



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional

**DOS PROBLEMAS DA FALTA DE VIGÊNCIA SOCIAL: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS**

Edvaldo de Aguiar Portela Moita

FORTALEZA

2014

**DOS PROBLEMAS DA FALTA DE VIGÊNCIA SOCIAL: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação da
Universidade Federal do Ceará
como requisito parcial para obtenção
do grau de Mestre em Ordem
Jurídica Constitucional.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Vital
da Rocha

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

M715p Moita, Edvaldo de Aguiar Portela.
Dos problemas da falta de vigência social: uma análise a partir da teoria dos sistemas / Edvaldo de Aguiar Portela Moita. – 2014.
96 f. : enc. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
Orientação: Profa. Dra. Maria Vital da Rocha.

1. Teoria dos sistemas. 2. Direito. 3. Direito - Filosofia. 4. Sociologia jurídica. I. Rocha, Maria Vital da (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Mestrado em Direito. III. Título.

CDD 340.2

EDVALDO DE AGUIAR PORTELA MOITA

**DOS PROBLEMAS DA FALTA DE VIGÊNCIA SOCIAL: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Maria Vital da Rocha (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves
Universidade de Brasília

O que é o homem, senão
suas perguntas sobre o que são as
coisas?

AGRADECIMENTOS

Cada caminho perseguido, independentemente da consciência de onde se parte ou de onde se pretende chegar, remonta uma trajetória que talvez se dissolva no decorrer do implacável tempo. Invariavelmente, o fim será alcançado, mesmo que não seja o pretendido. Nesse percurso, que podemos chamar de vida, onde reside a dor do mundo, somos postos à prova ilusória de que algo vale a pena. Procuro não me iludir quanto a isso: deixo que minha razão projete consistentemente um caminho que pode ser seguido e que queira ser seguido.

Uns, nesse ínterim, acabam, coincidentemente ou não, acompanhando-nos ao nosso lado. Não se trata de qualquer companhia, como aquele invisível transeunte encontrado na multidão do cotidiano, mas de pessoas que, de passagem pelo caminho, caminham juntas. Às vezes, as trilhas são diferentes – ninguém tem a mesma pisada; ninguém pode, portanto, ter o mesmo caminho –, mas, pelo acaso ou pelo planejamento, essas pisadas podem ser vistas e podem ser seguidas. O caminho, ao final, será, irremediavelmente, igual para todos. Mas o meio, no qual as pisadas se entrecruzam, oferece-nos a chance de segui-las, não para alterar o fim, e sim porque, de alguma forma e por algum motivo, elas parecem mais firmes que as nossas. E o que era ilusório se apresenta, de algum jeito, como real – e nos faz caminhar diferente.

Dessas pisadas seguidas, muitas são da Professora Maria Vital. Como coordenadora da Faculdade 7 de Setembro, serviu-me de exemplo, talvez sem muita consciência, de boa parte do comprometimento, responsabilidade e dedicação profissional que moldam o meu caminhar hoje. Não há como estimar o apoio e a ajuda que foram oferecidos na realização deste trabalho.

Para o caminho da vida acadêmica que decidi seguir, encontrei nas pisadas do Professor Marcelo Neves a forma pela qual decidi caminhar. Desde a graduação, quando li um de seus livros por indicação, posso dizer que, mesmo estando em um começo de um percurso cuja trilha já se iniciou há alguns anos, poucos autores me causaram admiração acadêmica igual. A

capacidade de extrair o que há de bom em referenciais teóricos os mais diversos aliada à percepção agudamente crítica e à originalidade criativa são as características que me servem como modelo de inspiração acadêmica.

Aceitar o convite para participar do exame de defesa deste trabalho foi motivo de alegria que transcende a minha pessoa: todos aqueles que, de alguma forma, estavam ligados à minha vida acadêmica alegraram-se conjuntamente, pois sabiam o quanto esse gesto significava para alguém que, sempre que a oportunidade aparecia, apresentava os trabalhos do Prof. Marcelo com entusiasmo e efusividade de quem acredita no que fala, sob a missão de não deixar que a contribuição de suas teses passasse despercebida.

Com o Professor Márcio Diniz, tive uma rara oportunidade de conhecer alguém com um conhecimento de literaturas científicas igualmente abrangente. Durante o período em que o acompanhei no Estágio de Docência em Processo Constitucional e na disciplina de Filosofia do Direito do Mestrado, conseguir acumular referências bibliográficas quase intermináveis, muitas das quais se fazem presentes neste trabalho.

Não poderia deixar de lado a contribuição do Prof. Ramon Negócio, o qual, desde o primeiro contato que tive, mesmo sem conhecê-lo pessoalmente, sempre foi atencioso em compartilhar suas experiências e solícito em ajudar naquilo que estivesse ao seu alcance. Em especial a este trabalho, além das indicações bibliográficas, cuidou atentamente de lê-lo, de comentá-lo e de criticá-lo, pelo que, além da gratidão, credito-lhe o papel de co-orientação.

Além das pisadas que vamos seguindo em nosso caminho, há aqueles que preferimos dar as mãos para caminharmos juntos. Aos meus colegas de mestrado, três agradecimentos são necessários. O primeiro é endereçado ao meu grande amigo Ivan Rodrigues, que foi o palco arguto das mais profícuas discussões acadêmicas que tive; além da insaciável sede de leitura e da incansável disposição para enfrentar os desafios que enfrentamos juntos nesses curtos dois anos e meio, seu espírito crítico e sua vontade de deixar uma contribuição nesse mundo efêmero também serviram-me de inspiração. O segundo, ao meu colega e irmão Crisitano Moita, exemplo de

dedicação e foco que, até agora, não encontrei equivalente – não tenho dúvidas que, em pouquíssimo tempo, despontará no cenário nacional e internacional da pesquisa acadêmica. O terceiro, ao Gustavo Meireles, cuja formação transdisciplinar entre o Direito e a Sociologia permitiu-me, em tão pouco tempo, experimentar um caminho que não trilhei, mas que foi absorvido como se o tivesse feito.

E o que move nossas passadas senão as palavras daqueles que nos fazem voltar ao caminho quando queremos desviar, fazendo-nos lembrar de que, ainda que dê tudo errado, o final será alcançado e, qualquer que seja o caminho, estarão com você para ajudar-lhe a trilhá-lo? Essas palavras, como que um espelho que nos permite refletir sobre nosso caminho, mas com a vantagem de não responder o que queremos e sim o que precisamos, foram as da Fernanda Castelo Branco Araujo.

Por último, mas não menos importante, devo agradecer à CAPES pelo apoio financeiro, que foi fundamental na construção deste trabalho. Embora com muitos caminhos a trilhar, a pesquisa acadêmica no Brasil vem se tornando, cada vez mais, um caminho pelo qual vale a pena caminhar. As oportunidades que o curso de Mestrado da UFC me ofereceu, juntamente com o apoio financeiro da CAPES, não me esquecendo do incrível suporte dado pelo DAAD para um *Winterkurs* em Freiburg, não foram apenas uma assistência tangente para a realização de um projeto, mas condição de possibilidade para que tudo o que está escrito aqui acontecesse.

Não pouparei esforços para retribuir a todos que me ajudaram nessa caminhada, através de suas pisadas ou de suas mãos, com um caminhar que seja capaz de fazer com que eu pise mais forte e com que eu ofereça as minhas mãos para que outros – assim como eu – possam dizer que, independente do sucesso, foram felizes com as pisadas que deram e com as mãos que apertaram durante o seu caminho.

RESUMO

Quais os problemas da falta de vigência social de normas formalmente vigentes? Esta é a pergunta que guia o presente trabalho, na tentativa de estabelecer um esquema teórico, à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que possibilite uma melhor compreensão do sistema jurídico na contemporaneidade, notadamente no que tange à identificação de casos em que normas formalmente vigentes, isto é, institucionalizadas mediante procedimento jurídico, carecem de vigência social, entendida como a estabilização contrafática de expectativas de comportamentos. Com isso, torna-se não só possível conceber normas jurídicas com força normativa suficiente para se manterem vigentes mesmo diante de uma ineficácia social generalizada como também apontar casos em que a ineficácia social deriva, justamente, da falta de força normativa. Para justificar a escolha do referencial teórico, apontam-se as dificuldades de algumas concepções de direito, tomando-se, especificamente, Kelsen e Ehrlich como paradigma, em articular a relação entre vigência e eficácia, exigindo uma teoria social que seja fundada na categoria da complexidade. Depois, é feita uma intermediação histórica através do conceito de modernidade, evitando-se uma apropriação deslocada de um referencial teórico desenvolvido em um contexto social específico. Em seguida, entra-se na teoria dos sistemas propriamente dita, percorrendo-se alguns conceitos necessários à compreensão do tema, como sistema/ambiente, sociedade, autopoiese, a fim de precisar a função do direito e, com isso, delimitar o termo vigência social e seus desdobramentos. À guisa de ilustração de casos em que se observa a falta de vigência social de normas formalmente vigentes, são feitas, ainda, duas incursões: os casos de legislação/constitucionalização simbólica, marcados pela hipertrofia da função simbólica em prejuízo da função jurídico-instrumental, e de disparates normativos, ou seja, textos normativos caracterizados pela incapacidade de produzirem sentido diante de uma obsolescência cultural.

Palavras-chave: Direito. Vigência social. Vigência formal. Teoria dos sistemas.

ABSTRACT

What are the problems of formally existing legal norms that lack social validity? This question guides this study in an attempt to establish a theoretical framework in the light of the Niklas Luhmann's systems theory in order to enable a better understanding of the legal system in contemporary society. The specific aim is to identify the cases in which formally valid norms, *i. e.*, institutionalized through legal procedure, lack social validity, namely stabilized normative expectations of behavior. Thus, it becomes not only conceivable legal norms with sufficient normative force to maintain itself valid in face of a full inefficiency as well as to point cases in which social inefficiency derives precisely from the lack of normative force. To justify the choice of the theoretical framework, this work shows the difficulties of some conceptions of law, taking specifically Kelsen and Ehrlich as a paradigm, to relate validity and efficiency, requiring a social theory based on the category of complexity. Then this thesis explains systems theory itself, covering up some concepts necessary to understand the subject, as system/environment, society, autopoiesis, in a way to clarify the function of law and, therefore, to define the term social validity and its ramifications. To illustrate the analysis of formally existing legal norms that lack social validity, two incursions are made: the cases of symbolic legal norms and symbolic constitutionalization, marked by the hypertrophy of the symbolic function to the detriment of the legal-instrumental function; and legal nonsenses, that is to say, normative texts characterized by the inability to produce meaning before a cultural obsolescence.

Keywords: Social validity. Formal validity. Systems theory.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	12
1 INTRODUÇÃO	14
2 ASSUNÇÕES TEÓRICAS PRELIMINARES	19
2.1 AS DIFICULDADES DAS CONCEPÇÕES TRADICIONAIS DE DIREITO: O EXEMPLO DE KELSEN E DE EHRLICH	19
2.2 A NECESSIDADE DE UMA TEORIA SOCIAL ABRANGENTE: COMPLEXIDADE COMO CATEGORIA CENTRAL DE ANÁLISE	26
2.3 MODERNIDADE E INTERMEDIÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DOS SISTEMAS	34
3 O DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS	43
3.1 COLOCAÇÕES INICIAIS: A FORMA SISTEMA/AMBIENTE E O CONCEITO DE SOCIEDADE	43
3.2 A AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO: FECHAMENTO OPERACIONAL E ABERTURA COGNITIVA	49
3.3 A FUNÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE	56
4 VIGÊNCIA SOCIAL: DO QUE SE TRATA?	63
4.1 MAPEAMENTO CONCEITUAL	63
4.2 DESDOBRAMENTOS: ENTRE A VIGÊNCIA SOCIAL E A VIGÊNCIA FORMAL	67
4.3 DOS PROBLEMAS DA FALTA DE VIGÊNCIA SOCIAL: INCURSÕES NO TEMA	74
4.3.1 Legislação e constitucionalização simbólica	75
4.3.2 Disparate normativo	77
CONSIDERAÇÕES FINAIS	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

PREFÁCIO

É notável que a literatura de Luhmann é bastante esparsa e extensa. Tendo escrito mais de trinta livros e inúmeros artigos, sua teoria também ganhou diversos seguidores, inclusive aqui no Brasil. Sem olvidar a importância desses intérpretes, procurei aqui, na medida do possível, utilizar a literatura do próprio autor, consultando algumas obras no original em alemão, além de traduções para o inglês, espanhol e português.

Assim, para não tornar a dissertação obscura e truncada aos não iniciados em línguas estrangeiras, tomei o cuidado, talvez um pouco pretensioso, de fazer traduções livres das citações que foram utilizadas no corpo do texto e que foram extraídas das obras originais. Nesse ponto, devo agradecer ao colega Ivan Rodrigues e ao meu irmão Cristiano Moita, que me ajudaram com algumas discussões e inquietações na tradução de alguns termos. Para os comentários de nota de rodapé, deixei as passagens no original, por se tratarem, a despeito da importância, de pontos secundários ao trabalho desenvolvido no corpo do texto.

Para os que são iniciados em língua estrangeira, também adicionei notas de fim com os trechos no original para uma consulta direta do texto retirado. Na medida do possível, também fiz as referências das obras traduzidas para outras línguas.

A importância desses alertas reside no fato de que, por inaugurar um paradigma teórico altamente complexo e rico de reconstruções conceituais de outros referenciais advindos das mais diversas searas do conhecimento *v.g.* biologia, cibernética, lógica, sociologia, filosofia etc., o que torna o estudo aprofundado quase uma tarefa hercúlea, as leituras do referencial luhmaniano e daquilo que tramita em seu entorno foram feitas da maneira mais sincera possível, de forma que, sempre que o tempo permitiu e o acesso aos originais esteve ao meu alcance, tentei não deixar de lado, como diria Eco (2009, p. 39), as fontes de primeira-mão.

Por último, não posso negar que houve uma certa audácia ao final da dissertação: procurei dar uma contribuição nova a partir de uma inquietude a respeito de determinados textos normativos que parecem ter se tornado

obsoletos culturalmente e que, por isso, são generalizadamente ineficazes. Embora tenha feito apenas uma incursão no tema, acredito que, mais à frente, talvez em sede de doutoramento, poderei trabalhá-lo na análise de alguns casos que são extremamente relevantes e espinhosos: textos normativos que tratam de propriedade intelectual em face do avanço, cada vez mais imprevisível, dos mundos virtuais de compartilhamento e colaboração de informações.

1 INTRODUÇÃO

Konrad Hesse (1991, p. 19) - em crítica a Ferdinand Lassalle, que defendia que a constituição jurídica, quando confrontada com os fatores reais de poder¹, não passaria de um pedaço de papel - apontou que a constituição jurídica, pelo contrário, era capaz de uma força normativa, podendo prevalecer diante dos fatores reais de poder, bastando que se fizesse presente na consciência geral e na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional não só a vontade de poder mas também vontade de constituição².

É certo que Hesse (1991, p. 18), embora tenha identificado que a força normativa constitui uma via de alteração da realidade, preocupou-se com o fato de que a constituição não poderia desconsiderar a natureza singular do presente, isto é, as condições históricas pelas quais uma constituição, para alcançar sua força normativa, deveria compatibilizar-se, tais como as leis culturais, sociais, políticas e econômicas. Uma vez adequada à natureza singular do presente, só então poderia pretender ser eficaz e, com isso, a constituição jurídica escrita não seria uma mera expressão da realidade, mas, ainda, uma força capaz de alterar e se impor contra essa realidade (HESSE, 1991, p. 24).

A questão da pretensão de eficácia da constituição jurídica e da realidade histórica em que ela se insere - originalmente proposta em nível

¹ Conforme aponta o próprio Lassalle (2008, p. 42), “Os *fatores reais de poder* que regem cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições políticas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em substância, mais do que tal e como são.” Os exemplos apontados ao tempo eram a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia, a classe trabalhadora.

² Em outras palavras, a crítica poderia ser formulada no sentido de que a “[...] postura ‘sociologista’ e ‘mecanicista’ de Lassalle desconhece que o ordenamento (normativo-jurídico) constitucional tem uma relativa autonomia em face do processo real de poder, condicionando-o em certa medida. Não observa que os fatores ‘materiais’ de poder e a ordem ‘jurídica’ constitucional encontram-se em relações permanentes de implicação recíproca, principalmente através da delimitação de fronteiras” (NEVES, 2011, p. 59).

constitucional por Hesse³ - torna-se ainda mais desafiadora quando estendida para o ordenamento jurídico como um todo ou mesmo para a análise de normas e legislações infraconstitucionais específicas. Nesses termos, a discussão se põe na relação, de certa forma paradoxal, entre a capacidade normativa do direito de se manter vigente e seu grau de eficácia.

E como identificar o descompasso entre essa capacidade normativa e o alto grau de ineficácia?⁴ Aqui essa problemática será enfrentada numa tentativa de estabelecer os critérios pelos quais se pode observar, em um determinado contexto social, a relação entre as individualidades histórico-sociais e a capacidade do direito de lograr uma força normativa.

Nesse intuito, procurar-se-á articular um aparato conceitual que possibilite a identificação de normas que, embora ineficazes, possuem capacidade de se manter contrafaticamente. Com isso, será possível avaliar, por outro lado, os casos em que a ineficácia decorre, justamente, da incapacidade de determinadas normas, embora institucionalmente veiculadas, de lograr qualquer força normativa.

Para isso, será feita uma análise a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, com a apropriação do conceito de vigência social e sua contraposição ao conceito de vigência formal, a fim de que se possam apontar casos específicos da falta de vigência social de normas formalmente vigentes.

Não se pode descurar, contudo, que a colocação do problema da falta de vigência social traz como pano de fundo uma relação dinâmica entre o

³ “Essas questões surgem particularmente no âmbito da Constituição, uma vez que aqui inexistem, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para a execução dos seus preceitos” (HESSE, 1991, p. 12).

⁴ Não se pode olvidar a tentativa de Hesse (1991, p. 20-22) de identificar os pressupostos pelos quais a constituição pudesse desenvolver de forma ótima sua força normativa, quais sejam a correspondência do conteúdo da constituição com a natureza singular do presente, apoiando-se no estado espiritual do seu tempo; a não previsão de uma estrutura unilateral, devendo incorporar parte da estrutura contrária; e compartilhamento pelos partícipes da vida constitucional da vontade de constituição. Entretanto, parece que um ponto fundamental ficou obscuro: como identificar a natureza singular do presente? Assim colocada, essa pergunta pode trazer Hesse de volta à proposta de Lassalle, no sentido de que nada impediria identificar a natureza singular do presente com os fatores reais de poder, condicionando, na linha argumentativa, a força normativa da constituição a esses fatores. Em última instância, a vontade de constituição seria condicionada pela vontade de poder, na medida em que aquela, sob os auspícios da natureza singular do presente, confirmaria esta.

direito, os vários outros sistemas sociais e os indivíduos⁵, pondo em relevo questões outras que devem ser enfrentadas: qual o papel do direito na sociedade? Qual sua relevância para a condução dos comportamentos e da regulação da vida em sociedade? Quais os meios pelos quais o direito pode alcançar, de fato, sua função?

A ideia é tentar fazer uma discussão contemporaneamente adequada sobre o porquê de algumas normas apresentarem um grau acentuado de ineficácia social. Trata-se, em outra instância, de evitar análises de senso comum que permeiam o imaginário social acerca de problemas relacionados à eficácia do direito e à capacidade de implementar sua função, fundamentado muitas vezes numa descrição da realidade feita pela mídia de massa, a qual, não raramente diferindo da própria realidade, cria uma nova realidade, implicando propostas de soluções incapazes de resolver os problemas suscitados.⁶

Assim, o primeiro capítulo procurará estabelecer os pressupostos teóricos sob os quais se assentarão as discussões, apontando as dificuldades das concepções tradicionais de direito, tomando-se como paradigma Ehrlich e Kelsen, que, de alguma forma, não são capazes de captar a complexidade do fenômeno jurídico numa relação de comunicação com outros fenômenos sociais, ensejando uma unilateralidade de percepção que torna inviável a articulação dos problemas sobre os quais se pretende debruçar, quais sejam os decorrentes da falta de vigência social diante da vigência formal.

Na mesma linha, tentar-se-á justificar o porquê da escolha da teoria dos sistemas, como resultado da verificação da necessidade de uma teoria social abrangente, ou seja, de uma proposta teórica que trate de forma complexa não só o direito mas também os outros sistemas sociais, inclusive

⁵ Nota-se que essa relação só é possível se se entende, na esteira de Luhmann (2006a, p. 16), uma separação entre sociedade (como sistema social global), direito (como um subsistema social) e indivíduos, sendo um ambiente para o outro. Essa discussão será devidamente apresentada no capítulo 3.

⁶ Como se preocupava Luhmann (1997, p. 77) a respeito dos problemas concebidos pela mídia de massa, “pode ser recompensador, contudo, não procurar por melhores soluções de problemas [...] mas perguntar ‘qual é o problema?’ em primeiro lugar”.

em suas relações recíprocas, levando em consideração as sociedades contemporâneas.⁷

A fim de evitar qualquer apropriação indevida de uma teoria desenvolvida em um contexto histórico peculiar e utilizá-la para análise de casos que perpassem suas contingências, far-se-á necessário mediar o contexto histórico em que a teoria dos sistemas foi desenvolvida e explicitar algumas críticas que lhe foram feitas na utilização desse material teórico em outros países.

No segundo capítulo, será abordada a teoria dos sistemas propriamente dita, estabelecendo suas premissas básicas e, depois, seu aparato conceitual, mormente na análise do sistema jurídico, no que for pertinente para o entendimento do problema suscitado na pesquisa. Especificamente, serão trabalhados os conceitos de sistema/ambiente e de sociedade, a localização do direito nesse referencial teórico, como um subsistema social operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, e a função do direito na sociedade, que o caracteriza como um sistema único e insubstituível.

No terceiro capítulo, será feita aplicação da teoria dos sistemas para a conceituação de vigência social, na tentativa de fazer um mapeamento conceitual que permitirá compreender como é possível conceber a vigência do direito mesmo diante de uma ineficácia social generalizada. Também, de modo a evitar confusões terminológicas e precisar ainda mais o conceito de vigência social, serão feitas algumas diferenciações, principalmente das noções de vigência formal, eficácia em sentido amplo e eficácia social.

Por fim, buscar-se-á apontar as consequências práticas dessa assincronia de vigências, ilustrando a discussão com a incursão em dois casos específicos de falta de vigência social de normas formalmente vigentes:

⁷ À guisa de honestidade intelectual, a exposição feita, em verdade, é uma tentativa de justificação de uma teoria que, previamente, já se intuía como adequada. O próprio conceito de vigência social, quando pensado pelo autor deste trabalho, só foi possível depois de uma aproximação com a teoria dos sistemas. Como bem asseverou SCHUARTZ (2005, p. 73) sobre a recursividade da análise, “a estratégia de reconstrução se espelha em uma forma de exposição que é, salvo engano, parte integrante do próprio conteúdo da teoria, dado que absorve formalmente a intenção expressa de apresentar-se como produto de uma opção contingente que, não obstante, possibilita uma análise correta do seu objeto e nos permite ver aquilo que, pretensamente, apenas ela nos permite ver.”

legislações e constitucionalizações simbólicas, marcadas pela produção de textos normativos para finalidades outras que não a regulação das condutas neles expressas; e disparates normativos, em que a falta de vigência social ocorre, precisamente, pela incapacidade de textos normativos, diante de uma obsolescência cultural, produzirem sentido e de gerarem, com isso, comunicação dentro do sistema jurídico.

2 ASSUNÇÕES TEÓRICAS PRELIMINARES

Em momento preliminar, é preciso destacar o caminho acadêmico percorrido para se chegar à teoria dos sistemas como referencial que se entende capaz de resolver os problemas propostos neste trabalho. Trata-se mais de deixar expresso e disponível para o leitor quais inquietações guiaram a escolha da referida teoria, justificando os recortes metodológicos feitos.

Assim, serão expostas algumas insuficiências de teorias mais tradicionais para articular os problemas de eficácia e de vigência do direito. Serão analisadas duas em específico, quais sejam o positivismo normativista de Kelsen e o positivismo sociológico de Ehrlich, que representam, talvez, os dois polos de discussão em termos de positivismo, sendo um radicalmente fincado na categoria do dever-ser e outro, na categoria do ser, respectivamente.

Diante da constatação dessa insuficiência e à guisa de justificar a escolha da teoria dos sistemas, será perquirida a necessidade de uma teoria social mais abrangente para dar conta de problemas contemporâneos, apontando-se para a complexidade como categoria indispensável para uma teoria que se pretende apta a trabalhar com fenômenos cuja identificação depende de uma articulação de fatores que perpassam várias esferas de conhecimento

Ao final, serão apontados alguns argumentos enfrentados pela teoria dos sistemas no sentido de aplica-la a contextos históricos outros que não o em que foi desenvolvida, perfazendo-se uma intermediação desses contextos a partir do conceito de modernidade.

2.1 AS DIFICULDADES DAS CONCEPÇÕES TRADICIONAIS DE DIREITO: O EXEMPLO DE KELSEN E DE EHRLICH

Em que pese não ser propósito deste trabalho uma discussão mais exaustiva do conceito de direito e de seus elementos, é importante destacar algumas dificuldades das concepções tradicionais, as quais, em grande parte,

pelo reducionismo que operam, acabam por produzir um corte epistemológico tal que não conseguem fornecer um esquema teórico próprio para compreender os fenômenos de vigência e eficácia aqui estudados.⁸

O positivismo normativista de Kelsen é um exemplo dessa redução, a qual é feita deliberadamente em prol de uma cientificidade do direito. Sob a pretensão de construir uma teoria universal do direito e, por isso, apartada de considerações éticas, políticas, históricas, sociológicas, psicológicas – o que constituía seu princípio metodológico fundamental –, Kelsen (1992, p. 1)ⁱ objetivava uma ciência pura do direito, cujo objeto seria, tão somente, o estudo das normas jurídicas.

