

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

Natália Linda Bellini Caldeira

A CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO MECANISMO DE OBSERVAÇÃO
DO CONFLITO E DA JUSTIÇA CONSIDERADOS A PARTIR DO
SISTEMA JURÍDICO LUHMANNIANO

Marília, SP
2020

Natália Linda Bellini Caldeira

A CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO MECANISMO DE OBSERVAÇÃO
DO CONFLITO E DA JUSTIÇA CONSIDERADOS A PARTIR DO
SISTEMA JURÍDICO LUHMANNIANO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Teoria do Direito e do Estado, Linha de Pesquisa Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Horácio Wanderlei Rodrigues

Marília, SP

2020

Autor: Natália Linda Bellini Caldeira

Título: A CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO MECANISMO DE OBSERVAÇÃO DO CONFLITO E DA JUSTIÇA CONSIDERADOS A PARTIR DO SISTEMA JURÍDICO LUHMANNIANO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Teoria do Direito e do Estado, Linha de Pesquisa Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica, e aprovada pela banca examinadora.

Marília, SP, 30 de junho de 2020.

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – UNIVEM
Coordenador do Curso

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – UNIVEM
Orientador

Prof. Dr. Roberto da Freiria Estevão – UNIVEM

Profa. Dra. Iôni Heiderscheidt – UFSC

Ao Coração da Altura, Nosso Pai.
Aos meus amados e dedicados pais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que em comunhão, me fez capaz de percebê-lo pelo meu próprio coração.

A Jesus, melhor amigo a tornar minha alma livre e serva no Amor, em Amor e por Amor.

Ao Apóstolo do Cristo Paulo de Tarso e a Estevão e Abigail, por me ensinar a amar, trabalhar, esperar e perdoar, sem cessar.

Ao meu Pai, Gil Carlos Caldeira, pelo amor que me faria escolhe-lo como pai por todas as vidas que eu vivesse.

A minha mãe, Elizabeth Bellini Caldeira, pelo amor singular que me faz compreender a mais profunda razão da vida, acendendo na minha alma, a divina chama eterna.

Aos meus irmãos Karina e Johnatas e aos meus cunhados Jesset e Aline, pelas alegrias e parcerias tão especiais.

Em especial aos Professores Doutores Roberto da Freiria Estevão, Luís Henrique Barbante Franzé, Luciano Ricardo Munari e Alda Coelho, pela significativa, positiva e pacienzosa influência na minha formação humana e espiritual.

Ao meu Professor Orientador, Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues, que soube, com admirável sensibilidade e inteligência, direcionar-me rumo a concretização acadêmica.

Ao Todo Universo e suas incríveis sincronicidades, que em todos os olhares, encontros e oportunidades, conspirou para que tudo continuamente caminhasse e simplesmente fosse o mais belo que poderia ser.

RESUMO

A construção da presente pesquisa fundamenta-se no seguinte problema: Na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a justiça poderá ser considerada como solução do conflito intersistêmico, por meio da aplicabilidade do mecanismo da constelação sistêmica? A partir desse questionamento pondera-se à Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann; o sistema jurídico funcionalmente diferenciado pelo conflito e pela justiça na teoria luhmanniana; o paradigma do pensamento complexo e da metodologia sistêmica de investigação fenomenológica; a constelação sistêmica como mecanismo observador do conflito sistêmico. A temática sistêmica luhmanniana propõe a perspectiva de descrição da sociedade complexa baseada na diferenciação funcional delimitada nos subsistemas sociais. Código binário, fechamento operativo e abertura ao ambiente possibilitam a descrição dos sistemas parciais, inclusive o sistema jurídico, cuja funcionalidade relaciona-se à garantia das expectativas normativas. O conflito em Luhmann, é absolutamente fundamental, e sua relevância é detectada no conceito de comunicação do sistema jurídico, estruturado na conflitualidade do binário sim/não, como também nos limites intersistêmicos. A justiça é referenciada como fórmula de contingência do sistema jurídico, significando consistência que permite o funcionamento adequado do sistema e a delimitação funcional entre sistemas. O mecanismo da constelação sistêmica é metodologia sistêmica específica para observação do conflito no e entre sistemas e intenta a solução conflitiva – justiça – intermediada pelo contexto sistêmico. Objetiva-se a investigação do conflito e da justiça no sistema jurídico pela perspectiva de Niklas Luhmann relacionada a especificidade do mecanismo da constelação sistêmica.

Palavras-chave: Pensamento sistêmico. Sistema Jurídico luhmanniano. Constelação sistêmica.

ABSTRACT

The construction of this research is based on the following problem: In the perspective of Niklas Luhmann's systems theory, can justice be considered as a solution to the inter-systemic conflict, through the applicability of the systemic constellation mechanism? Based on this questioning, Niklas Luhmann's Systems Theory is considered; the legal system functionally differentiated by conflict and justice in Luhmann's theory; the paradigm of complex thinking and the systemic methodology of phenomenological research; the systemic constellation as an observer mechanism of systemic conflict. The systemic Luhmannian theme proposes the perspective of describing the complex society based on the functional differentiation delimited in the social subsystems. Binary code, operational closure and opening to the environment make it possible to describe partial systems, including the legal system whose functionality is related to guaranteeing normative expectations. The conflict in Luhmann, is absolutely fundamental and its relevance is detected in the communication concept of the legal system, structured in the conflict of the yes / no binary, as well as in the intersystemic functional delimitation. Justice is referred to as the contingency formula of the legal system, meaning consistency that allows the proper functioning of the system and the functional delimitation between systems. The systemic constellation mechanism is a specific systemic methodology for observing the conflict in and between systems and attempts the conflicting solution - justice - intermediated by the systemic context. The objective is to investigate conflict and justice in the legal system from the perspective of Niklas Luhmann related to the specificity of the systemic constellation mechanism.

Keywords: Systemic thinking. Luhmannian Legal System. Systemic constellation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOÉTICOS DE NIKLAS LUHMANN: SISTEMA SOCIAL E SUBSISTEMA JURÍDICO	13
2.2 SISTEMA E AMBIENTE	14
2.3 SISTEMAS PARCIAIS, COMUNICAÇÃO E FUNCIONALIDADE	15
2.4 ESTRUTURA DE DIFERENCIAÇÃO GENÉRICA	16
2.4.1 Reprodução autopoietica: a simultaneidade do fechamento operacional do sistema social e abertura ao ambiente	17
2.4.2 A identidade operacional dos sistemas parciais	22
2.5 SISTEMA JURÍDICO	24
3 A DIFERENCIAÇÃO NO DIREITO E A UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO	30
3.1 COMUNICAÇÃO BINÁRIA E OPERAÇÃO INTERNA: QUALIFICAÇÃO DE INTERESSES ACOLHIDOS OU REJEITADOS PELO DIREITO	31
3.2 PRINCÍPIO DO <i>NON LIQUET</i> : A PROIBIÇÃO DA DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA E O FECHAMENTO AUTOPOIÉTICO DO DIREITO	35
3.3 DIFERENCIAÇÃO DO DIREITO E FUNÇÕES JUDICIAIS	37
3.3.1 O acoplamento estrutural intersistêmico	40
3.4 PROCEDIMENTOS, PROCESSOS E PROCESSO DECISÓRIO NO SISTEMA JURÍDICO	43
3.4.1 Expectativas normativas	44
3.4.2 A durabilidade das expectativas normativas <i>versus</i> desilusão e a funcionalidade imunológica do sistema jurídico	48
3.4.3 Sistema jurídico e o processo como procedimento sistêmico	53
3.4.4 A positivação do direito, a decidibilidade e a alterabilidade do sistema jurídico	56
3.4.5 Relação processual e redução da complexidade social	59
4 O MECANISMO DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO OBSERVADOR DO CONFLITO INTERSISTÊMICO E A JUSTIÇA NO SISTEMA JURÍDICO LUHMANIANO	62

4.1 O CONFLITO NO SISTEMA JURÍDICO	63
4.2 DECISÃO NO SISTEMA JURÍDICO	67
4.3 JUSTIÇA NO SISTEMA JURÍDICO.....	72
4.4 EMBASAMENTO PARA OBSERVAÇÃO COMPLEXA E SISTÊMICA DOS FENÔMENOS	77
4.4.1 Edgar Morin: introdução ao pensamento complexo	77
4.4.2 Metodologia sistêmica	89
4.4.3 O mecanismo genérico da constelação sistêmica	93
5 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	99

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação volta-se para a significação sistêmica de justiça a partir da teoria do sociólogo alemão Niklas Luhmann e para a possibilidade da identificação do mecanismo da constelação sistêmica no contexto da determinação deste significado. Neste propósito, com a utilização da metodologia fundada na pesquisa bibliográfica e abordagem dedutiva, ela se apresenta como uma investigação jusmetodológica que acopla a sociologia jurídica luhmanniana com o paradigma do pensamento complexo-sistêmico.

A conceituação da justiça insere-se em diversos contextos histórico-ideológicos e se reproduziu por inúmeras correntes do pensamento filosófico, político, econômico e religioso, que, em sua grande maioria, se utilizaram do método cartesiano para fixar seus delineamentos teóricos.

Inúmeros são, justamente, os delineamentos a respeito do conceito e significado de justiça advindos do pensamento simplificador cartesiano o que faz com que, face a esse já exaustivo quadro, se avance a respeito desta temática recorrente e controversa, por novas perspectivas metodológicas, especificamente, para o atual estudo, a moderna teoria dos sistemas, tendo como seu principal precursor Ludwig von Bertalanffy (1969) e sua teoria geral dos sistemas, seguindo-se Edgard Morin (2011), Talcott Parsons (1951), dentre outros.

A teorização de Niklas Luhmann está alocada na teoria dos sistemas e apresenta a denominada sociologia sistêmico-autopoiética que, por sua vez, se faz o objeto principal da presente dissertação, na busca de uma melhor percepção conceitual de justiça sistêmica.

A pesquisa justifica-se ante a relevância intrínseca à significação da justiça que, atualmente, não mais se insere em um contexto social simplista, fundado no determinismo divino, tipicamente hierarquizado, mas sim, em uma sociedade moderna, observada a partir do pensamento complexo, cada vez mais caracterizada pela diferenciação funcional. Uma melhor compreensão a respeito do significado da justiça sistematicamente considerada, contribui para a atualização do seu sentido na complexa sociedade moderna.

O intento principal da dissertação é perquirição do seguinte problema: Na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a justiça poderá ser

considerada como solução do conflito intersistêmico, por meio da aplicabilidade do mecanismo da constelação sistêmica?

Se objetiva, portanto, analisar a teoria dos sistemas na versão luhmanniana, limitando-se ao necessário para a compreensão da peculiar concepção de justiça desenvolvida por Niklas Luhmann, unindo-se a este objetivo geral, como objetivo específico, a investigação a respeito da possibilidade da constelação sistêmica inserir-se nesta contextualização como mecanismo auxiliador à resolução do conflito sistêmico caracterizado como impeditivo ao alcance da justiça nos moldes luhmanniano.

O clássico problema da justiça e dos mecanismos que auxiliam sua consecução ganha novos contornos desenhados pela teoria luhmanniana dos sistemas autopoieticos, no entanto, sua importância transpassa os limites do tempo e as diversas formatações adquiridas pela sociedade no decurso milenar, caracterizando-se como, explicita Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 351) “problema significativo e permanente”.

Ante ao delineamento sistêmico da conceituação e significação da justiça que, simultaneamente, abre vistas à uma perspectiva de reflexão sobre conflito e decisão no sistema jurídico luhmanniano, e a imprescindibilidade da compressão a respeito da terminologia sistêmica social e jurídica, específica e apta à explicar os fenômenos complexamente considerados, estrutura-se o presente trabalho em três capítulos, cuja síntese de conteúdo determina-se a seguir.

O primeiro capítulo perquirirá o pensamento sistêmico de Niklas Luhmann, cujo mote investigatório é a sociedade complexa. Intitulando seu aporte teórico como Teoria dos Sistemas, Luhmann define a sociedade como sistema social, enquanto conjunto de elementos comunicativos, vislumbrando, como especialização desses elementos comunicativos sociais, a formação de um subsistema que origina o direito na formatação do conjunto de elementos comunicativos identificados pelo código jurídico.

No segundo capítulo pretende-se o aprofundamento na análise e compreensão da unidade e diferenciação do sistema jurídico, suas peculiaridades procedimentais e processuais, e a significação da positividade normativa e da manutenção das expectativas normativas como função do sistema jurídico.

No terceiro e último capítulo há o entrosamento de três temáticas: a significação do conflito, da decisão e da justiça na teoria sistêmica jurídica

luhmanniana; a descrição dos conceitos e paradigmas basilares da teoria geral dos sistemas e do pensamento complexo; a conceituação da constelação sistêmica como mecanismo de observação do conflito sistêmico.

O entrosamento temático buscará delineamento assertivo de que a constelação sistêmica é mecanismo apto à compressão da justiça luhmanniana como solução do conflito intersistêmico.

2 A TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOÉTICOS DE NIKLAS LUHMANN: SISTEMA SOCIAL E SUBSISTEMA JURÍDICO

A partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o que é o sistema jurídico? Como a teoria luhmanniana explica a configuração do sistema jurídico? Essas são perguntas essenciais na presente pesquisa, cujo objetivo principal é compreender o significado de justiça pela perspectiva da teoria sistêmica luhmanniana.

Busca-se observar, por meio do mecanismo da constelação sistêmica a resolução conflitiva entre sistemas e a consequente justiça como componente funcional do sistema jurídico. Observador e observado são, respectivamente, sistema - observação, e sistema parcial - jurídico.

Portanto, a primeira necessidade se faz na compreensão do que é sistema jurídico, especificamente, por intermédio da teoria dos sistemas de Luhmann, espaço onde alocam-se primariamente o conflito, a decisão e, por fim a (in)justiça.

