessoas concretas⁶. Os sistemas vivos e psíquicos, portanto, fazem parte do ambiente de um determinado subsistema social qualquer, assim como os demais subsistemas que compõem a sociedade.

A diferenciação entre sistema e ambiente é produzida pelo próprio sistema. O conceito de autopoiese (ou autopoiesis), que Luhmann encontra no pensamento dos biólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana, conduz ao conceito de fechamento operacional do sistema. O sistema autopoietico é operacionalmente fechado, pois não pode operar fora dos seus limites⁷. O termo, que havia sido cunhado pelos biólogos para explicar a reprodução celular, foi transposto por Luhmann para explicar os sistemas sociais⁸.

O fechamento operacional exclui do sistema social tanto pessoas (enquanto sistemas conscientes e vivos) como países (com suas características geográficas e demográficas),

⁴ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, pp. 76-77.

⁵ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, pp. 77-78.

⁶ LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad, 2007, p. 73.

⁷ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 78-79.

⁸ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nesser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 125.

incluindo, em vez disso, operações de auto-observação e de autodescrição. No entanto, o ambiente é componente indispensável da diferenciação, pertencendo à forma do sistema⁹.

A operação que o sistema da sociedade produz a partir dos seus produtos, isto é, reproduz, é a comunicação. Deste modo, segundo Luhmann, pode-se apresentar “o sistema social como um sistema de reprodução de comunicações a partir de comunicações, constituído apenas de suas próprias operações e operacionalmente fechado”¹⁰.

O conceito de comunicação, portanto, torna-se um fator decisivo para a determinação do conceito de sociedade¹¹. A sociedade, conforme Luhmann, é o “sistema abrangente de todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente, na medida em que produz, na rede de conexão recursiva de comunicações, sempre novas (e sempre outras) comunicações”¹².

Aceito o conceito de comunicação, consoante Luhmann, resolvem-se os obstáculos epistemológicos das teorias da sociedade e torna-se claro que: a) as pessoas concretas não fazem parte da sociedade, mas, sim, do ambiente desta¹³; b) o conceito de limites territoriais e a suposição de uma multiplicidade de sociedades regionais são dispensáveis; c) a sociedade é um sistema de auto-observação e autodescrição, que, para realizar estas operações auto-referenciais, deve usar seu próprio modo de operar¹⁴.

Luhmann defende que a síndrome da lamentação (da crítica, da crise, do fracasso), presente, por exemplo, em algumas discussões da teoria política, é consequência da ausência

⁹ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 79.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, pp. 79-80.

¹¹ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 80.

¹² LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 83.

¹³ “Los hombres, las distintas personas individuales, participan de todos estos sistemas sociales [religião, política, direito, ciência, economia, educação, vida familiar, assistência médica etc.], pero no se incorporan del todo en ninguno de estos sistemas ni en la sociedad global. La sociedad no se compone de seres humanos, se compone de comunicaciones entre hombres. Es importante afianzar este punto de partida. Sirve para separar la teoría social propia de la teoría de sistemas de a más antigua tradición del pensamiento político y constituye un presupuesto indispensable para un análisis de la relación del sistema social y de sus subsistemas con el entorno – un análisis que nos afecta decisivamente” (LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad, 2007, p. 42).

¹⁴ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 82.

de uma teoria da sociedade: “Se lamenta antes de compreender. [...] ningún sistema es capaz de controlar suficientemente las interdependencias de su entorno”¹⁵.

Assim, a teoria dos sistemas de Luhmann oferece uma refinada teoria da sociedade, superando os obstáculos epistemológicos da sociologia com a noção de comunicação. Neste contexto, como pode ser descrito o subsistema social do direito?

3. A positivação do direito

Partindo da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é possível analisar a sociedade como uma rede de comunicações¹⁶. E o direito, neste contexto, enquanto forma de comunicação, é considerado, em razão da sua elevada especificidade, como um subsistema (sistema parcial) com função particular, diferenciando-se, assim, de outros subsistemas comunicacionais como a economia, a política, a religião e a arte. O subsistema jurídico, portanto, especializa-se em um tipo particular de comunicação que tem a função de garantir as expectativas de comportamentos segundo normas jurídicas.

Em *Legitimation durch Verfahren* (Legitimação pelo Procedimento), *Rechtssoziologie I* (Sociologia do Direito I) e *Rechtssoziologie II* (Sociologia do Direito II), Luhmann desenvolve importantes considerações acerca do direito, que, embora anteriores ao que pode ser chamado de o “giro autopoietico” do seu pensamento, servem de base para a compreensão da sua obra, sobretudo no que concerne à relevância conferida ao fenômeno moderno de positivação do direito e à constatação de que o direito, na sociedade moderna, vale enquanto decisão.