Uma das grandes consequências desse positivismo é a compreensão do direito, exclusivamente, como direito posto, como uma ordem jurídica determinada, o que confere prevalência às fontes do direito que são, empiricamente, mais suscetíveis de serem apreciadas, como a lei e os costumes; e estes na medida em que aquela permitir. Dessa compreensão resulta a dificuldade de se estabelecer uma conexão entre a validade⁹ das normas postas e a medida de sua eficácia. Embora Kelsen tenha reconhecido que “a determinação correta desta relação é um dos mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis problemas de uma teoria jurídica positivista” (1992, p. 215)ⁱⁱ, parece que ele, pelo corte epistemológico feito, não conseguiu, a contento, articular uma relação adequada entre esses dois fenômenos¹⁰.

⁸ É possível associar, também, o obstáculo epistemológico que é produzido quando essas teorias, incapazes de dar conta do real, ainda permanecem largamente utilizadas e, muitas vezes, impedem o desenvolvimento de outras. Não é à toa que Bachelard (1996, p. 19) alertava que “hábitos intelectuais que foram úteis e sadios podem, com o tempo, entravar a pesquisa”.

⁹ Embora o conceito de validade em Kelsen (1949, p. 42-43) abranja quatro esferas (temporal, material, pessoal e espacial), afigura-se possível, dentro desse referencial teórico, equivaler validade à vigência, principalmente porque a validade é tomada como “[...] die spezifische Existenz des Rechts [...]” [existência específica do direito] (KELSEN, 1992, p. 220). Entretanto, essa equivalência só faria sentido apenas na esfera temporal, pois, terminado o tempo de validade, ainda seria possível a aplicação posterior da norma quanto às outras esferas. Aliás, a tradução do termo *Geltung* na versão brasileira foi traduzida ora por validade, ora por vigência (KELSEN, 2003, p. 238) [cf. a utilização dos dois termos no mesmo parágrafo, embora no original o termo utilizado seja *Geltung*], mas não foi feita qualquer intermediação a respeito da tradução.

¹⁰ Em outra perspectiva, Neves (2011, p. 60) aponta que, quando a Teoria Pura “[...] reconhece que um certo grau de ‘eficácia’ do ordenamento jurídico e de uma norma singular é condição de sua ‘vigência’ ou ‘validade’ (‘existência jurídica’) [...]”, Kelsen apenas deixaria um “[...] espaço aberto – sem que essa seja sua vertente – para uma interpretação sociológico-jurídica da relação entre ‘validade’ e ‘eficácia’ [...]”. Contudo, não parece que Kelsen pretendeu deixar o

Procurando uma solução intermediária entre uma teoria idealista de dever-ser da norma jurídica e uma teoria realista do ser natural – o que, de certo modo, soa incompatível com uma postura neokantiana de separação radical entre ser e dever-ser –, Kelsen (1992, p. 218) propõe a seguinte relação:

Da mesma maneira em que a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a estabelece, não se identifica com este ato, a validade do dever-ser de uma norma jurídica não se identifica com a sua eficácia no plano do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição da validade. A eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular não são mais consideradas como válidas se deixarem de ser eficazes.ⁱⁱⁱ

Assim, inobstante identifique como fenômenos diversos entre si, Kelsen admite a possibilidade de uma ineficácia resultar no reconhecimento de sua invalidade, afastando, por consequência, sua vigência. Essa relação é bem sintetizada por Coelho (2001, p. 33):

Em resumo, a validade da norma jurídica está condicionada a três pressupostos: a) competência da autoridade que a editou, derivada da norma hipotética fundamental; b) mínimo de eficácia, sendo irrelevante a sua inobservância episódica ou temporária; c) eficácia global da ordem de que é componente. Atente-se para a precisão do conceito kelseniano: a validade não se confunde com a eficácia, esta é apenas condição daquela. Ou seja, pode-se sintetizar o pensamento kelseniano sobre o assunto na assertiva de que a ineficácia absoluta compromete a validade da norma jurídica. Qualquer outra relação entre validade e eficácia não se pode estabelecer prontamente nos quadrantes da teoria pura do direito.

Ao que parece, a análise de Kelsen aparenta certa confusão na delimitação de ambos os conceitos, os quais, apesar da necessária interligação, são de naturezas distintas. Em que medida a eficácia é condição

espaço tão aberto assim sem que não considerasse como uma vertente do seu raciocínio. Como ele afirma: “This relationship between validity and efficacy is cognizable, however, only from the point of view of a dynamic theory of law dealing with the problem of the reason of validity and the concept of legal order. From the point of view of a static theory, only the validity of law is in question” (KELSEN, 1949, p. 42) [em português, cf. Kelsen (2000, p. 58)]. Do ponto de vista da dinâmica jurídica, essa afirmação não é irrelevante: o intérprete e aplicador do direito pode avaliar a eficácia de uma norma a ser aplicada e justificar, como razão da sua decisão, sua não aplicação pela sua ineficácia. O problema, contudo, é que nem todos os casos de ineficácia, ainda que absoluta, justificam uma invalidade ou uma não aplicação da norma, conforme se verá no capítulo 3.

de validade? O que seria o mínimo de eficácia¹¹? Ademais, um condicionamento de validade formal de uma norma a uma observância razoável (ou eficácia nos termos de Kelsen), além de não dar conta da complexidade das situações possíveis¹², implicaria um fim à pureza do direito: afinal, como a ciência daria conta das normas válidas no plano do dever-ser em um ordenamento se, em primeiro lugar, a própria aferição da validade pode ser afetada pela eficácia no plano do ser?

A insuficiência conceitual para lidar com esses fenômenos não é para menos. Ao afirmar que “apenas separando a teoria do Direito de uma filosofia da justiça, assim como da sociologia, é possível estabelecer uma ciência específica do Direito” (KELSEN, 1949, p. XV)^{iv}, a visão reduzida do direito acaba por inviabilizar um esquema conceitual complexo o suficiente para compreender uma realidade que implica uma ligação necessária entre os problemas de aptidão da norma para produção de efeitos e a efetiva produção dos efeitos, o que só possível a partir de uma compreensão bem articulada entre a vigência e a eficácia de normas jurídicas.

Ehrlich (1986, p. 14), criticando essa incapacidade generalizada dos juristas de perceber o fenômeno jurídico, apontou:

Assim, a jurisprudência¹³, na realidade, não conhece um conceito científico de direito. Da mesma forma como o técnico em construção de estruturas metálicas não está pensando na substância química pura que o químico ou mineralogista designa por metal, mas no

¹¹ Questão tormentosa que pode ser objeto de trabalho a parte e que muitos autores, quando tratam do tema, não problematizam é saber se Kelsen, quando se referia à eficácia como condição da validade, queria significar uma condição *per-quam* ou *sine qua non*, isto é, uma condição pela qual a validade existiria (a suficiência da validade depende da eficácia) ou uma condição sem a qual a validade não existiria (não sendo eficaz, não é válida), respectivamente. A despeito de uma possível controvérsia, ao que parece, o problema persistiria na insuficiente delimitação da ligação entre eficácia e validade. Para uma significação dos termos em latim *per-quam* e *sine qua non*, cf. Lewis (2002, p. 1352).

¹² Kelsen assevera que “[...] não se considera como válida uma norma que nunca é observada ou aplicada. E, de fato uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada *desuetudo*” (2003, p. 237, grifos no original) [na versão alemã, cf. Kelsen (1992, p. 220)]. Ora, e se os motivos da não observância forem técnicos, sociais, econômicos? E se a norma for aplicada pelo juiz, na qualidade de intérprete, mas desconsiderada pelo oficial de justiça, na qualidade de intérprete da decisão e executor da mesma? E, nos casos de legislação simbólica, conforme trabalha Neves (2011, p. 41), como fórmula de compromisso dilatatório, a norma também não seria válida? Quanto ao problema do desuso (*desuetudo*), este será trabalhado mais a frente no terceiro capítulo.

¹³ Convém notar que o termo jurisprudência empregado por Ehrlich tem o sentido específico de estudo do direito.

material cheio de impurezas empregado em suas construções, assim o jurista, quando fala em direito, não está pensando naquilo que em sociedades humanas age na forma do direito, mas [...] somente naquilo que entra em jogo na hora da aplicação da justiça.

A alegoria tenta demonstrar um dos problemas enxergados por Ehrlich (1986, p. 69) no estudo tradicional do direito, em que “o jurista de nossos dias costuma olhar para o mundo como se estivesse dominado pelo direito e pela coerção jurídica”, sendo através dessa cosmovisão que se chega, por exemplo, à compreensão corriqueira do direito como lei e, quando muito, abre-se espaço para o costume, cujos problemas que lhe são pertinentes se resumem “[...] na pergunta de como deve ser um direito que não seja lei”.

É que, para ele, se se parasse para analisar o direito em uma perspectiva histórica, ver-se-ia que essa análise seria nada mais do que um estudo do surgimento e da transformação das instituições sociais (Estado, igreja, família, propriedade, contrato, herança). Assim, a questão fundamental da ciência jurídica poderia ser formulada na seguinte pergunta: “[...] quais as instituições reais que no decorrer do desenvolvimento histórico se transformaram em relações jurídicas e quais os processos sociais que conduzem a isso?” (EHLICH, 1986, p. 70)

Nessa perspectiva, o direito vigeria na sociedade, durante a maior parte do tempo e na grande maioria dos casos, de maneira pacífica, quer dizer, sem que houvesse uma apreciação por parte de tribunais a respeito das relações instauradas no seio da sociedade. Daí Ehrlich (1986, p. 14) ter esclarecido:

Do ponto de vista do juiz o direito é uma regra de acordo com a qual ele deve decidir as controvérsias jurídicas que lhe são apresentadas. Conforme a conceituação dominante, sobretudo na ciência alemã, o direito seria uma regra do agir humano. A regra do agir humano e a regra de acordo com a qual o juiz decide controvérsias jurídicas podem, no entanto, ser coisas muito diversas, pois com certeza os homens nem sempre agem segundo as regras que são aplicadas nas decisões referentes às suas querelas.

Esta foi a tese fundamental de Ehrlich: a concepção de um “[...] direito vivo em contraposição ao apenas *vigente* diante de tribunais e órgãos estatais. O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida.” (1986, p. 378, grifos no original).

Por isso, Ehrlich distinguiu as diferentes espécies de normas jurídicas, especificando as normas de decisão e as normas sociais (ou de condutas). Enquanto as primeiras seriam destinadas especificamente aos tribunais, ou seja, “[...] em primeiro lugar, não uma regra para as pessoas que agem no mundo, mas para as pessoas que as julgam” (EHRlich, 1986, p. 98); as segundas seriam as normas observadas no cotidiano, nas relações do dia a dia, nos casamentos, contratos, na posse de bens, nos arrendamentos, isto é, as regras de organização que, independentemente do cotidiano dos tribunais, seriam utilizadas pelos indivíduos, através de associações, para reger a vida (EHRlich, 1986, p. 37-39).

Entretanto, é visível a hipertrofia no tratamento do direito vivo, desconsiderando o papel que o direito legislado veio a exercer na modernidade. Ehrlich chegou ao ponto de reduzir as regras de organização, as quais dariam origem ao direito, ao hábito, à dominação, à posse e à declaração de vontade, no que ele chama de fatos do direito (1986, p. 71). Inclusive, afirmou que, em última instância, “[...] entre todos os fatos do direito o único original é o hábito” (EHRlich, 1986, p. 93).

A contribuição de Ehrlich, sem dúvidas, foi fundamental para se perceber a necessidade de uma compreensão mais abrangente do direito, a fim de não reduzir o fenômeno jurídico ao que acontece com o direito legislado e a vida jurídica dentro de tribunais¹⁴. Entretanto, como alertou Larenz (1997, p. 86):

É certo que a ordem jurídica, se não a virmos apenas do ponto de vista do juiz decisor mas como um dado sócio-histórico, é a <<ordenação da vida>> *facticamente vigente* numa comunidade jurídica, ou seja, reconhecida como vinculante e obedecida de forma preponderante. Distingue-se de quaisquer outras <<ordens>> pela sua peculiar referência de sentido à *ideia de Direito*. Mas é isto, justamente, que o positivismo sociológico de EHRlich não consegue valorizar, por que lhe falta – tal como ao seu reverso, o positivismo formal da *Teoria Pura do Direito* de KELSEN – o acesso ao domínio do *ser espiritual* das ideias e da sua realização nas obectivações do espírito. Além disso, o positivismo sociológico desconhece a pretensão de obrigatoriedade coenvolvida na validade do Direito, desconhece o sentido *normativo* de todo o Direito. <<Direito>> não é

¹⁴ Kelsen (1949, p. 24-28; 2000, p. 34-40), contudo, ainda estabeleceu críticas a Ehrlich, no sentido de que conceito deste de direito, enquanto ordenamento da conduta humana, seria uma definição, em verdade, de sociedade, nada dizendo a respeito da especificidade do direito, que residiria na técnica específica da previsão de um ato de coerção.

apenas um comportamento regularmente observado: é um comportamento observado com consciência da sua <<retidão>>, de uma *exigência* que nela reside. (grifos no original)

Deixando de lado o problema do *acesso ao domínio do ser espiritual*¹⁵, Larenz foi preciso na crítica à incapacidade do positivismo sociológico de articular o problema da validade do direito e, conseqüentemente, de sua vigência formal com a constatação do fato de que o direito legislado exerce uma pretensão normativa. Aliás, Luhmann (1983, p. 42), criticando a insuficiência da tipologia das normas derivadas dessas concepções sociológicas do direito, apontou:

Não se pode negar que tal tipologia das normas é em princípio correta e fornece um certo grau de orientação. Mas ela não vai além de classificações incapazes de desvendar a interdependência funcional e a relação, em termos de desenvolvimento, entre os diferentes tipos, e muito menos sua relação com outras estruturas cognitivas, com a diferenciação social, etc.

E essa crítica leva ao cerne da parte inicial deste trabalho: apontar uma teoria que seja suficientemente abrangente para elaborar uma tipologia adequada para identificar os casos em que se percebe a falta de vigência social de uma determinada norma ou de um conjunto delas. Para isso, faz-se necessário entender que a positivação do direito, através da legislação e de funcionais equivalentes, é um mecanismo de grande valia para a sociedade contemporânea. Entretanto, disso não pode o jurista entender que há uma desvinculação total entre a pretensão normativa do direito legislado e a realidade para a qual essa pretensão se apresenta, em outras palavras, como esse direito se manifesta nos indivíduos e em outros sistemas sociais.

Assim, é certo que a pretensão normativa do direito se realiza na ideia de que uma das principais funções do direito é a de se estabelecer contrafaticamente, oferecendo um código de orientação minimamente capaz de gerar segurança para o agir em coletividade. No entanto, não se pode descurar que sua capacidade contrafática só pode ser exercida enquanto houver condições para tanto. Desse modo, evita-se uma redução do fenômeno jurídico ao aparelhamento estatal e como código exclusivo de dever-ser, como pretendeu Kelsen, e uma hipertrofia do direito vivo e, em última instância, da

¹⁵ Essa crítica proposta por Larenz não interessa para os fins pretendidos neste trabalho.

consideração do direito como reconhecimento de situações meramente fáticas, nos dizeres de Ehrlich.

Não se olvida que estabelecer uma ponte entre o dever-ser jurídico e sua adaptação ao ser social exige um desafio teórico demasiado extenso¹⁶, o que não se conseguiria fazer dentro dos objetivos desta pesquisa. Contudo, para fins de identificação da falta de vigência social de uma norma, deve-se perquirir a necessidade de uma teoria que, em seu esquema conceitual, abarque a sociedade, em geral, e o direito, em particular, a fim de permitir a compreensão das condições pelas quais uma norma pode exercer sua pretensão normativa sem cair em reducionismos epistemológicos que impedem uma articulação adequada dessas categorias.

2.2 A NECESSIDADE DE UMA TEORIA SOCIAL ABRANGENTE: COMPLEXIDADE COMO CATEGORIA CENTRAL DE ANÁLISE

Encontrar um esquema teórico que possibilite diagnósticos adequados para a sociedade contemporânea pressupõe a superação de algumas categorias centrais do desenvolvimento da ciência moderna como um todo e das ciências sociais em particular, que vieram a criar paradigmas simplificadores do real, os quais operam cortes epistemológicos que impossibilitam uma compreensão dos fenômenos sociais contemporâneos.

Para superar essas concepções reducionistas do fenômeno jurídico, ou melhor, essas correntes teóricas cujos métodos operam uma visão reducionista do Direito, a exemplo de Kelsen e de Ehrlich, faz-se necessário

¹⁶ A título ilustrativo, esses desafios não se dão apenas no mundo jurídico. Algumas éticas contemporâneas, na tentativa de superar o problema da falácia naturalista de Hume (não se pode derivar do ser um dever-ser e vice-versa), procuraram articular essa conexão. Hans Jonas (2003, p. 92-94; 2006, p. 95-96) tentou-o ao considerar o ser vivo como dotado de valor ontológico, o que implicaria uma responsabilidade/dever para com (*für*) esse ser vivo e diante (*vor*) da própria consciência ou de tribunais. Oliveira (2008, p. 249) também atribuiu o mesmo intento à Vittorio Hösle, ao criar a concepção de *silogismo misto*, como um raciocínio cuja premissa maior seria uma sentença normativa, a menor uma sentença descritiva e a conclusão derivada seria normativa, implicando uma derivação, nesse sentido, de dever-ser do ser. Em outro campo de estudo, Searle (1964) procurou superar, ao menos em parte, essa falácia, em um estudo sobre os atos de fala, mais especificamente em relação à promessa, a qual poderia derivar um dever-ser (X deve pagar Y) a partir do ser (X prometeu pagar Y).

perquirir quais são essas categorias centrais que constituem o paradigma¹⁷ científico que lhes subjaz. Só então, a partir da superação desse paradigma, é que se pode identificar uma teoria social suficientemente abrangente para compreender o fenômeno da vigência social das normas.

Não desconhecendo a necessidade de rigor que requer uma análise detalhada de cada movimento histórico de evolução da teoria do conhecimento e de sua apropriação pelas ciências sociais, principalmente em termos de positivismo, faz-se útil aqui o resgate da ideia de “paradigma dominante” concebida por Boaventura de Souza Santos (1995, p. 7 e 10), o qual já alertava que as revoluções científicas do séc. XVI, iniciadas com as descobertas de Copérnico, Galileu e Newton, redundariam em um modelo global de racionalidade do ocidente.

Na luta contra o dogmatismo e a autoridade com os quais a igreja católica dominava o conhecimento durante a Idade Média, esse período de revolução do pensamento ocidental se destacou pela volta da razão como marco do método científico. É com Descartes, na obra *Discurso do Método*, publicada em 1637, que se pode ver, de maneira sistemática, as bases de um método científico que veio permear boa parte do desenvolvimento das ciências que lhe foi posterior.

Quando Descartes (2009, p. 58) resolveu “[...] fingir que todas as coisas que haviam entrado em meu espírito não eram mais verdadeiras que as ilusões de meus sonhos”, constituindo a sua *dúvida metódica*, chegou ao primeiro princípio de sua filosofia: ainda que se pense que tudo é falso, é preciso, pelo mero fato da capacidade de duvidar da verdade das coisas, primeiro existir.

Daí a ideia do “*penso, logo existo*” (DESCARTES, 2009, p. 59) – *cogito ergo sum* –, da qual se extrai a relação que exerce a coisa pensante – *res cogitans* – e a coisa pensada – *res extensa* –¹⁸. Nessa medida, a natureza era encontrada num estado existencial estático que podia ser pensado em sua

¹⁷ O termo paradigma é empregado aqui no sentido sociológico, mais global, estabelecido por Kuhn (1996, p. 175): “[...] it stands for the entire constellation of beliefs, values, techniques, and so on shared by the members of a given community” [em português, cf. Kuhn (1998, p. 218)].

¹⁸ É dessa separação que advém o “dogma of the Ghost in the Machine” (RYLE, 2009, p. 5). Para críticas sobre não só sobre as premissas adotadas por Descartes mas também pelos erros categoriais, cf. Ryle (2009, p. 5-13).

totalidade quando compreendidas suas leis de funcionamento. A ideia era fundamentar um conhecimento em bases sólidas e seguras em contraposição ao conhecimento mítico e religioso formado na era medieval.

O mundo mecânico desenvolvido por Descartes tinha como pressuposto a premissa de que os acontecimentos físicos passados ocorrem no presente e irão continuar ocorrendo no futuro. Ao se identificar essas regularidades, era permitido ao homem conhecer das leis que determinam os fenômenos. Para todo efeito, existe uma causa. Se se consegue conhecer a causa, consegue-se prever o efeito dela decorrente.

Isso, fatalmente, trouxe uma concepção de mundo que procurava um reducionismo como condição necessária para o conhecimento. O segundo preceito do seu método era claro nesse sentido, quando pretendia “dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas fosse possível e necessário para melhor resolvê-las” (DESCARTES, 2009, p. 34).

Não à toa vinha à tona o princípio da parcimônia estabelecido pela navalha de Ockham: entidades não devem ser multiplicadas além da necessidade (BLACKBURN, 1996, p. 268)¹⁹. O método cartesiano, por conseguinte, apresentava-se como analítico por excelência. A complexidade deveria ser decomposta, o quanto possível, em partes. O entendimento dessas partes, portanto, levaria ao entendimento do todo.

As consequências da criação desse método sistemático e rigoroso é que levaram Santos (1995, p. 18) a afirmar que:

No século XVIII este princípio precursor é ampliado e aprofundado e o fermento intelectual que daí resulta, as luzes, vai criar condições para a emergência das ciências sociais no século XIX. A consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista.

De fato, é forte a fundamentação que as primeiras ciências sociais retiraram do quadro teórico das ciências naturais²⁰. Durkheim (2007, p. 18), por

¹⁹ Verbete apresentado: “Ockham’s razor: The celebrated principle of Ockham that *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*: entities are not to be multiplied beyond necessity. A watchword for many reductionist and nominalistic philosophies.”

²⁰ Prigogine (1996, p. 113), por exemplo, ao perquirir o papel da instabilidade na mecânica clássica, chega a afirmar que ela é “[...] a ciência que fundamenta nossa visão de uma natureza regida por leis deterministas e reversíveis em relação ao tempo [...]”.

exemplo, visualizava no empirismo de Bacon um modo de proceder característico das ciências físicas que deveria ser transportado para a sociologia: a análise de coisas e não de ideias. O próprio Durkheim (2007, p. 19-20) lembrava da física social, em que Comte “[...] proclamou que os fenômenos sociais são fatos naturais, submissos a leis naturais”, para defender que a sociologia, se se pretendesse objetiva, deveria entender que fatos sociais são como coisas: externos, observáveis e mensuráveis.

Notavelmente, não foram poucas as contribuições para o desenvolvimento da teoria do conhecimento que ocorreram nesse interregno. O ceticismo irracionalista de Hume (1964, p. 99), que apresentou os primeiros problemas do conhecimento científico fundado na indução²¹, foi um exemplo. O giro copernicano provocado por Kant (1920, p. 82), ao procurar pelas condições de possibilidade do próprio conhecimento acerca da natureza, chegou à conclusão de que “o intelecto não extrai as suas leis (*a priori*) da natureza, mas prescreve à natureza as suas leis”^v, afirmando ser impossível o conhecimento das coisas em si mesmas e colocando todas as relações de conhecimento a partir do e no próprio sujeito cognoscente.

A lista poderia ainda ser estendida a tantos outros. Buscando tornar menos radical o transcendentalismo de Kant²² e na tentativa de subverter o ceticismo de Hume, Popper (2006, p. 293-295) tentou demonstrar que seria possível dar um caráter mais racional e empírico ao conhecimento científico, partindo da ideia de que, embora não se pudesse garantir que qualquer teoria fosse verdadeira, seria plausível estabelecer critérios que identificassem uma

²¹ A crítica de Hume (1964, p. 99) foi precisa quando ressaltou: “reason can never satisfy us that existence of any object does ever imply that of another; so that when we pass from the impression of one to the idea or belief of another, we are not determined by reason, but by custom, or a principle of association”. Com isso, ele desmontou a ideia de que, por maior que seja a quantidade de vezes que uma indução é testada e verificada, confirmando afirmações singulares, jamais uma afirmação universal daí derivada poderia ser assegurada com certeza plena: o salto indutivo não passaria de uma crença fundada no costume. Nem mesmo um recuo para probabilidades foi capaz de salvar o problema da indução (CHALMERS, 1993, p. 40-43).

²² Adequando a conclusão de Kant ao seu esquema teórico, considerando que a razão é invariavelmente bem sucedida em sua tarefa, Popper (2006, p. 262) chega a reformular a assertiva daquele: “O nosso intelecto não extrai as suas leis da Natureza, mas tenta – com graus variáveis de sucesso – impor à Natureza leis que livremente inventa”.

teoria como falsa²³, conseguindo, com isso, um progresso em direção à verdade²⁴.

Também, não se poderia deixar de mencionar, ainda que *en passant*, a reviravolta linguístico-pragmática, a qual se tornou um novo paradigma da teoria do conhecimento como um todo na reflexão de que “[...] não existe mundo totalmente independente da linguagem, ou seja, não existe mundo que não seja exprimível na linguagem” (OLIVEIRA, 2006, p. 13), realocando o problema das condições de possibilidade do conhecimento para a própria linguagem, a qual passa a ser entendida como a “[...] condição *transcendental* de possibilidade de todo o sentido e validade” (HERRERO, 2008, p. 167), ou seja, o médium intransponível de todo o pensar e agir.

Sem pretender esgotar o desenvolvimento da teoria do conhecimento e dos seus reflexos nas ciências sociais e nas ciências naturais²⁵, para os fins propostos neste trabalho, basta identificar, por ora, uma base em comum. Aqui, é aguçado o alerta de Edgar Morin (2011, p. 11) quanto a um “paradigma de simplificação”, marcado por princípios de disjunção, de redução e de abstração, que lança mão de um modelo determinístico da

²³ Essa tese falsificacionista pode ser vista na metáfora do alpinista utilizada por Popper (2006, p. 307): “A posição da verdade no sentido objetivo – de correspondência com os factos – e o seu papel como princípio regulador podem ser comparados aos do cimo de uma montanha habitualmente envolto em nuvens. Um alpinista pode não ter simplesmente dificuldade em lá chegar – ele pode não saber se lá chegou, por ser incapaz de distinguir, no meio das nuvens, entre o cume principal e um pico secundário. No entanto, isso não afecta a existência objectiva do cume. E se o alpinista nos disser: ‘Estou em dúvida se atingi ou não, efetivamente, o cume’, estará, por conseguinte, a reconhecer implicitamente a existência objetiva do cume. Vemos assim que a própria ideia de erro ou de dúvida (no seu sentido normal e imediato) implica a ideia de uma verdade objetiva que podemos não conseguir alcançar”.