Resume-se o entendimento de Luhmann a respeito do sistema jurídico como autorreferencial, operacionalmente fechado e estruturalmente acoplado a outros sistemas. Essa síntese, no entanto, evidencia a tarefa complexa de entender o significado de cada propriedade ou característica do sistema, que, unido a aspectos relacionados a comunicação e função específicos, o qualificará como jurídico. Os próximos passos neste trabalho direcionam-se para a redução dessa multiplicidade teórica conceitual, por intermédio da assimilação desses significados próprios da teoria dos sistemas autopoieticos.

É aquele que observa quem está construindo a observação. O conhecimento é a construção erguida por aquele que observou. Para Luhmann não há como excluir a observação do observador, ou seja, as construções não possuem correspondência com a realidade exterior e são baseadas em distinções (CAMPILONGO, 2011, p. 65).

Para proceder com o estudo de uma teoria é necessário compreender qual é sua premissa inicial, ou seja, qual é o primeiro passo que inicia o caminho para sua assimilação. O passo primeiro e elementar para começar o andarilhar a teoria dos sistemas de Luhmann é bem compreender que para ele, há uma distinção entre sistema e ambiente.

2.2 SISTEMA E AMBIENTE

Um sistema é identificado por meio da diferenciação em relação ao que é seu ambiente, e também, pelas operações internas de autorreprodução de seus elementos (CAMPILONGO, 2011, p. 66).

Luhmann examina a sociedade a partir do paradigma sistema-ambiente. A sociedade se caracteriza como sistema, e os sujeitos que estão em seu entorno, como ambiente.

A sociedade é um grande sistema social que abrange, dentro de si mesma, todas as possibilidades de comunicação. Logo, Luhmann considera que a sociedade não se compõe de homens e dos relacionamentos entre os indivíduos, mas sim, de comunicações. Reitera-se, portanto, que os homens, compreendidos como sistemas orgânicos e psíquicos, são considerados como ambiente indispensável da sociedade (LUHMANN; DE GIORGI, 1990).

A subjetividade, elemento sempre conexo na explicação dos fenômenos sociais, é por Luhmann, eliminada. O teórico, diferentemente, propõe a desagregação entre indivíduos e os fenômenos sociais.

Na última década do século XX, Luhmann dedica-se justamente ao fortalecimento da dinâmica relacional entre sistema e ambiente e ao conseqüente abandono, em sua quase totalidade, dos juízos axiológicos da descrição da funcionalidade própria de cada sistema (BAGGENSTOSS, 2014, p. 28).

Portanto, resta clarividente que pela teoria social tradicional, formatada por intermédio do pensamento cartesiano, a sociedade é estudada primordialmente como um todo formado pela soma das partes, ora consideradas como os sujeitos. Contrariamente, explica a teoria luhmanniana que,

Quando de parte da distinção sistema-entorno, que coloca o ser humano (como vivente e consciente) ou no sistema ou no entorno; dividi-lo ou fraciona-lo em partes não é viável empiricamente. Se se tomar o homem como parte da sociedade, a teoria da diferenciação teria que redesenhar como teoria da classificação dos seres humanos – já seja por estratos sociais, por nações, por etnias, por grupos. Mas como isso entraria como oposição evidente com o conceito de direitos humanos, em especial com o da igualdade, esse “humanismo fracassaria mesmo antes de suas próprias ideias. Assim, não há outra possibilidade que não seja considerar o homem pelo entorno – em corpo e alma – como parte do entorno do sistema social (LUHMANN, 2006, p. 16).

Ao indivíduo é atribuído o espaço de criador da comunicação e guardião do sistema psíquico – sistema primário de onde surge o sistema social. No entanto, o

conceito de sujeito como elemento essencial para a explicação da sociedade e de cada um dos sistemas que há compõe, é abandonado por Luhmann. Mas, o sujeito não é eliminado totalmente na construção sistêmica, sob pena da própria teoria dos sistemas se perder, tendo em vista que os próprios sujeitos são sistemas vivos, conscientes e formadores das informações elementares dos sistemas (BAGGENSTOSS, 2014, p. 30).

Por derradeiro, ainda que os sujeitos não formem a sociedade dita em termos tradicionais, são eles responsáveis pela comunicação que produz o sistema social (LUHMANN, 1993).

No entanto, adianta-se por oportuno, que a compreensão a respeito do importantíssimo conceito de fechamento operacional da teoria luhmanniana, nos próximos parágrafos explorada, só poderá ser entendido se a ideia da sociedade comumente pensada, como um conjunto de homens, for abandonada.

2.3 SISTEMAS PARCIAIS, COMUNICAÇÃO E FUNCIONALIDADE

O sistema social da sociedade moderna é diferenciado funcionalmente. Ou seja, a diferenciação a partir das funções que existem no interior do sistema social, faz nascer diversos sistemas considerados parciais. O sistema social, a partir da identificação de funções específicas, proporciona o reconhecimento de sistemas menores. São exemplos de sistemas parciais, os sistemas econômico, político e jurídico. Esses sistemas são funcionalmente diferenciados dependentes e independentes ao mesmo tempo, são expressões de complexidade (NEVES; SAMIOS, 1997, p. 11).

É com o objetivo de organizar sua complexidade interna que o sistema¹ se autodiferencia, criando subsistemas, abandonando a simplicidade, tornando-se mais complexo (KUNZLER, 2004).

Cada sistema parcial possui uma comunicação particularizada, individualizada, singularizada por meio de uma estrutura ou esquema binário, denominada de código. Além do código, possui também suas operações específicas

¹ “O sistema é um complexo de elementos em interação recíproca, que, reunidos, se relacionam entre si, formando um todo diverso da soma dos elementos isoladamente considerados. O todo é mais do que a soma das partes, apresentando características próprias que não são encontradas nos elementos sistêmicos isolados, afinal, o sistema é o complexo resultante das interações e relações entre as partes” (BLANCO, 2012, p. 129).

de reprodução (clausura operativa ou fechamento operativo) e sua abertura ao ambiente (CAMPILONGO, 2011, p. 66).

Esses três referencias conceituais – código binário, fechamento operativo, abertura ao ambiente – possibilitam a descrição dos sistemas parciais, inclusive o sistema jurídico, este o de maior importância para o presente trabalho.

Cada sistema parcial, em funcionamento simultâneo, irá processar e responder as demandas dos ambiente por meio de suas próprias e diferenciadas estruturas, funções, códigos operativos e programas. Quando ocorre um bloqueio, ou seja, quando essas diferenciações entre sistemas parciais restam prejudicadas, esses sistemas, segundo Campilongo (2011, p. 66) “perdem a capacidade (i) de ativação dos próprios elementos e, desse modo, (ii) de processamento e manutenção da complexidade social”.

Sintetizando, diz Neves e Samios (1997, p. 11) que “sistemas, funcionalmente diferenciados dependentes e independentes ao mesmo tempo, são expressões de complexidade”.

Isto posto, conclui-se pela necessidade da clareza em relação a compreensão das estruturas e diferenciações próprias do sistema jurídico quando busca-se discernimento a respeito do conflito, da decisão e da justiça pelo prisma do pensamento sistêmico. Para tanto, é necessário primeiramente entender, genericamente, o significado dessas estruturas e diferenciações.

2.4 ESTRUTURA DE DIFERENCIAÇÃO GENÉRICA

Código binário, fechamento operativo, abertura ao ambiente, são aspectos explicativos e caracterizadores de um sistema, que, a todo tempo, conversam entre si. São feições individualizadas que, quando observadas conjuntamente, formam a face do sistema, possibilitando assim sua identificação e a percepção de sua funcionalidade.

O sistema, para a concepção luhmanniana, é operativamente fechado. Descrever um sistema com operativamente fechado não autoriza, de maneira sinônima, a afirmação de que os sistemas não possuam múltiplos contatos com o ambiente (LUHMANN, 1993, p. 55).

Luhmann alocará o problema da teoria dos sistemas operativamente fechados em outra categoria. Para ele, faz-se mister conhecer e identificar qual é o tipo de

operação interna que capacitará o sistema a formar uma rede responsável pela contínua autorreprodução de seus próprios elementos ao se coligar com informações geradas pelo próprio sistema, tornando-se capaz de fazer uma diferenciação entre o que é sua própria necessidade interna daquilo que é problema do ambiente (CAMPILONGO, 2011, p. 67).

Ao considerar o sistema social, e também os sistemas parciais, como operativamente fechados, capazes de sua autorreprodução, Luhmann estava recepcionando nas ciências² sociais, um conceito próprio das ciências biológicas, originado na teoria de Maturana e Varela, denominado de autopoiese (MATURANA; VARELA, 1985).

2.4.1 Reprodução autopoietica: a simultaneidade do fechamento operacional do sistema social e abertura ao ambiente

A palavra autopoiese deriva etimologicamente do grego *autós* (“por si próprio”) e *poíesis* (“criação”, “produção”), significando inicialmente que o sistema é formado pelos próprios componentes que ele mesmo forma (MATURANA; VARELA, 1985).

Os sistemas vivos definem-se como máquinas autopoieticas que funcionam como uma rede de processos que produzem, transformam e destroem componentes que, por sua vez, por meio de suas interações e modificações, se regeneram e continuam realizando continuamente essa mesma rede de processos. Essa rede de processos constitui uma unidade concreta no espaço em que se encontra ao especificar o domínio topológico de realização (MATURANA; VARELA, 1985).

Os sistemas, portanto, possuem uma condição de relativa estabilidade necessária para realizar suas funções adequadamente e se equilibrar – homeostase. Caracterizam-se pelo fechamento na produção e reprodução dos elementos, rompendo-se com a tradição segundo o qual a conservação e evolução da espécie seriam condicionadas essencialmente pelos fatores do ambiente. Contrariamente, a preservação dos sistemas vivos vincula-se a sua capacidade de reprodução

² “Embora etimologicamente a palavra Ciência signifique o mesmo que a palavra conhecimento, ela tem sido usada na história do pensamento ocidental para fazer referência a qualquer conhecimento cuja validade possa ser defendida em bases metodológicas, independentemente do domínio fenomênico no qual é proposto. Hoje em dia, entretanto, isso tem mudado progressivamente, e a palavra Ciência é agora mais frequentemente usada para fazer referência apenas o conhecimento validado através de um método particular, que é o método científico (MATURANA, 2001, p. 125).

autopoietica, fator que os diferencia em um determinado espaço (MATURANA; VARELA, 1985).

Luhmann recepcionou o conceito de autopoiese³ nas ciências sociais, mas afastou-se do modelo biológico de Maturana, ao distinguir dois tipos de sistemas: os constituintes de sentido (sistemas psíquicos e sociais) dos não-constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos) (CORSI; ESPOSITO; BARALDI; 1996, p. 118).

A distinção deve-se ao fato de que, para Luhmann, a teoria biológica da autopoiese é radical quanto ao fechamento do sistema, que exige um observador fora do sistema - um outro sistema - para que se pudesse produzir a relação entre sistema e ambiente. Já os sistemas psíquicos e sociais, inversamente, auto observam iam-se para se reproduzir autopoieticamente (LUHMANN, 1998, p. 64).

Mas como é possível um sistema reproduzir-se autopoieticamente, fechado operacionalmente e, simultaneamente, se compatibilizar com a abertura do ambiente?

Os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais), preservam seu caráter autopoietico, mantendo-se fechados operacionalmente, na medida em que, ao mesmo tempo, se referem a si mesmos (interior) e ao seu ambiente (exterior) (LUHMANN, 1998, p. 64).

Ao operar internamente, mantendo a diferença basilar entre sistema-ambiente, o sistema não prejudica seu fechamento, tendo em vista que sentido tão somente se relaciona com sentido, e sentido só poderá ser alterado por sentido (LUHMANN, 1998, p. 64).

Quando a diferença sistema-ambiente é entronizada em um sistema constituído de sentido, tornando-se a auto-observação como uma operação da autopoiese, passa a existir a possibilidade de combinação entre o fechamento operacional e a abertura para o ambiente, podendo ser tal circularidade interrompida por meio da referência ao ambiente (LUHMANN, 1998, p. 63 e 64).

O ambiente não irá atuar no sistema como uma condição a possibilitar a constituição dos elementos do sistema, como também não irá interferir nele como uma

³ Embora o conceito pudesse ser encontrado em textos anteriores, foi a partir da publicação, em 1984, da obra intitulada *Sistemas Sociais* (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998) que a referida expressão se tornou conhecida.

perturbação ou ruído⁴. A teoria dos sistemas sociais autopoieticos considera o ambiente como o próprio *fundamento* do sistema (LUHMANN, 1998).

O fundamento, esclarece Luhmann, é sempre algo desprovido de forma e atuará sob o sistema revestido de diversas determinações que, somente de fato serão inseridas no sistema, quando este, apoiado em seus próprios critérios operacionais e em seu código binário, atribuir ao sentido a configuração do próprio sistema (LUHMANN, 1998).

Neste ponto, sintetizando o raciocínio ordenado até aqui, percebe-se que o fechamento operacional é extremamente importante para a real percepção do que é um sistema para a teoria de Luhmann, notando que a unidade do sistema provém deste fechamento, cuja observação é feita pelo próprio sistema.

A compreensão a respeito do fechamento do sistema está intrinsecamente ligada ao entendimento da abertura do sistema⁵ ao ambiente, isso porque não podem ser considerados, na teoria luhmanniana – abertura e fechamento – como contrapontos.

A concepção luhmanniana se afasta claramente da clássica oposição teórica entre sistemas fechados e abertos⁶, explicando que os problemas de fechamento e abertura do sistema não podem ser respondidos com base no esquema *input/output*. Fechamento operacional não pode ser entendido com o sentido de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal. Paradoxalmente, a condição para que um sistema possa ser aberto ao ambiente é, justamente, o seu fechamento operacional (CAMPILONGO, 2011, p. 67).