O direito, como expectativas comportamentais generalizadas congruentemente, segundo Luhmann, existe em qualquer sociedade, mas, ao longo do desenvolvimento social – isto é, à medida que a complexidade social aumenta –, o seu grau de diferenciação estrutural modifica-se¹⁷.

O conceito luhmanniano de direito apresenta, portanto, elementos constantes e elementos variáveis. A função da generalização congruente das expectativas comportamentais normativas está presente em toda e qualquer sociedade humana, no entanto, o grau de

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad, 2007, p. 75.

¹⁶ “Tudo o que existe e pode ser designado como social está constituído, do ponto de vista de uma construção teórica fundamentada na operação, por um mesmo impulso e um mesmo tipo de acontecimento: a comunicação” (LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nesser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 91).

¹⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 119.

diferenciação dos mecanismos do direito é evolutivamente variável. E é a crescente complexidade da sociedade o motor desta evolução¹⁸.

A legislação não é uma invenção recente na história da humanidade. A fixação de direito através da legislação já era praticada na Mesopotâmia, em Atenas e em Roma. Todavia, o direito tinha nessas culturas uma vigência baseada na verdade, no sagrado ou na tradição. Não se vislumbrava, portanto, um direito positivo construído e modificável a qualquer momento¹⁹.

É obra do século XIX que o estabelecimento do direito torne-se uma questão de rotina do Estado enquanto legislação. A matéria do antigo direito é reelaborada, codificada e colocada em forma de leis, como uma resposta à busca pela praticidade na aplicação e decisão e à necessidade de racionalidade do direito²⁰.

A decisão torna-se a base, o princípio, do direito. A vigência e a modificação do direito dependem da decisão. Luhmann, portanto, irá conceber a positividade do direito “como a *seletividade intensificada* do direito”. O que se entendia como sendo constante, como sendo ordem no mundo, “passa a ser reconhecido como escolha, opção, e tem que ser assumido como tal, independentemente da manutenção ou modificação das normas em cada caso”²¹.

Valendo-se das constatações luhmannianas acerca do fenômeno de positivação do direito, Tercio Sampaio Ferraz Jr. afirma que, em sentido filosófico, a positivação do direito “designa o ato de positivar, isto é, de estabelecer um direito por força de um ato de vontade”. Direito positivo, portanto, é o direito posto por decisão e “cujas premissas da decisão que o põem também são postas por decisão”²². Já no sentido sociológico, segundo Ferraz Jr., a “positivação é um fenômeno que naquele século será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte do direito”²³.

Ao abandonarmos as bases confortáveis decorrentes da suposição da constância e da ordem do direito, ao lidarmos com a possibilidade da modificação do direito por atos de

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 122.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 230.

²⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 130.

²¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 238, grifo do autor.

²² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 49.

²³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50.

decisão, nos deparamos, segundo Luhmann, com o fator historicamente novo da positividade do direito que “é a *legalização de mudanças legislativas*, com todos os riscos que isso acarreta”²⁴. O direito posto, portanto, poderia e poderá ser outro completamente diferente. O direito é estatuído e vige por força de decisão, o que incrementa imensamente a contingência e a complexidade do direito.

Assim, para Luhmann, o conceito de direito não pode mais ser definido em termos ontológicos, mas só funcionalmente. Neste sentido, “o direito não pode *ser* simplesmente aquilo que ele deve *fazer*. Isso implode o direito natural. Agora, a ‘justiça’ se situa à margem do direito, enquanto princípio ético”²⁵.

A tendência de se pensar o direito como o estabelecimento de uma expectativa condicional do tipo “se/então” também não é uma novidade moderna. As mais antigas leis já apresentavam formulações condicionais e as fórmulas processuais romanas seguiam esse esquema. Mas, segundo Luhmann, a fundamentação dessas programações condicionais “sempre incluíam objetivos concomitantemente éticos e utilitários”²⁶.

A normatização e a programação condicional não eliminam as incertezas, por exemplo, de se determinado comportamento concreto ocorrerá ou de se uma determinada sanção será aplicada, mas as tornam sustentáveis, na medida em que uma relação seletiva do tipo “se/então” é estabelecida não entre o comportamento e a sanção enquanto eventos fáticos, mas entre a contingência do comportamento e a contingência da sanção. Assim, com a programação condicional, o grau sustentável de incerteza é elevado e, com isso, tem-se um sistema que pode “coexistir com a maior contingência e a maior complexidade dos fatos”, ou seja, “só assim a alta complexidade pode ser convertida em decisões congruentemente expectáveis”²⁷.