Ainda que possa ser impossível para o alpinista ter alguma vez a certeza de haver atingido o cume, ser-lhe-á frequentemente fácil aperceber-se de que não o alcançou (ou de que ainda não o alcançou) – por exemplo, quando se vê obrigado a retroceder perante uma escarpa pendente.

²⁴ Embora tenha havida uma ampla aceitação de sua teoria, não foram poucas as críticas. Chalmers (1993, p. 202-203), por exemplo, aponta o fracasso da noção de progresso a partir da aproximação da verdade quando se descobre, à luz de teorias novas, que conceitos e propriedades da antiga são falsos, o que torna todas as deduções desta também falsas. Assim, como o conteúdo de verdade de uma teoria substituída é sempre igual a zero, então não haveria como se avaliar uma situação de progresso.

²⁵ Apenas a título ilustrativo desse paralelismo, tomando a influência de Kant no desenvolvimento das ciências naturais, Popper (2006, p. 248) chega a dizer que “há um clima kantiano de pensamento, sem o qual as teorias de Einstein ou Bohr dificilmente seriam concebíveis; e Eddington poderia ser considerado, sob certos aspectos, mais kantiano do que o próprio Kant”.

natureza e que configura a constelação teórica na qual vai se desenvolver a ciência posterior a Descartes.

A disjunção é encontrada na separação radical entre o sujeito pensante e a coisa entendida, entre filosofia e ciência, impossibilitando as comunicações entre conhecimento científico e reflexão filosófica (MORIN, 2011, p. 11). A redução é o processo de simplificação do real, que fragmenta e esfacela o real para entendê-lo, acreditando que, por detrás da complexidade aparente dos fenômenos, há uma ordem natural que pode ser acessada e compreendida, resultando em uma operacionalidade que desintegra os seres e os entes para criar uma realidade de tal forma abstrata que é incapaz de conceber o uno e o múltiplo ao mesmo tempo (MORIN, 2011, p. 11-12).

É nesse ponto que Morin (2011, p. 12) chega, inclusive, a caracterizar esse conhecimento de “inteligência cega”, a qual “[...] destrói os conjuntos e as totalidades, isola todos os seus objetos do seu meio ambiente. Ela não pode conceber o elo inseparável entre o observador e a coisa observada”.

Pode-se destacar que as propostas de superação desses paradigmas, como o dominante e o emergente, não são poucas²⁶. Contudo, não se pode deixar de verificar que esses paradigmas trazem em si um arcabouço epistemológico de redução e de especialização do conhecimento. Não se trata de dizer que a redução não tenha sua utilidade, mas apenas de que não se pode prescindir de reconhecer o real em sua complexidade, no sentido de que qualquer teoria que pretenda descrever a sociedade não pode, simplesmente, desconsiderar todos os fatores, na medida do possível, que influenciam ou podem influenciar o diagnóstico a ser dado. Trata-se de reconhecer que “o simples não passa dum momento arbitrário de abstracção arrancado às complexidades [...]” (MORIN, s/d, p. 344)

²⁶ Tanto Boaventura como Morin, por exemplo, possuem suas próprias propostas. Pode-se verificar a ideia de um “paradigma emergente” no primeiro (SANTOS, 1995, p. 36-58), a partir das ideias de que todo conhecimento científico-natural é científico-social, de que todo conhecimento é local e total, de que todo conhecimento é autoconhecimento e de que todo conhecimento científico visa constituir-se em senso comum; e a de um “paradigma da complexidade” no segundo (MORIN, 2011, p. 73-75), a partir de três princípios: dialógico, que remete a associações de termos ao mesmo tempo complementares e antagônicos; recursivo, que compreende os processos em que produtos e feitos são causas e produtores do que os produz; e hologramático, em que a parte está no todo, mas o todo também está na parte.

Assim, a categoria da complexidade pode ser elencada como pressuposto fundamental de toda teoria social que se pretenda minimamente capaz de conceber esquemas teóricos adequados de descrição da sociedade, inclusive do direito, enquanto parte dela. Como lembra Morin (2011, p. 13):

O que é a complexidade? A um primeiro olhar, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido junto²⁷) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico.

Com essa ideia de tecido junto, Morin aponta, tal como num tecido, todas as linhas que se entrecruzam para formar o produto final. Trata-se, em outras palavras, de evitar cortes epistemológicos arbitrários que podem alterar a compreensão do fenômeno que se pretende entender. Segue-se a essa ideia de complexidade a necessidade de se utilizar conceitos de outra ordem, isto é, macroconceitos, os quais devem estar “[...] sempre abertos para um *Umwelt*, um meio que é *eco* para eles e que lhes faz *eco*”, sendo conceitos “[...] abertos para um além, um *meta* de que estão cada vez menos dissociáveis quando são cada vez mais complexos” (MORIN, s/d, p. 345).

Aqui, pode-se encontrar na teoria do sistemas de Luhmann (1997a, p. 60) uma teoria adequada para essa necessidade, que inaugura todo um referencial teórico à luz dos modernos desenvolvimentos de outros campos do conhecimento, como da teoria geral dos sistemas, das ciências cognitivas, da cibernética, da teoria da comunicação e da teoria da evolução. Uma das preocupações de Luhmann (1997b, p. 69) era justamente superar os obstáculos epistemológicos criados pelas concepções clássicas da sociologia, enraizadas nos desenvolvimentos teóricos do séc. XVIII, por exemplo, ação, razão, exploração²⁸, emancipação.

²⁷ Embora forneça uma delimitação semântica adequada do conceito de complexidade, não se trata de uma tradução literal do termo, que vem do latim *complexus*, significando “*surrounding, encompassing, encircling, embracing, embrace, etc.*” (LEWIS, 2002, p. 391), como partícipio passado de *complecti*, significando “cercar, abarcar, compreender” (HOUAISS, 2009).

²⁸ Luhmann (1997b, p. 70) chegou a dizer que conceitos como “exploração”, que se referem à ideia de estratificação, não passam de mitologias, de forma que, em favelas, por exemplo, não há nada o que se explorar. O problema, por outro lado, deveria ser visto não como de hierarquia social, mas como de inclusão/exclusão.

Com um esquema conceitual que se pretende adequado para descrever as sociedades modernas, esse referencial preenche a necessidade de articular, de maneira abrangente, a ideia de complexidade, tendo-a como elemento central de sua teoria. Da mesma forma, propõe um novo paradigma repleto de macroconceitos, tais como identidade/diferença e sistema/ambiente²⁹.

Não se olvida, entretanto, que, para Luhmann (1997a, p. 136), complexidade³⁰ ganha alguns contornos próprios, não sendo considerada “[...] uma operação, não é algo que um sistema faz e nem algo que aconteça nele, senão um conceito de observação e descrição – inclusive auto-observação e autodescrição”^{vi}. Trata-se, portanto, da forma como um observador descreve um determinado estado de coisas como complexo, a depender de como esse observador capturou a multiplicidade de eventos envolvidos em termos de elementos e relações.

Disso depreende-se um paradoxo da unidade de uma multiplicidade, em que se reputa a um estado de coisas a possibilidade de várias combinações entre os seus elementos e suas relações. Como “qualquer estado complexo de coisas baseia-se em uma seleção das relações entre os elementos, os quais, por sua vez, são utilizados para constituir-se e observar-se” (LUHMANN, 1991, p. 47), toda seleção efetivamente realizada é observada como contingente, já que outras combinações distintas seriam igualmente possíveis. O fenômeno é bem ilustrado por Campilongo (2011, p. 79):

Complexidade é o mesmo que pluralidade de alternativas. Contingência significa que, se a decisão, hoje, recaiu sobre a hipótese x, nada impediria que, legitimamente, tivesse recaído sobre a alternativa y, ou que, no futuro, recaia sobre a via z. Vale dizer, quanto mais complexa e contingente a sociedade, mais escassas as chances de decisões consensuais (diante da multiplicidade das

²⁹ Esses conceitos serão explicitados no capítulo 2. Por ora, basta reconhecer que a construção teórica de Luhmann, atendendo à exigência da utilização de conceitos de outra ordem, isto é, macroconceitos no sentido de Morin (2011, p. 345), apresenta-se como adequada para esta pesquisa, pois oferece um esquema conceitual capaz de articular o problema da falta de vigência social.

³⁰ Em seu período pré-autopoiesis, Luhmann (1983, p. 45) dava a entender por complexidade a ideia de que “[...] sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar”. Esse conceito foi desenvolvido ao lado do conceito de contingência, que remete ao “[...] fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas” (1983, p. 45). Isto é, por mais que se espere um acontecimento, sempre estará presente o risco da frustração.

escolhas) e mais nítidas as artificialidades que informam o processo decisório (dada sua contingência). Em razão dessas características, decidir equivale a fazer escolhas árduas, em curto espaço de tempo, sobre matérias não rotinizadas e com consequências sociais imprevisíveis.

Assim, é suficiente dizer que esse referencial teórico apresenta uma superação desses paradigmas apontados como obstáculos à descrição do direito contemporâneo e trabalha a ideia de complexidade como categoria fundamental de seu arcabouço conceitual, apresentando-se como uma teoria adequadamente abrangente para os fins deste trabalho.

Contudo, cumpre observar que, antes de utilizá-la para uma aplicação em contextos outros que não o em que foi desenvolvida, é necessário proceder a uma intermediação histórica, tendo em vista que se trata de uma teoria desenvolvida por um alemão e que se firma num contexto histórico ocidental diverso, embora conexo, com o de outros países.

2.3 MODERNIDADE E INTERMEDIÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DOS SISTEMAS

Justificada a escolha pelo referencial teórico da teoria dos sistemas, cabe destacar que uma mediação histórica deve ser feita. Tratando-se de uma teoria desenvolvida dentro de um contexto europeu específico, qual seja a Alemanha, deve-se verificar se é possível sua importação para outros contextos, por exemplo, o brasileiro. Essa mediação, portanto, visa evitar uma apropriação indevida de um referencial teórico que será utilizado para análise de casos que perpassam a formação histórico-social em que foi desenvolvido.

Luhmann (1997a, p. 16 e ss.; 2006a, p. 5 e ss.) tinha como objetivo, ao construir sua teoria da sociedade, criar um esquema conceitual que possuísse uma semântica adequada para descrever a estrutura da sociedade moderna. A relação de complexidade, encontrada na estrutura, deveria, portanto, dar-se também no nível da semântica de sua autodescrição³¹ – tarefa

³¹ Adianta-se que, para Luhmann (2006a, p. 893-894; 1997a, p. 1128), uma teoria da sociedade só é possível na sociedade. Assim, a sociologia é um subsistema parcial da ciência, que é, por sua vez, um subsistema parcial da sociedade. Portanto, a descrição sociológica da sociedade nada mais é do que uma autodescrição parcial da sociedade, que concorre com outras descrições.

de que a sociologia clássica, de acordo com Luhmann (1992a, p. 18; 1997c, p. 19), não era capaz de dar conta.

Contudo, o conceito de sociedade moderna tem suas raízes em um contexto histórico específico, qual seja o europeu do século XVIII. Assim, generalizar a semântica da teoria dos sistemas para o resto do mundo pode ensejar uma reposição de “[...] ideias europeias, sempre em sentido impróprio”, no sentido de ideias fora do lugar³², como advertia Schwarz (2000, p. 29) no contexto brasileiro.

Compartindo da mesma preocupação, Neves (1994, p. 265), utilizando-se da divisão entre modernidade central e periférica, atestou como “[...] intransponível o modelo luhmaniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica, destacadamente no Brasil”. Sobre o mesmo problema de adequação da teoria dos sistemas a outros contextos, voltando-se, porém, para o direito brasileiro³³, externou Villas Bôas Filho (2009, p. XXXIII):

Nota-se portanto, que a teoria dos sistemas tem por finalidade precípua a análise da sociedade moderna, caracterizada pelo primado da diferenciação funcional de seus subsistemas. Entretanto, essa teoria, por maior que seja sua generalidade e seu nível de abstração, encontra limitações empíricas que não podem ser desconsideradas. Surge então a questão relativa aos pressupostos que seriam indispensáveis à sua aplicação na descrição do direito brasileiro. Em primeiro lugar, deve-se tomar em conta a necessidade de adequação entre teoria e sociedade, sobretudo porque, na perspectiva de Luhmann, as descrições teóricas acerca da sociedade são operações autológicas, por meio das quais a própria sociedade se auto-observa e se autodescreve, o que implica uma compatibilidade entre o nível de complexidade da teoria e o da sociedade por ela descrita. Portanto, uma primeira condição indispensável consiste na possibilidade de a sociedade brasileira ser caracterizada como moderna, pois, caso contrário, não há razão para pretender aplicar-lhe um instrumental que foi desenvolvido essencialmente para a descrição de contextos sociais modernos [...]

De fato, qualquer diagnóstico a respeito do direito mundial não pode prescindir de uma análise das contingências históricas e das conseqüentes formações de suas estruturas sociais não só a nível mundial como a nível local.

³² Uma acepção crítica dessa posição é encontrada em Neves (2013b, p. 184, nota de rodapé 40), que sugere: “diversamente, cabe falar em ideias em outro lugar (a respectiva unidade político-jurídica em que elas se deslocaram) e, ao mesmo tempo, paradoxalmente, no mesmo lugar (a sociedade mundial).”

³³ Frisa-se a imprecisão conceitual de Villas Bôas Filho quando utiliza os termos “direito brasileiro” e “sociedade brasileira”, os quais são incompatíveis com a teoria luhmaniana, que toma a sociedade e o direito como mundiais.

Também, não é despidendo o alerta de que enquadrar em determinados *frameworks* movimentos históricos ou eleger algumas características gerais como definidoras de determinados contextos histórico-sociais sempre traz um risco duplo: obscurecer características outras que podem ser, de igual modo, relevantes e tornar um conceito demasiado rígido de forma que não seja capaz de dar conta da realidade que pretende representar.

Embora os contextos históricos e culturais que aqui serão trabalhados, eventualmente, sejam distintos daqueles nos quais a teoria foi desenvolvida, a própria ideia de modernidade pode funcionar como elemento de análise da compatibilidade entre eles. Para isso, é preciso, em primeiro lugar, compreender o que significa modernidade no contexto europeu a que se reportava Luhmann e, em segundo lugar, avaliar em que medida pode-se transcendê-lo, no que tange ao seu desenvolvimento histórico-cultural em outros locais do globo.

É de se notar que o conceito de modernidade não é unívoco e enfrenta desafios consideráveis, como a ampla diversidade de sentidos. Talvez, pela extensa ambiguidade do termo, o melhor seria falar em “múltiplas modernidades” (EISENSTADT, 2000, p. 2-3), já que a:

[...] modernidade continua a ter um inegável impacto global, mas esse impacto é de tal forma radicalmente mediado por experiências históricas e culturais de cada sociedade que faz mais sentido falar do conceito no plural (FOURIE, 2012, p. 54)^{vii}.

Inobstante as críticas que podem ser tecidas³⁴ a essa teoria, uma importante implicação é viabilizar “[...] análises de auto-compreensões [sociais] e suas transformações de tal modo que se torna possível comparações entre sociedades”^{viii} (WAGNER, 2010, p. 56). Contudo, se se parte de uma avaliação que toma a sociedade como mundial, não se pode negar que qualquer análise da sociedade nada mais é do que uma autocompreensão de contextos comunicativos entre si.

Nesse sentido, é paradigmática a análise de Weber (1999, p. 3-4), comparando o desenvolvimento da ciência, da arte, da historiografia, da

³⁴ Fourie (2012, p. 59-60) elenca três significativas: (1) a deturpação da compreensão de teorias predecessoras e contemporâneas sobre a modernidade, (2) às vezes apresenta confusões ontológicas, principalmente em relação a sua unidade de análise, a qual se baseia no conceito de civilizações, e (3) a sua própria definição de modernidade.

política, do funcionalismo público, do mundo oriental com o peculiar desenvolvimento que esses mesmos campos obtiveram no mundo ocidental:

Mas, país e tempo algum experimentaram jamais, no mesmo sentido que o moderno Ocidente, a absoluta e completa dependência de toda a sua existência, das condições políticas, técnicas e econômicas de sua vida, de uma organização de funcionários especialmente treinados, funcionários técnica, comercial e, acima de tudo, juridicamente treinados, detentores das mais importantes funções cotidianas na vida social.

Sob o enfoque do nascimento de um processo de racionalização específico do mundo europeu, propiciado por uma ética protestante e por um espírito do capitalismo moderno, Weber (2004, p. 106) identificou a marca da modernidade no processo que ele denominou de “desencantamento do mundo”³⁵: a eliminação da *magia* como meio de salvação [...]”, em que a religião, referida por Weber como *magia*, começa a perder sua capacidade de fundamentar as visões de mundo.

Nesse ponto, Habermas (2000, p. 4) aponta o que “[...] Weber descreveu do ponto de vista da racionalização não foi apenas a profanação da *cultura* ocidental, mas, sobretudo, o desenvolvimento das *sociedades modernas*”, resultando na caracterização da modernidade europeia como

[...] um conjunto de processos cumulativos e de reforço mútuo: à formação de capital e mobilização de recursos; ao desenvolvimento das forças produtivas e ao aumento da produtividade do trabalho; ao estabelecimento do poder político centralizado e à formação de identidades nacionais; à expansão dos direitos de participação política, das formas urbanas de vida e da formação escolar formal; à secularização de valores e normas etc. (HABERMAS, 2000, p. 5)

O detalhe fundamental enxergado por Habermas (2000, p. 3) foi precisamente perceber que esse processo de racionalização como processo de desencantamento acarretou a formação de várias esferas culturais de valor:

As ciências empíricas modernas, as artes tornadas autônomas e as teorias morais e jurídicas fundamentadas em princípios formaram esferas culturais de valor que possibilitaram processos de

³⁵ É curioso notar que esse conceito central na caracterização da modernidade em Weber não constava na primeira versão da *Ética protestante e o espírito do capitalismo*, publicada em dois ensaios nos anos de 1904 e 1905. O termo “desencantamento do mundo” só veio a ser acrescido na versão de 1920, quando Weber reúne os ensaios numa edição revista e ampliada. No original, *Entzauberung der Welt*, literalmente quer expressar “desmagificação” do mundo. Cf. também o glossário na edição da Companhia das Letras (WEBER, 2004, p. 282).

aprendizado de problemas teóricos, estéticos ou prático-morais, segundo suas respectivas legalidades internas.

Esse é o ponto de partida pelo qual Luhmann compreende o movimento histórico a partir do qual se divide a sociedade moderna³⁶, como um produto da diferenciação funcional da sociedade em vários subsistemas sociais. Tratando a sociedade como comunicação e unicamente comunicação, Luhmann (2006a, p. 858-859; 1997a, p. 1083-1084) identifica o estabelecimento da sociedade moderna como sociedade mundial³⁷, cuja diferenciação interna se dá de tal forma que passam a existir diferentes subsistemas com uma autonomia própria, sendo que nenhum é capaz de gerar, como outrora o fez a religião, uma regulação central para todos os outros.

Esse processo de “diferenciação funcional é um arranjo histórico específico que tem se desenvolvido desde a baixa Idade Média e sua disrupção foi reconhecida apenas na segunda metade do século XVIII” (LUHMANN, 1997b, p. 70)^x. Para Luhmann (1997b, p. 71), o conceito de diferenciação é concebido como um processo de reprodução de sistemas dentro de sistemas, de fronteiras dentro de fronteiras e, para sistemas que observam, molduras dentro de molduras e distinções dentro do distinto. Iniciando nos domínios da economia, depois na ciência e nas artes, como bem observa Neves (2009, p. 22):

A diferenciação funcional em face do amálgama pré-moderno de política e moral religiosa no topo da pirâmide social ocorre inicialmente no âmbito da economia (a eficiência lucrativa distingue-se do bem e do politicamente dominante), da ciência (a verdade independente da moral religiosa e do poder) e da arte (o “belo” ou apropriado esteticamente torna-se autônomo em relação à bondade moral religiosamente fundada). Trata-se de processos sociais traumáticos, com consequências destrutivas para o ambiente biológico e psíquico dos sistemas sociais, para “corpo” e “alma”: basta pensar em Galileu Galilei no âmbito da ciência (não nos

³⁶ Teubner (1997, p. 155) chega a dizer que a contribuição da teoria dos sistemas de Luhmann, além de refinamentos e acréscimo de consideráveis detalhes, radicalizou a tese de Weber do politeísmo nos seus três elementos: pluralidade, Deus e conflito.

³⁷ Aliás, para Luhmann (1997b, p. 67), ninguém duvidaria da existência de uma sociedade global: “Whether we watch the BBC news in Brisbane, Bangkok or Bombay, its programme preview indicates Hong Kong time and other times so that we can calculate what to see and when to see it wherever we are. And the news come all over the world, not just from England. Wherever people have money to spend, they find supermarkets and boutiques aptly named to remind us of an American or a French background, whether or not the items on display retain any connection with American or French culture”.

esqueçamos, porém, em um campo bem diverso, de *Romeu e Julieta*, alegoria trágica da pretensão moderna de autonomia do amor em relação à política, e à família, pretensão que só vai se realizar bem mais tarde, impulsionada também pela literatura romanesca).

Na política e no direito, isso só foi possível a partir dos movimentos constitucionalistas do século XVIII. A própria ideia de Constituição se apresenta como uma aquisição evolutiva da modernidade (LUHMANN, 1990b, p. 176-177), dentro de uma inovação semântica que somente foi possível diante da diferenciação funcional entre aqueles dois subsistemas, inclusive possibilitando essa diferenciação.

O fato é que boa parte desse processo de modernização, seja como apresentada por Weber ou por Luhmann, pode ser criticado tanto no nível da sociedade mundial como no nível de contextos onde o processo de formação histórico-social se deu de maneira diversa daquele por eles analisados. Um exemplo em nível local é a própria descrição do Brasil em termos de modernidade. Conforme Villas Bôas Filho (2009, p. 180):

[...] o tema relativo à modernidade brasileira incita grande controvérsia. É possível afirmar que, das análises clássicas às contemporâneas, para não se aludir à interpretação do senso comum, a questão do atraso aparece, de modo dominante, como aspecto distintivo da realidade brasileira. Nesse estado de coisas, podem ser identificados posicionamentos os mais variados que engendram uma miríade de interpretações acerca do Brasil.³⁸

Já no que tange ao nível da sociedade mundial, interessante é a crítica encabeçada por Neves (1994, p. 260-261), o qual destacou alguns problemas na concepção de uma diferenciação funcional mundial, principalmente quando se observa a falta de “[...] cidadania como integração jurídica igualitária na sociedade [...]”, apresentando-se relações de subintegração e sobreintegração no sistema constitucional de países periféricos. Nestes, “o Estado é permanentemente bloqueado pelos particularismos dos interesses econômicos e políticos concretos, a partir tanto dos privilégios da sobrecidadania quanto das premências da subcidadania” (NEVES, 1994, p. 268).

³⁸ Villas Bôas Filho (2009, p. 177-187), em sua tese, percorre as interpretações feitas por Sérgio Buarque de Holanda, Gilberto Freyre, Caio Prado Jr., Raymundo Faoro, Roberto DaMatta, incluindo as perspectivas de Jessé Souza e Adrián Gurza Lavalle.

É que, na interpretação de Neves (1994, p. 259) do modelo de Luhmann, a ideia de “[...] cidadania³⁹ pode ser lida como inclusão de toda a população na ‘prestação dos sistemas sociais’, ou seja, acesso/dependência aos seus benefícios, vantagens e regras”. Assim, diferentemente do que ocorreu nos países da modernidade central, marcados pela diferenciação funcional das esferas do agir e do vivenciar, para Neves (1994, p. 261), essa relação de inclusão como acesso e dependência não foi e não é realizada nos países da modernidade periférica, como o Brasil; ao menos, não simultaneamente.

A inclusão nos países periféricos, portanto, só é feita de maneira assíncrona e parcial, de forma que:

Do lado dos subintegrados, generalizam-se as relações concretas em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, embora eles permaneçam dependentes de suas prescrições impositivas. Portanto, os subcidadãos não estão excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. [...] E isso vale para o sistema jurídico como um todo: os membros das camadas populares “marginalizadas” (a maioria da população) são integrados ao sistema, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores. (NEVES, 1994, p. 261)

Por outro lado, segue-se a “[...] sobreintegração de grupos privilegiados, que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do Direito” (NEVES, 1994, p. 261). Enquanto os subcidadãos são inclusos por baixo, somente em relação à dependência das prestações dos subsistemas sociais, os sobrecidadãos são inclusos por cima, somente em relação aos benefícios.

³⁹ Nota-se que o termo “cidadania” não é utilizado expressamente por Luhmann (1981a, p. 25), o qual alude tão somente ao conceito de inclusão (*Inklusion*), enquanto princípio sociológico, como inclusão (*Einbeziehung*) da população às prestações dos subsistemas sociais, significando acesso a essas prestações e dependência delas. No original: “Der Begriff der Inklusion meint die Einbeziehung der Gesamtbevölkerung in die Leistungen der einzelnen gesellschaftlichen Funktionssysteme. Er betrifft einerseits *Zugang* zu diesen Leistungen, andererseits *Abhängigkeit* der individuellen Lebensführung von ihnen”. Assim, ao que parece, o termo “cidadania”, como empregado por Neves (1994, p. 259), equivale ao de inclusão não como princípio sociológico, mas como capacidade de acesso de pessoas às prestações dos sistemas sociais.