Complementando o conteúdo do parágrafo anterior, a conotação de autopoiese é aferida quando são desconsiderados *input/output* de elementos no sistema ou pelo sistema justamente por ele ser autônomo no plano estrutural⁷ e no

⁴ Para Varela (1983), o ruído (“*bruit*”) age como forma típica de atuação do ambiente em relação aos sistemas autônomos.

⁵ A “abertura do sistema” determina o grau em que o sistema é receptivo aos insumos e os tipos de *input* absorvíveis. Os sistemas variam de acordo com a faixa geral de insumos que podem ser absorvidos e com respeito à abertura de determinados tipos de insumos. A “codificação de sistema” configura o agir sistêmico, a fim de assegurar especificações para a absorção de informação e energia, descrevendo o funcionamento real das barreiras que separam o sistema de seu meio ambiente” (BLANCO, 2012, p. 126).

⁶ Bertalanffy, expoente do paradigma dessa tradição.

⁷ “O acoplamento designa quais são e como se ocorrem as “dependências” do sistema em relação ao ambiente, ou seja, como essas “dependências” se compatibilizam com a autorreprodução do sistema. Isso não quer dizer que o ambiente determina as operações do sistema, ele apenas produz perturbações ou interferências, ou ainda, ruídos (sem qualquer pressuposto causal) que só são

plano operativo. Sistemas são fechados porque se reproduzem a partir das operações que nasceram no próprio sistema (CADEMARTORI; DUARTE, 2009).

Resume Luhmann (1988) que o fechamento operativo “é ao contrário, condição de possibilidade para abertura. Toda abertura baseia-se no fechamento”.

O mencionado paradoxo é percebido justamente na ocorrência da relação entre sistemas parciais. O fechamento operacional viabiliza a percepção da linha divisória e distintiva entre sistemas, como também permite a autonomia, proporcionada por seus próprios códigos linguísticos (esquema binário), em relação aos estímulos advindos do ambiente.

Portanto, fechamento operacional não designa sistemas existindo sem ambiente, como também sistemas determinando-se integralmente a si mesmos. O sistema não é autárquico, ou seja, não possui independência causal do ambiente, ele é autônomo, possuindo circularidade na sua autorreprodução (TEUBNER, 1993).

Luhmann propõe duas perspectivas no tocante a combinação entre fechamento e abertura do sistema. A primeira perspectiva evidencia que, embora o sistema social detenha o controle de suas próprias possibilidades de negação, ante a produção de seus próprios elementos (fechamento), esse controle dependerá das escolhas entre o sim e os não provenientes do respectivo código binário do sistema (abertura). Já na segunda perspectiva, o próprio controle das possibilidades de negação (fechamento) é que proporcionará o relacionar seletivo e estável, do sistema com o seu ambiente (LUHMANN, 1998).

A teoria luhmanniana trata o conceito de autopoiese como auto-referência dos elementos sistêmicos. Diz Luhmann (1998, p. 59) justamente que “um sistema pode ser designado como auto-referencial, se ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos que é composto”.

Atenta-se primeiramente a referência feita quanto a reprodução unitária dos elementos que constroem o sistema e, ao mesmo tempo, são por eles constituídos. A unidade do sistema significa, primeiramente, a unidade dos elementos básicos que o compõe, e dos processos nos quais esses mesmos elementos se reúnem operativamente (LUHMANN, 1998).

reconhecidas porque o próprio sistema processa essas informações com operações que lhe são próprias” (LUHMANN, DE GIORGI, 1994, p. 10 e 22).

Por isso, seguindo esse ângulo, Luhmann (1997, p. 41) estabelece que “um sistema autopoietico constitui os elementos de que é composto, e, dessa maneira, demarca fronteiras que não existem na complexidade infra-estrutural do ambiente do sistema”.

Observando que para Luhmann (2006, p. 101), “complexidade não é uma operação, não é algo que um sistema execute sem consideração ao que ocorre nele, sem que haja uma concepção de observação e de descrição –incluída a auto-observação e a autodescrição”.

Neste momento, importante lembrar o aspecto conferido aos indivíduos, já mencionado em parágrafos anteriores. Isso porque, ainda que Luhmann tenha atribuído ao indivíduo o lugar de criador da comunicação e o guardião do sistema psíquico, que é o sistema primário de onde nasce o sistema social, seu modelo pressupõe uma grande ruptura com a tradição humanista, que sempre colocou o homem na posição da unidade deste sistema psíquico e orgânico – elemento essencial da sociedade (CAMPILONGO, 2011, p. 68; LUHMANN, 1993).

Não é que Luhmann tenha desvalorizado o homem perante a sociedade. Pensar em tal desvalorização compromete erroneamente a compreensão do modelo luhmanniano, que acaba por ficar exposto a censuras tendenciosas a adjetiva-lo como tecnocrático, antidemocrático ou mesmo escandaloso, ante ao suposto menosprezo pelo indivíduo (CAMPILONGO, 2011, p. 68).

A diferença entre sistema e ambiente não retira a importância do ambiente, contrariamente, ela justamente faz com que este receba uma importância tão grande quanto aquele. Frisa-se que os homens são o ambiente do sistema social e que Luhmann considera o ambiente sempre mais complexo e enriquecido de possibilidades de que próprio sistema, concluindo que, pelo mesmo motivo, o sistema não poderá determinar o ambiente. (LUHMANN; DE GIORGI, 1995).

A autonomia, liberdade e imprevisibilidade que possui o homem (ambiente da sociedade) ultrapassa aquela que pertence ao sistema. Por conseguinte, para se conseguir seriamente observar os indivíduos, nenhum ser humano poderá ser parte de um sistema (LUHMANN, 1992, p. 1424).

É no deslocamento dos indivíduos para o ambiente da sociedade que Luhmann, explica Campilongo (2011, p. 69), “encontra o caminho para definir o tipo de operação que confere unidade a um sistema social. Essa operação é a

comunicação. Operação⁸ é a reprodução de um elemento do sistema fechado a partir dos elementos que compõe esse mesmo sistema”.

Desse modo, a comunicação é a operação interna ao sistema social, específica do sistema social. Esclarece, Luhmann, que não existe comunicação entre o sistema e o ambiente e que, o conjunto de sucessivas comunicações, é o que formará uma rede recursiva que, por sua vez, definirá a indispensável unidade do sistema social (LUHMANN, 1992, p. 1424).

Em sendo a comunicação uma operação, ela não poderá achar-se fora da sociedade, sobressaindo então o conceito de sociedade como um sistema fechado de comunicações interligadas que criam comunicação mediante comunicação (LUHMANN, 1992, p. 1424).

Dito de outra forma, os sistemas sociais são constituídos sobre a base de uma conexão unitária (auto-referencial) de comunicações. A sociedade é o sistema mais extensivo, e suas unidades elementares (comunicações), constituídas por ela mesmo mediante síntese de informação, de mensagem (emissão) e de compreensão, existem apenas em seu interior, nunca em seu ambiente, tornando-a um sistema realmente e necessariamente fechado (LUHMANN, 1992, p. 1424).

Considerando o sistema social como aquele mais extensivo, visualiza-se nele o abarcamento, a reunião em si, dos demais sistemas parciais, surgindo, à vista disso, a indagação quanto a possibilidade do caráter autopoietico e da clausura operacional serem igualmente considerados nesses subsistemas.

2.4.2 A identidade operacional dos sistemas parciais

O interior do sistema é capaz de abranger a participação de sistemas mais específicos, que por sua vez, poderão dividir-se em subsistemas. Por essa razão, a observação pautada na teoria dos sistemas deverá considerar as comunicações

⁸ No que tange as operações, sabe-se que sistemas autopoieticos são estruturas que produzem não somente sua organização, mas também os elementos dos quais eles são compostos. Em um plano temporal, tais elementos são as operações. As operações, então, constituem os sistemas e não têm uma existência independente: eles são produzidos no sistema exatamente pelo fato de serem utilizados como distinções. São informações, distinções no próprio sistema, o que as caracteriza como unidades de uso para a produção de outras unidades de uso. A autopoiese refere-se, desse modo, ao nível operativo dos sistemas, indicando que eles são constituídos por elementos autoproduzidos (LUHMANN, 1997, p. 41).

existentes entre os sistemas e também, entre os elementos que os constituem (TRINDADE, 2008).

A comunicação é a unidade elementar de todos os sistemas sociais que a utilizam como seu ato de reprodução. Tudo o que não é considerado como comunicação poderá ser observado pelo sistema social e então ser transformado em tema da comunicação, que, por sua vez, será uma operação e, por conseguinte, não poderá estar fora da sociedade (LUHMANN, 1992, p. 1422).

Como resultado desse modelo a sociedade é conceituada por Luhmann (1992, p. 1422) como um sistema fechado de comunicações interligadas que reproduzem comunicação por meio de comunicação.

Surge o questionamento relacionado aos subsistemas poderem ou não ser considerados pela teoria luhmanniana, da mesma forma que o sistema social, sistemas autopoieticos e operativamente fechados, permitindo, portanto, a existência de outros fechamentos dentro de um sistema já fechado (CAMPILONGO, 2011, p. 69).

Conforme elucidado nas páginas anteriores, todo sistema na teoria de Luhmann é determinado pelas próprias operações, sendo que, a operação que caracteriza a sociedade é a comunicação. Os sistemas parciais são considerados como sistemas sociais funcionalmente diferenciados por serem, justamente, constituídos por todas aquelas comunicações sociais relativas a especificidade de determinada função (LUHMANN, 1992).

As operações de comunicação (parâmetros de fechamento operacional) que imprimem unidade ao sistema social, são idênticas na validação do fechamento operativo dos sistemas parciais, que por consequência, são considerados como sistemas fechados, geradores de suas próprias operações, estruturas e fronteiras (LUHMANN, 1992).

Os subsistemas são auto-organizados e autodeterminados, ou seja, não podem ser pensados separadamente do sistema social. A relação entre os subsistemas é a forma pelo qual, por intermédio da diferenciação interna, se expressará a ordem do sistema total, evidenciando que tudo o que pertence ao sistema maior, se comporta como entorno (LUHMANN, 2006).

Frisa-se, por oportuno, que a coexistência de subsistemas distintos da sociedade, como a religião, a economia, a educação e a ciência, representam cada um dos ambientes ou o entorno dos demais. Ou seja, um subsistema será entorno do

outro, de modo que a sociedade moderna seja carente de um centro, sendo impossível que um sistema possa representar o todo da sociedade (BAGGENSTOSS, 2014, p. 32).

Campilongo (2011, p. 70), bem exemplificando o supra destacado, elucida que “por isso, desta perspectiva, dicotomias do tipo “direito e sociedade” ou “Estado e sociedade” não fazem sentido”.

Conforme explanado, os sistemas parciais são também determinados como operacionalmente fechados, fato este que faz insurgir o problema fulcral que se resume no questionamento a respeito de quais serão as operações que proporcionarão a diferenciação de cada sistema parcial, funcionalmente considerado.

Retoma-se, oportunamente, a lembrança de que somente quando um sistema social dispuser de um código-diferença binário é que poderá ser caracterizado como auto-referencialmente fechado (LUHMANN, 1998).

Luhmann (1992, p. 1426) destaca que a dificuldade central da teoria dos sistemas parciais fixa-se justamente nas operações diferenciadoras dos sistemas. Por ser o fechamento do sistema, condição para a sua abertura, ou seja, a observação do ambiente do sistema depender de seus próprios elementos internos, surgirá duas empreitadas: a primeira reside na descoberta de como os sistemas parciais organizam sua clausura, autonomia e imunidade no cumprimento de sua funcionalidade; a segunda, partindo dessa primeira descoberta, relaciona-se com a compreensão de como, fundamentado em suas próprias operações internas, os sistemas parciais se conectam com as referências externas.

Importa para a presente pesquisa, dentre a multiplicidade dos sistemas parciais, o sistema jurídico. As duas empreitadas descritas acima, serão dedicadas, nos próximos parágrafos, referencialmente a este sistema parcial, detalhando-se especificamente as suas operações gerais.

2.5 SISTEMA JURÍDICO

Por meio da construção teórica até aqui desenvolvida, restou esclarecido o ponto em que Luhmann considera a sociedade moderna como um sistema que representa um complexo de elementos em interação, denominado de comunicação. As comunicações diferenciam-se umas das outras de acordo com os códigos que as caracterizam (direito, política, economia) como também guardam em si a

funcionalidade de reconhecer outras comunicações e assim proceder com a distinção de outros estados de coisas (LUHMANN, 1993).

A partir de um modelo linguístico, representado pelas comunicações, surgiram sistemas com a função de ordenar a complexidade por intermédio de uma perspectiva específica, de acordo com o tipo de diferenciação funcional. Por essa diferenciação se distingue sistema e ambiente (LUHMANN, 1993).

A inclusão dos inúmeros comportamentos comunicativos em um único sistema social é a consequência inevitável da diferenciação funcional, fazendo da sociedade um sistema global. Todas as formas de comunicação e seus sentidos internos, incluem-se no sistema social global. A sociedade é global porque estabelece um único mundo para um único sistema e também porque todos os horizontes de sentido são integrados como sendo horizontes de um único sistema comunicativo. A convergência das inclusões estrutural e fenomenológica se traduz na complexidade: a pluralidade de mundos possíveis passa a constituir um único mundo que inclui todas as possibilidades (FORNASIER, 2016, p. 152).

Complexidade e diferenciação funcional, na teoria luhmanniana, são aspectos que caracterizam a sociedade. A totalidade das possibilidades permite que haja o estabelecimento de uma relação de sentido (rememorando o supracitado sistema constituinte de sentido) que determina a complexidade (LUHMANN, 1993).

Todos os sistemas funcionalmente diferenciados possuem um código próprio que é capaz de lhe conferir unidade e fechamento operacional, reiterando que, tal fechamento é condição para a abertura do sistema às referências do ambiente e aos programas de mudança no sistema (CAMPILONGO, 2011, p. 75).