Entretanto, os juristas, segundo Luhmann, ainda gostam de pensar e argumentar teleologicamente (valendo-se do esquema “fim/meio”), sem, contudo, muitas vezes, atentar para a racionalidade e para a lógica²⁸. O “estilo da decisão jurídica submetida a programações condicionais implica necessariamente que junto com o ‘se’ estatui-se também o ‘então’,

²⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 9, grifo do autor.

²⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 27, grifo do autor.

²⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 28.

²⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 29.

²⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 28.

aceitando suas conseqüências sem calculá-las e valorá-las”²⁹. Percebe-se claramente, portanto, que a sustentação da decisão não é resultado de uma relação valorativa, mas de uma relação de vigência normativa.

Segundo Luhmann, a positivação do direito, isto é, a variabilidade dos programas, facilita “o tratamento oportunístico dos valores: no lugar de decisões que estabelecem primados absolutos, surgem decisões fixando prioridades momentâneas”³⁰. O conceito de legitimidade³¹ perde com a positivação do direito, imposta no século XIX, o seu fundamento moral³².

Em sociedades fortemente diferenciadas e com um direito positivo, a legitimidade do direito não pode depender de que entrem em função determinadas estruturas motivacionais psíquicas como a internalização de normas ou valores. Ao contrário das sociedades antigas, em que podemos supor a existência de um grau menor de diferenciação entre estruturas sociais e psíquicas, nas sociedades modernas, tornou-se necessária a instauração de uma separação mais acentuada e de uma indiferença recíproca entre as estruturas psíquicas e as sociais³³. O direito positivo tornou-se um direito trivial, ou seja, os indivíduos não necessariamente se identificam com as prescrições jurídicas³⁴.

É, portanto, à luz de tais considerações que se deve compreender o desenvolvimento posterior do pensamento luhmanniano. Embora, evidentemente, ao longo dos anos de pesquisa e produção acadêmica, Luhmann tenha modificado importantes pontos de sua teoria, é possível perceber as bases da sua preocupação em relação à sociedade em geral, e ao direito em especial, em obras anteriores ao que poderíamos chamar de a sua “fase autopoietica”.

4. A autopoiese do direito

²⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 31.

³⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, pp. 49-50.

³¹ “A positivação do direito, isto é, a tese de que todo o direito é posto por decisão, corresponde a estabelecer o conceito de legitimidade sobre o reconhecimento das decisões como obrigatórias. Este é o conceito mais amplo. Compreende, também, o reconhecimento das premissas de decisão, contanto que se decida sobre elas (noutro tempo e através doutras passagens). Igualmente, leis, atos administrativos, sentenças etc. são, pois, legítimos como decisões, quando e enquanto se reconhecer que são obrigatoriamente válidos e devem fundamentar o próprio comportamento” (LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 32).

³² LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 29.

³³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 68.

³⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, pp. 56-57.

A teoria dos sistemas de Luhmann assume a sua forma clássica, que trabalha com a noção de autopoiese, na década de 80 do século XX, quando entra em contato com as formulações fornecidas pelos biólogos chilenos Maturana e Varela. Nesta fase, Luhmann publica uma série de livros dedicados aos subsistemas da sociedade, como o direito, a economia, a ciência e a arte. O livro dedicado ao sistema parcial do direito compreendido nesta fase é o *Das Recht der Gesellschaft* (O Direito da Sociedade), que traz importantes reflexões, por exemplo, sobre a função, o código e os programas do direito, bem como sobre a relação deste sistema com o sistema da política.

O direito na sociedade moderna, segundo Luhmann, descreve-se a si mesmo como direito positivo, ou seja, como direito válido enquanto decisão³⁵. Pode-se compreender a positividade do direito a partir de uma teoria dos sistemas e entendê-lo não como um quadro congruente de regras, textos e normas (estrutura jurídica), mas, sim, como um quadro de comunicações (operações fáticas e sociais), independentemente do que essas comunicações afirmam sobre o direito³⁶.

Parte-se do pressuposto de que as operações produzem a diferença entre sistema e ambiente. Os sistemas produzem as suas próprias operações, remetendo-se às suas próprias operações, portanto, reproduzem-se a si mesmos³⁷. Neste contexto, o direito pode ser pensado como um sistema social autopoietico, fechado em sua operação comunicacional. Tanto na produção de suas operações, como na construção de suas estruturas, o direito está atado ao seu tipo de operação³⁸. A autonomia (autolimitação) do sistema jurídico decorre, portanto, desta clausura operativa³⁹.

A teoria luhmanniana, partindo da terminologia do físico Heinz von Foerster, estudioso da cibernética dos sistemas, vê o sistema jurídico não como uma máquina trivial, mas como uma máquina histórica em que:

cada operación autopoietica modifica el sistema: coloca la máquina en otra posición y por ello crea condiciones de salida modificadas por las operaciones inmediatamente anteriores. [...] una máquina que pone en juego su estado en cada

³⁵ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 93.