Esse diagnóstico dado por Neves (1994, p. 264-266) é fundamental para uma mediação histórica da teoria dos sistemas de Luhmann, principalmente no que tange ao sistema jurídico. Para os contextos caracterizados como “modernidade negativa”, onde “[...] não há espaço para a cidadania”, ao invés de uma autonomia forte dos sistemas sociais como condição de sua autopoiese, está presente a “alopoiese do Direito”⁴⁰, marcada pelo “[...] insuficiente fechamento operacional (auto-referência), que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico.” Assim, são frequentes os casos em que:

A tendência é a instrumentalização política do Direito, seja por meio da mutação casuística das estruturas normativas, principalmente durante os períodos autoritários, ou mediante o jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa. (NEVES, 1994, p. 265)

Diante dessas críticas que lhe foram direcionadas, Luhmann (2013, p. 27) parece mitigar sua posição original a respeito do primado da diferenciação funcional da sociedade moderna mundial, mormente quando trata de países da modernidade periférica, em que “abre-se um abismo quase insuperável entre um âmbito de inclusão e um de exclusão; abismo este que tende a assumir a função de uma diferenciação primária do sistema da sociedade”.

O importante, não obstante ainda se possam tecer algumas críticas aos posicionamentos apresentados de Luhmann e Neves⁴¹, é esclarecer que, a

⁴⁰ Cumpre observar a crítica de Villas Bôas Filho a essa concepção de que o Brasil enfrenta uma modernidade negativa e de que o seu sistema jurídico é alopoiético. Valendo-se de Sérgio Buarque de Holanda e de Norbert Elias, no que tange a uma pluralidade de vias de acesso à modernidade, Villas Bôas Filho (2009, p. 329) defende que “[...] é possível afirmar que nem a modernidade brasileira é negativa, nem o seu sistema jurídico é propriamente alopoiético, visto que essa caracterização implicaria toma-los em termos de contrapartida de processos valorados abstratamente como positivos [...]”.

⁴¹ Souza (2013, p. 151) levanta a tese de que “[...] a teoria sistêmica e suas explicações acerca do que distingue as sociedades centrais e periféricas, na realidade, repetem, com um linguajar cibernético, os pressupostos clássicos da teoria da modernização conservadora ainda hoje dominante no debate internacional acerca dessas questões”. Nesse sentido, a descrição de Luhmann acerca da modernidade periférica nada mais seria que do que uma tradução sociológica do senso comum da vida cotidiana dos brasileiros, tais como “criarem dificuldades para vender facilidades” ou “transformar direito em favor” (SOUZA, 2013, p. 156), chegando a dizer, inclusive, que esse referencial teórico “[...] é a ‘idealização’ das sociedades avançadas como reino da competição justa e da efetiva superação de privilégios permanentes que exige uma distinção substantiva e um corte teórico que separe a análise desses dois tipos de sociedade” e, de igual forma, “[...] é a ‘demonização’ das sociedades periféricas como reino da

despeito de pretender-se universal, esse esquema teórico é marcado por contingências históricas específicas que, se não utilizado com as devidas intermediações, pode ensejar uma aplicação anacrônica e deslocada, obstando, portanto, os fins propostos neste trabalho, qual seja a utilização da teoria dos sistemas para a construção do conceito de vigência social.

corrupção e do engodo que permite sua oposição com regras de funcionamento fundamentalmente distintas das sociedades avançadas” (SOUZA, 2013, p. 157). Do mesmo modo, Souza (2013, p. 162) critica Neves por apenas conferir “[...] aparência de ‘modernidade’ e sofisticação à velha interpretação forjada por Sérgio Buarque (invertendo o mito nacional de Gilberto Freyre sem o criticar nos seus pressupostos), repetida e aprofundada por Raimundo Faoro e renovada, mais recentemente, por Roberto DaMatta”, no sentido de que a tese levantada por Neves, qual seja a de que na América Latina “[...] o aumento da complexidade não teria levado à construção de sistemas funcionais autônomos” (SOUZA, 2013, p. 166), em outras palavras, “[...] o primado da diferenciação funcional para a existência de uma sociedade mundial não se realiza a não ser nos países avançados” (SOUZA, 2013, p. 167), apenas repetiria uma “[...] ‘idealização ingênua’ das sociedades centrais como ‘virtuosas e justas’, mas, também, uma percepção distorcida e superficial da realidade social como um todo em qualquer lugar, seja nas sociedades centrais, seja nas sociedades periféricas (SOUZA, 2013, p. 168)”. O argumento fundamental de Souza (2013, p. 168-169) é a de que o conservadorismo de ambos os autores, Luhmann e Neves, causaria uma cegueira na consideração, utilizando-se da linguagem de Pierre Bourdieu, apenas de “capital social de relações pessoais”, que é derivado e secundário, em detrimento dos “capitais pessoais, econômico e cultural”, que é capaz de “[...] permitir, por meio de seu volume e composição relativa, indicar o acesso ou não acesso a qualquer dos recursos escassos na sociedade moderna [...]”. Contudo, parece que sua crítica é demasiado carente de comprovações empíricas, permeada de um pano de fundo psicanalítico não explicitado e nem justificado e, algumas vezes, carregada de truísmos. Isso pode ser visto quando ele defende que o importante é perceber a transferência de “valores imateriais”, por exemplo, “[...] nas classes altas, que monopolizam o poder econômico, os filhos só terão a mesma vida privilegiada dos pais se herdarem também o ‘estilo de vida’, a ‘naturalidade’ para se comportar em reuniões sociais que é aprendida desde tenra idade na própria casa com amigos e visitas dos pais, em aprender o que é de ‘bom tom’, em aprender a não serem *over* na demonstração de riqueza como os ‘novos ricos’ e ‘emergentes’ etc.” (SOUZA, 2013, p. 170). Ora, deveriam os pais não ensinarem seus estilos de vida ou os padrões em que foram criados? Há alguma classe social que escape a tais formulações? Em relação à classe média, a cegueira é atribuída à forma invisível e afetiva de transmissão dos capitais impessoais, por exemplo, “o filho ou a filha da classe média se acostuma, desde tenra idade, a ver o pai lendo jornal, a mãe lendo um romance, ao tio falando inglês fluente, ao irmão mais velho que ensina segredos do computador brincando com jogos. O processo de identificação afetiva – imitar aquilo ou a quem se ama – se dá de modo ‘natural’ e ‘pré-reflexivo’, sem a mediação da consciência [...]” (SOUZA, 2013, p. 171). Mas esse processo não acontece da mesma maneira em outras classes sociais? Como se pode assegurar que a consciência não medeia esse processo, ou mesmo que ela não torne possível uma reflexão crítica sobre o mesmo? Nesse ponto, parece caber o alerta de Popper (2006, p. 57), originalmente direcionado à teoria da História de Marx, à psicanálise de Freud e à psicologia individual de Adler, no que diz respeito a teorias que aparentam ter um alto poder explicativo, que parecem “exercer o efeito de uma revelação ou conversão intelectual, abrindo nossos olhos para uma verdade nova [...]”, como se apenas o seu autor ou seus prosélitos fossem capazes de enxergar a verdade por detrás de todas as relações sociais.

3 O DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS

Esclarecidos os problemas de intermediação histórica da teoria dos sistemas, inicia-se o seu estudo específico. Levando em consideração o grau de complexidade da teoria e os inúmeros conceitos que lhe concernem, o foco deste capítulo é tão somente apresentar as categorias que se fazem necessárias para localizar, dentro do seu esquema conceitual, o conceito de vigência social, a fim de que, com isso, seja possível identificar, no próximo capítulo, suas especificidades.

Cumprir notar que a análise do direito na teoria do sistema nada mais é do que a aplicação de todo o aparato teórico e conceitual desenvolvido por Luhmann, concernente a toda a sociedade, enquanto sistema social, para o direito em específico, como um de seus subsistemas.

Assim, este capítulo cuidará de três objetivos: apresentar os conceitos de forma, diferenciação, sistema/ambiente; depois, introduzir a ideia de autopoiese e como ela ocorre no sistema jurídico, a partir do seu fechamento operacional e abertura cognitiva; ao final, uma análise da relação do direito, enquanto subsistema social, e da sociedade, enquanto o sistema social mais abrangente, através do conceito de função.

3.1 COLOCAÇÕES INICIAIS: A FORMA SISTEMA/AMBIENTE E O CONCEITO DE SOCIEDADE

É notável que Luhmann dá início a um paradigma teórico que se espalha pelas mais diversas áreas do conhecimento até fundar sua sociologia. Nessa miríade de disciplinas, sua base epistemológica⁴² ganha um destaque especial na formulação de seus conceitos. Propondo uma superação do paradigma sujeito/objeto para um paradigma sistema/ambiente (LUHMANN, 1992b, p. 1420), é em torno desta distinção entre sistema e ambiente, como

⁴² Luhmann (2006b, p. 45) era ciente de que tinha alcançado uma teoria do conhecimento como fruto de uma síntese de várias disciplinas cujos objetos eram largamente distantes entre si, como a matemática, a cibernética e a teoria geral dos sistemas.

caso especial de “forma”, que todo seu esquema teórico se estrutura e seus conceitos se organizam.

Assumindo, “com base em uma teoria geral do conhecimento, que cada observação e descrição deve-se fundar em uma distinção”^{x-43}, Luhmann (1995, p. 26) adota os conceitos de distinção e indicação de George Spencer Brown. Para este (SPENCER BROWN, 1971, p. 1), toda “distinção” é feita através do desenho de uma fronteira que separa um lado de outro, de forma que o conteúdo de um lado não possa alcançar o outro sem que, para isso, atravesse a respectiva fronteira. Aqui, tem-se o conceito de “forma” como o espaço demarcado por uma distinção, considerando os dois lados dessa distinção.



Figura 1. Símbolo que representa a “marca da distinção” utilizado por Spencer Brown.

Com isso, pode-se chegar ao conceito de “indicação”, que consiste na operação de explicitar qual é o lado interno da forma – espaço demarcado (*marked state*) –, deixando implícito o outro lado como externo – espaço não demarcado (*unmarked state*).

O grande desafio da distinção é saber onde se encontra o observador que promove a distinção. Nesse ponto específico – e aqui o cuidado para compreensão da base epistemológica é fundamental –, o observador deve se distinguir como fora do objeto observado. Isso só é possível se e somente se a fronteira de distinção do observador englobar a fronteira de distinção do objeto observado, de forma que o objeto esteja no lado interno da forma do observador, mas este, do lado externo do objeto observado. Assim, permanece o lado externo da fronteira que distingue o observador como comum às duas distinções.

Spencer Brown (1971, p. 69)⁴⁴ explica essa permanência do observador no espaço não demarcado do objeto através do conceito de

⁴³ Nota-se que Luhmann (2006b, p. 37) considera a ideia de diferenciação como a parte mais importante de sua teoria, cuja abordagem parte do último estágio de desenvolvimento da teoria dos sistemas: a teoria dos sistemas observadores ou autorreferenciais.

⁴⁴ Como Spencer Brown concebe: “We may also note that the sides of each distinction experimentally drawn have two kinds of reference. The first, or explicit, reference is to the value

reentrada (*re-entry*) da forma que ele pretende distinguir na forma em que ele mesmo se distingue⁴⁵. Na leitura de Luhmann (2006b, p. 44), o qual discutiu o assunto pessoalmente com Spencer Brown, o termo “distinção” poderia ser tomado em dois sentidos: distinção como uma unidade (desenhada pelo símbolo constante da figura 1) da distinção propriamente dita (*distinction proper*) – referida por Spencer Brown como uma linha vertical (cf. figura 1) – e da indicação – referida por Spencer Brown como uma linha horizontal (cf. figura 1).

Assim, toda operação de distinção pressupõe uma distinção anterior, tornando-se, em alguma medida, uma operação autorreferencial⁴⁶. O argumento lançado por Luhmann (2006b, p. 43), nessa leitura, é que “não há diferença entre autorreferência e observação. Para aquele que observa alguma coisa deve distinguir-se daquilo que ele observa”^{xi}.

Com isso, pode-se elencar dois momentos operacionalmente distintos: (1) a distinção primeira a que o observador, para observar, define-se fora do objeto, caracterizando o que Luhmann nomeia de distinção⁴⁷; e, a partir dessa distinção, (2) as outras distinções feitas através de novas reentradas dentro da primeira distinção, constituindo o que Luhmann (2006b, p. 49) nomeia de diferenciação, sendo operações consecutivas e recursivamente ligadas entre si.

Em outras palavras, toda observação pressupõe um observador, que sempre estará presente na forma do objeto observado, mediante reentradas de formas em outras formas, mas sua presença se dará apenas no lado externo da forma, enquanto que o objeto observado seria, precisamente, o lado interno.

Como implicação dessas operações, as distinções são sempre produtos de observações e não algo “dado no mundo”, consistindo em produtos de diferenciações relativas ao observador (sistema que observa).

of a side, according to how it is marked. The second, or implicit, reference is to an outside observer. That is to say, the outside is the side from which a distinction is supposed to be seen”.

⁴⁵ Para os detalhes da operação de reentrada, cf. Spencer Brown (1971, p. 69-76).

⁴⁶ Talvez, essa distinção anterior, da qual parte o observador para fazer uma distinção, seja o “motivo” (*motive*) a que Spencer Brown atribui ao observador que deverá desenhar uma marca no papel. Se o observador nada fizer, se o espaço demarcado não parecer ser diferente do não demarcado, então não haverá qualquer distinção. Nas palavras dele: “There can be no distinction without motive, and there can be no motive unless contents are seen to differ in value” (SPENCER BROWN, 1971, p. 1).

⁴⁷ Para uma explicação mais detalhada da nomenclatura, cf. Schuartz (2005, p. 76 e ss.).

Com isso, Luhmann afasta toda possibilidade de uma ontologia que crie objetos além de observações, incidindo em um esquema de observação relacional: toda observação é uma observação do ponto de vista de um observador. Se não há observação, só resta um espaço não demarcado (*unmarked state*), que tudo inclui.

É dentro dessa leitura da obra de Spencer Brown⁴⁸ que Luhmann encaixa a teoria dos sistemas, a partir da forma sistema/ambiente⁴⁹, como a construção teórica mais adequada para descrever a sociedade moderna, no sentido de que é a única forma que se tem a mãos, dadas as condições epistêmicas atuais, para trabalhar o problema da alta complexidade dessa sociedade.

Esse encaixe pode ser sintetizado a partir de algumas derivações que perpassam três desafios: (1) apresentar o conceito de sistema como uma forma de dois lados; (2) identificar a operação capaz de produzir um sistema social, que pressuponha indivíduos, mas, ao mesmo tempo, que com eles não se confunde; e (3) descobrir como os sistemas sociais podem produzir diferenciações a partir da reentrada de formas em sua forma.

O primeiro desafio é visualizado na apresentação do conceito de sistema como uma forma de dois lados, na qual o lado interno é o sistema e o externo, o ambiente, sendo ambos conceitos pressupostos um do outro, no sentido de que um sistema só existe em face de um ambiente. Diferentemente das teorias sistêmicas tradicionais⁵⁰, as quais constroem o conceito de sistema com base em uma pluralidade de termos como “elemento”, “estrutura”,

⁴⁸ É importante observar que o propósito de Spencer Brown (1971, p. 11) com seu trabalho não era fornecer um contributo para a epistemologia, mas tão somente “[...] to separate what are known as algebras of logic from the subject of logic, and to re-align them with mathematics”, configurando, desse modo, mérito de Luhmann, embora nem mesmo estivesse tão certo se tinha compreendido o cálculo empreendido na obra *Laws of Form*, a expansão dessa contribuição daquele autor para outras áreas do conhecimento. Para conferir o passo-a-passo da leitura de Luhmann, incluindo sua incerteza, e seus *insights* para a aplicação dessa teoria na linguística, na epistemologia e na sociologia, cf. Luhmann (2006b, p. 44 e ss.).

⁴⁹ Em alemão, os termos que ele utiliza são *System* e *Umwelt*. Literalmente, esses termos podem ser traduzidos por sistema e meio ambiente. Entretanto, como o conceito de “meio ambiente” tem conotação específica na língua portuguesa com uma referência frequente a uma ideia de meio ambiente natural, prefere-se aqui a tradução, seguida majoritariamente, por “ambiente”.

⁵⁰ Luhmann (2006b, p. 37) parte, especificamente de um terceiro estágio de desenvolvimento da teoria dos sistemas, sendo o da teoria dos sistemas que observam ou autorreferenciais. Os dois estágios anteriores seriam a teoria dos sistemas fechados e a teoria dos sistemas abertos, respectivamente.

“relação” etc., Luhmann (2006b, p. 46) apresenta uma abordagem operacional⁵¹.

Uma operação, nessa concepção, entendida como um evento determinado temporalmente no mundo, não é suficiente para criar um sistema. Este só se torna possível quando uma operação de um certo tipo é “capaz de conectividade, isto é, se operações futuras do mesmo tipo decorrem dela” (LUHMANN, 2006b, p. 46)^{xii}. Se encarada a partir do problema da complexidade, o qual é posto em seu esquema teórico como um problema relacional, o sistema é observado como um encadeamento de operações que possuem essa capacidade de conectividade entre si; todas as outras operações fazem parte do ambiente, de tal forma que o ambiente sempre é mais complexo que o sistema.

O exemplo em que Luhmann (2006b, p. 46) identifica rapidamente esse processo cujas operações possuem referida conectividade é o da biologia dos seres vivos. Partindo do conceito de autopoiese de Maturana e Varela, qual seja de um processo circular de autoprodução, a vida nada mais é do que uma operação bioquímica que aconteceu uma única vez e que deu continuidade a outras operações bioquímicas. Identificar as razões desse acontecimento ou qual foi precisamente a operação inicial que deu causa às operações sucessivas são questões que podem ser deixadas de lado, no sentido de que elas só podem ser postas por seres que já são vivos. A preocupação, portanto, é identificar o tipo de operação que conduz esse processo.

O desafio consecutivo é como conceituar sociedade, como objeto da sociologia, dentro da forma sistema/ambiente, em que o sistema é um conjunto de várias operações de um mesmo tipo que se sucedem no tempo (e, portanto, uma vez que acontecem, deixam de existir) conectadas entre si. A operação, por conseguinte, que define a sociedade, tomada doravante como sistema social, deve, à luz das considerações anteriores, preencher três condições: ser

⁵¹ Maturana e Varela (1998, p. 68) também tinham a mesma percepção: “El hecho de que los sistemas vivos son máquinas no puede demostrarse apelando a sus componentes. Más bien se debe mostrar su organización mecanicista de manera tal, que sea obvio como todas sus propiedades surgen de ella”.

uma única operação, ser uma operação de um único tipo e deve possuir conectividade (LUHMANN, 2006b, p. 47).

A única operação possível capaz de preencher essas condições é a comunicação. O conceito de comunicação, no entanto, é encarado por Luhmann em uma perspectiva bem diversa das tradicionais. Para ele, “comunicação é um daqueles tipos raros de operação que tem capacidade de resolver o enigma da autotranscedência”^{xiii} (LUHMANN, 1992b, p. 1423). Entendida como unidade sintética de informação (referência externa), elocução⁵² (referência interna) e entendimento⁵³, a comunicação seria capaz de apresentar a sociedade tão somente como comunicação e nada mais, isto é, como algo que está fora dos indivíduos, os quais se localizam apenas no seu ambiente (afastando, com isso, os problemas das sociologias tradicionais que ligam conceitos como coerção, consciência, integração, ação etc.), mas, ao mesmo tempo os pressupõe – pois, da mesma forma que não há sistema sem ambiente, não há comunicação sem indivíduos –, transcendendo-os a tal ponto que se autonomiza e se reproduz tão somente a partir de outras comunicações.

Nessa perspectiva, a sociedade não é produto de indivíduos ou grupos humanos; não emerge, portanto, “de baixo” (LUHMANN, 1991, p. 43). Enquanto parte do ambiente da sociedade, no máximo, podem condicionar-lhe, perturbando suas operações, mas nunca lhe determinar⁵⁴. Assim, “[...] a sociedade só emerge quando conexões de comunicação distanciam-se e

⁵² Em alemão, o termo utilizado por Luhmann é *Mitteilung* (1997a, p. 190). Na versão espanhola, a tradução é *darla-a-conocer* (LUHMANN, 2006a, p. 145). Em inglês, a tradução utilizada é *utterance* (LUHMANN, 2006b, p. 49). Em português, Neves (2011, p. XIII) e Villas Bôas Filho (2009, p. 34) utilizam o termo mensagem. Bachur (2009, p. XIV-XV), destacando a tradução desse termo como “[...] uma das mais ingratas na apresentação da teoria de sistemas de Luhmann”, traduz por elocução. Schuartz (2005, p. 11), por sua vez, traduz para comportamento comunicativo. Stefan Fornos Klein traduz por “transmissão da informação” (LUHMANN, 2013, p. 42). Entretanto, parece-nos que a tradução inglesa é a que mais se aproxima da ideia de autorreferência, no sentido de discurso como ato de emitir mensagens. Por isso, utilizaremos a tradução proposta por Bachur, qual seja elocução.

⁵³ Vale notar que entendimento (*Verstehen*) engloba tanto o consenso como o dissenso, ou seja, ele se dá como uma unidade que se transmite independente do consenso entre os transmissores, sem qualquer referência a uma consciência coletiva. Como Luhmann (1997a, p. 82) ressalta: „Kommunikation ist genuin sozial auch insofern, als in keiner Weise und in keinem Sinne ein >>gemeinsames<< (kollektives) Bewußtsein hergestellt werden kann, also auch Konsens im Vollsinn einer vollständigen Übereinstimmung unerreichbar ist und Kommunikation statt dessen funktioniert“. Para a versão em espanhol cf. Luhmann (2006a, p. 58).

⁵⁴ Pode-se estabelecer, pelo menos, três planos de ligação entre indivíduo e sociedade: “[...] observação recíproca, interpenetração e co-evolução” (TEUBNER, 1993, p. 93).

diferenciam-se de sua infra-estrutura orgânica e psíquica, da vida e da consciência humanas ('emergência de cima')" (NEVES, 2013a, p. 4).

Essa postura peculiar era tratada por Luhmann (1992b, p. 1422), talvez até de forma irônica, como a única que levava realmente os indivíduos a sério. A sua preocupação era não deixar que a sociologia, com o estado epistêmico em que se encontra hoje, pudesse perder-se no alto grau de complexidade e obscuridade que são os indivíduos, entendidos como unidade sintética de um sistema biológico, cujas operações de reprodução se dão no nível bioquímico, e sistema psíquico, cuja operação de reprodução é a consciência, algo quase que inatingível em termos de conjecturas teóricas.

Assim, dentro desse referencial teórico, o conceito de sociedade se apresenta precisamente "como o sistema fechado de comunicações conectáveis, reproduzindo comunicação por comunicação" (LUHMANN, 1992b, p. 1424). A sociedade, portanto, seria um sistema que engloba toda a comunicação existente e tão somente comunicação. Daí decorre que, de um lado, a sociedade só pode ser tomada em termos globais, pois a comunicação não depende de fronteiras territoriais – no máximo, seria possível falar em contextos locais, mas cuja referência ao todo global sempre estaria presente –; de outro, a sociedade emerge tão somente de comunicações, nada menos e nada mais.

Entretanto, como é possível identificar as várias instâncias da sociedade? Como pode um sistema diferenciar-se do ambiente de tal forma que ele possa ser compreendido e observado como um sistema? Como pode ser concebida essa emergência de um sistema de maneira que ele possa ser percebido como distinto do seu ambiente? É aqui que se apresenta o conceito autopoiese.

3.2 A AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO: FECHAMENTO OPERACIONAL E ABERTURA COGNITIVA

Embora desenvolvido na área da biologia, o que lhe gerou muitas críticas⁵⁵, o conceito de autopoiese – que advém do grego *auto* (próprio) e

⁵⁵ Maturana (1998, p. 18-19) era explícito quanto a impossibilidade de aplicação do conceito de autopoiese nas ciências sociais. Para ele, seria possível falar em sistemas sociais como

poiesis (produção) – ganha um destaque central na descrição da sociedade por Luhmann. Por si só, o “[...] conceito de autopoiese não explica quase nada, exceto um começo com autorreferência: uma operação que possui conectividade”^{xiv} (LUHMANN, 2006b, p. 47). Em outras palavras, “significa inicialmente que ele [sistema] é construído pelos próprios componentes que ele constrói” (NEVES, 2013a, p. 60).

De maneira diversa do originalmente proposto por Maturana e Varela (1998, p. 69)⁵⁶, os quais concebiam os sistemas autopoieticos tão somente como sistemas homeostáticos, “[...] que têm a *sua própria organização* como a variável que mantém constante”^{xv}, Luhmann (1991, p. 64) divide os sistemas autopoieticos a partir da sua capacidade de observação: os que somente são identificados por um observador fora do sistema e os que são capazes de se auto-observar, sendo a “[...] auto-observação um componente necessário da reprodução autopoietica”^{xvi}. Assim:

Desse fundamento resulta a possibilidade de diferenciar sistemas orgânicos e neurofisiológicos (células, sistemas nervosos, sistemas imunológicos e assim por diante) de sistemas psíquicos e sociais constituintes de sentido. (LUHMANN, 1991, p. 64)^{xvii}

No caso dos sistemas psíquicos e sociais, a conectividade é dada pelo fechamento na cadeia de constituição de sentido, em que sentido só se relaciona com sentido e só é alterado por sentido. O fechamento aqui consiste

autopoieticos apenas numa terceira ordem (a primeira, seria no nível molecular; a segunda, no nível de agregados celulares, como organismos). Os exemplos desses sistemas sociais seriam colmeias, colônias e família. A autopoiese desses sistemas dava-se apenas no nível da organização, jamais no da estrutura, isto é, apenas como resultante da relação de seres autopoieticos (organismos). A relação entre os organismos, portanto, é o que define o sistema social e não a autopoiese. Luhmann (1992b, p. 1422), em resposta a essa posição, considerava que tanto Maturana como Varela rejeitavam essa ideia, simplesmente, por não serem sociólogos, prendendo-se a uma ideia de sociedade consistente de pessoas concretas, de indivíduos com corpo e mente. Ao que parece, embora excelentes biólogos, eles não foram mesmo capazes de entender alguns conceitos sociológicos, como o de “comunicação”, chegando a confundir com o de palavras (quicá queriam se referir a uma linguagem proposicionalmente diferenciada). Soa até ambíguo quando Maturana (1998, p. 18) coloca no mesmo plano seres de categorias, fundamentalmente, diferentes, como colmeias (abelhas) e colônias (formigas) com família (seres humanos).