Os sistemas autopoieticos operam simultaneamente de modo aberto e fechado, reagindo tanto a condições internas como a externas, caracterizando-se tais reações como a capacidade de ressonância do sistema (LUHMANN, 1986).

No entanto, o sistema não poderá reagir indiscriminadamente, devendo sempre observar o duplo valor de seu código, que é sua condição de abertura e fechamento, de modo que assim estará operando segundo o tipo de comunicação que lhe é próprio e reagirá sempre com uma determinada frequência interna responsável por limitar as funções e prestações de cada sistema, permitindo a identificação de suas fronteiras e também os mecanismos de interdependência com outros sistemas (LUHMANN, 1986).

Dito de outro modo, por intermédio de um código sistêmico próprio, que se estrutura entre um valor negativo e um valor positivo específicos, as unidades do sistema se reproduzirão internamente, ao mesmo tempo que se distinguirão das comunicações exteriores. O código, entretanto, restaria apenas como uma forma vazia, caso não se coligasse a programas e critérios. Por essa razão é que a autopoiese sempre importará na junção entre a codificação e a programação, permitindo a concomitância do fechamento e da abertura do sistema (LUHMANN, 1998).

A unidade existente em um sistema jamais poderá ser encontrada em outro sistema diverso, e permitirá a identificação, separação e distinção entre os diversos sistemas parciais, inclusive o jurídico (LUHMANN, 1990).

Campilongo (2011, p. 77) explica que “somente a circularidade e a reciprocidade de condicionamentos entre o código e os programas do sistema podem produzir sua unidade” e, complementa sequencialmente, com a oportuna indagação de “qual o código e qual o programa do sistema jurídico?”.

Prosseguindo, Campilongo (2011, p. 77) oferta a resposta a indagação, afirmando que “o código próprio do sistema jurídico é direito/não direito”, e que “o sistema jurídico consegue seu fechamento operativo por meio dessa diferença”, sublinhando que “nenhum outro sistema pode operar com este código”.

Importante pontuar que a diferenciação funcional é uma característica da sociedade moderna, representada quando da quebra das características das sociedades arcaicas (particularizadas pela segmentação) e das sociedades antigas (estratificadas em hierarquias). A sociedade moderna passa a se basear nas funções diferenciadas, não mais em ordens superior/inferior (NEVES; SAMIOS, 1997).

O ponto primal do sistema jurídico encontra-se na positividade conceituada como autodeterminação ou fechamento operacional do direito⁹. Explica-se. Não está se determinando a privação ou isolamento do ambiente, mas sim que a detenção exclusiva do código diferença “lícito/ilícito” permitirá o fechamento operacional, do

⁹ De acordo com o paradigma luhmanniano, essa nova posição do direito pressupõe a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente, ou seja, conforme o princípio da estratificação. Na medida em que o princípio de diferenciação se baseava em uma distinção entre “superior” e “inferior”, praticamente apenas o sistema supremo, a ordem política da camada social mais alta, constituía-se auto-referencialmente. O direito permanecia sobredeterminado pela política e pelas representações morais estáticas político-legitimadoras, não dispondo exclusivamente de um código-diferença específico entre um *sim* e um *não*. A positivação do direito na sociedade moderna implica o controle do código diferença “lícito/ilícito” *exclusivamente* pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira seu fechamento operativo (NEVES, 2011, p. 135).

mesmo modo que, a escolha entre o lícito e o ilícito será condicionada pelo ambiente (NEVES, 2011, p. 135).

Os programas do sistema jurídico são normativos, compondo-se de textos e precedentes, leis e contratos, regulamentos e práxis jurisprudenciais, e podem ser alterados. Luhmann designa a variabilidade como característica do direito positivo, destacando que o sistema jurídico sistematiza sua validade permanecendo como símbolo circulante¹⁰ em ininterrupta alteração de conteúdo (LUHMANN, 1990; 1992, p. 1427).

No tocante as operações do sistema jurídico, elas serão sempre internas, sendo inclusive, as referências externas, admitidas como aspectos das operações internas. Saber como conectar as referências externas e internas, sempre pelo intermédio de uma operação interna, é o problema basilar dos sistemas autopoieticos (LUHMANN, 1992, 1429).

Os elementos necessários para que aconteça essa conexão são fornecidos ao sistema jurídico por meio da operação de diferenciação¹¹ entre as expectativas cognitivas (fatos) e as expectativas normativas (normas) (LUHMANN, 1998).

Portanto, é com base na distinção entre as expectativas cognitivas e expectativas normativas que o direito se autodetermina, o fechamento operativo do sistema jurídico é assegurado, e simultaneamente compatibilizado com sua abertura ao ambiente (LUHMANN, 1998).

O direito, por essa distinção, é caracterizado como um sistema que normativamente é fechado, mas, cognitivamente é aberto. Pela qualidade normativa o sistema jurídico mantém sua autocontinuação diferenciada do ambiente (autopoiese), e pela qualidade cognitiva, coordena-se seu processo com o ambiente (LUHMANN, 1983).

Não existe exclusão, mas junção entre conceito e interesse no tocante a reprodução do direito. A operacionalização do direito não necessita fazer uma escolha

¹⁰ Luhmann (1990, p. 164) pressupõe a validade como um símbolo que circula no sistema.

¹¹ A respeito escreve Luhmann: "Sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao ambiente. O direito constitui, em outras palavras, um sistema *normativamente fechado*, mas *cognitivamente aberto*. [...]. A qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada do ambiente. A qualidade cognitiva serve à coordenação desse processo com o ambiente do sistema." (LUHMANN, 1984, p. 107)

Daí resulta uma conexão entre conceito e interesse na reprodução do direito positivo, que se manifesta no fato de "que o sistema jurídico 'fatorializa' a auto-referência por meio de conceitos, a heterorreferência, ao contrário, mediante interesses" (LUHMANN, 2000, p. 138)

entre modelos cuja orientação seja exclusivamente de modo autorreferencial (jurisprudência dos conceitos) ou heterorreferencial (jurisprudência dos interesses), pelo contrário, ambos estão sempre no jogo e portanto, o código direito/não direito se aplicará aos dois contextos (CAMPILONGO, 2011, p. 78; LUHMANN, 1995, p. 296).

A reprodução autopoietica do sistema jurídico opera-se pela combinação entre conceito e interesse, e caberá, portanto, a ele – sistema – proceder com a distinção entre os interesses protegidos e os interesses repelidos pelo direito (CAMPILONGO, 2011, p. 78).

O sistema jurídico assimilará, conforme seus próprios critérios, os fatores do ambiente, sem ser diretamente influenciado por esses fatores. As expectativas normativas ganharão vigência jurídica por meio do processo seletivo de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico (LUHMANN, 1998).

A capacidade de aprendizagem ou dimensão cognitivamente aberta do direito positivo torna possível que ele passe por modificações, adaptando-se ao ambiente caracterizado por Luhmann como complexo e veloz. Já o fechamento normativo impedirá o embaralhar entre o sistema jurídico e seu ambiente, excluindo a digitalização interna de informações advindas do ambiente. O resultado proveniente da mediação entre a abertura e fechamento é a diferenciação do direito na sociedade. Deste modo, a alterabilidade do direito não é impedida, mas sim fortificada, ocorrendo de acordo com os critérios internos e específicos de um sistema que é capaz de aprender e renovar-se, pela sensibilidade para com o ambiente (LUHMANN, 1983, p. 152).

Logo, importantíssimo o esclarecimento no sentido de que o fechamento autorreferencial, a normatividade para o sistema jurídico, não é a finalidade em si do sistema, mas sim a sua condição de abertura (LUHMANN, 1983, p. 136).

O fechamento total do ambiente em relação ao sistema, excluiria, justamente, a capacidade de conexão, e não apenas simples repetição, entre acontecimentos elementares. Somente por intermédio das condições de abertura é que o sistema jurídico, exercendo sua capacidade de aprendizagem, tomará providências que permitirão a retirada do paradoxo da auto-referência e possibilitarão a capacidade de conexão (LUHMANN, 1998, p. 59).

Caso o sistema jurídico fosse fechado cognitivamente, o paradoxo da autopoiese resistiria, não permitindo que houvesse a interrupção na interdependência

dos componentes internos pela via da referência ao ambiente (LUHMANN, 1998, p. 65).

Se houvesse a interrupção do fechamento normativo por meio da indagação do código diferença lícito/ilícito, a autonomia do sistema jurídico seria afetada. Portanto, a autonomia do sistema nada mais é do que operar com o próprio código (LUHMANN, 1993, p. 168).

De acordo com a concepção de Luhmann, Neves (2011, p. 138) aclara que “a auto aplicação do código ao código não implica apenas efeitos heteronomizantes, mas também imobilidade do sistema jurídico, na medida em que a capacidade de conexão da reprodução autopoietica é, dessa maneira, bloqueada”.

Para Neves (2011, p. 138), “especialmente neste ponto, emergem as divergências entre a teoria luhmanniana da positividade e as novas concepções axiológicas ou morais do direito”.

Para Luhmann, todos os valores que se propagam na fala geral da sociedade são, após passar pela diferenciação do sistema jurídico, juridicamente irrelevantes, ou valores próprios do direito. A justiça, conseqüentemente, somente poderia ser considerada a partir do interior do sistema jurídico, externamente como adequação da complexibilidade, internamente, como consistência das decisões (NEVES, 2011, p. 139).

Luhmann considera que a positividade elimina a problemática da fundamentação, pelo fato de que o direito integraliza sua função diante de um ambiente hipercomplexo, composto pelas mais diversas expectativas normativas, provocando um desencargo drástico no tocante à fundamentação ética ou moral, material ou procedimental (LUHMANN, 1993).

A eventual importância de considerações relacionadas a valores aparentemente universais ocasionaria a disfuncionalidade e a paralisia do sistema jurídico pelo bloqueio de sua função seletiva (LUHMANN, 1993).

Sintetizando, a positividade do direito – fechamento normativo e abertura cognitiva – na teoria luhmanniana reorienta o problema da justiça para duas questões: a complexidade adequada do sistema jurídico e a consistência de suas decisões (NEVES, 2011, p. 140).

3 A DIFERENCIAÇÃO DO DIREITO E A UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

No primeiro capítulo, esclareceu-se em suma, que todos os sistemas funcionalmente diferenciados possuem um código específico, próprio. Este código é responsável por conferir a unidade e o fechamento operacional do sistema.

Também explicou-se, que o fechamento operacional é a condição de abertura do sistema em relação às referências do ambiente, e aos programas de mudança do sistema.

Em resumo, restou compreendido que os sistemas autopoieticos operam, simultaneamente, de modo aberto e fechado, e reagem tanto em relação as condições internas como em relação as condições externas, sendo que, ambas as reações formam a capacidade de ressonância do sistema.

Ato contínuo, o presente estudo também delineou que um sistema não poderá ter as supracitadas reações indiscriminadamente. Pelo contrário, as reações deverão sempre se atentar a qual é o valor duplo contido em seu código e, a partir da observância da dupla valoração codificada, condição de abertura e fechamento do sistema, operar, em sequência, de acordo com o tipo de comunicação que lhe é próprio.

A reação sempre contida do sistema pela dupla valoração, pode ser traduzida no sentido de que o sistema estará sempre reagindo com sua particular frequência interna. Esta frequência interna imporá uma clara e específica limitação no tocante às funções e prestações particulares a cada sistema funcional, possibilitando assim, a identificação das fronteiras entre os sistemas, e também, os mecanismos que proporcionam interdependência entre os demais sistemas.

Sintetizando, o capítulo primeiro, seguindo as lições da teoria dos sistemas luhmanniana, ordenou as características gerais dos sistemas e introduziu parcamente as características internas do sistema jurídico. O capítulo que se segue, subdividindo-se em tópicos específicos, pretende o aprofundamento na análise e compreensão da unidade e diferenciação do sistema jurídico, suas peculiaridades procedimentais e processuais, e a significação da positividade normativa e da manutenção das expectativas normativas neste contexto para, subsequentemente, intentar-se o esclarecimento a respeito do conflito, da decisão judicial, e da justiça no sistema jurídico.

3.1 COMUNICAÇÃO BINÁRIA E OPERAÇÃO INTERNA: QUALIFICAÇÃO DE INTERESSES ACOLHIDOS OU REJEITADOS PELO DIREITO

A abordagem específica do sistema jurídico deve se iniciar do claro percebimento de que cada sistema parcial possui seu próprio tipo de comunicação, e, este mesmo esclarecimento possibilita a percepção de que existem diversos tipos de comunicação ante a diversidade dos sistemas. A importância deste percebimento assenta-se no fato de que parte da tradição sociológica¹² insistentemente indicava o sistema jurídico como subsistema do sistema político. O modelo interpretativo que caracteriza o sistema jurídico como subsistema do sistema político oferece a vantagem de evidenciar o caráter político das funções judiciais e o entrelaçamento dos dois sistemas. No entanto, para Luhmann, as vantagens não superam a desvantagem relacionada a impossibilidade de clara identificação da natureza rigorosamente jurídica do Poder judiciário (EASTON, 1970; LUHMANN, 1978).

A separação funcional, feita por Luhmann, entre os sistemas parciais é nítida, inclusive quanto a diferenciação da funcionalidade do sistema político e do sistema jurídico. A teoria dos sistemas autopoieticos, diversamente do que propõe o constitucionalismo tradicional, não aceita a dicotomia Estado/sociedade e não direciona o sistema político à superioridade central na gestão da vida social. Luhmann considera o Poder Judiciário e o Poder Legislativo como sistemas parciais do sistema social, ou seja, não como sistemas que estão fora ou sobrepostos a sociedade. Ele retira do juiz o papel passivo de “boca da lei”, daquele que apenas se submete a rigorosa distinção entre produtor e aplicador da legislação (LUHMANN, 1990).

Para o objetivo da presente pesquisa a respeito da justiça pela perspectiva da constelação sistêmica, muito importará a justificada exclusão pela teoria luhmanniana, do ainda considerado rigorismo relacionado ao papel do juiz apenas como aplicador mecanizado da lei.