³⁶ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 96.

³⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 99.

³⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 103-104.

³⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 118.

operación y, por esa causa, construye en cada momento operativo una nueva máquina⁴⁰.

O direito é uma história sem fim, um sistema autopoietico que só produz elementos para poder seguir produzindo mais elementos. E é justamente isso que a forma estrutural da codificação binária garante⁴¹. O código “*Recht/Unrecht*” (“direito/não direito”, “lícito/ilícito” ou “conforme ao direito/ não conforme ao direito”) organiza a comunicação e garante o fechamento operativo do sistema jurídico.

Ao sistema jurídico pertence apenas a comunicação que firmemente adjudique os valores conforme ao direito e não conforme ao direito⁴². No entanto, no que concerne à função, pode-se determinar que o direito opera simultaneamente fechado em sua operação e aberto em sua cognição⁴³. As expectativas normativas são capazes de aprender: podem ser modificadas dentro de um contexto cognitivo.

Segundo Campilongo, os sistemas autopoieticos operam, contemporaneamente, de modo aberto e fechado⁴⁴. A condição não apenas de fechamento, mas também de abertura, do sistema é o duplo valor do seu código⁴⁵. Nenhum outro sistema pode operar com o código próprio do sistema jurídico⁴⁶.

Os programas do sistema jurídico implementam, com base em expectativas normativas estabilizadas, o valor do código do direito. A forma fundamental do sistema jurídico é a de um programa condicional respaldado pela força física⁴⁷. O código binário do direito, conforme Campilongo, “permite identificar se uma comunicação pertence ao sistema jurídico

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 113-114.

⁴¹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 238.

⁴² LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 123.

⁴³ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 133.

⁴⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

⁴⁵ “Gracias al código binario existe un valor positivo que llamamos derecho, y un valor negativo que llamamos no-derecho. El valor positivo se aplica cuando un asunto coincide con las normas del sistema. El valor negativo se aplica cuando un asunto infringe las normas del sistema. Aquello que acabamos de llamar ‘asunto’, es construido por el propio sistema. El sistema no reconoce ninguna instancia externa que pudiera dictarle lo que es un ‘asunto’, si bien este término puede designar situaciones tanto internas al sistema como externas a él” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 236).

⁴⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

⁴⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

e, simultaneamente, distinguir o sistema do seu ambiente. A autopoiese do sistema jurídico é organizada pelo seu código”⁴⁸.

Assim, a reprodução autopoietica do sistema jurídico “é simplesmente produção do direito mediante o próprio direito”⁴⁹. A diferença entre fechamento (autorreferência) e abertura (heterorreferência) se expressa com a ajuda da diferença entre codificação e programação. Se uma comunicação não se identifica com o código – conforme ao direito e não conforme ao direito –, será atribuída não ao sistema jurídico, mas, sim, ao seu entorno⁵⁰.

Portanto, se um jurista quer saber se determinada comunicação pertence ou não ao sistema jurídico, deve analisar se a referida comunicação enquadra-se no código binário do direito⁵¹. O que não se pode enquadrar no esquema conforme ao direito/não conforme ao direito, não pertence ao sistema jurídico, mas, sim, ao seu entorno⁵².

A segurança do direito deve consistir, antes de tudo, na segurança de que os assuntos se tratem exclusivamente de acordo com o código do direito, e não com qualquer outro código ou interesse não contemplado pelo direito⁵³. Conforme Luhmann, “Los códigos hacen posible diferenciar lo perteneciente/lo no perteneciente al sistema; y los programas que adjudican legalidad e ilegalidad, son objeto de juicios acerca de la validez/o la invalidez”⁵⁴.

Os programas do sistema jurídico são programas condicionais do tipo “se isto/então aquilo”, o que se relaciona com a função do direito, ou seja, com a estabilização de expectativas contrafáticas (normativas). Segundo Luhmann, é justamente o fechamento operacional que permite que os sistemas possam ser influenciados mediante acoplamentos estruturais⁵⁵.

A rigidez do código, consoante Albuquerque, “é compensada pelos programas que orientam a atribuição dos valores do código”. Através dos programas (normas jurídicas) os fatores do ambiente podem sensibilizar o sistema, isto é, permite-se a abertura cognitiva do

⁴⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

⁴⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 151.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 116.

⁵² LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 117.

⁵³ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 253.

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 271.

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nesser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 112.

sistema⁵⁶. A abertura a questões cognitivas depende diretamente da clausura normativa do sistema⁵⁷.