⁵⁶ Para Maturana e Varela (1998, p. 69), “*una máquina autopoética es una máquina organizada como um sistema de procesos de producción de componentes concatenados de tal manera que producen componentes que: i) generan los procesos (relaciones) de producción que los producen a través de sus continuas interacciones y transformaciones, y ii) constituyen a la máquina como una unidad em el espacio físico*”.

no fato de que esses sistemas “[...] não admitem outras formas de processamento em sua autodeterminação” (LUHMANN, 1991, p. 64)^{xviii}.

Mas, essa reprodução de elementos e relações pelos mesmos elementos e relações constitui apenas um primeiro momento de autorreferência, que é dada como autorreferência elementar ou de base (LUHMANN, 1991, p. 600). O outro é a reflexividade, como autorreferência processual, em que se consegue distinguir entre antes e depois (LUHMANN, 1991, p. 601), de maneira que se apresenta “[...] a decisão sobre a tomada da decisão, a normatização sobre a normatização, o ensino sobre o ensino etc.”^{xix} (NEVES, 1996, p. 406; NEVES, 2013a, p. 64-65). O último momento é a reflexão, na qual se torna possível uma autorreferência conceitual acerca da própria identidade do sistema, colocando-se a diferença entre sistema em oposição ao ambiente (LUHMANN, 1991, p. 601-602).

A capacidade de auto-observação, assim, só é possível quando um sistema consegue, por si mesmo, distinguir-se do meio, isto é, trabalhar internamente com a forma sistema/ambiente, alcançando o nível da reflexão, que pressupõe a autorreferência basal e a reflexividade. Em outros termos, o sistema é capaz de proceder a uma “[...] apresentação da unidade do sistema no sistema”^{xx} (LUHMANN, 1995, p. 498).

Assim, um sistema constituinte de sentido é um construto de operações em que o sistema, tomado como observador, é capaz de observar através da operação observação. Se se pensa nos indivíduos como unidade sintética de um sistema psíquico e um sistema bioquímico, fica fácil entender essa construção teórica, quando a observação é uma operação reproduzida continuamente pela consciência possibilitada por outras operações físico-químicas.

Nos sistemas sociais, contudo, a operação de observação só é possível pelo modo como a comunicação, como síntese das operações informação, elocução e entendimento, faz emergir uma nova realidade capaz de se diferenciar do seu entorno, qual seja tudo o que não é comunicação, internalizando nas suas operações a forma sistema/ambiente. Internalizada esta forma como comunicação, torna-se possível a comunicação não só sobre

o sistema (autorreferência) como também comunicação sobre o ambiente (heterorreferência). Nessa perspectiva, por exemplo:

[...] o tema da investigação sociológica não é o sistema da sociedade, mas, ao contrário, a *unidade da diferença do sistema da sociedade e seu ambiente*. Em outras palavras, o tema é o mundo como um todo, visto através do sistema de referência do sistema da sociedade, i.e., com a ajuda das distinções pelas quais o sistema da sociedade diferencia a si mesmo de um ambiente.^{xxi} (LUHMANN, 1989, p. 7)

A referência, nesse sentido, é feita sempre com base em um valor positivo ou negativo, ao que está dentro e ao que está fora, mas sempre através de reentradas⁵⁷ de formas na forma do sistema. Desse modo, a comunicação é mediada a partir de um código binário que é capaz de se referir ao sistema ou ao ambiente, mas sempre a partir de internalizações dentro do sistema. Isso caracteriza a autopoiese do sistema social no sentido de que a comunicação só produzirá comunicação, fazendo com que todas as operações estejam operacionalmente conectadas entre si.

A grande consequência epistemológica dessa perspectiva é que, na sociedade, toda comunicação a respeito do que está fora dela (o ambiente) se dá somente dentro da sociedade e não fora dela. Esse fenômeno é bem resumido por Teubner (1989, p. 737) como uma versão radicalizada de uma “construção social da realidade”:

Toda cognição – seja ela psíquica ou social, seja ela científica, política, moral ou cognição jurídica – é uma pura construção interna do mundo externo; cognição não tem qualquer acesso que seja à realidade “lá fora”. Qualquer atividade cognitiva – seja ela teoria ou pesquisa empírica – não é nada senão uma construção interna pela unidade cognoscente; e todo procedimento experimental que pretende examinar a validade de construções internas contra a realidade externa é apenas uma comparação interna de diferentes construções de mundo.^{xxii}

⁵⁷ Curiosa é a crítica de Schuartz (2005, p. 82-83) sobre uma ambiguidade na ideia de reentrada da forma na forma (*re-entry der Form in die Form*). Nas palavras dele: “[...] não é a forma que ‘retorna’ a si mesma; é o resultado de operações específicas de observação que produzem ‘cegamente’ a Forma (a diferença entre sistema e seu ambiente) que se torna disponível (agora como a diferença entre auto-referência e hetero-referência) para operações de igual natureza que somente podem ocorrer no ‘interior’ (ou seja, no ‘lado interno’) da Forma produzida, ou seja, que ocorrem apenas como operações de um sistema – Forma essa que será, finalmente, reproduzida como uma consequência necessária justamente dessas operações específicas de distinção-e-indicação. Temos aqui, logo, algo como uma relação entre uma relação de produção e uma relação de disponibilização numa sequência recursiva de eventos que se condicionam mutuamente, e não propriamente um ‘retorno’ de uma distinção a si mesma”.

Logo, segue-se que a autopoiese de um sistema em termos luhmanianos consiste em um fechamento de conexões das operações que constituem o sistema e, ao mesmo tempo, uma abertura cognitiva para o ambiente mediante a internalização do ambiente no próprio sistema.

Por isso, pode-se dizer que inexistente um espaço privilegiado de observação, de uma concepção abrangente da sociedade. Toda observação é uma observação parcial⁵⁸ através da forma sistema/ambiente, internalizada por um sistema constituinte de sentido, seja ele psíquico ou social. Não há determinações puras de fora, mas, no máximo, conexões por meio de acoplamentos estruturais, em que o “[...] sistema pressupõe estados ou alterações específicas no seu ambiente e acredita neles”^{xxiii} (LUHMANN, 1992b, p. 1432), servindo para “[...] prover um influxo contínuo de desordem contra a qual o sistema mantém ou altera sua estrutura”^{xxiv} (LUHMANN, 1992b, p. 1433).

O direito, enquanto subsistema social, é visto, nessa perspectiva, também como comunicação e nada mais. Com isso, desaparecem perguntas mais clássicas do tipo “o que vem primeiro, o direito ou a sociedade? O fato ou a norma?”. Enquanto comunicação, “não faz sentido separar o direito da sociedade como se fossem dois objetos diferentes [...]”^{xxv} (LUHMANN, 1992b, p. 1425). O direito é parte da rede de comunicações que, em conjunto, constituem a sociedade. A pergunta, entretanto, poderia ser reformulada de uma maneira mais adequada à luz desse referencial: enquanto comunicação, como o direito se diferencia da sociedade?

Nesse ponto, é preciso fazer remissão à concepção de modernidade para Luhmann, que é caracterizada pela diferenciação funcional da sociedade em diversos subsistemas sociais. Lembrando que diferenciação é o processo de criação de distinções dentro de distinções, mediante a reentrada de formas dentro da forma inicial, um sistema “direito” dentro do sistema “sociedade” só pode ser visto como uma diferenciação que a sociedade faz de um sistema

⁵⁸ Nesse ponto, a teoria dos sistemas de Luhmann consegue escapar das críticas de Popper (2006, p. IV-V, nota de apresentação) a teorias sociais que partem de um “racionalismo dogmático ou abrangente”, as quais procuram fornecer uma “engenharia social utópica”, sob a promessa de entendimento superior do funcionamento da sociedade e que é capaz de alterá-la a partir de um “redesenhar da sociedade em seu conjunto”.

dentro de si mesma. Como a sociedade nada mais é do que comunicação, a diferenciação nada mais pode ser do que comunicação. Mas, o que diferenciaria uma comunicação de outra?

Para Luhmann (1997a, p. 598), “o processo de diferenciação pode iniciar-se espontaneamente; ele é um resultado da evolução e pode utilizar as ocasiões para induzir transformação estruturais”^{xxvi}, podendo “[...] começar em qualquer parte e de qualquer modo e logo pode reforçar o desvio” (LUHMANN, 1997a, p. 598-599)^{xxvii}.

O processo de diferenciação não pressupõe qualquer relação de coordenação. O que, em algum momento era tratado como desvio, apenas vem a ser estabilizado dentro do sistema. Isso pode resultar numa diferenciação interna de tal forma que um sistema autopoietico pode comportar diversos outros sistemas autopoieticos sem que, com isso, haja uma necessária integração entre os mais diversos subsistemas ou entre estes e o sistema social total. A integração, nesse sentido, é tida como “[...] a redução dos graus de liberdade dos sistemas parciais, que se segue dos limites externos do sistema da sociedade e do ambiente internamente delimitado que separa o referido sistema” (LUHMANN, 1997a, p. 603)^{xxviii}.

Os graus de liberdade dos sistemas parciais advêm das indeterminações internas que são produzidas no processo de diferenciação, provocando certa autonomia das operações e estruturas internas em relação ao ambiente. O que fica patente é que “a diferença do sistema sociedade para seus sistemas-parciais se dá em dois ambientes: o externo da sociedade e o interno da sociedade”^{xxix} (LUHMANN, 1997a, p. 604).

Internamente, os sistemas parciais são ambientes um para outro, constituindo um ambiente interno à sociedade (comunicações diferenciadas entre si) ao mesmo tempo em que compartilham o ambiente extra social (tudo o que não é comunicação). Essa diferenciação interna só é alcançada na modernidade, quando a sociedade diferencia-se em comunicações que visam cumprir funções específicas e insubstituíveis, constituindo, para alcançar essas funções, novos sistemas autopoieticos, cujas operações ganham autonomia a partir de um código binário exclusivo capaz de alcançar essa função.

Esse código binário ou de duplo-valor, “do ponto de vista de sua função específica, clama validade universal e exclui possibilidades futuras”^{xxx} (LUHMANN, 1989, p. 36). A validade universal é compreendida na representação que um sistema parcial faz do sistema total, de maneira que todo o seu ambiente – seja o intrassocial ou extrassocial – é internalizado a partir do próprio sistema parcial, em que a forma sistema/ambiente é mediada, dessa vez, pelo código binário exclusivo do sistema parcial. Assim, a autopoiese é garantida a partir do fechamento operacional das comunicações específicas que se ligam entre si, excluindo todas as outras comunicações que não partilhem do mesmo código.

O código binário acaba sendo um tipo específico de distinção que aponta para o esquema identidade/diferença do sistema, em outras palavras, o que é o sistema e o que é ambiente, excluindo uma terceira hipótese. No direito, as comunicações jurídicas seriam aquelas guiadas pelo código lícito/ilícito⁵⁹, de forma a selecionar o que estaria dentro do sistema ou no seu ambiente, mas sempre como uma seleção interna do sistema jurídico. Esse esquema binário é que torna possível o direito manter sua autopoiese no sentido de que o:

[...] direito é um sistema fechado, produzindo suas próprias operações, suas próprias estruturas e suas próprias fronteiras por suas próprias operações; não aceitando quaisquer determinações externas e nem, é claro, qualquer delimitação externa ou o que quer que seja^{xxxi} (LUHMANN, 1992b, p. 1425).

Fechado operacionalmente, o direito é capaz de se reproduzir a partir das suas próprias operações. Enquanto sistema social, essas operações

⁵⁹ Aqui, é importante fazer uma ressalva quanto a essa tradução. No original, Luhmann utiliza os termos “recht” e “unrecht”. Em inglês, a tradução é feita para os termos *legal* e *illegal* (LUHMANN, 2004, p. 174). Em português, a tradução literal poderia ser “direito” e “não direito”, “lícito” e “ilícito” ou mesmo “justo” e “injusto”. Aqui, serão utilizados os termos “lícito” e “ilícito” com o alerta de que, no Brasil, porém, esses parecem possuir uma carga técnica muito específica, qual seja a de que algo é permitido ou proibido por lei, por exemplo, no conhecido brocardo jurídico “nem tudo que é lícito é moral”, que contrapõe o direito posto e o âmbito da moral. Na teoria dos sistemas, por outro lado, não é esse o sentido trabalhado por Luhmann, até porque o código binário com que o direito trabalha não se reduz ao legislativamente posto, mas inclui toda a comunicação que opera como se direito fosse. Também, os termos justo e injusto possuem significação bem diversa do pretendido por Luhmann. Assim, “lícito” e “ilícito” serão trabalhados no sentido específico do código binário em que opera as comunicações jurídicas.

nada mais são do que comunicações. E aqui um esclarecimento é fundamental:

Portanto, o conceito de operação merece mais atenção do que o habitual. Em um sentido temporal, operações são eventos, isto é, elas são realizações de significativas possibilidades que, tão logo realizadas, desaparecem de novo. Como eventos não possuem duração, mesmo que, para sua observação, uma duração mínima seja necessária (por exemplo, o tempo que leva para o pronunciamento de uma decisão judicial). Logo, sem duração, elas não podem ser modificadas. Toda duração, toda capacidade de modificação, cada estrutura, têm que ser primeiramente produzidas no sistema e, através de operações pelas quais o sistema disponibiliza como próprias. Não há, em outras palavras, determinação externa de estruturas. Apenas o próprio direito pode dizer o que é direito^{xxxii}.

As conseqüências teóricas daí advindas são consideráveis. Além da aparentemente complicada tese de que os limites do direito são dados pelo próprio direito, as operações jurídicas não se confundem com e não são determinadas pelas operações dos demais sistemas sociais, como a política, a moral, a ciência, a religião, a educação etc., operando em sua racionalidade própria. Cada sistema parcial é dotado de autonomia suficiente para reproduzir suas próprias operações, pretendendo cada um, com essas operações, uma validade universal. Daí o alerta de Teubner (1989, p. 155) para uma “[...] ameaçadora ‘policontexturalidade’, isto é, a pluralidade de perspectivas mutuamente exclusivas que são constituídas por operações sistema/ambiente e que não são compatíveis umas com as outras”^{xxxiii}.

O fato é que esse fechamento operativo em códigos específicos na modernidade só é possível, contudo, quando a comunicação visa preencher uma função específica em relação à sociedade. A política, por exemplo, tem a função única e exclusiva de tomar decisões que vinculam a coletividade. O direito, por sua vez, ganha a autonomia, quando é apresentado como o único subsistema social capaz de garantir expectativas normativas de comportamento.

3.3 A FUNÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE

Ao centrar no problema da função do direito como uma relação entre direito e sociedade, o que exclui os indivíduos – que estão no ambiente –,

Luhmann (1995, p. 124-126; 2004, p. 142-143) afasta questões de cunho psicológico ou antropológico, as quais, não obstante sua importância, são difíceis de se testar. Em contrapartida, tomando a sociedade como as comunicações que estão acontecendo, tem-se um campo de observação empírica muito mais palpável, diferentemente do que se vinha fazendo nas sociologias mais tradicionais, centradas em categorias como “controle social” ou “integração”.

Partindo dessa relação entre direito e sociedade, esta é tomada como ambiente daquele. Entretanto, por partilhar da mesma matéria-prima, qual seja comunicação:

A sociedade não é simplesmente o ambiente do sistema jurídico. Em parte, ela é mais – na medida em que ela abrange as operações próprias do sistema jurídico. Em parte, ela é menos – na medida em que o sistema jurídico lida com o ambiente do sistema social bem como com os estados psíquico e físico dos seres humanos, mas também com outros estados físicos, químicos e biológicos, a depender de quais aspectos o sistema jurídico julga juridicamente relevantes (LUHMANN, 1995, p. 55)^{xxxiv}.

Nessa perspectiva, as relações do direito com o seu ambiente dão-se em dois níveis diferentes: um intrassocial, que compreende a comunicação não jurídica, ou seja, a sociedade e os demais subsistemas sociais; e um extrassocial, que compreende tudo que está fora da sociedade, tudo que não é comunicação, como o indivíduo.

Se tomada a função do direito como uma relação entre ele e a sociedade, segue-se que a função é apresentada como uma relação entre as operações jurídicas e o sistema social global e não como uma relação entre as operações jurídicas e as operações de outros subsistemas sociais⁶⁰.

Em geral, a hipótese defendida por Luhmann (1995, p. 125) é a de que o “[...] direito soluciona problemas em relação ao tempo”^{xxxv}, ou seja, a função do direito trabalha, de alguma forma, com a redução de possibilidades a partir de uma antecipação daquilo que é possível de acontecer no futuro. Essa

⁶⁰ A relação entre um subsistema social e outro subsistema social é apresentada não como função, mas como “prestação” de um sistema para outro. Essa diferenciação é dada, principalmente, pelo fato de que cada subsistema apresenta uma função única e exclusiva perante a sociedade, enquanto que as prestações de um sistema podem ter vários equivalentes funcionais em outros subsistemas. Para mais detalhes, cf. Luhmann (1995, p. 156 e ss.).

antecipação é mediada pela direção de expectativas na sociedade, viabilizando a possibilidade de que essas expectativas sejam comunicadas e reconhecidas⁶¹ de comunicação a comunicação. Assim, expectativa, em vez de referir-se a um estado psíquico⁶² de um indivíduo, refere-se ao aspecto temporal de sentido de comunicações (LUHMANN, 1995, p. 125; LUHMANN, 2004, p. 143).

Isso não se confunde com a ideia de que toda comunicação, de algum modo, faz uma ligação do tempo (*Zeitverbindung*). Uma única comunicação, ainda que desapareça no momento em que ocorre, conecta-se sempre a uma rede recursiva de outras comunicações, no sentido de que ela parte das comunicações passadas e, de alguma maneira, “[...] determina o estado do sistema que a próxima comunicação tem que assumir”^{xxxvi} (LUHMANN, 1995, p. 126).

Entretanto, numa percepção mais estrita, a ligação do tempo pode ser vista, ainda, no que Luhmann (1995, p. 126-127) chama de semântica: “[...] a fixação de sentido para uso repetido, como a atribuição de sentido a palavras, conceitos, enunciados de verdade”^{xxxvii}. Somente quando se tem sentidos bem sedimentados é que se pode falar em uma ligação do tempo em sentido estrito (*Zeitverbindung im engeren Sinne*). Os usos repetidos permitem que o sentido seja condensado até ser reconhecido como o mesmo em novos contextos e que haja uma confirmação do sentido reutilizado de maneira a demonstrar que ele pode também ser aplicado em contextos diferentes do uso anterior.

⁶¹ Observa-se que, na versão original em alemão, a expressão utilizada por Luhmann é *Anerkennung* (1995, p. 125), enquanto que, na versão inglesa, o termo apresentado é *accepted* (2004, p. 142). Em português, ao que parece, a melhor tradução seria reconhecimento, que pode ser traduzido tanto do termo alemão quanto do termo em inglês. Importante é não confundir o reconhecimento do sentido com sua aceitação, já que é possível reconhecer e não aceitar, isto é, não passar para frente. Para mais informações sobre aceitação da comunicação, cf. Luhmann (1981d, p. 124).

⁶² Nota-se que esse conceito de expectativa não como um estado psíquico de um indivíduo, mas como uma referência ao aspecto temporal do sentido de comunicações, é uma reformulação do conceito que Luhmann (1983, p. 47-48) trabalhava na obra *Sociologia do Direito*. Nesta, o conceito de expectativa, ao que parece, referia-se a um estado psíquico da consciência do indivíduo, o qual age no mundo a partir da forma como espera que os outros ajam e, ainda, da forma como espera que os outros esperem dele, configurando uma situação de dupla contingência.

Desse excesso de referências a usos passados, a usos presentes e a usos futuros, segue-se que é impossível qualquer definição fixa de sentido: todo uso futuro dessas referências é pressionado pela necessidade de seleção⁶³ desse uso⁶⁴ (LUHMANN, 1995, p. 127). Seleção aqui é tida como a “[...] atualização de algo através da negação de tudo o mais”^{xxxviii} (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 148), ou seja, a escolha de uma possibilidade em detrimento das demais. Essa é a maneira como Luhmann (1995, p. 127) descreve, “[...] numa forma extremamente abstrata, a gênese do sentido”^{xxxix}.

O importante é demonstrar que essa ligação do tempo em sentido estrito, na qual a fixação de sentidos liga comunicações passadas com as presentes e futuras, reduzindo, por exemplo, a arbitrariedade que normalmente há na relação entre significante e significado⁶⁵, não ocorre sem nenhum custo social (LUHMANN, 1995, p. 128). É aqui que surge o campo da normatividade, quando a fixação de sentidos sedimenta-se a tal ponto que passa a produzir esquemas do tipo correto/errado, aceitável/não aceitável, normal/desviante.

Norma, portanto, nada mais é do que uma estabilização da redução de variações contingentes dentro das possibilidades existentes, produzindo expectativas de forma que “aqueles que, por qualquer motivo pessoal, circunstancial ou fatural, quiserem violar expectativas estão de antemão em desvantagem”^{xl} (LUHMANN, 1995, p. 129). Na linguagem, por exemplo, as normas reduzem a arbitrariedade existente entre o significante e o significado, possibilitando relações que são, intrinsecamente, improváveis.

O custo social dessa ligação do tempo é definido pelo lado da frustração que é avaliado como negativo. A mera possibilidade da frustração,

⁶³ Luhmann utiliza aí expressão *Selektionszwang*, cuja tradução para o português importa algumas considerações. Em inglês, a tradução feita é *under the pressure to be selected* (LUHMANN, 2004, p. 144). Neves (2013a, p. X) preferiu a tradução por “pressão seletiva”, em contraposição a “necessidade de seleção”, que é encontrada na tradução brasileira de *Rechtssoziologie*. Bachur (2009, p. XV) utilizou “pressão por seleção”. O fundamental é entender que essa expressão refere-se ao aumento de complexidade, no qual mais possibilidades são ofertadas, havendo necessidade de seleção de uma delas.

⁶⁴ Essa conclusão também pode ser vista, embora num esquema teórico diferente, em linguistas como Ducrot (1987, p. 48), o qual, certo da impossibilidade de uma descrição fixa do sentido de uma palavra, defendia que, no máximo, poder-se-ia obter um cálculo do efeito de sentido dessa palavra nos contextos em que ela seria introduzida.

⁶⁵ Aí, os termos são utilizados em seu sentido mais corriqueiro: enquanto o significante relaciona-se com a forma (grafia mais som), o significado relaciona-se ao conteúdo (conceito transmitido pela forma); os dois conjuntamente foram um signo linguístico.

dada pela opção de negar a expectativa, importa uma desvantagem que será determinada, assim como a norma, dentro do sistema e não fora dele, bem como a definição daquele que irá suportar a referida desvantagem (LUHMANN, 1995, p. 128).

Obviamente, o sistema jurídico não se ocupa com a comunicação de todas as normas existentes, mas tão somente com aquelas que se reportam a comportamentos e condutas relevantes para o sistema jurídico, enquadrando-se especificamente no código lícito/ilícito. Com isso, o direito discrimina em favor de alguém que age conforme e contra quem age em desconformidade. Isso gera uma previsão do futuro que é intrinsecamente incerto, pelo menos, no nível das expectativas: diante das inúmeras possibilidades de comportamento, espera-se que o comportamento conforme seja o praticado. Ainda mais: pode-se esperar que o outro espere de igual maneira também, gerando expectativas de expectativas⁶⁶.

Os resultados são, por um lado, a estruturação de expectativas que torna possível viver diante da complexidade do mundo e, por outro lado, o aumento do custo social através da potenciação do risco⁶⁷: quanto mais expectativas, maiores são as possibilidades de frustração, isto é, a concepção de um comportamento como lícito importa o outro lado da forma, que é caracterizado como ilícito.

Ao passo que são criadas estruturas de expectativas, produz-se uma abstração que é capaz de tornar invisível o futuro incerto. Daí a função do direito residir na referência ao futuro, o que explica o porquê da necessidade de um simbolismo de toda a ordem jurídica a fim de que ela se torne, tanto quanto

⁶⁶ É exatamente no momento da criação de expectativas de expectativas que emergem os sistemas sociais, configurando o que Luhmann (1991, p. 148 e ss.) designa como “dupla contingência”, conceito extraído, originalmente, de Parsons (1962, p. 16). Essa situação é bem resumida por Schuartz (2005, p. 138-139): “[...] por alguma razão ou algum acaso, dois sistemas psíquicos se encontram e condicionam suas respectivas seleções às seleções do outro. Cada sistema aparece, do ponto de vista do outro sistema, como um ‘black box’, ou seja, como algo opaco e incalculável. Cada sistema determina seu próprio comportamento por meio de operações auto-referenciais e contingentes, pressupõe contingência na determinação do comportamento do outro e se observa reciprocamente com base nessa pressuposição. Cada um observa os comportamentos do outro como seleções contingentes e o problema consiste, então, na coordenação dessas seleções”.

⁶⁷ Esse diagnóstico de Luhmann (1983, p. 47) pode ser visto ainda na sua obra pré-autopoieses a partir da concepção do mundo social no nível da dupla contingência. Cf. também Luhmann (1995, p. 141; 2004, p. 155).

possível, normativamente distante dos fatos que são objetos das expectativas. O símbolo consiste em manter invisível aquilo que não poderia ser visível, *in casu*, o próprio futuro, antecipando-o para o presente (LUHMANN, 1995, p. 130). A principal consequência é a estabilização da expectativa mesmo diante de reiteradas frustrações:

O direito possibilita saber quais expectativas irão encontrar uma aprovação social e quais não. Dada essa certeza de expectativas, pode-se aguentar os desapontamentos do dia a dia com um alto grau de serenidade; pelo menos, pode-se confiar que suas expectativas não serão descreditadas^{xii} (LUHMANN, 1995, p. 131-132).