A unidade do sistema jurídico o identifica e distingue dos demais sistemas, isto porque ela só poderá ser encontrada neste respectivo sistema. Ela é produzida pela circularidade e pela reciprocidade de condicionamentos entre o código e os programas do sistema jurídico (LUHMANN, 1992, p. 1426).

¹² David Easton reconhecia a elevada especialização funcional do sistema jurídico e do Judiciário, mas, ainda assim, suas abordagens estrutural-funcionalistas contidas em seu modelo sistêmico, inseriam o sistema jurídico no sistema político (EASTON, 1970).

O código próprio do sistema jurídico é direito/não direito, e seu fechamento operativo é alcançado por meio dessa diferença, sublinhando que nenhum outro sistema poderá operar com este código específico (LUHMANN, 1992, p.1427).

Os programas próprios do sistema jurídico são normativos, abrangendo os textos, leis, contratos, precedentes, práxis jurisprudenciais e regulamentos. Eles poderão ser alterados, isto porque, para Luhmann, a variabilidade é uma propriedade do direito positivo. A validade do sistema jurídico, inclusive, é alcançada quando este se mantém como símbolo circulante e em contínua mudança de conteúdo (LUHMANN, 1992, p. 1427).

Oportuno pontuar, para os fins desta pesquisa, que os precedentes são considerados como repetição decisional com atribuição de vinculatividade, logo, as decisões judiciais, instrumento materializador de (in)justiça formal, pela teoria dos sistemas de Luhmann, poderiam ser caracterizadas como programa do sistema jurídico, tendo em vista sua normatividade.

Quanto as operações do sistema jurídico, elas serão sempre internas e, mesmo as referências externas são recepcionadas como aspectos das operações internas. E é justamente nesta conexão entre referências internas e referências externas somente mediante operações internas que está estabelecido o problema basilar dos sistemas autopoieticos (LUHMANN, 1995, p. 296).

Os elementos necessários para que ocorra a conexão entre as referências internas e externas, serão ofertados (operacionalmente) ao sistema jurídico por meio da operação de distinção entre o que é fato (expectativas cognitivas) e o que é norma (expectativa normativa). O uso simultâneo das duas referências (fato e norma) não gera contradição, já que a teoria do direito e a operacionalização não estão obrigadas a precederem com uma escolha entre modelos que se orientam exclusivamente de modo autorreferencial (jurisprudência dos conceitos) ou heterorreferencial (jurisprudência dos interesses)¹³. Ambas as partes então em constante atuação e o

¹³ “Notamos, assim, que o desenvolvimento da dogmática no século XIX, em termos de sua função social, passa a atribuir a seus conceitos um caráter abstrato que lhe permite uma emancipação das necessidades cotidianas dos interesses em jogo. Com isso tornou-se possível uma neutralização dos interesses concretos na formação do próprio direito, neutralização essa já exigida politicamente pela separação dos poderes e pela autonomia do poder judiciário. Além disso, no século XIX, a atividade dogmática não se vincula a mais nenhum direito sagrado, nem mesmo a um conteúdo ético teologicamente fundado, mas as formas abstratas, sobre as quais se dispõe com certa liberdade por meio de novas abstrações. Mesmo a polêmica da Jurisprudência dos Interesses – e mais tarde da Escola da Livre Interpretação – contra uma Jurisprudência dos Conceitos, não muda essa situação que domina a Ciência dogmática. Ela não ocorre contra seu caráter abstrato, contra a sua conceptualidade, mas somente contra uma pretensão de um dispor conceitual autônomo

código direito/não direito se aplicará aos dois contextos (LUHMANN, 1995, p. 297; CAMPILONGO, 2011).

A operação de combinação entre autorreferência e heterorreferência permite a reprodução autopoietica do sistema jurídico, que por sua vez, irá distinguir os interesses a serem protegidos ou repelidos pelo direito (LUHMANN, 2000).

É pelo prisma acima destacado que se torna possível compreender que para a teoria luhmanniana, não se trata a justiça da perfeita correspondência entre a decisão e os interesses externos, mas sim a solidez e constância das operações internas que identificam e qualificam os interesses como passíveis de acolhimento ou rejeição pelo direito (LUHMANN, 2000).

As operações internas dos programas normativos do sistema jurídico irão constituir os fatos juridicamente relevantes e a conseqüente identificação da justiça ofertará a consistência capaz de indicar nitidamente os limites do sistema jurídico (LUHMANN, 2000).

A tarefa do sistema jurídico é a de constantemente preservar as expectativas relacionadas aos interesses protegidos pelo direito e, apresentar respostas precisas, nítidas, esclarecidas e motivadas, no caso do surgimento do conflito. Luhmann (2002, p. 45) inclusive definirá o direito como “generalização congruente de expectativas normativas”.

Expectativas normativas estabilizadas são de suma importância na teoria luhmanniana. Isto porque, é com base nelas que os programas do sistema jurídico irão implementar o valor do código do direito – lícito/ilícito, e assim o sistema jurídico poderá decidir quem possui razão aclarado pelo próprio direito (LUHMANN, 1990).

sobre questões jurídicas apenas de um ponto de vista cognitivo. Assim no século XIX, a Ciência dogmática instaura-se como uma abstração dupla: a própria sociedade, à medida que o Sistema Jurídico diferencia-se como tal de outros sistemas – do sistema político, do sistema religioso, do sistema social – *stricto sensu* – constitui, ao lado das normas, conceitos e regras para a sua manipulação autônoma. Ora, isto (normas, conceitos e regras), passa a ser o material abstrato, num grau de abstração ainda maior, o que lhe dá, de um lado, certa independência e liberdade de manipulação do direito, permitindo-lhe grande mobilidade; pois tudo aquilo que é direito, passa ser determinado a partir de suas próprias construções. Nesse sentido, Jhering fala-nos da construção jurídica, ligada, é verdade, ao direito positivo como um dado, mas capaz de lhe dar a unidade sistemática necessária para sua própria atuação. Em também, nesse sentido, em “*jurisprudência inferior*” (que transforma aquela matéria em noções mais altas). De outro lado, porém, paga-se um preço por isso: o risco de um distanciamento progressivo da realidade, pois a Ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos etc” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 80).

O direito toma a forma de um programa condicional (do valor lícito/ilícito) respaldado pela força física – coercibilidade. O programa do sistema jurídico não exclui totalmente conotações morais, como por exemplo a boa-fé ou a moralidade administrativa, como também não elimina preocupações teleológicas (direito do planejamento), no entanto, este não poderá instaurar vinculação de causalidade com a moral e com fins políticos, pontos que ligam-se a outros fatores, sendo a referência da programação jurídica sempre e tão somente, normativa (LUHMANN, 1990).

Relembra-se que será por intermédio do código direito/não direito e dos seus programas normativos que o sistema conseguirá combinar referências internas e externas. Bem sintetizando, Campilongo (2011, p. 79) diz que a “reprodução autopoietica do sistema jurídico é simplesmente produção do direito pelo próprio direito”.

Explicou Kelsen (1994, p. 112) quanto ao fundamento de validade de uma norma ser sempre uma norma e não um fato ao escrever que “o ordenamento jurídico é um sistema de normas gerais e individuais conectadas entre si com base no princípio de que o direito regula a sua própria criação”.

Somente o próprio direito poderá dizer o que é o direito. O direito exerce o controle do direito por meio do direito. Tal paradoxo é ocultado pela teoria jurídica tradicional por meio da utilização de recursos caracterizados em uma multiplicidade de ficções externas e internas, podendo ser exemplificadas pela adesão dogmática ao direito legislado, a completude do ordenamento jurídico, a racionalidade do legislador e do aplicador entre outras técnicas de “construção jurídica” (CAMPILONGO, 2011).

Fica esclarecido ponto importante para a presente pesquisa, qual seja: o aplicador do direito, para a teoria do sistema jurídico de Luhmann, não poderá dizer o que é o direito.

O que há na descrição da unidade do sistema jurídico como resultado da sua simultânea clausura operativa e abertura cognitiva é, na verdade, um paradoxo. Por exemplo, no símbolo do legislador racional poderá se contrapor como paradoxos: a impossibilidade de identificação da soberania popular e o mandato livre. Este é o motivo pelo qual Kelsen qualificou a representação política como uma ficção jurídica, enquanto Luhmann a rotulou de paradoxal (CAMPILONGO, 1988, p. 80; DE GIORGI, 1995; KELSEN, 1994, p. 296;).

No mesmo sentido pode-se também considerar o aumento da legislação que, podendo limitar por meio de indicações pontuais, a margem de interpretação, acaba por alargar o espaço para a produção jurisprudencial. Todos os paradoxos evidenciam que os sistemas das sociedades modernas estão produzindo, no mesmo tempo, mais (participação, acesso à justiça, igualdade, inclusão) e menos (democracia, efetivação de direitos, desigualdade, exclusão) (LUHMANN, 1980, p. 129).

Em sendo a unidade do ordenamento jurídico, conforme supra descrito, um paradoxo, como ela poderá ser plenamente alcançada?

3.2 PRINCÍPIO DO *NON LIQUET*: A PROIBIÇÃO DA DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA E O FECHAMENTO AUTOPOIÉTICO DO DIREITO

É na atividade judicial que a unidade do ordenamento jurídico conquista a sua inteireza, ante ao oferecimento da proibição da denegação de justiça – *non liquet* –, princípio concebido a partir de uma dupla negação. Por programas de operacionalização, construídos pela ciência jurídica – regras de interpretação e argumentação jurídica – o juiz recebe orientação própria para a aplicação seletiva do código de comunicação do sistema jurídico (direito/não direito). Por essa operação, que é baseada no *non liquet*, se dará o fechamento autopoietico do direito (CAMPILONGO, 2011; DE GIORGI, 1995; LUHMANN, 1990).

A completude do sistema jurídico surge do dever de julgar, genericamente considerado. O dever genérico de julgar deriva do próprio Direito, motivo pelo qual a omissão do juiz não é compatível, em tese, com o ordenamento jurídico, em cujo interior, o juiz é juiz (VILANOVA, 1997, p. 246).

É a proibição de o juiz proferir o *non liquet* que confere o fechamento operativo ao sistema. Do juiz se exige uma decisão. O direito positivo, o ordenamento e o sistema jurídico impõe ao juiz o dever de julgar, fazendo com que a decisão judicial não seja uma proposição declarativa, mas sim, prescritiva. O fechamento do sistema transparece a continuidade normativa, o dever ser proveniente do próprio dever ser (VILANOVA, 1997, p. 244).

O juiz não só está obrigado a decidir, como está obrigado a decidir fundamentadamente. Nesta dupla obrigação há, justamente, um duplo grau de flexibilidade contido na obrigação legal de decidir conforme a lei, e pela duplicidade na obrigatoriedade, o sistema se reproduz por seus próprios elementos, residindo aí,

na autorreprodução, o caráter operativamente fechado do sistema. Nessa operação baseada na redução de referências estruturais, criam-se também as condições necessárias, no interior do próprio sistema, para o processamento das demandas advindas do ambiente externo, ou seja, para a abertura cognitiva do sistema. Logo, a indeclinabilidade da jurisdição é, ao mesmo tempo, condição do fechamento operativo e da abertura cognitiva do sistema jurídico (CAMPILONGO, 2011, p. 81).

A constante decisão entre o lícito e o ilícito é o que garantirá, no decurso do tempo, a manutenção das expectativas normativas e a legitimação da proibição da justiça privada. O impedimento de denegação de justiça coage a operatividade interna do sistema jurídico (CAMPILONGO, 2011, p. 81)

Não serão todas as comunicações jurídicas que serão processadas e acionadas pelos operadores jurídicos e pelas instituições jurídicas, e este é o motivo pelo qual a teoria dos sistemas não reduz o entendimento do direito apenas ao complexo de profissões e organizações que o conferem movimento. Por sua vez, qualquer comunicação que esteja voltada a diferença entre direito/não direito, integrará o sistema jurídico (LUHMANN, 1986, p. 141).

Importante pontuar que a certeza e a segurança jurídica somente se encontrarão e permanecerão se somente ao sistema jurídico, considerado como sistema parcial e funcionalmente diferenciado no interior do sistema social, pertencer a incumbência de decidir entre o direito e o não direito, independente de considerações relacionadas ao estrato social, riqueza ou oportunidade política da decisão (LUHMANN, 1986, p. 142).

Desde já ressalta-se que, para fins desta pesquisa, a supracitada independência de considerações, que agem como fatores de influência sobre a decisão, poderá ser analisada como possibilidade de abertura para o alcance e melhoramento da justiça nas decisões.

Constata-se, portanto, que não são somente as decisões judiciais que integram o sistema jurídico, mas todo o conjunto de comunicações sociais que se relacionam com o código direito/não direito. Deste modo, o sistema jurídico constrói sua unidade por intermédio da especificação das operações de comunicação – código binário direito/não direito. Por esse prisma, a unidade do sistema jurídico não é resultado das normas, valores, princípios e decisões judiciais, mas decorre da operação de comunicação que o caracteriza (LUHMANN, 1990).

A operação da comunicação do sistema jurídico definirá seus limites e suas diferenças em relação aos demais sistemas, como também indicará as prestações, interferências e sobrecargas entre eles e, por fim, a própria formatação do acoplamento estrutural (LUHMANN, 1990).

É possível resumir o conteúdo abarcado nos parágrafos anteriores por meio da ideia de que Luhmann, mesmo que ocupando-se com o conceito de sistema fechado, não é plenamente eficiente em identificar os estreitados limites dos sistemas parciais. Pontua-se que não é possível considerar sistema fechado como sinônimo de sistema simples ou de pequenas dimensões. No tocante ao sistema jurídico, Luhmann não limita o direito ao agrupamento de organizações que o aplicam ou às atividades profissionais dos juristas. A regra de atribuição de um elemento ao sistema jurídico é a comunicação jurídica, qual seja, aquela que se refere ao código direito/não direito (CAMPILONGO, 2011, p. 82).