A forma típica que combina clausura normativa com abertura cognitiva é aquela do programa condicional⁵⁸. Pode-se pensar, por exemplo, nas normas jurídicas como programas condicionais⁵⁹. As normas jurídicas constituem um quadro de expectativas simbolicamente generalizadas, isto é, de símbolos que se referem ao futuro incerto⁶⁰.

Assim, a positividade do direito pode ser analisada através das lentes teórico-sistêmicas, para ser compreendida como um quadro de comunicações marcado pelo contexto de complexidade e contingência crescentes da sociedade moderna. Diante da constatação da insuficiência teórica ao redor da noção de direito positivo, tanto por parte do positivismo jurídico, quanto por parte da sociologia clássica e da teoria política, Luhmann propõe a colocação do problema em termos de abertura cognitiva e de fechamento operacional do sistema jurídico.

5. A relação entre o sistema jurídico e o sistema político

A verificação da utilidade ou não da aplicação da teoria dos sistemas para a compreensão do sistema jurídico poderia ser realizada de muitos modos. O presente trabalho analisará a questão a partir da relação que o sistema jurídico mantém com o sistema político.

Como o sistema entra em relação com o ambiente? Luhmann responde a esta pergunta a partir da utilização do conceito de “acoplamento estrutural”, proveniente do biólogo chileno Humberto Maturana. O sistema é uma organização autopoietica que contém estruturas muito diversas, dependendo do tipo de sistema. O desenvolvimento de diversas estruturas é possível, desde que se conserve a autopoiesis⁶¹.

Maturana, segundo Luhmann, baseia o conceito de acoplamento estrutural na distinção entre o plano da autopoiesis, “no qual se dá a conservação do sistema”, e o plano “do

⁵⁶ ALBUQUERQUE, Ana Carolina Cavalcanti. **Poder e violência no estado de direito**: Análise comparativa do pensamento de Hanna Arendt e Niklas Luhmann. 2011. 227 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pp. 191-192.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 135-136.

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 140.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 149.

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 186-187.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nesser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, pp. 129-130.

acoplamento entre sistema e meio, referido exclusivamente às estruturas, e aquilo que, no meio, possa ser relevante para as estruturas”. O acoplamento não está ajustado à totalidade do ambiente: “apenas um recorte efetuado no meio está acoplado estruturalmente ao sistema, e muito fica de fora, influenciando de forma destrutiva no sistema”⁶².

No plano dos acoplamentos estruturais, há possibilidades armazenadas no meio que podem ser transformadas pelo sistema. Portanto, mediante o acoplamento estrutural, o sistema desenvolve não apenas um campo de indiferença, mas também um campo de “canalização de causalidade que produz efeitos que são aproveitados pelo sistema”⁶³.

Em síntese, o acoplamento estrutural cuida para que os diferentes sistemas estejam sempre abastecidos de irritações, de um pequeno espectro de efeitos possíveis sobre o sistema. Permite, por um lado, que no sistema se realize um elevado ganho de complexidade “e, por outro, que as possibilidades de influenciar o sistema, a partir do meio, sejam drasticamente reduzidas, a não ser que se trate de efeitos de destruição: a destruição é sempre possível”⁶⁴.

O conceito de acoplamento estrutural, introduzido por Humberto Maturana, “tem a tarefa de indicar como os sistemas autopoieticos, operacionalmente fechados, podem existir num ambiente que, por um lado, é pré-constituído da autopoiesis do sistema e, de outro, não intervém nesta autopoiesis”. Embora o sistema só possa determinar-se através das próprias estruturas, ou seja, através das estruturas que ele pode construir e modificar com suas próprias operações, os acoplamentos estruturais “estimulam o sistema a irritações, perturbam o sistema de um modo que internamente, então, é levado a uma forma, com a qual o sistema pode trabalhar”⁶⁵. Os acoplamentos estruturais são responsáveis, ao mesmo tempo, por inclusões e exclusões: “velam pelo acúmulo de determinadas irritações e pela exclusão de outras”⁶⁶.

Assim, os acoplamentos estruturais com outros sistemas, como a política ou a economia, permitem que o sistema jurídico se “irrite” internamente, a partir de suas próprias estruturas seletivas, pelos outros sistemas. Os acoplamentos estruturais permitem a

⁶² LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nesser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 131.

⁶³ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nesser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 132.

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nesser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 136.

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, pp. 84-85.

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 87.

aprendizagem dos sistemas parciais⁶⁷. Por meio desses acoplamentos, um contínuo influxo de desordem pode ser oferecido ao sistema jurídico, que irá, em função disso, manter-se ou modificar-se⁶⁸.