Com isso, tem-se a ideia de que a “[...] forma do direito é encontrada na combinação de duas distinções, a saber os modos de esperar cognitivamente/normativamente e o código lícito/ilícito”^{xiii} (LUHMANN, 1995, p. 131). Daí advém um conceito não muito usual⁶⁸ de norma jurídica, a qual é definida não por atributos ou caracteres especiais em relação a outras normas, mas por uma distinção em termos de expectativas:

Expectativas são ou abandonadas quando elas são desapontadas ou são mantidas. Se se antecipa tal bifurcação e, de antemão, decide-se por uma das possibilidades, definem-se as expectativas como cognitivas no primeiro caso e como normativas no segundo^{xiiii} (LUHMANN, 1995, p. 133-134).

Por isso, “[...] não se pode conceber a unidade do sistema jurídico como a unidade de um texto ou como a consistência de um conjunto de textos, mas tão somente como um sistema social específico”^{xliv} (LUHMANN, 1995, p. 54). Nesse viés, tem-se um conceito funcional de norma como uma forma de expectativa estabilizada contrafaticamente cuja “[...] qualidade de jurídica é atribuída apenas pela sua diferenciação através do sistema jurídico”^{xlv} (LUHMANN, 1995, p. 136).

⁶⁸ Esse conceito de Luhmann desloca, por exemplo, análises como a de Maus (2000, p. 201), a qual afirma que “os indivíduos contêm-se de furtar, roubar ou matar não porque conheçam os artigos da lei, mas porque seguem as convenções morais que praticam desde a infância (as quais talvez venham mais tarde a testar de modo autônomo). As normas jurídicas por sua vez, contêm diretivas ao aparelho do Estado acerca de como e quando reagir a violações de uma parte (!) das normas morais, descritas em detalhes e juridicamente vinculantes”. A crítica que se pode direcionar é que o fato de um indivíduo não conhecer os artigos da lei não impede que o conhecimento das normas chegue por outros meios. Enquanto comunicação que ocorre na sociedade, seu conhecimento pode chegar ao indivíduo sem que qualquer diploma legislativo tenha sido lido pelo mesmo, o que não torna a satisfação real da expectativa um produto de convenções morais.

Essa caracterização tem consequências importantes a partir da teoria dos sistemas autopoieticos. Uma delas é que, em tese, qualquer comportamento pode ser objeto de uma norma jurídica, bastando que seja tematizado dentro do direito a partir do código lícito/ilícito. Uma outra refere-se ao deslocamento de problemas de motivação da satisfação da norma. Uma concepção funcional da norma, ao contrário, torna-a imune a motivações: “normas não prometem um comportamento conforme à norma, mas elas protegem aqueles que esperam esse comportamento”^{xlvi} (LUHMANN, 1995, p. 135). Perguntas sobre o porquê de satisfazer a norma são secundárias ao direito e podem ser trabalhadas também em outros sistemas sociais, como a moral ou a educação. O que importa, primariamente, é a vigência da expectativa independente da frustração.

A norma jurídica, portanto, é uma forma que realiza a função do direito, na medida em que alcança a estabilização contrafática da expectativa. Entretanto, quais as consequências da incapacidade da norma realizar essa função? A questão coloca, portanto, os limites e as possibilidades de uma norma ou mesmo do sistema jurídico como um todo realizar sua função em relação à sociedade. Nesses termos, diferentemente das teorias do direito mais tradicionais, parece que apenas uma teoria social mais abrangente pode dar conta de responder, como a teoria dos sistemas operativamente fechados. Da maneira como Luhmann (LUHMANN, 1995, p. 143) coloca:

Quem pode projetar alguma coisa de tal forma que ela mantenha sua validade mesmo se ela não for respectivamente satisfeita? E o que deve ser pressuposto se o problema for produzir, manter e validar expectativas contrafatuais cada vez mais complexas?^{xlvii-69}

Aqui, coloca-se, precisamente, o problema da vigência social do direito que será enquadrado na tensão entre implementação/não implementação da função do direito na sociedade.

⁶⁹ Na tradução dessa passagem para o inglês, o termo *voraussetzungsvolle* foi vertido por *complex*. Literalmente, a tradução seria “cheio de pré-requisitos”. Assim, o termo “complexo” expresso na citação deve ser entendido apenas no sentido de que, cada vez mais, existem pressupostos para serem cumpridos, a fim de que uma expectativa mantenha-se estabilizada, por exemplo, a necessidade de um processo legislativo.

4 VIGÊNCIA SOCIAL: DO QUE SE TRATA?

Esclarecidos os principais pressupostos da teoria dos sistemas concernentes ao presente estudo, este capítulo procurará delimitar o conceito de vigência social e suas implicações a partir de alguns desdobramentos e comparações, a fim de identificar os problemas relativos a sua falta.

Essa delimitação permitirá uma distinção mais precisa entre os problemas da falta de vigência dos problemas da falta de eficácia social, possibilitando algumas incursões sobre fenômenos que, com ajuda do esquema teórico aqui utilizado, podem ser observados. Como exemplos, serão apontados os casos de legislação/constitucionalização simbólica e de disparates normativos.

4.1 MAPEAMENTO CONCEITUAL

Uma primeira aproximação do conceito de vigência social como implementação da função do direito exige a não confusão da função primária e insubstituível do direito como assecuração de expectativas de uma função secundária como regulação ou direção de condutas. É que, se:

Se pergunta sobre a função do direito com vistas à dimensão temporal, aparecem duas possíveis respostas em consideração. Elas correspondem à diferença do passado e do futuro: elas se colocam numa prevalência maior do passado ou do futuro^{xlviii} (LUHMANN, 1999, p. 73).

A primeira resposta reside na necessidade de sustentação de expectativas de comportamento nos casos de frustração ou desapontamento, assegurando a existência de expectativas e a continuação do passado no presente (LUHMANN, 1999, p. 73). A segunda resposta serve à direção de comportamentos, na medida em que, por exemplo, leis ou contratos são criados para que pessoas sejam influenciadas a tomarem determinados comportamentos; alterando, portanto, novas possibilidades de comportamentos para o futuro (LUHMANN, 1999, p. 73).

Enquanto no primeiro caso procura-se uma garantia de que, em um mundo complexo e rico de possibilidades, determinadas expectativas e certos

comportamentos serão entendidos como conformes ao direito, apresentando, com isso, um certo consenso social sobre a expectativa; no segundo, procura-se a garantia de que, uma vez estipulados os comportamentos a serem seguidos, surgirão determinados efeitos como mecanismos de sanção (LUHMANN, 1999, p. 73-74).

Embora se possa considerar que ambas funções não se excluam mutuamente – pelo contrário, reforçam-se em alguma medida reciprocamente –, não se pode, de igual modo, considerar que ambas estão em um mesmo nível de caracterização do direito como um subsistema funcionalmente diferenciado contemporaneamente. Ainda que se apresente a sanção como elemento essencial do direito ou mesmo da norma jurídica⁷⁰, o que é por si só problemático diante de tantos equivalentes funcionais possíveis, ela não esgota o repertório de possibilidades frente a desapontamentos, como a cooperação entre quem espera e quem desaponta para restabelecer a norma (LUHMANN, 1983, p. 73). Assim, “o direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas” (LUHMANN, 1983, p. 115).

De toda forma, o importante é destacar que essa distinção entre asseguuração de expectativas e regulação da conduta permite uma visualização mais precisa dos problemas de vigência do direito, que serão relacionados à primeira, dos problemas de eficácia, que se referem à segunda. Uma das grandes implicações é que, “embora a eficácia seja mensurável, a vigência não pode ser medida através de um ‘cálculo de vinculatoriedade’ baseado na ‘quota de eficácia’” (NEVES, 2011, p. 52).

Isso corresponde à ideia de que a vigência do direito, embora encontre-se em relação recíproca com a sua eficácia, por esta não é determinada, havendo, de certo modo, independência no sentido de que, ao garantir uma estabilidade contrafática da expectativa, esta pode ser imunizada

⁷⁰ Não são poucos os referenciais que caminham nesse sentido. Para Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 165), “a sanção integra o conceito de Direito e tem lugar na estrutura da norma jurídica”, embora ele não confunda sanção com coação. No mesmo sentido, Kelsen (1986, p. 68) atribuía como essencial ao Direito a norma primária, isto é, a que prescreve uma sanção (vale notar que essa nomenclatura fora alterada na obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*, passando a ser chamada de secundária). Para críticas a respeito da distinção primária e secundária feita por Kelsen antes, depois e no referido livro póstumo, cf. Mello (2014, p. 73-74, nota-de-rodapé 41).

contra reiteradas frustrações ao ponto de possibilitar uma norma viger mesmo diante de uma ineficácia generalizada.

Entretanto, algumas questões referentes a essa relação podem ser levantadas: como é possível conceber uma independência da vigência em relação à eficácia? Quais as implicações dessa independência? O que decorreria da existência de uma e da inexistência da outra?

Aqui levanta-se a tese de que essas questões podem ser respondidas à luz da consideração do direito como um sistema autopoietico. Enquanto operativamente fechado, “[...] o direito tem que garantir sua função por si mesmo”^{xlix} (LUHMANN, 1995, p. 143). Isso significa que, dentro de suas estruturas, a vigência das normas opera de maneira independente, no sentido de não ser determinada diretamente, do seu ambiente. Elas devem ser mantidas não por convenções morais, suporte político, motivações individuais ou interesses particularistas, mas tão somente porque são expectativas normativas, cuja função é estruturar a complexidade em relação ao tempo, tornando minimamente possível a antecipação de comportamentos. Em outras palavras, as expectativas não podem ser “[...] aleatórias e nem deixadas a simples convenções sociais”^l (LUHMANN, 1995, p. 144), sendo estabelecidas pelo direito através de sua racionalidade própria⁷¹.

Assim, a relação que se lança mão é a de que a vigência, tomada como a existência de expectativas estabilizadas contrafaticamente, é processada internamente no sistema jurídico sem sofrer qualquer determinação pelo ambiente. Externamente, é experimentada pelo indivíduo como comunicação, atualizando informação e ensejando seu entendimento, o que não significa dizer que haverá aceitação, ou seja, é irrelevante para a vigência que a norma funcione como motivo regulador da conduta, que remete aos problemas de eficácia, mas tão somente que o indivíduo dela parta para determinar seu comportamento.

Interessante, nessa perspectiva, é a associação proposta por Neves (2011, p. 52) no sentido de que “[...] a ‘vigência do direito’ é um problema que se encontra no plano do ‘vivenciar’, ao contrário da questão da eficácia, que

⁷¹ A observação desse processo resulta na tautologia “Recht ist, was das Recht als Recht bestimmt” (LUHMANN, 1995, p. 143-144). Em inglês, cf. Luhmann (2004, p. 157).

emerge no plano do ‘agir’”. Essa passagem serve de ponto de partida para uma compreensão de como a vigência e a eficácia podem ser experimentadas pelo indivíduo, que está no ambiente do direito.

Sob a premissa de que “vivenciar e agir são em todo caso comportamentos humanos”^{li} (LUHMANN, 1981c, p. 68), a diferença entre esses dois conceitos aparece quando sistemas sociais exigem uma atribuição, por pessoas, das seleções realizadas nas comunicações. Nas palavras de Luhmann (1997a, p. 334-335):

Visto que a comunicação só pode ser observada quando se percebe a diferença entre informação e elocução, pode-se acentuar a atribuição ou na informação (vivência) ou na elocução (ação). E isso vale para os dois lados: para aquele que inicia a comunicação e para aquele que, em consequência, deve decidir sobre a aceitação ou a rejeição da comunicação. Se uma seleção é atribuída (não importa por quem) ao próprio sistema, então estamos falando de *ação*; se ao ambiente, de *vivência*.^{lii}

Embora criticada como uma “apropriação da filosofia do sujeito” (HABERMAS, 2000, p. 511), trata-se de uma estratégia conceitual que, a despeito de não corresponder a um fenômeno ou mesmo à natureza das coisas, serve para apreender essa dinâmica de como os sistemas psíquicos experimentam a comunicação, a qual só pode ser observada quando se percebe uma diferença entre informação e elocução. Exige-se que a pessoa acentue um de seus componentes: se o acento for à informação, então atribui-se uma vivência; à elocução, uma ação. O entendimento acontece na operação seguinte, em que se abre a possibilidade de aceitar ou rejeitar a comunicação e, a partir dessa decisão, pode-se passar à comunicação seguinte.

Isso explica, diante da alta improbabilidade da comunicação, a emergência⁷² de meios simbolicamente generalizados de comunicação – a exemplo da verdade, amor, dinheiro, poder –, que funcionam como pano de fundo para a interação de indivíduos, que pode ser explicado através das posições *ego* e *alter*. Um exemplo de como isso acontece pode ser observado quando:

⁷² Essa emergência se dá justamente quando surgem técnicas de armazenamento e de disseminação de informação que vão além das interações pessoais entre indivíduos, por exemplo, a escrita (LUHMANN, 1981d, p. 126).

[...] uma discussão científica é guiada pela verdade, mas não por uma verdade que possa ser reconduzida aos interesses dos participantes: eles têm de assumir postulados de verdade que, *para eles*, são externos, oriundos do ambiente. Em uma discussão científica, os participantes não podem “achar” isto ou aquilo, seus argumentos têm de estar amparados em métodos e teorias disponibilizados pelo sistema científico da sociedade e organizadas por uma verdade que se manifesta na falseabilidade e na consistência das teorias. Postulados de verdade irritam *ego* e *alter* a partir do ambiente – os cientistas somente os podem tomar como informação e ponto de partida (BACHUR, 2009, p. 70).

Da mesma forma ocorre no sistema jurídico. A vigência do direito é acentuada como informação, a qual, independentemente de aceitação ou negação, deve ser tomada como ponto de partida. Se o indivíduo decide por aceitar e guiar seu comportamento a partir da norma jurídica ou se decide por rejeitar, somente o pode fazer partindo da norma, acentuando a elocução e cindindo os problemas de vigência dos problemas de eficácia. A vigência do direito independe de sua aceitação e de seu processamento como ação, mas depende de seu entendimento e de seu processamento como vivência.

Não se olvida que uma ineficácia generalizada pode significar que determinada norma já não mais possui vigência, mas essa relação não é necessária e deve ser observada cautelosamente em virtude da capacidade da norma de se manter diante de reiteradas frustrações. Para isso, é preciso elaborar um esquema conceitual que seja suficiente para uma articulação precisa de um diagnóstico de falta de vigência ou de mera ineficácia.

Nesses termos, estabelece-se o conceito de vigência a partir da tensão entre a implementação e a não implementação da função do direito na sociedade. A falta de vigência, por outro lado, importa uma desdiferenciação do direito, no sentido de que, não sendo a expectativa capaz de se manter diante de frustrações, prevalece a cognição ou aprendizado do comportamento desviante.

4.2 DESDOBRAMENTOS: ENTRE A VIGÊNCIA SOCIAL E A VIGÊNCIA FORMAL

Apresentar uma diferença entre a função primária do direito como asseguarção de expectativas e a função secundária como regulação da conduta traz algumas consequências que merecem destaque, sendo a principal

a separação dos planos de vigência, que concerne à primeira, e de eficácia, que concerne à segunda.

Do ponto de vista da regulação da conduta, ainda, é preciso considerar que, numa outra perspectiva – a da dogmática jurídica⁷³ –, é possível utilizar o termo vigência com uma conotação específica, que também se liga à ideia de existência, mas intermediada por um processo institucionalizado que, em sendo observado em todas as suas instâncias, faz nascer um texto normativo que servirá de veículo para interpretação e aplicação em casos concretos, gerando também, de certo modo, eficácia. A partir daí, o próprio ordenamento determina quando um texto normativo estará apto a veicular interpretações e, com isso, produzir efeitos, inclusive para fins de aplicação, o que configura, ao menos no plano formal do ordenamento jurídico, suas interpretações como normas⁷⁴ vigentes.

Nesse âmbito da dogmática jurídica, designa Machado (2004, p. 98):

Vigência é aptidão para incidir. É atributo dado à lei pelo direito positivo. Uma lei, elaborada com observância do procedimento próprio, que se completa com a respectiva publicação, é existente. Sua vigência, porém, depende do que a esse respeito dispuser ela

⁷³ Com esse termo é designado o estudo voltado para o direito positivo. Com isso, não são desconsideradas as críticas elencadas por Machado Segundo, que prefere o abandono do termo, por expressar uma antonímia, no plano epistemológico, com o conceito de ciência (2008, p. 27 e 61); por sugerir a existência de normas como “dado pronto” (2008, p. 34); e por apresentar a ideia de que a dogmática, como um estudo “meramente descritivo”, traria a ilusão da certeza e segurança conferidas ao positivismo, agregadas às concepções de objetividade e neutralidade da ciência (2008, p. 38-42). Ao final, são sugeridos os termos “*Ciência do Direito, Teoria do Direito*” (2008, p. 62). Parece, contudo, que a crítica perde um pouco da sua força quando o autor utiliza o termo “dogma” para se referir a textos normativos como se, necessariamente, o termo vinculasse a ideia de que a função da dogmática é descrever a norma como dogma (2008, p. 45) e quando afirma: “aliás, a explicação para o uso da expressão dogmática jurídica como forma de designar o estudo do Direito positivo, tanto o especial como também o geral, é a já apontada relação umbilical entre dogmática e positivismo. E mais: a intenção de certos setores do positivismo jurídico de abolir a Filosofia do Direito, substituindo-a pela Teoria Geral” (2008, p. 53). É que (1) nem há uma vinculação necessária entre descrever uma norma e trata-la como dogma [a atividade de interpretação que procura dizer o que a norma é não a torna um dogma, podendo o resultado da interpretação não apenas ser objeto de nova discussão como também de nova interpretação – cf. o processo quadrangular de dação de sentido descrito por Neves (2013b, p. 1-3)]; e (2) nem há uma relação umbilical entre dogmática, no sentido do que não pode ser discutido, e positivismo, pelo menos o jurídico, o qual se refere a alterabilidade do que é posto por meio de decisão, como o faz Luhmann (1983, p. 237).

⁷⁴ Norma aqui é utilizado no seu sentido mais corriqueiro e contemporâneo como resultado da interpretação de textos normativos. Assim o faz, por exemplo, Müller (2013, p. 10-11), quando aduz que “[...] a norma jurídica não existe *ante casum*: o caso da decisão é coconstitutivo”, apresentando a criação da norma como um processo de concretização a partir do “programa da norma” e do “âmbito da norma”.

própria, ou outra norma integrante do ordenamento jurídico-positivo. (MACHADO, 2004, p. 98)

No mesmo sentido, aponta Mello (2014, p. 137):

[...] a norma jurídica existe com vigência, quando tem a possibilidade de produzir os seus efeitos específicos, incidindo sobre seu suporte fático e, pela criação do fato jurídico respectivo, ordenar a conduta humana no sentido de seus comandos.

[...] A vigência, portanto, se refere: (a) primeiro, a direito positivo, não a direito natural e outras formas de idealidade jurídica; (b) segundo, a direito existente hoje, não a direito que existirá amanhã (e.g., um projeto de lei qualquer ou que existiu ontem (as Ordenações Filipinas, o Código de 1916, por exemplo); e (c) finalmente, à norma na plenitude lógica de sua existência, caracterizada, precisamente, pelo seu poder de incidir sobre os fatos da vida por ela previstos e, através disso, ordenar obrigatoriamente a conduta humana.

E Sgarbi (2007, p. 605): “por ‘vigência’ é designada a capacidade reguladora, delimitada temporalmente, de uma norma jurídica produzir efeitos nas situações que recaiam sob sua condição de aplicação”.

Com isso, pode-se diferenciar a vigência de uma norma configurada pela existência de uma expectativa normativa estabilizada contrafaticamente da vigência caracterizada pela existência um texto normativo que torna possível sua interpretação e sua aplicação. Será utilizado para o primeiro caso o termo vigência social, pois refere-se à função em relação à sociedade, como sistema global das comunicações; para o segundo, vigência formal, que alude à institucionalização de texto normativo⁷⁵ com capacidade de interpretação e aplicação dentro do sistema jurídico. Essa distinção é importante na medida em que permite, por exemplo, identificar analiticamente os casos em que normas, embora formalmente vigentes, não conseguem veicular normas socialmente vigentes.

A vigência formal, dentro dessa perspectiva, é capaz de trazer *per se* uma série de possibilidades internas ao sistema jurídico. Esses desdobramentos partem do pressuposto de que não se deve confundir a capacidade que um texto normativo tem para veicular interpretações e

⁷⁵ Aqui, o termo “texto normativo” equivale, na terminologia de Neves (2013b, p. 1-3), à “disposição normativa”. Esta, ainda, não se confunde com “enunciado normativo”, que se refere “[...] à expressão linguística de uma proposição interpretativa ou jurídico-dogmática que pretende descrever ou determinar o conteúdo semântico da norma”, configurando, juntamente com a “proposição normativa” (significado veiculado pelo enunciado normativo), o processo quadriangular de dação de sentido das normas.

aplicações à luz de um ordenamento jurídico com a real produção de efeitos em casos concretos. Ambos os casos, capacidade de produção e produção propriamente dita apontam para problemas de eficácia, que pode ser compreendido, portanto, da seguinte forma:

Distingue-se tradicionalmente a eficácia no sentido jurídico-dogmático da eficácia em sentido “sociológico”. A primeira refere-se à possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou melhor, à sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade. A pergunta que se põe é, nesse caso, se a norma preencheu as condições intra-sistêmicas para produzir os seus efeitos jurídicos específicos. No sentido “empírico”, “real” ou “sociológico” – acolhido, no entanto, na “Teoria Pura do Direito” –, a eficácia diz respeito à conformidade das condutas dos destinatários à norma. A pergunta que se coloca é, então, se a norma foi realmente “observada”, “aplicada”, “executada” (imposta) ou “usada”. (NEVES, 2011, p. 43)

Desse modo, pode-se dividir analiticamente a eficácia de uma norma, sob um prisma técnico ou instrumental e um prisma social (ou real, ou sociológico, ou empírico). No primeiro caso, há uma referência a um encadeamento jurídico necessário para conferir aplicabilidade à norma, a fim de que ela possa surtir seus efeitos. Nas lições de Ferraz Junior (2008, p. 168):

Uma norma também se diz eficaz quando estão presentes certos requisitos técnicos. A dogmática supõe, nesse caso, a necessidade de enlaces entre diversas normas, sem os quais a norma não pode produzir efeitos. Por exemplo, a norma prescreve que crimes hediondos serão inafiançáveis, mas transfere para outra norma a definição de *hediondo*. Enquanto esta não existir, a primeira não poderá produzir efeitos. Fala-se, então de eficácia ou ineficácia técnica. A exigência desses enlaces nos permite dizer que a eficácia técnica tem uma relevância sintática (relação signo/signo, norma/norma).

No segundo, remete-se a concreta produção de efeitos, os quais podem ser vistos sob quatro situações diferentes entre si: observância, aplicação, execução e uso. A primeira⁷⁶ se reporta ao agir espontâneo conforme a norma. A segunda⁷⁷, à atividade de interpretação de um texto legal

⁷⁶ No mesmo sentido, Neves (2011, p. 43) estipula que “[...] a observância significa que se agiu conforme a norma legal, sem que essa conduta esteja vinculada a uma atitude sancionatória impositiva”.

⁷⁷ Aplicação e execução aqui, também, seguirão as noções de Neves (2011, p. 45): “Da mesma maneira que a execução, a aplicação do direito exige, em ordens jurídicas positivas, o agir de um terceiro, o órgão competente, em face dos destinatários da norma. No entanto, a execução em sentido estrito consiste numa atividade impositiva de fato, enquanto a aplicação normativa pode ser conceituada como a criação de uma norma concreta a partir da fixação do significado de um texto normativo abstrato em relação a um caso determinado [...] Embora aplicação e

por um terceiro, por exemplo, juízes e tribunais, para com um destinatário. A terceira, à atividade de imposição prática da norma, também, por um terceiro, por exemplo, a polícia ou o oficial de justiça. Já o uso consiste na criação normativa autônoma possibilitada legalmente, isto é, há ofertas de regulamentação para que o destinatário crie, dentro de certos limites, a norma que irá reger relações intersubjetivas (NEVES, 2011, p. 46).

Nesses termos, pode-se diferenciar os problemas de ineficácia técnica ou instrumental da ineficácia social, que se apresenta como a não concretização normativa em face de qualquer das situações apontadas (observância, aplicação, execução e uso). Seguindo a linha de Neves (2011, p. 47):

[...] o processo de concretização normativa sofre bloqueios em toda e qualquer situação na qual o conteúdo do texto legal abstratamente positivado é rejeitado, desconhecido ou desconsiderado nas interações concretas dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, organizações etc.; inclusive, portanto, nas hipóteses de inobservância ou inexecução da “norma jurídica” (geral) e da “norma de decisão” (individual) produzidas em um caso jurídico determinado, como também quando ocorrer desuso ou abuso de “ofertas de regulamentação”.

É possível notar que uma ineficácia social generalizada pode ser um grande indício de que a norma carece de vigência social. Entretanto, a causa pode ser de outra ordem. A título ilustrativo, toma-se a aprovação da Lei 12.737/2012, que criminaliza⁷⁸, entre outros, o furto de dados. Ocorre que a aplicação e a execução de uma norma dessa natureza necessitam da estruturação de órgãos, tecnicamente, especializados para verificar a ocorrência das elementares dos tipos penais ali enquadrados. A não construção desses órgãos pode gerar uma ineficácia da norma sem, contudo, faltar-lhe vigência social.

execução normativa estejam vinculadas, existem, porém, atividades de aplicação que não estão relacionadas com execução do direito em sentido estrito, como, por exemplo, no caso da jurisdição voluntária”.

⁷⁸ “Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.”