A comunicação relacionada ao direito irá ocorrer, em grande parte, fora das imediações compostas pelos tribunais, juízes, promotores e advogados. Esta externalidade pode ser notada nas variadas estratégias de criação privada do direito e nos inúmeros mecanismos que selecionam as questões jurídicas aptas a acessar os Tribunais. Conquanto, a periferia do sistema jurídico opera em um grau de complexidade mais elevado do que seu centro (LUHMANN, 1990; 1995, p. 18).

A expectativa do sistema jurídico é a de que a maior parte das comunicações jurídicas desaguem em sua periferia, e não em seu centro (tribunais), sem lhe custar sua descaracterização. Evidencia-se que a distinção do centro e periferia é sumariamente importante para o interior do sistema jurídico. Centro não é considerado hierarquicamente superior à periferia, mas apenas uma diferença formada por dois lados, a distinção entre alguma coisa e todo o restante. Há, apenas operacionalmente, a hierarquização do centro do sistema – e não entre os sistemas. A autopoiese do sistema inexistiria sem a periferia, fato que a caracteriza igualmente relevante quanto o centro (LUHMANN, 1995, p. 65).

3.3 DIFERENCIAÇÃO DO DIREITO E FUNÇÕES JUDICIAIS

Sem a correta interpretação do processo de diferenciação interna e externa do sistema jurídico não se pode bem compreender os paradoxos do desempenho das funções judiciais. (LUHMANN, 1990).

A evolução dos sistemas decorre de um processo de variação, seleção e estabilização. Trata-se de um processo não linear, não distribuído e ativado uniformemente em todos os sistemas. Também não se trata de um processo causal e inseparável aos sistemas. Evolução não significa progresso e não está ligada a nenhum conteúdo valorativo, correspondendo simplesmente ao acréscimo da complexibilidade, multiplicação do número de alternativas de escolha e possibilidade de ação. Este acréscimo poderá ser interno ou externo ao sistema, indicando que a evolução de um sistema não dependerá apenas da complexidade do ambiente, mas também, da complexidade interna do sistema (LUHMANN, 1983).

A evolução dos sistemas é propriamente a concretização da potencialidade de aprendizagem da complexidade e a realização da transformação das estruturas do sistema por meio da diferenciação das três supracitadas funções: variação, seleção e estabilização. A variação, no interior do sistema jurídico, pode ser identificada pela multiplicação de expectativas normativas conflitantes. A seleção é assinalada pelo processo de decisão das expectativas admitidas no sistema. Por fim, a estabilização é detectada como a regulamentação e programação condicional das expectativas normativas validadas (LUHMANN, 1983).

O processo evolutivo do sistema jurídico, significando seu ajustamento a novas condições de complexidade tanto interna, como ambiental, conta com um sistema de limitações de expectativas preexistentes. Codificadas juridicamente (direito/não direito), essas limitações poderão ser utilizadas de duas maneiras, quais sejam, por separação ou por recombinação. Será por meio dessas duas operações que o processo de diferenciação do direito se ativará (LUHMANN, 1983).

A compreensão a respeito da variabilidade das estruturas jurídicas, das mudanças no código do direito – o que não era direito passa a ser considerado como tal e inversamente – e dos programas de decisão do sistema jurídico, somente será entronizada se primeiramente considerar-se as transformações que ocorrem na sociedade como um todo. Essas transformações sociais, portanto, possuem fundamental relevância para o sistema jurídico (LUHMANN, 1983).

Explica-se. Tomando por exemplo, a alta produção legislativa como característica da transformação social, que ocasiona contínua problemática para o sistema jurídico. A mudança quantitativa na produção de leis, caracterizando-se pela superabundância de leis, decretos e regulamentos, aumenta a complexidade do sistema. A regulação legislativa se estende sobre os mais variados aspectos da vida

social, juridificando esferas de convivência que, até então, não faziam parte do rol dos temas considerados juridicamente relevantes. Logo, a multiplicação da quantidade e qualidade de normas introduz no sistema jurídico, além da incoerência, inconsistência e sobreposição normativa, inúmeros questionamentos que não serão passíveis de simplificada decisão jurídica. Neste mesmo contexto, haverá a repetição de casos insolúveis no interior de um sistema que não poderá se abster de decidir. O sistema político, socorrendo-se de estratégias de delegação de poder decisório até então inexistentes no sistema jurídico, sobrecarrega-o, aumentando a liberdade e a discricionariedade do juiz diante da lei. A diferenciação do direito incorporará a variabilidade estrutural que expande situações juridicizáveis e os poderes do juiz (CAMPILONGO, 2011, p. 91-92).

Outro interessante exemplo a respeito da simultaneidade entre as mudanças ocorridas no quadro legislativo, político e econômico e a tendência do processo de diferenciação funcional do direito é o crescente direcionamento da dogmática jurídica e da atividade judicial para as consequências das decisões. O direito do Estado de Bem-Estar é amplamente voltado para o futuro e possui sensibilidade quanto as consequências de sua aplicabilidade. No entanto, a problemática insurge justamente no fato de que um sistema jurídico que está direcionado para o futuro, indica uma ampla abertura ao ambiente e uma suposta harmonia nas relações intersistêmicas. Esse direcionamento, no entanto, promove a desfiguração do sistema, que não mais reconhece seus limites internos e as condições autorreferenciais de outros sistemas parciais, passando a exigir recursos cognitivos excessivos e inatingíveis do juiz-político/ economista/sociólogo (CAMPILONGO, 2011, p. 92).

Atenta-se para a problemática da ocorrência de um efeito de desdiferenciação que ameaça, diferentemente do processo de diferenciação funcional dos sistemas parciais, extinguir a atividade judicial em uma engenharia social do Estado de Bem-Estar (LUHMANN, 1990, p. 75).

A forma para se evitar a perda das estruturas e operações do sistema jurídico, mantendo sua funcionalidade em meio a conexões com outros sistemas, é chamada de acoplamento estrutural (LUHMANN, DE GIORGI, 1994).

A teoria dos sistemas autopoieticos propõe o modelo de ligações simultâneas e assimétricas entre os sistemas, ao invés do modelo *input/output* dos sistemas abertos. Para aferir a conotação de autopoiese é indispensável considerar a inexistência de *input* ou de *output* de elementos no sistema ou a partir dele, visto que

é autônomo tanto no plano estrutural como no plano operativo. Os sistemas são, portanto, sistemas fechados que se reproduzem por meio de operações que foram produzidas antes, no próprio sistema (CADEMARTORI; DUARTE, 2009).

Os sistemas que se diferenciam funcionalmente, como o jurídico, o político, o econômico, continuamente fazem conexões altamente seletivas com seus respectivos ambientes. O ambiente dos demais sistemas não determina as estruturas e operações do sistema jurídico que, em si mesmo, possui uma maneira específica de pressupor as situações e mudanças no seu ambiente e associar essa circunstância às suas operações internas. Esta maneira específica de coligação entre a variabilidade do ambiente e operacionalidade interna é denominado acoplamento estrutural (LUHMANN, DE GIORGI, 1994).

3.3.1 O acoplamento estrutural intersistêmico

Assim sendo, o acoplamento estrutural é a base que oferta quais são e como ocorrem as *dependências* do sistema em relação ao ambiente, ou seja, como essas necessárias vinculações se compatibilizam com a autorreprodução do sistema. Isso não quer dizer que o ambiente determina todas as operações do sistema, ele apenas produz perturbações ou interferências, ou ainda, ruídos (sem qualquer pressuposto causal) que só são reconhecidas porque o próprio sistema processa essas informações com operações que lhe são próprias (LUHMANN, DE GIORGI, 1994, p. 10 e 22).

O fechamento operacional implicará na impossibilidade do ambiente e do sistema agirem um na esfera de operacionalidade do outro. Para o sistema é sua operação interna a observação, a irritação, a seleção e a informação, não existindo inputs e outputs e não importando elementos prontos e acabados do ambiente (LUHMANN, DE GIORGI, 1994).

As irritações, informações e operações do sistema jurídico serão sempre escolhidas e construídas internamente. A partir delas, proporciona-se a transformação do sistema jurídico, de modo que, a ausência do acoplamento estrutural, ocasionaria aos sistemas parciais a impossibilidade de aprendizado (LUHMANN, DE GIORGI, 1994).

O acoplamento estrutural possibilita, por conseguinte, a oferta ao sistema de um contínuo influxo de desordem contra a qual ou o sistema se mantém ou se

modifica. Ao permitir, no interior dos sistemas parciais as já destacadas “irritações”, que se caracterizam especificamente como uma reação interior das próprias estruturas do sistema a partir de seu modo individual de observar o ambiente, o sistema sem mantém, o acoplamento estrutural capta no sistema jurídico as modificações ocorridas em outros sistemas. No entanto, o sistema jurídico percebe, reage e processa essas denominadas irritações provenientes de alterações em outros sistemas, de acordo com seus códigos e seus programas de operação, logo, em condições de fechamento operacional¹⁴ (CAMPILONGO, 2011; LUHMANN, DE GIORGI, 1994).

A teoria luhmanniana, persistindo na importância da natureza das operações dos sistemas parciais e na forma de sua reprodução autopoietica viabiliza extensa oportunidade para explanação e esclarecimento dos atuais problemas relacionados a atuação judicial, como por exemplo, a efetivação da justiça. A questão da justiça interliga-se com a implementação de valores no sistema jurídico. A implementação de valores é uma tarefa específica do seu código (LUHMANN, 1990).

Os sistemas parciais estabelecem suas comunicações no formato de códigos-binários. O esquema binário age produzindo distinções rígidas, sempre excluindo terceiras possibilidades. Nunca algo terá a possibilidade de se perfazer como parcialmente conforme ao direito, mas somente conforme ou contrário ao direito, sendo impossível ser duas coisas ao mesmo tempo. Percebe-se que a característica da binariedade é a extrema redução de todas as possibilidades a apenas duas opções

¹⁴ “Alguns exemplos podem aclarar um pouco a abstração dos conceitos de sistema fechado e acoplamento estrutural. Os sistemas econômico e jurídico estão estruturalmente acoplados pelas figuras do contrato e da propriedade. Isso não significa que o acoplamento elimine a diferenciação entre o contrato enquanto qualificação jurídica de um ato e o contrato enquanto operação mercantil. Para o sistema jurídico, importa verificar se a comunicação que se faz por meio do contrato é ou não conforme o direito. Para o sistema econômico, ao contrário, a comunicação contratual adquire outra conotação. Aqui, o que importa é verificar a tradição da mercadoria, o recebimento do preço, a apuração do lucro. Evidentemente, uma nulidade contratual pode repercutir sobre o êxito econômico do contrato, e o não pagamento do preço tem consequências jurídicas. Entretanto, direito, e economia reagem e observam esses problemas com base em seus códigos particulares e diferenciados de comunicação. Como mecanismos de acoplamento estrutural entre o direito e a economia, contrato e propriedade organizam as recíprocas irritações desses sistemas e influenciam, em termos gerais, o impulso de mudanças estruturais e acréscimos de complexibilidade em ambos os sistemas. O sistema jurídico reage ou se “irrita” com a ruptura das expectativas normativas de pagamento do preço. Sua reação dá-se na lógica dos programas condicionais do direito. Entretanto, é normalmente irrelevante, para o sistema jurídico, saber se o negócio objeto do contrato foi oportuno, conveniente ou lucrativo (excluídos os casos em que esses fatores possam ter uma relevância jurídica e caracterizar, por exemplo, uma fraude). O sistema jurídico reage juridicamente às mudanças do sistema econômico e permanece indiferente ao que ocorre no seu ambiente externo (CAMPILONGO, 2011, p. 97).

que são excludentes entre si. O código então, nessa perspectiva, pode ser compreendido como uma técnica de redução da complexidade dos processos que elaboram as informações, conseqüentemente, é uma estrutura interna ao sistema. Portanto, as estruturas do sistema alcançarão as necessárias operações técnicas por meio da simetria do código. Não se pode considerar o código como uma norma, uma lei ou um ordenamento, mas apenas como uma regra de atribuição e conexão aos seus termos: direito/não direito (LUHMANN, 1990).

Especificamente, quanto ao direito, seu código binário possibilita que se reconheça o pertencimento ou não de uma comunicação ao sistema jurídico e, concomitantemente, a distinção do sistema e de seu ambiente. Verifica-se que a autopoiese do sistema jurídico é organizada pelo seu código. O código possui como tarefa específica, proporcionar a inclusão ou não de valores no sistema e os programas do sistema, por sua vez, são especializados em alocar e regular esses valores antevistos no código. A autorreprodução do sistema jurídico enfrenta problemas advindos de excessivas pretensões e utilizações que outros sistemas, especialmente o político, fazem do direito, que será usado para resolução de problemáticas para as quais seu código é incapaz de responder ou é simplesmente absolutamente inadequado. Por enxergar o direito por uma perspectiva funcionalmente específica, os outros sistemas, conseqüentemente, estão operando numa complexibilidade que conflita com os problemas passíveis de serem processados pelo código direito/não direito. (LUHMANN, 1987, p. 127; 1990)

Nenhum sistema é transcendente, ou seja, não poderá assumir operações que não estejam circunscritas ao seu código peculiar. Por derradeiro, os sistemas funcionalmente diferenciados não poderão utilizar-se uns dos outros sem observar as condições específicas para esse fim. Cada sistema trabalha com seu código próprio e a finalidade de cada um só poderá ser alcançada por meio do reconhecimento dos limites da capacidade de cada sistema. A exceção desta regra está nos casos em que há corrupção do código de comunicação respectivo a cada sistema, ocasionando a perda de em sua manutenção autopoietica (LUHMANN, 1990).