O sistema é operativamente fechado, o que impede a confusão entre o sistema jurídico e o seu ambiente, no entanto, cognitivamente aberto, o que permite, ao lado da indiferença, o aprendizado, a modificação, a adaptação ao ambiente complexo. O fato de haver um fechamento sistêmico, portanto, não significa que o sistema jurídico seja um sistema completamente isolado ou autárquico.

Uma das consequências mais importantes da forma normativa com que se realiza a função do direito, segundo Luhmann, é a diferenciação entre direito e política. A dependência recíproca entre esses dois subsistemas da sociedade é evidente, o que dificulta o reconhecimento da diferenciação funcional. A aplicação do direito depende da política e a diversificação do acesso ao poder concentrado politicamente depende do direito. Mas a própria atuação conjunta pressupõe que os subsistemas são diversos⁶⁹.

Neste sentido, Simioni resume as diferenças entre política e direito a partir da perspectiva teórica de Luhmann:

A política utiliza a comunicação do poder como seu meio de comunicação, enquanto o direito utiliza, como seu meio de comunicação, as normas jurídicas. Tanto o poder político quanto o direito se referem ao mesmo problema de referência: a correspondência entre a ação de *alter* e a ação de *ego*. Mas enquanto o poder resolve esse problema através do uso simbólico da ameaça de força física e outros recursos *para vincular coletivamente*, o direito resolve esse problema simbolizando expectativas normativas imunes a frustrações⁷⁰.

A solução que se encontrou no início da Idade Moderna para o paradoxo da fundamentação recíproca entre direito e política, consoante Simioni, foi o impulso de isolamento operacional entre as questões políticas e as questões jurídicas, ou seja, o “poder político já não poderia ficar sempre submetido às questões jurídicas, nem a jurisdição poderia continuar a sofrer interferências da política”. Mas, ao mesmo tempo, o direito continuava a depender da política, para impor suas decisões, e a política a depender do direito, para

⁶⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95.

⁶⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 95-96.

⁶⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

⁷⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Organização do Poder Político: o estado constitucional em Niklas Luhmann. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 329-349, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/poder-politico-constitucional-niklas-luhmann-207032001>>. Acesso em: 02 ago. 2013, p. 331, grifo do autor.

conquistar legitimidade. O resultado disto é o que passou a se chamar de Estado de Direito⁷¹. A questão da origem das modificações do direito passou a ser tratada sob a fórmula das fontes do direito e a questão da origem do poder político passou a ser tratado sob o prisma da soberania do povo⁷².

Por um lado, ainda que as decisões jurídicas sejam tomadas levando-se em consideração finalidades políticas, a referência da decisão à diferença do código próprio do sistema jurídico garante a inserção da decisão na comunicação jurídica. Por outro, mesmo que as decisões políticas sejam tomadas levando-se em conta as normas jurídicas, a referência da decisão ao código próprio do sistema político mantém essa decisão no âmbito da política⁷³.

O Estado de Direito simboliza a unidade da diferença entre política e direito. A política e o direito são sistemas funcionalmente diferenciados e já não podem mais ser utilizados para resolver problemas que escapam ao âmbito de suas respectivas competências funcionais⁷⁴.

Uma sociedade organizada em subsistemas, segundo Luhmann, “*no dispone de ningún órgano central. Es una sociedad sin vértice ni centro*”⁷⁵. Assim, a conclusão não poderia ser outra: “no se puede centrar sobre la política una sociedad funcionalmente diferenciada sin destruirla”⁷⁶ - tampouco sobre o direito.

A Constituição, a partir de uma abordagem luhmanniana, pode ser entendida como acoplamento estrutural entre política e direito. Segundo Neves, enquanto acoplamento

⁷¹ SIMINOI, Rafael Lazzarotto. Organização do Poder Político: o estado constitucional em Niklas Luhmann. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 329-349, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/poder-politico-constitucional-niklas-luhmann-207032001>>. Acesso em: 02 ago. 2013, pp. 336-337.

⁷² SIMINOI, Rafael Lazzarotto. Organização do Poder Político: o estado constitucional em Niklas Luhmann. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 329-349, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/poder-politico-constitucional-niklas-luhmann-207032001>>. Acesso em: 02 ago. 2013, p. 338.

⁷³ SIMINOI, Rafael Lazzarotto. Organização do Poder Político: o estado constitucional em Niklas Luhmann. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 329-349, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/poder-politico-constitucional-niklas-luhmann-207032001>>. Acesso em: 02 ago. 2013, pp. 344-345.