Também, não se pode confundir a falta de vigência social com o desuso. Embora este termo, muitas vezes, seja empregado genericamente para se referir a uma ineficácia social pelo fato de a norma permanecer por muito tempo inaplicada ou inobservada⁷⁹, parece que esse não é o melhor diagnóstico nem para o fenômeno da ineficácia e nem para o desuso. Este pode ser melhor entendido em contraposição ao uso, no sentido de que o destinatário, apesar de ter disponível ofertas legislativas para regular suas relações com outros, simplesmente dela não se utiliza. É o que se percebe com cheque no caso brasileiro, que, cada vez mais, entra em desuso. No entanto, mesmo imaginando uma situação em que o desuso é generalizado, isso não implicaria, automaticamente, uma falta de vigência social.

Cabe ressaltar que, enquanto expectativa normativa estabilizada, não necessariamente a norma será observada de forma generalizada, todavia estará imunizada o suficiente a fim de comportar repetidas frustrações. Como exemplo dessa imunização diante de reiteradas frustrações, pode-se citar o caso da Lei 11.705/2008, mais conhecida como Lei Seca, no Brasil. Embora muitos locais não apontassem diminuição considerável dos casos de acidentes de trânsito e mesmo de ocorrências de motoristas que dirigem ao volante sob o efeito de substâncias alcoólicas⁸⁰, é possível observar que, a despeito das reiteradas frustrações, a expectativa normativa de que pessoas não devem andar sob o efeito de substâncias alcoólicas permanece intacta.

Há, portanto, uma norma com perfeita vigência social e vigência formal, com observância não tanto satisfatória, porém sendo aplicada e executada, seja judicialmente ou seja pelos órgãos de fiscalização, ainda que

⁷⁹ Nesse sentido, cf. Kelsen (1992, p. 220): “Andererseits wird aber auch eine Norm nicht als gültig angesehen, die niemals befolgt oder angewendet wird. Und in der Tat kann eine Rechtsnorm dadurch, daß sie dauernd unangewendet oder unbefolgt bleibt, das heißt durch sogenannte *desuetudo*, ihre Gültigkeit verlieren”. Em português, cf. Kelsen (2003, p. 237).

⁸⁰ A título ilustrativo, cf. <<http://noticias.terra.com.br/brasil/apos-3-anos-lei-seca-nao-reduz-o-n-de-mortes-no-transito,57d9eb5e3abda310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 21 jul. 2014. Sob a manchete “Álcool está relacionado a 21% dos acidentes no trânsito” do Portal do Ministério da Saúde, a notícia veiculada é a de que “o levantamento revela que entre as pessoas envolvidas em acidentes de trânsito, 22,3% dos condutores, 21,4% dos pedestres e 17,7% dos passageiros apresentavam sinais de embriaguez ou confirmaram consumo de álcool”. Cf. <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/noticias-anteriores-agencia-saude/3280->>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

dentro das suas limitações estruturais. Ademais, frente à pouca efetividade⁸¹ da lei, houve uma reformulação mais severa, qual seja a Lei 12.760/2012, elastecendo os meios de provas para a situação de embriaguez e majorando as penas.

Uma outra consequência da vigência social de uma norma é a possibilidade de valoração negativa dos motivos que levem a sua frustração, contribuindo para sua imunização mesmo diante de uma ineficácia social generalizada. Assim:

O próprio fato de que o comportamento desapontador é sentido como um desvio, confirma a norma. Isso por tratar-se aqui de uma modalidade de *imputação* da discrepância: não era a expectativa⁸² que estava errada, mas sim a ação que foi errada ou então incomum. Não se trata de esclarecer um erro, mas de questionar o comportamento. (LUHMANN, 1983, p. 68)

Aplicando ao exemplo supracitado, a causa do desapontamento é de tal modo valorada negativamente que, provavelmente, sua ineficácia generalizada não levaria, com uma rigidez bastante razoável, ao questionamento das razões da norma; no máximo, poder-se-ia perguntar se os meios para o alcance dos fins seriam adequados.

Portanto, pode-se apontar a ideia de sincronia para os casos em que normas jurídicas são vigentes formal e socialmente, num entrelaçamento que permite ao direito alcançar sua função primária que é a estabilização contrafática de expectativas normativas. Da mesma forma, porém, é possível identificar casos de assincronia, em que, por algum motivo, existe um descompasso entre a vigência social e a vigência formal de uma norma, seguida, não raras as vezes, por uma ineficácia social generalizada.

⁸¹ Igualmente com Neves (2011, p. 48), “[...] efetividade se refere à implementação do ‘programa finalístico’ que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal”.

⁸² Não se desconhece que na obra “Sociologia do Direito” o sentido de expectativa, como fato psíquico, é diferente do empregado depois da incorporação do conceito de autopoiese por Luhmann, como comunicação. Entretanto, para os fins empregados, não há nenhum prejuízo em transpor o argumento utilizado nessa passagem para o raciocínio empregado pelo restante desta pesquisa.

4.3 DOS PROBLEMAS DA FALTA DE VIGÊNCIA SOCIAL: INCURSÕES NO TEMA

O diagnóstico da falta de vigência social, então, pode ser dado a partir da constatação da incapacidade da norma ou de um conjunto delas de cumprir com sua função, qual seja a estabilização de expectativas normativas capazes de se manter diante de frustrações, seguida da experimentação do comportamento contrário à norma como não desviante e da ineficácia social generalizada dos textos normativos que são vigentes formalmente.

O indivíduo não consegue experimentar a norma como vivência. Não chega a ele a informação mediada pelo código lícito/ilícito, de maneira tal que ele não é capaz nem mesmo de orientar sua conduta e de criar expectativas sobre a conduta de terceiros. Eventuais expectativas serão aprendidas com o comportamento desapontador, havendo uma desdiferenciação da norma, a qual não é mais referida, generalizadamente, pelo sistema jurídico como jurídica, como capaz de se manter diante de frustrações. O resultado é, por consequência, a ineficácia social generalizada.

A ineficácia social generalizada decorrente da falta de vigência social não se confunde com a ineficácia social generalizada por motivos outros. É que, diante do quadro aqui formulado, torna-se possível identificar três situações distintas: normas com vigência social e formal, normas com vigência apenas social⁸³, normas com vigência apenas formal. Especificamente no terceiro caso, em que se nota a falta de vigência social, pode-se observar, a reboque, a ineficácia social generalizada.

É que a mera vigência formal reflete a capacidade de aplicação e execução de normas pelos mecanismos institucionalizados, tornando possível, pontualmente, que pessoas imbuídas de papéis sociais específicos do sistema jurídico procedam a sua concretização. Como “nenhum vivenciar é acessível sem o agir, nenhum agir é compreensível sem consideração ao vivenciar do

⁸³ Embora seja possível, diante do esquema conceitual construído, apontar a existência de normas vigentes apenas socialmente, não será preocupação deste trabalho ocupar-se desse caso, porque as reflexões necessárias para o amadurecimento do tema, que incluem um aporte teórico em termos de positivismo bem mais robusto, ainda não foram realizadas. Com isso, não se olvida a importância do tema e a possibilidade de aprofundá-lo em outras pesquisas.

agente”^{liii} (LUHMANN, 1981b, p. 85), a ação é experimentada em correspondência ao vivenciar advindo de comunicações de outros tipos que não jurídicas, gerando uma assincronia entre essas categorias que podem prejudicar a auto-poiese do sistema, pois ações jurídicas serão programadas a partir de códigos externos ao direito.

4.3.1 Legislação e constitucionalização simbólica

Um dos exemplos de falta de vigência social de normas formalmente vigentes pode ser visto com as legislações simbólicas. Como observa Neves:

Um grau muito acentuado de ineficácia pode significar que não há orientação generalizada das expectativas normativas de acordo com a lei, seja isso por parte dos cidadãos, organizações, grupos, ou por iniciativa dos órgãos estatais (falta de vigência social). Se partirmos de que a função primária do direito ‘não reside na realização de determinado comportamento, mas sim no fortalecimento de determinadas expectativas’, pode-se afirmar que a legislação simbólica só tem lugar quando a vigência social da norma legal, ou seja, a sua função de ‘congruente generalização de expectativas normativas’, é prejudicada. Nessa hipótese, o texto legal não é apenas incapaz de dirigir normativamente a conduta, caracterizando-se principalmente por não servir para orientar ou assegurar, de forma generalizada, as expectativas normativas. Falta-lhe, portanto, normatividade. (2011, p. 52-53)

Partindo da pergunta “[...] o fracasso da função instrumental da lei é apenas um problema de ineficácia das normas jurídicas? (NEVES, 2011, p. 30), cuja resposta negativa leva ao problema da legislação simbólica, Neves (2011, p. 30) define esta “[...] como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”.

Com isso, é certo que todo caso de legislação simbólica implica o reconhecimento da falta de vigência social. Isso se dá pela hipertrofia do sentido latente sobre o sentido manifesto, de modo que o texto normativo é institucionalizado para fins outros que não a regulação da conduta expressa – como a confirmação de valores sociais, a legislação-álibi ou a legislação como fórmula de compromisso dilatatório (NEVES, 2011, p. 33-42) –. O simbolismo é efeito do texto em face do seu truncamento, ou seja, da incapacidade de

produzir, generalizadamente, sua eficácia social. O texto não consegue vigor socialmente, embora possa ser interpretado e aplicado pontualmente, servindo como fundamentação, por exemplo, para decisões judiciais.

Obviamente, a falta de vigência social e a ineficácia social são apenas efeitos negativos. Como efeitos positivos desse tipo de legislação, pode-se apontar os percebidos pelo sistema político. Nas legislações que se voltam para a confirmação de valores sociais, são resultados o convencimento das pessoas e dos grupos a respeito do “[...] comportamento e norma valorados positivamente, confortando-as e tranquilizando-as de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados no direito” (NEVES, 2011, p. 54), a “[...] afirmação pública de uma norma moral [...]” (NEVES, 2011, p. 54) e a afirmação de “quais as culturas têm legitimação e dominação pública” (NEVES, 2011, p. 54). Nas do tipo legislação-álibi, o resultado é o descarregamento do sistema político em face de pressões sociais, criando respaldo eleitoral para os legisladores ou mesmo servindo “[...] à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública” (NEVES, 2011, p. 54). Nas legislações do tipo fórmula de compromisso dilatatório, a finalidade pretendida é “[...] adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes” (NEVES, 2011, p. 54).

Com isso, os efeitos positivos são buscados em prejuízo da vigência social e da eficácia social de determinadas normas. Em última instância, essa assincronia mina a autopeiose do direito, significando principalmente:

[...] a sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não ter) e do político (poder/não poder), sobre o código ‘lícito/ilícito’, em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do direito. (NEVES, 2011, p. 146)

A recorrência de legislações simbólicas potencializa as corrupções sistêmicas. Ao nível da constituição, quando afetada em suas estruturas fundamentais, em processos de constitucionalização simbólica, todo o direito é comprometido, levando em consideração que em sua abrangência:

1) o direito constitucional refere-se imediata ou mediata a todos os ramos do direito; 2) o consenso (“suposto”) em torno da base constitucional é pressuposto da institucionalização das normas infraconstitucionais e respectivos procedimentos; 3) a continuidade normativa da Constituição é condição da alterabilidade juridicamente

regulada e reciclagem permanente das normas infraconstitucionais às novas exigências do ambiente. (NEVES, 2011, p. 150)

Esse comprometimento alcança a própria diferenciação funcional do direito, resultando na sua “alopioiese” (NEVES, 2011, p. 147). O direito perde sua capacidade de autorreferência e não consegue mais definir suas fronteiras em relação ao seu ambiente.

4.3.2 Disparate normativo

Aqui lança-se uma segunda hipótese de identificação da assincronia entre vigência social e vigência formal. Trata-se da perda da vigência social provocada pela forma como textos normativos são interpretados, configurando o que será chamado de disparate normativo⁸⁴.

O termo disparate é empregado para refletir a falta de sentido que algumas normas podem ter diante da mudança de contextos sociais. Talvez, a maior implicação é a de que indivíduos, incluindo os que exercem papéis no sistema jurídico (juízes, policiais, oficiais de justiça etc.), simplesmente deixam de aplicar normas, ainda que inconscientemente, pelo fato de que, em fazendo, embora seja possível – pois há vigência formal –, a dação de sentido não apresenta um consenso suposto como resultado da sedimentação de sentido estabilizado na dimensão prática.

Essa necessidade de estabilização pode ser entendida quando, para a manutenção de expectativas normativas frente aos desapontamentos, o direito deve criar condições de estabilização capazes de dar continuidade a essas expectativas, o que é feito em três dimensões: temporal, social e prática.

⁸⁴ Originalmente, essa ideia foi proposta em uma apresentação por ocasião do *XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*. O termo utilizado nesse momento foi *legal nonsense* e buscava representar como Luhmann poderia explicar a capacidade do direito de se adaptar frente a normas culturalmente obsoletas. O argumento central da apresentação era a de que, por “[...] *Geltungsprobleme in Verhaltensprobleme* überführen [transformar problemas de validade em problemas de comportamentos]” (HABERMAS, 1973, p. 16), Luhmann não conseguiria dar conta de um esclarecimento sociocultural, o qual torna racionalmente inaceitáveis as pretensões de validade de normas jurídicas cuja correção era, entretanto, tradicionalmente aceitável (MOITA e SOUSA FILHO, 2013, p. 140). Aqui, declinamos dessa ideia originalmente proposta para formulá-la tão somente dentro do referencial luhmaniano.

Na dimensão temporal, as estruturas de expectativas são estabilizadas contra desapontamentos através da normatização. A fim de dar continuidade a uma expectativa, devem ser criados mecanismos eficientes de processamento dos desapontamentos. A sanção é um deles, mas não o único⁸⁵. Procura-se estabilizar a expectativa no sentido de manter sua continuidade mesmo em face das frustrações. Aqui é onde funciona o processo de normatização, ou seja, determinar quais expectativas devem prevalecer em face da frustração.

Na dimensão social, o foco é a institucionalização da expectativa, a qual “[...] produz uma seleção evolutiva na medida em que escolhe-se consensualmente quais projeções normativas são úteis em uma sociedade” (LUHMANN, 1983, p. 76). Trata-se da seleção de mecanismos que retirem do arbítrio privado a escolha da assimilação ou não, nos casos de desapontamento. Por isso, numa sociedade diferenciada e extremamente complexa, uma norma procedimentalmente legitimada que traz para si um consenso suposto na sua elaboração, certamente, goza de maior estabilidade do que aquelas defendidas por grupos específicos.

Na dimensão prática, as expectativas adquiridas se estabilizam através de um sistema consistente de significados. Trata-se de uma identificação objetiva desses significados, os quais se sedimentam na sociedade e, com isso, passam a gerar consenso (não necessariamente real, mas suposto), tanto via interpretação como fundamentação, atravessando oscilações dos mecanismos institucionalizados. “Dessa forma, o sentido serve como síntese, intersubjetivamente acessível, de uma multiplicidade de experiências possíveis” (LUHMANN, 1983, p. 94). Isso é fundamental para se entender porque sistemas sociais funcionam ao nível da comunicação de sentidos e não de pessoas, papéis ou relações sociais. Como exemplifica Luhmann (1983, p. 95):

⁸⁵ Daí a crítica de Luhmann (1983, p. 73-75) a uma interpretação muito difundida entre os juristas: a definição do conceito de norma pelo mecanismo de sanção. Esta se apresenta, sem dúvidas, como mecanismo bastante eficiente de processamento de frustrações que, de fato, ajuda a manter a expectativa. Porém, usualmente, desconsideram-se inúmeras outras estratégias que podem se equivaler em termos funcionais, v.g., a utilização da argumentação para esclarecimentos, justificativas, desculpas. Além disso, a “teoria da sanção” parte de uma contradição muito radical entre quem espera e quem desaponta, ignorando-se, com isso, os casos em que os dois podem cooperar para reabilitar a norma.

Passa-se uma moeda sem preocupar-se com o aspecto que essa moeda assume aos olhos de outro, ou com suas expectativas nesse sentido, conquanto que a atitude do outro permita interpretar-se uma disposição genérica à interação. Só se ocorrerem perturbações é que surgirão motivos para a indagação (sempre possível) com respeito à experiência e às expectativas do outro.

Há de se destacar, também, que a identificação de sentidos não se trata de uma precisão da expectativa em relação a um comportamento específico. Em verdade, ela consiste em graus de abstração que possam tornar possível a integração social de expectativas. Se alguém, por exemplo, marcar de se encontrar com o outro às 12:00h, dificilmente haverá a sensação de frustração caso se chegue às 12:01h, salvo se se espera que, dentro do horário marcado, chegue-se com antecedência (v.g., para pegar um trem pontualmente), o que, por sua vez, induz uma nova rede de expectativas.

Desse modo, Luhmann (1983, p. 99) diferencia os diversos planos de abstração como frutos da evolução da sociedade⁸⁶, dividindo-os em quatro princípios que vão desde o mais concreto até o mais abstrato: pessoas (representação de indivíduos por sistemas sociais), papéis (o conjunto de funções atribuídas a um determinado cargo, independente de quem ocupa a função), programas (conjunto de regras precisas que se pautam por um código se/então) e valores (conjunto de regras abstratas que, embora não designem condutas concretas, são capazes de identificar sentidos em determinados campos, v.g., saúde pública, justiça, segurança).

Aqui é importante destacar outra tese fundamental de Luhmann: o crescente “[...] desenvolvimento da sociedade obriga a uma maior diferenciação dos diversos planos de sentido, o que aumenta a complexidade e a flexibilidade da totalidade das estruturas de expectativas” (1983, p. 107). É por isso que a modernidade é entendida sob uma crescente diferenciação, seja entre pessoas e papéis, seja entre os diversos sistemas sociais. Com isso, pode-se falar sobre um juiz e esperar que ele desempenhe certas funções,

⁸⁶ Lembra-se que, para Luhmann (1983, p. 170), evolução não implica uma carga moral como a de progresso da sociedade, mas tão somente conquistas evolutivas que transformam o improvável em provável.

mesmo sem conhecer a pessoa que ocupe o cargo ou mesmo que ninguém, ainda, o ocupe⁸⁷.

Embora cada dimensão apresente seus riscos e desafios próprios, é evidente um paralelismo entre os problemas comuns, em termos de estabilização contrafática. Para dar conta dessa tarefa, a fim de superar as descontinuidades e problemas típicos de cada dimensão, Luhmann (1983, p. 110) apresenta o conceito de *generalização*:

Dessa forma a normatização dá continuidade a uma expectativa, independentemente do fato de que ela de tempos em tempos venha a ser frustrada. Através da institucionalização o consenso geral é suposto, independentemente do fato de não existir uma aprovação individual. A identificação garante a unidade e a inter-dependência do sentido, independentemente das diferenças objetivas entre as expectativas. Dessa forma a generalização gera uma imunização simbólica das expectativas contra outras possibilidades; sua função apoia o necessário processo de redução ao possibilitar uma *indiferença inofensiva*.

Devido à grande heterogeneidade e à alta discrepância dos mecanismos inerentes a cada uma dessas dimensões, o mais natural é que haja uma incongruência entre esses mecanismos na tentativa de generalização, quer dizer, que os processos em um determinado nível não sejam compatíveis com outro, que uma solução eficiente numa dimensão seja extremamente ineficaz em outra. Assim, como nem tudo pode ser normatizado, nem tudo que é normatizado deve ser institucionalizado, ou muito menos que institucionalizações produzam identificação de sentido e vice-versa.

Aqui entra a caracterização específica do direito como o sistema social imbuído de estruturas de expectativas comportamentais generalizadas congruentemente em termos normativos. Concebido funcional e seletivamente, o direito constitui o único subsistema social cuja função é produzir congruência seletiva de expectativas generalizadas nas dimensões temporal, social e prática, alcançando, frente a todos os outros sistemas sociais, uma integração social de expectativas (LUHMANN, 1983, p. 115).

⁸⁷ Com a mesma ideia, Luhmann tentou demonstrar que a diferenciação entre jurisdição e política, embora presente no mundo antigo e na Idade Média, só pôde ser plenamente imposta a partir do séc. XVIII (LUHMANN, 1990a, p. 150), a partir da diferenciação que os sistemas sociais ganharam na modernidade, afirmando que, hoje, “[...] ninguém se lembra de solicitar o divórcio ao parlamento ou de requerer a modificação de uma lei junto a um juízo cível” (LUHMANN, 1990a, p. 155).

Daí decorre que, para uma generalização congruente e para fornecer uma orientação para as pessoas, o direito necessita ser autopoietico (fechado operacionalmente), a fim de realizar sua função. Caso seja suscetível a injunções (influência não traduzida pelo sistema) de outros sistemas ou mesmo do ambiente (tudo que não faz parte do sistema), ele não conseguirá manter sua função na sociedade (v. g., compra de decisões, de sobreintegração e de subintegração). Por essa razão, o direito desenvolve mecanismos próprios e autônomos em relação ao mundo, como a noção de processo⁸⁸.

Nesse sentido, o direito deve dosar uma complexidade sustentável com uma carga suportável de frustrações das expectativas que ele estabiliza. Só que, para conseguir isso, ele deve selecionar bem as expectativas capazes de integrar o sistema jurídico, ou seja, capazes de reduzir a complexidade nas três dimensões. Caso não o faça, correrá o risco de não orientar expectativa alguma.

Por outro lado, não pode o sistema ficar totalmente alheio ao ambiente. Na medida em que sua função reside em sua eficiência seletiva, isto é, a sua existência depende de quão bem ele consegue a congruência nas três dimensões acima, é fundamentalmente relevante, para manter seu fechamento operacional, uma abertura ao ambiente, a fim de que seja possível trazer para dentro as variações do ambiente e retirar o que não mais serve para manter sua função.

Essa abertura cognitiva permite a percepção de esclarecimentos socioculturais concernentes a determinados conceitos que perdem seu sentido no decorrer do tempo. Assim, impossibilita-se uma ligação do tempo, porque não se consegue sedimentar socialmente o uso dado eventualmente por algum indivíduo em particular a algum texto normativo: embora seja possível o uso presente reportar-se a um uso passado, ele não consegue estabelecer um estado de partida para o uso futuro, simplesmente porque, pela forma como o texto normativo é apresentado, perdeu-se a carga semântica de referência que tornaria possível a disposição de informações para o prosseguimento de

⁸⁸ Não é à toa o brocardo *Quod non est in actis, non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo), o qual demonstra a necessidade de introdução, mediante regras próprias, dos fatos do mundo (LUHMANN, 1983, p. 178).

comunicações posteriores. Assim, o uso presente com referência ao uso passado é experimentado, pela falta de consenso social de suporte, como um disparate normativo, culturalmente anacrônico.

O exemplo que se lança mão é o do crime de raptio violento ou mediante fraude⁸⁹, em que uma das elementares do tipo penal era a mulher honesta. Até pouco tempo presente no Código Penal brasileiro, sua revogação apenas se deu com a Lei. 11.106/2005. Entretanto, a aplicação, notadamente, era desconsiderada por grande parte dos juristas.

Observa-se, nesse caso, a incapacidade de generalização da expectativa veiculada no texto em uma dimensão prática, faltando-lhe um sistema consistente de significados. Afinal, o que se pode interpretar como mulher honesta hoje? Ao que parece, é insuperável a vagueza⁹⁰ do texto normativo, tornando-o incapaz de estabilizar qualquer norma que lhe seja vinculada de forma a separar o comportamento convergente do divergente.

Atingindo a estrutura de expectativas comportamentais, a vigência social é o que torna possível um consenso, não necessariamente real, mas suposto, abrindo espaço para uma aplicação entendível, ainda que não aceitável. Quando falta vigência social, a norma, embora regule juridicamente condutas, não encontra espaço para aplicação, o que é reconhecido, ainda que inconscientemente, pelos destinatários, aplicadores e executores do direito. Daí o porquê da ineficácia social generalizada.

O caso do raptio de mulher honesta representa, portanto, a perda de vigência social de parte do texto normativo em decorrência de uma impossibilidade de generalizar expectativas na dimensão prática. A despeito de aqui se tratar de uma incursão primária dessa hipótese de “disparate normativo”, é possível lançar algumas intuições que, pela relevância, merecem o destaque, até para que sejam aprofundadas posteriormente.

⁸⁹ “Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso”.

⁹⁰ O termo pode ser compreendido como a “[...] imprecisão em definir quais são os referentes da norma, ou seja, a indeterminação dos limites do âmbito dos fatos jurídicos e respectivos efeitos jurídicos que estão previstos na disposição normativa e, pois, na norma” (NEVES, 2013b, p. 6).

Um exemplo pode ser elaborado a partir do atual artigo 139 da Constituição alemã (*Grundgesetz*)⁹¹: “O regulamento sobre a ‘liberação do povo alemão do nacional-socialismo e do militarismo’ não será afetado pelas disposições dessa Constituição”⁹². É que esse documento remonta ao início do segundo pós-guerra (1939-1945), quando a Alemanha teve seu território dividido entre os Aliados: do lado oeste, Estados Unidos, França e Grã-Bretanha; do leste, União Soviética. Em 01 de setembro de 1948, foi formado um Conselho Parlamentar para dar início aos trabalhos de elaboração de uma Constituição para a Alemanha ocidental.

O maior problema era conseguir estipular, em um único documento, normas que conseguissem ser aceitas por todos os territórios. Diante da dificuldade da elaboração, decidiram, então, deixar para depois a criação da Constituição (*Verfassung*) e criaram, em 23 de maio de 1949, apenas um documento com as normas fundamentais da República Federativa Alemã (*Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). Após a integração da Alemanha ocidental com a oriental, especialmente depois da queda do muro de Berlim, a Constituição, de fato, nunca foi criada. O que era para ser, então, um documento com as normas fundamentais se tornou a própria Constituição alemã.

Nesse contexto, a lei fundamental acabou incorporando o referido artigo 139, talvez ainda sob o medo que pairava em relação ao nazismo, resguardando como constitucional a “Lei N. 104 da libertação do nacional-socialismo e do militarismo”⁹³, a qual, pelas restrições de liberdade nela contida⁹⁴, vai na contramão das disposições de liberdade constantes no resto da Constituição.

⁹¹ Faz-se aqui um agradecimento especial ao Prof. Martin Hochhuth, da Universidade de Freiburg, pela indicação do referido exemplo quando apresentei-lhe essa discussão.