3.4 PROCEDIMENTOS, PROCESSOS E PROCESSO DECISÓRIO NO SISTEMA JURÍDICO

O exame, até aqui realizado, a respeito dos limites estruturais do sistema jurídico, possibilitará o prosseguimento da pesquisa, pretendendo, a partir de agora, a compreensão mais específica sobre procedimentos e processo pela perspectiva do sistema jurídico luhmanniano.

Introdutoriamente, é válido o prévio e genérico esclarecimento a respeito do processo decisório e postura do juiz frente ao mesmo, a fim de que, uma visão inicialmente mais ampla, porém mais simples, corrobore a posterior perspectiva específica e detalhada sobre os temas do conflito e decisão sistematicamente considerados. É o que se segue.

Os processos decisórios do direito podem ser programantes ou programados. A produção legislativa do direito é, claramente, decisão programante, tendo em vista o contexto de alta complexidade e contingência à que se aplica, caracterizando-se, conseqüentemente, pela alta capacidade cognitiva e pela sua praticamente imediata relação com conflitos políticos. Contrariamente posiciona-se a decisão judicial – tipicamente uma decisão programada, que se diferencia pela atuação em um contexto de complexibilidade e contingência já reduzidas pelo processo de positivação do direito. Frisa-se que as técnicas processuais de acesso de interesses plurais em juízo, como as ações coletivas, os direitos difusos, não possuem capacidade de expandir o espaço de inclusão de atores no debate judicial que continuará sendo mais limitado e menos inclusivo do que o debate próprio do conflito político (CAMPILONGO, 2011, p. 101).

O juiz, na maioria das vezes, estará lidando com desilusões e procurará manter as expectativas contrafáticas. Sua relação com o conflito é geralmente retardada ante ao fato de que este, após vir à tona, buscará o processamento e solução em outras instâncias, considerando o socorro do Judiciário como última opção. Oportuno pontuar que há circunstâncias em que grupos específicos ou mesmo movimentos sociais buscam no Judiciário, em primeiro lugar, a condução do conflito, visando assim, evitar a condução pela via política (FARIA, 1991).

Também destaca-se a existência de um espaço considerável de criatividade, discricionariedade e interpretação transferido ao juiz por intermédio das decisões programantes. Ainda que se relativize as características tipológicas das decisões

programantes e das decisões programadas, é clarividente a diferença estrutural entre a comunicação jurídica e a comunicação política, comumente confundidas (CAMPILONGO, 2011).

O juiz não possui controle a respeito das causas que acessam o judiciário, e como condição básica de sua imparcialidade, não poderá ter nenhuma iniciativa na preposição de casos judiciais nem escolher os temas que serão submetidos à sua apreciação. O judiciário não poderá selecionar sobre o que decidirá, e sempre deverá decidir sobre todas as causas que lhe são apresentadas (*non liquet*). Os critérios de justificação das decisões judiciais são determinativamente precisos. O juiz encontra a consistência de suas decisões no ordenamento jurídico. Suas justificativas obrigatoriamente devem estar fundadas em provas e argumentos processados segundo o código “direito/não direito” (CAMPILONGO, 2011).

O Judiciário possui uma visão fundamentalmente, ensina Campilongo (2011, p. 105) “casuística, descontínua e fragmentária, própria de quem examina o problema nos limites da lide proposta pelas partes (comutativamente) e não com referência à totalidade de relações circulares entre o público, o político e o administrativo (distributivamente)”. Portanto, o sistema jurídico trata de decisões isoladas.

Quanto as consequências da decisão, o sistema jurídico, ainda que orientado em relação a elas, não as vê e não exerce controle sobre a força de suas medidas. O trabalho do juiz é pautado basicamente em referências de sua formação generalista, valendo-se, por vezes, em questões mais específicas, de peritos capazes de produzir ou complementar peças probatórias. Todo constrangimento, influência e imposição que se exerça sobre o juiz é fortemente repreendido por todos os códigos de ética das demais profissões jurídicas, como também pela própria deontologia da magistratura (CAMPILONGO, 2011, p. 106).

3.4.1 Expectativas normativas

A constância do contato entre o direito e a sociedade é premissa indispensável para a teoria luhmanniana. É justamente este contato que proporcionará ao direito a necessária sensibilidade no tocante as alterações enfrentadas pela sociedade. No campo social atual o é grande o antagonismo entre interesses individuais e coletivos, inclusive ante ao fato de que no interior de cada grupo social também prevaleça a diversidade de valores. O cenário expõe, portanto, entre antagonismos valorativos, a

dificuldade da afirmação de uma decisão pacífica, de modo que, a própria conceituação sobre o que seria uma decisão pacífica não encontra, na complexidade social, ampla aceitabilidade.

Conforme destacado em parágrafo anterior, a juiz trata com desilusões, porém, simultaneamente, ele não possui obrigações para com o foro íntimo das partes litigantes, e estas, ou pelo menos uma delas, não encontrarão nas vias processuais, quietação ou pacificação. A vivência social é emaranhada em diferenças econômicas, religiosas, políticas e culturais, logo, a fenomenologia social é obstáculo a finalidade processual (TREVES, 1996, p. 6).

A finalidade processual, para a doutrina processualista de Dinamarco, residiria na pacificação processual. A pacificação processual é considerada como escopo social. Para Dinamarco, jurisdição e legislação teriam o mesmo objetivo comum, qual seja, a paz social¹⁵, por intermédio da pacificação dos litigantes. Para o referido professor, considerando a predisposição de aceitabilidade da decisão judicial, ainda que desfavorável, garantida a igualitária oportunidade de ambas as partes se manifestarem no processo instaurado, e a justa decisão, a soma desses fatores proporcionaria àquele que suporta a decisão desfavorável, uma consistente resignação. A participação das partes na dialética processual e a justiça da decisão, portanto, se perfazem como garantia de pacificação (DINAMARCO, 1984, p. 159).

Os jurisdicionados estão inseridos em uma sociedade em que a pacificação dos litigantes como escopo social do processo não logra tal resultado. As circunstâncias atuais evidenciam realidade diversa à pacificação. Houve um aumento considerável no número de processos nas instâncias inferiores e superiores, ainda que, contrário sensu, conforme as palavras de Dinamarco (1984, p. 162) “por tendência, desinformação ou descrença, o brasileiro é pouco afeito às disputas judiciárias”.

¹⁵ “Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social” (DINAMARCO, 1984, p. 159).

Reitera-se. “São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e a eliminação delas lhe confere legitimidade” (DINAMARCO, 1984, p. 160).

Em continuidade. “Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderando o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos” (DINAMARCO, 1984, p. 161).

No mesmo sentido, outro autor: “Como a insatisfação de um interesse, principalmente quando essa insatisfação decorre da resistência de alguém, pode gerar tensão aos contendores e até mesmo tensão social, é importante que os conflitos sejam eliminados e encontrada a paz social” (ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 27).

Posteriormente, Dinamarco atribuirá a segurança do processo ao mecanismo da coisa julgada¹⁶, no entanto, defenderá sua relativização. Isso porque, a origem da pacificação está relacionada a uma alta subjetividade, o que furtará a função processual enquanto pacificadora. (DINAMARCO, 1984, p. 33-76).

A explanação da teoria da pacificação processual dinamarquiana faz insurgir o questionamento voltado a descoberta daquilo que realmente o processo judicial poderá oferecer aos cidadãos, adotada a perspectiva da teoria luhmanniana do sistema jurídico. Por essa perspectiva, o questionamento ganha concretude e volta-se para a correta aplicação da norma ao caso concreto, a aceitabilidade do sistema jurídico que se limita a ofertar sua específica comunicação¹⁷ (direito/não direito) ao sistema social.

Luhmann, ao alocar a função do direito na teoria dos sistemas, abandona questões antropológicas, psicológicas e filosóficas. Retirando a subjetividade humana, apenas objetiva a análise da sociedade pelo viés do processo de diferenciação de normas especificamente jurídicas. Sob esse olhar específico, o teórico evidenciará o que o direito, enquanto sistema jurídico, prestará ao sistema social (LUHMANN, 2002, p. 181).

Para Luhmann, a pergunta a respeito da função do direito, surge em relação com o sistema da sociedade. Ou seja, trata-se de compreender qual problema da sociedade que se resolve por meio do processo de diferenciação de normas especificamente jurídicas e de um Sistema jurídico especial, razão pelo qual se excluem, especialmente, nesse intuito, todos os questionamentos de ordem psicológica e antropológicas. (LUHMANN, 2002, p. 181).

Excluída a investigação sociológica ou antropológica, o processo de diferenciação de normas solucionará qual espécie de problemas sociais?

¹⁶ “Também a autoridade da coisa julgada guarda relação com o escopo social magno do processo, uma vez que a definitiva pacificação não se obtém enquanto não conseguida a imunização das decisões judiciais. [...] o advento da definitividade aplaca as incertezas e elimina o estado ante-social de insatisfação” (DINAMARCO, 1984. p. 167).

¹⁷ “Na comunicação luhmanniana, a interlocução por ser considerada realidade emergente, somente acontecendo pela junção de três aspectos: a informação, a comunicação e o entendimento. Dessa forma, o simples transmitir de conhecimentos não é suficiente para produzir comunicação, restringindo-se, tão somente, à formulação de percepções. Nessa lógica, diante dos desarranjos comunicacionais presentes nos ambientes sociais, em especial na sociedade brasileira, uma sobrecarga de ações tem sido verificada no Sistema do Direito, sobretudo no Sistema Judiciário, quando formas brutas de solução são arrostadas para as contingências sociais provenientes dos ambientes do sistema” (GIMENEZ, VERONESE, 2018, p. 174-175).

A função do direito relaciona-se diretamente com à garantia das expectativas normativas no decorrer do tempo, ou seja, com o assegurar que as comunicações jurídicas levarão o conteúdo normativo à sociedade. Essas expectativas são provenientes da sociedade e não são consideradas somente como o estado de consciência de um determinado indivíduo, mas sim pelo aspecto temporal na contido na comunicação (LUHMANN, 2002, p.182).

As normas jurídicas constituem um emaranhado de expectativas simbolicamente generalizadas. A simbolização se trata da função estabilizadora das expectativas normativas por meio da regulação da generalidade temporal, objetiva e social. É o direito que reconhece quais expectativas possuem respaldo social e quais não possuem. Em suma, o sistema do direito deverá garantir que os valores socialmente respaldados sejam efetivados, os valores descritos na norma sejam cumpridos, inclusive, para tanto, utilizando-se de sanções (LUHMANN, 2002. p. 186-187).

Os conceitos do direito moderno nasceram de uma longa evolução que permitiu que houvesse a separação entre direito e política por meio da diferenciação de suas respectivas autonomias funcionais, sobressaltando-se ao sistema jurídico a garantia do cumprimento do que é criado pelo político (CAMPILONGO, 1998, p. 58).

As expectativas normativas serão materializadas pela norma¹⁸. A produção normativa buscará a redução de possibilidades, a diminuição da contingência, a limitação de hipóteses, a restrição da utilização arbitrária dos signos. Por ser opção do observador, seu conceito de alternará, conformando-se à ótica empregada. A norma também é instrumento para que o direito imagine e limite o comportamento social, pontuando-se aqui a observação de que, o direito, quando decide, regula condutas e acaba por criar outros conflitos. Ao se opor aos movimentos sociais, por exemplo, soluciona-os, criando, concomitantemente, outros conflitos. Essa auto-

¹⁸ Conceituado a norma pelo prisma luhmanniano, Tercio Sampaio Ferraz Junior ensina: “Por fim, há também a possibilidade de considerar a norma como um fenômeno complexo que envolve não só a vontade de seu comando, mas também diferentes situações estabelecidas entre as partes que se comunicam. Nesse caso, a norma é vista como comunicação, isto é, troca de mensagens entre seres humanos, modo de comunicar que permite a determinação das relações entre comunicadores: subordinação, coordenação. Para a análise da norma como comunicação, torna-se importante não só a mensagem (preposição), não só as qualidades do prescritor, mas também a identificação dos sujeitos, seu modo de reação às prescrições, sua própria qualificação como sujeito. Tomada como um complexo comunicativo, a norma torna-se o centro de uma série de problemas: a determinação da vontade normativa (teoria dos direitos subjetivos, capacidade, competência, responsabilidade), a determinação das mensagens normativas (teoria das obrigações, das permissões, das faculdades das proibições normativas (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 101).

referência faz com que os sistemas parciais sejam considerados autopoieticos, ou seja, enclausurados em si mesmo (LUHMANN, 2002, p. 185- 198).

3.4.2 A durabilidade das expectativas normativas *versus* desilusão e a funcionalidade imunológica do sistema jurídico

A função do direito como mecanismo de estabilização de expectativas normativas soma-se a sua função de regulador de conflitos, aliás, ela excede em muito quanto ao que se pode compreender da função regulatória. A função de estabilizar expectativas normativas faz do direito um regulador de conflitos. Quando as normas não são cumpridas, a desilusão¹⁹ acontece, mas, ainda que não se cumpra com as expectativas normativas, elas (expectativas), ainda que não haja comportamento favorável ao seu conteúdo prescritivo, deverão manter-se em continuidade por intermédio do sistema jurídico. Por isso, diz Luhmann, ser a manutenção das expectativas normativas função que excede a regulatória (LUHMANN, 2002, p. 195).