⁷⁴ SIMINOI, Rafael Lazzarotto. Organização do Poder Político: o estado constitucional em Niklas Luhmann. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 329-349, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/poder-politico-constitucional-niklas-luhmann-207032001>>. Acesso em: 02 ago. 2013, p. 345.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad, 2007, p. 43, grifo do autor.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad, 2007, p. 44.

estrutural, a Constituição funciona como um mecanismo de “*interpenetrações* concentradas e duradouras” entre esses sistemas sociais⁷⁷.

A abertura cognitiva existente entre estes dois sistemas gera aprendizados recíprocos, mas também o risco da corrupção do código próprio de cada um, isto é, de o direito adotar meios de comunicação próprios do sistema político e de a política adotar os meios de comunicação próprios do sistema jurídico.

O direito e a política são subsistemas sociais autopoieticos distintos, com diferentes funções, códigos e programas, mas mutuamente dependentes, em razão do acoplamento estrutural entre ambos, isto é, da Constituição que os vincula. A estabilidade desses dois sistemas depende deste acoplamento estrutural. Daí a importância de se investigar o significado da Constituição para a teoria dos sistemas de Luhmann.

A tese defendida por Luhmann é a de que o conceito de Constituição é uma reação à diferenciação entre direito e política, isto é, “à total separação de ambos os sistemas de funções e à conseqüente necessidade de uma religação entre eles”⁷⁸. A Constituição, enquanto meio institucional para o acoplamento estrutural entre esses dois sistemas, é uma aquisição evolutiva da sociedade moderna.

No final do século XVIII, nos Estados Unidos da América, é inventada a forma que garante um acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político: a Constituição⁷⁹. No entanto, não é só o texto em si mesmo que cumpre a função de acoplamento, mas o próprio Estado constitucional. Trata-se de uma Constituição do Estado⁸⁰.

Consoante De Giorgi, o estabelecimento daquela organização do sistema político que se chama Estado constitucional está ligado à autolimitação da política: “Depois de superados o direito natural e o universalismo da moral social do bem comum, o uso arbitrário do poder político é controlado por meio dos instrumentos desse mesmo sistema político”⁸¹.

⁷⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 37, grifo do autor.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Não publicado, p. 4.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 540.

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005, p. 548.

⁸¹ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 56.

A unidade da diferença entre direito e política é sedimentada mediante a Constituição, pois esta permite o fechamento recíproco de ambos os sistemas, isto é, “a sua recíproca irritabilidade e independência e, portanto, a sua completa diferenciação”⁸².

Qualquer lei, com exceção da própria Constituição, pode ser não conforme ao direito. O código binário do direito (direito/não direito) torna-se supraordenado a todo o direito, com exceção da lei constitucional. Assim, todo o direito é colocado em uma situação de problematidade, de contingência, não apenas na medida em que o legislador pode criá-lo e modificá-lo por decisão (o que também vale para a Constituição), mas também porque o direito pode ser não direito (ilícito ou não conforme ao direito)⁸³.

A Constituição, enquanto texto autológico, “é a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à própria autonomia”. Ela substitui a referência aos sustentáculos externos que haviam sido postulados pelo jusnaturalismo⁸⁴.

A Constituição regula a produção do direito, inclusive a sua própria revisão, constituindo, assim, uma hierarquia de fontes jurídicas. Ademais, distingue a si própria (direito constitucional) do resto do direito, disciplina e delimita as possibilidades de delegação, ordena a autodescrição do sistema jurídico e lhe oferece os pontos de apoio, bem como indica os valores em relação aos quais o direito é funcional⁸⁵.

Luhmann defende que se deve renunciar à concepção unitária de uma arquitetura hierárquica e adotar a perspectiva que trabalha com sistemas sociais parciais acoplados estruturalmente:

A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais a das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se entrecrocaram, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente⁸⁶.

No direito constitucional a necessidade interpretativa se torna aguda, pois “com a interpretação a soberania é transferida do legislador constituinte para o intérprete, tanto mais

⁸² DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 75.

⁸³ LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Não publicado, p. 7.

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Não publicado, p. 10.

⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Não publicado, p. 13.

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Não publicado, pp. 24-25;

quanto mais livre esse seja”⁸⁷. Segundo Campilongo, cabe à interpretação constitucional a tarefa de reativar, constituir e reconstituir a diferença e o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o sistema da política⁸⁸.