⁹² „Artikel 139 - Die zur "Befreiung des deutschen Volkes vom Nationalsozialismus und Militarismus" erlassenen Rechtsvorschriften werden von den Bestimmungen dieses Grundgesetzes nicht berührt“. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg/245216>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

⁹³ "Gesetz Nr. 104 zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus“, disponível em: <<http://www.verfassungen.de/de/bw/wuertt-b-befreiungsgesetz46.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

⁹⁴ A título ilustrativo, cita-se o artigo 7, alínea 3, que estabelece como ativista os adeptos convencidos da tirania nazista de sua teoria racial. No original: “Artikel 7. I. Aktivist ist: [...] 3.

A intuição que aqui se lança mão é a de que a disposição contida no art. 139 pode perder sua vigência social pela incapacidade de generalizar expectativas normativas de comportamentos diante do esclarecimento sociocultural em face das restrições da liberdade de pensamento, de associação e de reunião, as quais são protegidas estruturalmente pela Constituição alemã, em torno de ideias e crenças que concernem à teoria racial do nazismo, as quais, outrora deveriam ser colocadas a qualquer custo no texto constitucional, hoje já não mais coadunam com o sistema constitucional vigente. Se essa intuição se confirmar, o resultado será a ineficácia social generalizada de tais disposições, embora haja vigência formal, como se observa na permissão de partidos neonazistas⁹⁵.

wer sich als überzeugter Anhänger der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft, insbesondere ihrer Rassenlehre erwiesen hat“.

⁹⁵ Não olvidando a necessidade de um aprofundamento sobre o tema, inclusive naquilo que pode ser tipificado como nazismo, cita-se curiosa notícia recente, em que o partido neonazista alemão, NPD, conquistou vaga no Parlamento Europeu. Cf. <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2014/05/26/neonazistas-alemaes-do-npd-conquistam-vaga-no-europarlamento.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi articular teoricamente o conceito de vigência social a fim de poder identificar casos em que normas, embora formalmente vigentes, carecem de vigência social. Para alcançar esse intento, foram estabelecidas inicialmente algumas assunções teóricas que subjazem o referencial adotado, qual seja a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Assim, foram apontadas algumas dificuldades que as concepções tradicionais de direito encontram ao tentar conceber as relações entre vigência e eficácia. Tomou-se como paradigma de análise o positivismo normativista de Hans Kelsen, o qual, a despeito de trabalhar a diferença entre validade e eficácia, condicionava aquela a esta, sem contudo estabelecer a medida dessa condição, e o positivismo sociológico de Eugen Ehrlich, que reconhecia, na contraposição do direito vivo ao direito meramente vigente nos tribunais, a prevalência daquele como decorrência da eficácia de comportamentos consolidados no tempo (os fatos do direito), mas desconsiderando que o direito legislado, principalmente na modernidade, tem capacidade de exercer uma força normativa.

Constatadas essas dificuldades, procurou-se verificar que referidas teorias possuem como pano de fundo paradigmas simplificadores do real, os quais, pelos cortes epistemológicos, impossibilitam uma compreensão dos fenômenos sociais contemporâneos. Nessa linha de raciocínio, a partir do resgate das ideias de paradigma dominante de Boaventura Sousa Santos e de paradigma simplificador de Edgar Morin, as quais caracterizam o arcabouço epistemológico em que estão inseridas as dificuldades apontadas anteriormente, percebeu-se que, para evitar simplificações cegas, teorias científicas não podem prescindir de reconhecer o real em sua complexidade, devendo esta ser uma categoria central de análise de uma teoria social abrangente.

Daí a escolha pela teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que pretende desenvolver uma teoria científica adequada à descrição da sociedade moderna, oferecendo um esquema conceitual suficientemente abrangente para

os fins a que se propõe este trabalho, notadamente a articulação dos fenômenos de vigência de normas e de sua eficácia.

Com o propósito de não proceder a uma apropriação indevida dessa teoria, que foi desenvolvida em um contexto histórico específico de países componentes de uma modernidade central, percorreram-se alguns argumentos que foram lançados contra ela, no sentido de que não seria possível sua aplicação direta em países que se distanciassem daquele contexto. Nesse viés, foram levantadas algumas considerações, principalmente no que tange à formação do direito na sociedade global, mediante relações de subintegração e sobreintegração.

Assumidas as premissas anteriores, analisou-se especificamente a teoria dos sistemas, com foco no subsistema jurídico, procurando estabelecer seus conceitos fundamentais como sistema/ambiente e a ideia de sociedade como o sistema social mais abrangente, composto por todas as comunicações que estão ocorrendo. Na evolução da sociedade moderna, as comunicações diferenciam-se funcionalmente entre si a partir de códigos binários específicos, configurando subsistemas sociais funcionais, dentre os quais o direito com o código lícito/ilícito.

Os sistemas sociais, fechados operacionalmente e abertos cognitivamente, o que constitui sua autopoiese, são capazes de produzir uma racionalidade interna própria, através da qual todo o ambiente, mediante operações de reentrada, é interpretado. Assim, o direito operacionaliza-se como o único subsistema social capaz de ligar comunicações a respeito de expectativas normativas de comportamento numa sociedade mundial hipercomplexa.

Com isso, foi possível estabelecer o conceito de vigência social como o alcance da função do direito na sociedade: é vigente socialmente a norma que veicula expectativas estabilizadas contrafaticamente. Assim, em contraposição ao conceito de vigência formal, que corresponde à institucionalização mediante procedimentos jurídicos de textos normativos capazes de ser interpretados e aplicados por aqueles que exercessem papéis dentro do sistema jurídico, a vigência social independe da eficácia social, ou

seja, a expectativa normativa é tanto mais estabilizada quanto mais for capaz de se imunizar diante de reiteradas frustrações.

Como forma de ilustrar as discussões realizadas, foram feitas duas incursões em casos representativos da falta de vigência social de normas formalmente vigentes. A primeira análise ficou por conta de legislações e processos de constitucionalização simbólicos, nos quais há carência de normatividade pela hipertrofia do sentido latente de determinadas normas jurídicas. A segunda, disparates normativos, nos quais textos se tornam culturalmente obsoletos, impossibilitando a sedimentação de sentido de tal forma que não são capazes de veicular quaisquer expectativas normativas.

Obviamente, as considerações aqui dispostas não esgotam a infinitude de questões que ainda podem ser levantadas, tais como a possibilidade de haver vigência social sem a respectiva vigência formal, o que necessitaria um aporte teórico sobre positivismo; o processo linguístico da perda de capacidade de alguns textos normativos de veicularem sentidos socialmente sedimentados; como a cultura pode ser concebida nesse processo; a identificação de outros casos de falta de vigência social e suas consequências para o funcionamento do sistema jurídico.

Espera-se, contudo, que o esquema conceitual delineado nesse trabalho possa servir de base para posteriores pesquisas que possam ensejar aprofundamentos e críticas em torno dos temas levantados. Compreender o sistema jurídico e as nuances que envolvem a implementação da sua função não é apenas um desafio meramente teórico, mas um desafio, sobretudo, capaz de demarcar os contornos sociais que possibilitam pensar a potencialidade do direito numa sociedade mundial marcada pelas desumanizantes assimetrias econômicas e pelas gritantes desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Esteia dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BACHUR, João Paulo. **Distanciamento e crítica**: limites e possibilidades da teoria de sistemas de Niklas Luhmann. São Paulo: [s.n.], 2009. 356 p. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BLACKBURN, Simon. **The oxford disctionary of philosophy**. New York: Oxford university, 1996.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993.

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

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU**: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 4. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

DUCROT, Oswald. **O dizer e o dito**. Tradução de Eduardo Guimarães. Campinas: Pontes, 1987.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 22. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

EISENSTADT, Shmuel Noah. Multiple modernities. **Daedus**, v. 129, n. 1, p. 1-29, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FOURIE, Elsje. A future for the theory of multiple modernities: Insights from the new modernization theory. **Social Science Information**, 51, n. 1, mar. 2012.

52-69. Acesso em: 25 mar. 2014. Disponível em: <http://ssi.sagepub.com/content/51/1/52>.

HABERMAS, Jürgen. **Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HERRERO, F. Javier. Ética do discurso. In: OLIVEIRA, M. A. D. (). **Correntes fundamentais da ética contemporânea**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 163-192.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 3.0**. [S.l.]: Objetiva, 2009.

HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. Londres: Dent, 1964.

JONAS, Hans. **Das Prinzip Verantwortung**: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation. [S.l.]: Suhrkamp Taschenbuch, 2003.

_____. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KANT, Immanuel. **Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wir auftreten können**. 6. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1920.

_____. **Prolegomena to Any Future Metaphysics That Will Be Able to Come Forward as Science with Selections from the Critique of Pure Reason**. Tradução de Gary Hatfield. Cambridge: Cambridge University, 2004.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1949. [3ª impressão].

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. **Reine Rechtslehre**. 2. ed. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992. [Reimpressão].

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas Samuel. **The Structure of Scientific Revolutions**. 3. ed. Chicago: The University of Chicago, 1996.

_____. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora, 2008.

LEWIS, Charlton T. **A Latin Dictionary founded on Andrews' edition Freund's Latin Dictionary: revised, enlarged, and in great part rewritten**. Oxford: Oxford at the Clarendon, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat**. München: Olzog, 1981a.

_____. Schematismen der Interaktion. In: LUHMANN, N. **Soziologische Aufklärung 3**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1981b. p. 81-100.

_____. Erleben und Handeln. In: LUHMANN, N. **Soziologische Aufklärung 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1981c. p. 67-80.

_____. The improbability of communication. **International Social Scientific Journal**, XXXIII, n. 1, 1981d. 122-132.

_____. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983.

_____. **Ecological Communication**. Tradução de Jr. John Bednarz. Cambridge: Polity, 1989.

_____. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 49, ano XVII, jul. 1990a. 149-168. Translated by Peter Naumann.

_____. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal 9**, Frankfurt sobre o Meno, 1990b. 176-220.

_____. **Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie**. 4. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch, 1991.

_____. **Beobachtung der Moderne**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1992a.

_____. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. **Cardoso Law Review**, 1992b. 1419-1441.

_____. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp taschenbuch, 1995.

_____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, v. I, 1997a.

_____. Globalization or world society: how to conceive of modern society? **International Review of Sociology**, Londres, 7, n. 1, mar. 1997b. 67-79.

_____. **Observaciones de la modernidad**: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Tradução de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997c.

_____. Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung? In: LUHMANN, N. **Ausdifferenzierung des Rechts**: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt: Suhrkamp Taschenbuch, 1999. p. 73-91.

_____. **Law as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. New York: Oxford University, 2004.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006a.

_____. System as Difference. **Organization Articles**, 13, n. 1, 2006b. 37-57.

_____. Inclusão e exclusão. In: DUTRA, R.; BACHUR, J. P. []. **Dossiê Niklas Luhmann**. Tradução de Stefan Fornos Klein. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 15-50.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MATURANA R., Humberto; VARELA G., Francisco J. **De máquinas y seres vivos**: Autopoiesis: la organización de lo vivo. 5. ed. Santiago: Editorial Universitaria, 1998.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos Estudos**, n. 58, p. 183-202, nov., 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOITA, Edvaldo de Aguiar Portela; SOUSA FILHO, José Ivan Rodrigues de. Social Clarification Regarding Legal Nonsense. In: ROCHA, B. A.; SALGADO, K. E. A. [org.]. **World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy**: Human Rights, Democracy, Rule of Law and Contemporary Social Challenges in Complex Societies. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 140.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

_____. **O método 1. A natureza da natureza**. Tradução de Maria Gabriella de Bragança. 2. ed. Mem Martins: Publicações Europa-América Ida., s/d. [1 ed. de 1997].

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. Tradução de vários tradutores. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo. Entre Subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 37, n. 2, 1994. 253-276.

_____. De la autopiesis a la alopoiesis del derecho. **Doxa**, 19, 1996. 403-420.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Tradução de o autor. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013a.

_____. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013b.

OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

_____. Ética intencionalista-teleológica em Vittorio Hösle. In: OLIVEIRA, Manfredo Araujo de [org.]. **Correntes fundamentais da ética contemporânea**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2008, cap. 11, p. 235-255.

PARSONS, Talcott; SHILS, Edward Albert. (Eds.). **Toward a general theory of action**. Cambridge: Havard University, 1962. 5ª impressão.

POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações**. Tradução de Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

RYLE, Gilbert. **The Concept of Mind**. 60th Anniversary Edition. ed. New York: Routledge, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

SCHUARTZ, Luís Fernando. **Norma, contingência e racionalidade**: estudos preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWARZ, Roberto. As idéias fora do lugar. In: SCHWARZ, R. **Ao vencedor as batatas**: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Editora 34, 2000. p. 9-31.

SEARLE, John Rogers. How to Derive "Ought" From "Is". **The Philosophical Review**, v. 73, n. 1, jan. 1964. 43-58. Disponível em: Acesso em: 17 jan. 13.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Jessé. Niklas Luhmann, Marcelo Neves e o "culturalismo cibernético" da moderna teoria sistêmica. In: DUTRA, R.; BACHUR, J. P. **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 149-182.

SPENCER BROWN, George. **Laws of Form**. Londres: George Allen and Unwin, 1971.

TEUBNER, Gunther. How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law. **Law & Society Review**, 23, n. 5, 1989. 727-757.

_____. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

_____. **Altera Pars Audiatur**: Law in the Collision of Discourses. Oxford: Oxford University, 1997. 149-176 p.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

WAGNER, Peter. Multiple Trajectories of Modernity: Why Social Theory Needs Historical Sociology. **Thesis Eleven**, v. 100, p. 53-60, 2010. Acesso em: 31 mar. 2014. Disponível em:

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira, v. 13, 1999.

_____. **A ética protestante e o "espírito" do capitalismo**. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ⁱ „Wenn sie sich als eine ‘reine’ Lehre vom Recht bezeichnet, so darum, weil sie nur reine auf das Recht gerichtete Erkenntnis sicherstellen und weil sie aus dieser Erkenntnis alles ausscheiden möchte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstande gehört. Das heißt: sie will die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien. Das ihr methodisches Grundprinzip“. Em português, cf. Kelsen (2003, p. 1).

-
- ii „Die korrekte Bestimmung dieses Verhältnisses ist eines der wichtigsten und zugleich schwierigsten Probleme einer positivistischen Rechtstheorie“. Em português, cf. Kelsen (2003, p. 235).
- iii „Ebenso wie die Sollnorm als Sinn des sie setzenden Seinaktes nicht mit diesem Akte, ist die Soll-Geltung einer Rechtsnorm nicht mit ihrer Seins-Wirksamkeit identisch; die Wirksamkeit der Rechtsordnung als Ganzes und die Wirksamkeit einer einzelnen Rechtsnorm sind – ebenso wie der Normsetzungsakt – Bedingung der Geltung, und zwar Wirksamkeit in dem Sinne Bedingung, daß eine Rechtsordnung als Ganzes und eine einzelne Rechtsnorm nicht mehr als gültig angesehen werden wenn sie aufhören wirksam zu sein“. Em português, cf. Kelsen (2003, p. 236).
- iv “Only by separating the theory of law from a philosophy of justice as well as from sociology is it possible to establish a specific Science of law”. Em português, cf. Kelsen (2000, p. XXX).
- v „[...] der Verstand schöpft seine Gesetze (*a priori*) nicht aus der Natur, sondern schreibt sie dieser vor“. Em inglês, cf. Kant (2004, p. 72).
- vi „Komplexität ist keine Operation, ist also nichts, was ein System tut der was in ihm geschieht, sondern ist ein Begriff der Beobachtung und Beschreibung (inclusive Selbstbeobachtung und Selbstbeschreibung)“. Em espanhol, cf. Luhmann (2006a, p. 101).
- vii “One of the most influential of these, the theory of multiple modernities, has argued that modernity continues to have an undeniable global impact, but that this impact is so radically mediated by the historical and cultural backgrounds of each society it encounters that it makes more sense to speak of the concept in the plural”.
- viii “[...] the analysis of self-understandings and their transformations in such a way that comparability between societies becomes possible”.
- ix “Functional differentiation is a specific historical arrangement that has developed since late Middle Ages and was recognized as disruptive only in the second half of the 18th century”.
- x „Aus allgemeinen erkenntnistheoretischen Gründen gehen wir davon aus, daß jede Beobachtung und Beschreibung eine Unterscheidung zugrund legen muß“. Em inglês, cf. Luhmann (2004, p. 67).
- xi “[...] there is no difference between self-reference and observation. For the who observes something must distinguish himself from that which he observes.”
- xii “A mere one-time event does not suffice. If an operation of a certain type has started and is, as I like to say, capable of connectivity – that is, if further operations of the same type ensue from it – a system develops”.
- xiii “Communication is one of those rare types of operation that has the capacity to solve the riddle of self-transcendence”.
- xiv “[...] the concept of autopoiesis explains next to nothing, except this beginning with self-reference: an operation that possesses connectivity”.
- xv “Podemos decir entonces que uma máquina autopoietica es um sistema homeostático que tiene a *su propia organización* como la variable que mantiene constante”.
- xvi „Wenn man jedoch die Begriffe Beobachtung und Selbstbeobachtung auf der Ebene der allgemeinen Systemtheorie ansetzt und, wie angedeutet, mit dem Begriff der Autopoiesis verbindet, wird Selbstbeobachtung zur notwendigen Komponente autopoietischer Reproduktion“.
- xvii „Gerade auf dieser Grundlage ergibt sich dann die Möglichkeit, organische und neurophysiologische Systeme (Zellen, Nervensysteme, Immunsysteme usw.) von Sinn konstituierenden psychischen und sozialen Systemen zu unterscheiden“.
- xviii „Systeme sind auf der Ebene dieser selbstreferentiellen Organisation *geschlossene* Systeme, denn sie lassen in ihrer Selbstbestimmung keine anderen Formen des Prozessierens zu“.
- xix “De esta forma se presenta la decisión después de tomada la decisión, la normalización después de la normalización, la enseñanza después de la enseñanza etc.”.
- xx “[...] Darstellung der Einheit des Systems im System”.
- xxi “More exactly, the theme of sociological investigation is not the system of society, but instead the unity of the difference of the system of society and its environment. In other words, the theme is the world as a whole, seen through the system reference of the system of society differentiates itself from an environment”.
- xxii “Any cognition – be it psychic or social, be it scientific, political, moral, or legal cognition – is a purely internal construction of the outside world; cognition has no access whatsoever to reality”.

“out there”. Any cognitive activity – be it theory or empirical research – is nothing but an internal construction by the cognizing unit; and every testing procedure that pretends to examine the validity of internal constructions against outside reality is only an internal comparison of different world construction.”

^{xxiii} “[...] the system presupposes specific states or changes in its environment and relies on them”.

^{xxiv} “[...] structural couplings provide a continuous influx of disorder against which the system maintains or changes its structure”.

^{xxv} “There is no sense in separating law and society as if these were two different objects [...]”.

^{xxvi} „Der Differenzierungsvorgang kann spontan einsetzen; er ist ein Resultat von Evolution, die Gelegenheiten benutzen kann, um strukturelle Veränderungen zu lancieren“. Em espanhol, (LUHMANN, 2006a, p. 474).

^{xxvii} „Der Differenzierungsvorgang kann also irgendwo und irgendwie beginnen und dann die eingetretene Abweichung verstärken“. Em espanhol, cf. Luhmann (2006a, p. 474).

^{xxviii} „[...] die Reduktion der Freiheitsgrade von Teilsystemen, die diese den Außengrenzen des Gesellschaftssystems und der damit abgrenzten internen Umwelt dieses Systems verdanken“. Em espanhol, cf. Luhmann (2006a, p. 478).

^{xxix} „Im Unterschied zum Gesellschaftssystem gibt es für dessen Teilsysteme ja zwei Umwelten: die gesellschaftsexterne und die gesellschaftsinterne.“ Em espanhol, cf. Luhmann (2006a, p. 478).

^{xxx} “[...] from the viewpoint of its specific function, claims universal validity and excludes further possibilities”.

^{xxxi} “[...] the legal system is a closed system, producing its own operations, its own structures, and its own boundaries by its own operations; not by accepting any external determination nor, of course, any external delimitation whatsoever”.

^{xxxii} „Deshalb verdient der Begriff der Operation mehr Aufmerksamkeit als üblich. Zeitlich gesehen sind Operationen Ereignisse, also Aktualisierungen sinnhafter Möglichkeiten, die im Augenblick ihrer Realisation schon wieder verschwinden. Als Ereignisse haben Operationen keinen Bestand, obwohl eine für ihre Beobachtung notwendige Mindestdauer (etwa: die Zeit der Verkündung eines Urteils). Sie können, da ohne Bestand, auch nicht geändert werden. Alle Beständigkeit, alle Änderbarkeit, jede Struktur muß im System erst produziert werden, und dies durch die Operationen, über die das System als eigene verfügt. Es gibt, mit anderen Worten, keine externe Strukturdetermination. Nur das Recht selbst kann sagen, was Recht ist“. Em inglês, cf. Luhmann (2004, p. 85).

^{xxxiii} “It [polycentricity] is replaced today by a more threatening ‘polycontextuality’, that is, a plurality of mutually exclusive perspectives which are constituted by system/environment operations and which are not compatible with one another”.

^{xxxiv} „Die Gesellschaft ist also nicht einfach die Umwelt des Rechtssystems. Sie ist teils mehr - insofern nämlich, als sie die Operationen des Rechtssystems selbst einschließt; und teils weniger - insofern nämlich, als das Rechtssystem es auch mit der Umwelt des Gesellschaftssystems zu tun hat, vor allem mit mentalen und körperlichen Realitäten der Menschen, aber auch mit anderen physikalischen, chemischen, biologischen Sachverhalten, je nach den Ausschnitten, die das Rechtssystem für rechtlich relevant erklärt“. Em inglês, cf. Luhmann (2004, p. 89).

^{xxxv} „Die im folgenden explizierte hypothese lautet, daß das Recht ein Zeitproblem löst [...]“. Em inglês, cf. Luhmann (2004, p. 142).

^{xxxvi} „Jede Kommunikation bindet daher Zeit insofern, als sie bestimmt, von welchem Systemzustand die weitere Kommunikation auszugehen hat“.

^{xxxvii} „[...] die Fixierung von Sinn für wiederholten Gebrauch, etwa die Sinnbesetzung von Worten, Begriffen, wahrheitshaltigen Aussagen“.

^{xxxviii} “Selección es actualización de algo a través de la negación de lo demás”.

^{xxxix} „Wir beschreiben hiermit, in extrem abstrakter Form, die Genese von Sinn.“

^{xl} „Diejenigen, die – aus welchen persönlichen, situativen oder sachlichen Gründen auch immer – gegen die Erwartungen verstoßen möchten, werden vorab benachteiligt“.

^{xli} „Das Recht ermöglicht es, wissen zu können, mit welchen Erwartungen man sozialen Rückhalt findet, und mit welchen nicht. Gibt es diese Erwartungssicherheit, kann man mit größerer Gelassenheit den Enttäuschungen des täglichen Lebens entgegensehen; man kann sich zumindest darauf verlassen, in seinen Erwartungen nicht diskreditiert zu werden“.

-
- ^{xiii} „Die Form des Rechts aber findet sich in der Kombination zweier Unterscheidungen, nämlich der Modalitäten kognitiv/normativ des Erwartens und des Codes Recht/Unrecht.“
- ^{xiii} „Entweder gibt man seine Erwartungen in der enttäuschten Hinsicht auf oder man behält sie bei. Antizipiert man diese Bifurkation und legt man sich im Voraus auf eine der beiden Möglichkeiten fest, bestimmt man im ersten Falle seine Erwartungen als kognitiv, im anderen Falle als normativ.“
- ^{xiv} „Ein operativer Ansatz kann die Einheit des Rechtssystems nicht als Einheit eines Textes oder als Konsistenz einer Textmenge begreifen, sondern nur als ein soziales System“.
- ^{xv} „[...] die eine spezifische Rechtsqualität nur dadurch gewinnt, daß sie als Rechtssystem ausdifferenziert wird“
- ^{xvi} „Die Norm verspricht nicht ein normgemäßes Verhalten, sie schützt aber den, der dies erwartet“.
- ^{xvii} „Wenn es darum geht, etwas zu projektieren, was auch gilt, wenn es nicht entsprechend realisiert wird: wer kann das tun? Und was muß man voraussetzen, wenn es darum geht, zunehmend voraussetzungsvolle kontrafaktische Erwartungen zu erzeugen, zu erhalten, zu validieren?“.
- ^{xviii} „Fragt man nach der Funktion des Rechts im Hinblick auf die Zeitdimension, kommen zwei mögliche Antworten in Betracht. Sie entsprechen dem Unterschied von Vergangenheit und Zukunft; sie setzen den Akzent entweder mehr auf die Vergangenheit oder mehr auf die Zukunft.“
- ^{xix} „Als autopoietisches, operativ geschlossenes System ist das Recht gehalten, seine Funktion eigenständig zu gewährleisten“. Em inglês, cf. Luhmann (2004, p. 157).
- ⁱ „Der Modus des Erwartens wird also nicht dem Belieben überlassen und auch nicht der schlichten sozialen Konvenienz“. Em inglês, cf. Luhmann (2004, p. 157).
- ⁱⁱ „Erleben und Handeln sind in jedem Falle menschliches Verhalten“.
- ⁱⁱⁱ „Da Kommunikation sich nur beobachten kann, wenn zwischen Information und Mitteilung unterschieden wird, kann der Akzent der Zurechnung entweder auf Information (Erleben) oder auf Mitteilung (Handlung) gelegt werden; und dies gilt für beide Seiten: für die, die eine Kommunikation initiiert, und für die, die daraufhin über 8Kommunikation von) Ahnahme oder Ablehnung zu entscheiden hat. Wenn eine Selektion (von wem immer) dem System selbst zugerechnet wird, wollen wir von *Handlung* sprechen, wird sie der Umwelt zugerechnet, von *Erleben*“. Em espanhol, cf. Luhmann (2006a, p. 260).
- ⁱⁱⁱⁱ „Kein Erleben ist ohne Handelnden zugänglich, kein Handeln ohne Berücksichtigung des Erlebens des Handelnden verständlich“.