É, sobretudo, a vigência de uma Constituição em termos de direito positivo, conforme Luhmann, que faz com que a descrição de uma relação hierárquica entre legislação e jurisprudência se torne questionável⁸⁹. Não se pode negar o fato de que os programas do sistema jurídico não podem determinar completamente as decisões que serão tomadas pelos Tribunais:

Os Tribunais devem, queiram ou não e independentemente da existência ou não de uma motivação em termos de política jurídica, interpretar, construir e, se for o caso, ‘distinguir’ os casos (como se diz no *Common Law*), para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao Direito vigente. Assim surge por intermédio da atividade sentenciadora dos Tribunais um Direito judicial (*Richterrecht*), que, no decorrer da sua reutilização constate, é, em parte, condensado, isto é, formulado com vistas ao reconhecimento (*Wiedererkennung*), e, em parte, confirmando, isto é, visto como aproveitável também em outros casos (*Sachlagen*). Parece ser universalmente reconhecido hoje que essa espécie de desenvolvimento do Direito não pode ser antecipada, nem produzida, nem impedida pelo legislador. E ela independe de intenções manipuladoras (*Gestaltungsabschichten*) de Juízes excessivamente diligentes (*forsche Richter*), motivados por considerações de política jurídica, embora ela possa ser influenciada por tais intenções. Ela resulta da proibição da recusa da Justiça⁹⁰.

É esta norma fundamental da atividade dos Tribunais que Luhmann compreende como “o paradoxo da transformação da coerção em liberdade”: por serem coagidos a decidir fundamentadamente, os Tribunais devem reivindicar para tal fim a imprescindível liberdade de construção do direito⁹¹.

Deste modo, a teoria dos sistemas sociais apresenta um instrumental teórico refinado e adequado à descrição da realidade jurídica, com importantes implicações na compreensão da relação deste subsistema social com os demais subsistemas, como, por exemplo, a política. Temais atuais e de fundamental importância, como os relativos à criatividade da atividade jurisdicional, podem ser discutidos com conceitos operacionalmente úteis extraídos deste

⁸⁷ LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Não publicado, p. 35.

⁸⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.

⁸⁹ LUHMANN, Niklas. A Posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista AJURIS**, Porto Alegre: Ajudris, n. 49, ano XVII, jul., 1990, p. 157.

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. A Posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista AJURIS**, Porto Alegre: Ajudris, n. 49, ano XVII, jul., 1990, pp. 162-163.

⁹¹ LUHMANN, Niklas. A Posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista AJURIS**, Porto Alegre: Ajudris, n. 49, ano XVII, jul., 1990, p. 163, grifo do autor.

referencial teórico. Não apenas a teoria do direito, mas a própria dogmática jurídica poderá encontrar excelentes subsídios teóricos na matriz teórico-sistêmica.

6. Considerações finais

A adoção da comunicação como principal elemento para a explicação da sociedade permite que a teoria dos sistemas sociais proporcione uma reviravolta não apenas na sociologia, mas também nas disciplinas orientadas para o sistema jurídico, como a dogmática jurídica e a teoria do direito.

A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann permite que se lance um novo olhar sobre antigos e novos problemas do campo jurídico, como, por exemplo, aqueles relacionados às interferências recíprocas entre os subsistemas do direito e da política.

O referencial teórico-sistêmico apresenta a clara utilidade de, sem deixar de apontar para as especificidades da comunicação jurídica e da comunicação política, permitir uma descrição dos aprendizados que ocorrem entre os subsistemas sociais do direito e da política.

A Constituição é o mecanismo que possibilita as irritações mútuas entre o direito e a política, pois é através dela que estes subsistemas sociais estão acoplados estruturalmente. Essa constatação contribui para a compreensão dos limites e possibilidades do relacionamento entre estes dois subsistemas sociais.

Embora o aparato conceitual da teoria dos sistemas seja abstrato, complexo e heterodoxo, a dogmática jurídica e a teoria do direito poderão extrair resultados úteis para as suas investigações se o levarem em consideração. Problemas complexos, como os relacionados com a criatividade da jurisdição, poderão encontrar na teoria dos sistemas descrições adequadas e esclarecedoras.

Referências

ALBUQUERQUE, Ana Carolina Cavalcanti. **Poder e violência no estado de direito: Análise comparativa do pensamento de Hanna Arendt e Niklas Luhmann.** 2011. 227 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FEDOZZI, Luciano. A Nova Teoria de Sistemas de Niklas Luhmann: uma leitura introdutória. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann**: a nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução para uso acadêmico de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Não publicado.

LUHMANN, Niklas. A Posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista AJURIS**, Porto Alegre: Ajudris, n. 49, ano XVII, jul., 1990.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nesser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). **Niklas Luhmann**: a nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

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

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad, 2007.

NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: “Eu vejo o que tu não vês”. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org.). **Pensamento alemão no século XX**: grandes protagonistas e recepção no Brasil. Volume 1. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SIMINOI, Rafael Lazzarotto. Organização do Poder Político: o estado constitucional em Niklas Luhmann. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 329-349, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/poder-politico-constitucional-niklas-luhmann-207032001>>. Acesso em: 02 ago. 2013