As operações sociais demandam tempo. Uma comunicação individual, para alcançar dada determinação, dependerá de um entrelaçamento de comunicações recorrentes no tempo, ou seja, ela deverá estar se referindo a comunicações que já aconteceram no passado e continuarão ocorrendo, se entrelaçando no futuro. As sanções, neste entreamando comunicacional, caracterizam-se como autocorreção da comunicação. A referência temporal do direito é encontrada na função das normas, qual seja, a preparação ante a um futuro genuinamente incerto. Por esse motivo, as normas variam de acordo com a medida em que a sociedade produz um futuro acompanhado de inseguridades. Na dimensão social, a extensão e a intensificação dos enlaces temporais normativos, produzirá novas oportunidades de consenso e de dissenso, ou seja, situações em que a decisão deverá tomar partido a favor ou contra uma expectativa. Logo, o entrelaçar temporal normativo produzirá desvio e conformidade, tendo como resultado, a bilateralidade (consenso/dissenso)

¹⁹ “Normas, segundo Luhmann, garantem as expectativas (mas não o comportamento correspondente) contra desilusões. Assim, estabelecido por via contratual que o negócio será realizado dentro de 30 dias, respondendo a parte inadimplente pelos prejuízos etc., fica garantida da expectativa de cada um contra o comportamento desiludidor do outro. As normas não podem evitar as desilusões (por exemplo, que os tijolos não sejam entregues), mas garantem a expectativa, permitindo que, apesar dos fatos contrários aos que se esperava, a parte prejudicada mantenha, sob protesto, o seu ponto de vista. Normas, nestes termos, são expectativas de comportamento, garantidas de modo contrafático. Normas dão às expectativas duração” (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 2).

responsável por avivar as tensões sociais. Todas as adaptações sociais do direito ocorrem baseadas nessa bilateralidade, ocasionando a variação no objetivo e no conteúdo da norma jurídica, e também, nos programas que regulam, em cada caso, a escolha correta dos valores direito/não direito, para assim manter, em uma zona de compatibilidade mútua, os enlaces do tempo e a capacidade de consenso e dissenso, conferindo ao direito uma dimensão objetiva pela função daquele que promove o equilíbrio – função sistêmica (LUHMANN, 2002, p. 183-188).

Especificamente, quanto a função do direito²⁰, seu insurgir se dá quando as expectativas normativas são frustradas, ou seja, o que está previsto na norma não se cumpre. Por meio de suas operações, o direito deve garantir que o conteúdo normativo seja efetivado e, ato contínuo, imunize a sociedade de sua complexibilidade, eliminando as incertezas do ambiente social, no interior do próprio sistema jurídico. Esta imunização, explica Luhmann, ocorre no contínuo decorrer do tempo, por meio de operações e procedimentos. Portanto, a função do direito consiste tão somente em possibilitar segurança à expectativa, precisamente por ter em vista as previsíveis e inevitáveis decepções (LUHMANN, 2002, p. 218-220).

O sistema jurídico, pelo viés da teoria sistêmica, compõe, na verdade, o sistema imunológico da sociedade. Seu intuito é a imunização²¹ dos conflitos entre os membros da sociedade, considerados como os subsistemas do sistema social global, criando uma para-realidade via codificação binária direito-não direito (GUERRA FILHO, 2001, p. 186).

Em resumo, o sistema jurídico é considerado como um dos sistemas funcionais do sistema social. Sua tarefa é reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, ao garantir certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos irão se comportar e a generalização

²⁰ Utilizando-se da comparação entre a função do direito e da ciência, explica Guerra Filho que “há claro, diferenças radicais entre expectativas normativas garantidas pelo Direito, expectativas cognitivas, garantidas pela ciência, já que estas, ao se verem frustradas pela realidade, por estarem preparadas para aprender com ela, devem procurar adaptar-se aos fatos que as frustram, enquanto que as primeiras, ao contrário, são concebidas para se manterem “contrafaticamente” isto é, mesmo depois de frustradas” (GUERRA FILHO, 2001, p. 187).

²¹ “O sistema jurídico, para Luhmann, integra o sistema ‘imunológico’ da sociedade, imunizando-as de conflitos econômicos entre seus membros, surgidos já em outros sistemas sociais (político, econômico, familiar, etc). Isso, porém, é feito não pela negação de conflitos, isto é, contra conflitos, e sim com os conflitos, assim como os sistemas vivos se imunizam das doenças com seus germes, para tanto, a complexidade da realidade social, com sua extrema contingência, é reduzida pela construção de uma “para-realidade”, codificada a partir do esquematismo binário “Direito/não-direito [...]” (GUERRA FILHO, 2001, p. 186).

dessas expectativas pela imunização do perigo de se decepcionarem. Este é o motivo pelo qual o direito é definido, na teoria sociológica luhmanniana, como generalização congruente de expectativas governamentais. A generalização fornecerá uma imunização simbólica de expectativas contra outras possibilidades (GUERRA FILHO, 2001, p. 186, LUHMANN, 2002, p. 45).

No sistema social, as instituições, são consideradas como expectativas generalizadas de comportamento nas dimensões temporal²², material e social, e formam a estrutura deste sistema, motivo pelo qual constituem-se em um possível objeto de posituação jurídica. O sistema jurídico, ante a rapidez do desenvolvimento social, sofre uma crise adaptativa que não se soluciona apenas ao nível de normas e instituições jurídicas. Insurge a necessidade da descoberta em torno do futuro, relacionando-o ao passado e ao presente. Essa necessidade, entretanto, não poderá ser suprida por meio da função do direito, que, diante de uma alta complexidade social, não possui força apta a controlar acontecimentos (LUHMANN, 2002, p. 45 e 100).

O direito se comporta como instrumento do desenvolvimento social ao definir, distribuir e resolver a problemática do crescimento das diferenciações funcionais. Justamente, pelo prisma funcional, o direito concluirá o que já tivera início, por meio da distinção de expectativas, como também ofertará prestações à outros subsistemas, como por exemplo, ao sistema econômico, quando aumenta a probabilidade de que pessoas paguem suas dívidas e cumpram com acordos pactuados. Ainda em relação a sua função, o direito tratará com o perigo e desilusões inerentes à reciprocidade de expectativas comportamentais, colocando-se como um guia comportamental pelo processo decisional (LUHMANN, 1983, p. 13; 1990, p. 81; 2002, p. 182).

Dito de outro modo, o direito tem como função assegurar a expectativa, tendo em vista as previsíveis decepções. Para tanto, ele conta com mecanismos que permitem tornar mais provável o cumprimento da expectativa, tais como a sanção²³ e

²² “O centro de gravidade da superprodução de possibilidades localiza-se no nível normativo, ou seja, na dimensão temporal. O mecanismo da institucionalização atua como fator de seleção, selecionando entre as novas expectativas aquelas para as quais pode ser suposto consenso por parte de terceiros. A estabilização efetua-se por meio da fixação do sentido capaz de ser transmitido através da linguagem e que pode ser inserido e mantido no contexto das definições de sentido do direito” (LUHMANN, 1983, p. 175-176).

²³ “Desde o século XVIII foi-se tornando cada vez mais evidente que se deve distinguir entre direito e moral. A distinção fundamentava-se e fundamenta, predominantemente, por referência a mecanismos especiais de sanção do direito; contudo ela reflete, simultaneamente, a forma especial da origem do direito e que consiste em que mesmo as expectativas para alcançar a validade do direito têm de ser filtradas e legalizadas através de um processo de decisão” (LUHMANN, 1980, p. 122).

a capacidade de sancionar o comportamento dissidente. O direito, não pode estar constantemente se desculpando da sua incapacidade de impor suas normas. A funcionalidade do sistema jurídico beneficia outros subsistemas funcionais, quando lhes proporciona a ocorrência dos comportamentos imprescindíveis a sua manutenção, e, esses mesmos subsistemas, em contrapartida, ofertam o aumento da probabilidade de que se ocorra o comportamento desejado pelo sistema jurídico. Exemplificando, o sistema econômico assegura os pagamentos do cartão de crédito ao credor, que não precisará recorrer ao processo judicial (MANSILLA, 2002, p. 53).

Ao produzir uma comunicação, o sistema produzirá a diferenciação entre ambiente e sistema. A comunicação será sempre diferente do ambiente. A comunicação produzida pelo sistema jurídico é lícito/ilícito. Trata-se de uma clausura comunicativa que permite ao sistema organizar sua função e, simultaneamente, proporcionar as condições para seu autogerenciamento e autorreprodução, tornando-se autossuficiente, prevendo a continuidade de suas operações. Este processo organizado permite ao sistema identificar aquilo que lhe pertence e o que não lhe pertence (LUHMANN, 2002, p. 200).

Como um sistema autopoietico, clausurado operativamente, o direito vê-se estimulado a garantir sua função, mantendo-se sua capacidade de operar como um sistema funcional determinado em sua própria estrutura e prevendo internamente a operação de sua particular função. O termo “internamente” quer dizer “com seu próprio tipo de operação”. Como condição de validade absoluta da observação do código – universal e plenamente confiável – direito/não direito, no sistema jurídico se produzirá o âmbito mais estreito da decisão juridicamente obrigatória: ou a afirmação ou a modificação do direito. O sistema jurídico é um sistema parcial, um subsistema de organização que se diferencia utilizando-se do recurso da distinção entre membros e não membros do sistema. Essa distinção compromete os membros a produzir decisões que se regem pelos programas do sistema (variáveis dentro da organização), isto é, pelas normas jurídicas (LUHMANN, 2002, p. 200-201).

No tocante a organização sistêmica das decisões do sistema jurídico, só existem termos para designar seus aspectos diferenciados, tais como juizados e parlamentos – no caso da conceituação da separação dos poderes judicial e legislativo. No entanto, não há nenhum termo para designar a unidade do sistema jurídico. Esse sistema de decisões organiza seu âmbito próprio de operações por meio

de uma estrutura circular. O processo primordial consiste na reprodução circular e recursiva de decisões jurídicas (LUHMANN, 2002, p. 202 -203).

3.4.3 Sistema jurídico e o processo como procedimento sistêmico

De acordo com Luhmann, o sistema emergente no processo evolutivo social é o sistema de comunicação que se denomina sociedade. Daí se deduz que a sociedade e a comunicação partilham da mesma identidade. Se o sistema sociedade é composto de comunicações, tudo o que não é selecionado pelo sistema é ambiente (CADEMARTORI; DUARTE, 2009).

Partindo, portanto, do fundamento de que é sistema de comunicação, a sociedade abrange diferentes sistemas funcionais, distintos entre si por conta da diferenciação operacional: do ponto de vista da unidade, uma diferença encontrada no sistema está na função do que o sistema diferenciou (LUHMANN; DE GIORGI, 1994).

Todos os sistemas comunicativos advindos da sociedade devem definir o seu modo de funcionamento específico, ou determinar a sua identificação pela reflexão, para ser capaz de regular qual o significado do sistema e, além disso, permitir a comunicação com o exterior (LUHMANN, 1998).

A atividade principal do sistema jurídico é desenvolver a sua função de distinguir mediante contínuas operações do direito e do não direito, considerando este código binário refere-se, conforme destacado nos parágrafos anteriores, a uma estrutura específica de comunicação, razão pela qual a aplicabilidade de outro código é inadmissível e, caso fosse possível, a operação se descaracterizaria, deixando de ser uma operação interna do sistema jurídico (LUHMANN, 1996).

A cada nova operação comunicativa, o subsistema jurídico separa-se do ambiente de seu antigo sistema, contornando o ambiente que se delimita pela observação do próprio sistema (observador). Os sistemas são abstrações conceituais²⁴, todavia, empiricamente existentes. (SCHUARTZ, 2005, p. 73).

A reiteração comunicativa faz surgir um novo contorno que delimitará um outro sistema. Sobre esta delimitação, explica Teubner (1993, p. 81) que “[...]uma fronteira se constitui com a diferenciação de um sistema e acaba por gerar aquilo que

²⁴ “Os sistemas sociais de que trata a teoria luhmanniana são, ao contrário e por princípio, sistemas empiricamente existentes, de modo que, ao menos para essa espécie de sistemas, a abstração conceitual decorre de e se acoberta em uma “auto-abstração do próprio objeto”, ou seja, no fato (afirmado teoricamente) de que há sistemas que internalizam a diferença entre o sistema e o ambiente e nela se orientam para a produção contínua e recursiva das próprias operações, a constituição das próprias estruturas e, com isso, a reprodução dessa mesma diferença” (SCHUARTZ, 2005, p. 73).

se diferencia com um sistema e aquilo de que esse sistema se diferencia como um sistema”.

Acresça-se ainda, para melhor aclarar, que, na medida em que ocorrem reiteradas operações de distinção entre sistema e ambiente, as delimitações, enquanto demarcações surgidas das operações, evidenciam a diferença possibilitadora da existência do sistema (TEUBNER, 1993, p. 75-85).

Após toda a construção da compreensão a respeito da delimitação operacional – comunicativa do sistema jurídico, bem como da sua função estabilizadora de expectativas normativas, faz-se necessária a inteção a respeito dos procedimentos, considerados pela teoria luhmanniana como elementos caracterizadores do sistema.

Em duas oportunidades, anteriores a este ponto da presente pesquisa, destacou-se a definição²⁵ de Luhmann (1983, p. 109 e ss.) do direito como “generalização congruente de expectativas normativas”.

A supracitada definição comporta inúmeros significados, dentre os quais, aquele que explica a posição dos procedimentos na teoria dos sistemas luhmanniana. Segue-se este trabalho, tentando essa explicação.

“Generalização” é um termo utilizado para expressar que o critério a ser utilizado para compreender o sistema jurídico não poderá ser individual ou subjetivo. A “generalização” é presente quando um ordenamento subsiste independentemente de eventos individuais. Mesmo existindo mudanças no ambiente, o sistema está imunizado contra outras possibilidades, o que permite haja a manutenção das expectativas. “Congruente” significa que a generalização, que proporciona segurança ao sistema, se dará, em três dimensões: temporal (segurança contra as desilusões, enfrentada pela positivação); social (segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos); material (segurança contra as incoerências e contradições, alcançada por papéis, instituições, programas e valores que fixem o sentido da generalização). “Expectativas normativas” são aquelas que resistem aos

²⁵ “O que está por trás dessa tentativa refinada de descrição do direito é uma crítica ao iluminismo racionalista. Luhmann usa o mesmo raciocínio em sua reconstrução da teoria social e dos demais sistemas parciais. O velho iluminismo estaria orientado por uma “racionalidade da ação” assentada em pressupostos ontológicos, verdades, princípios e certezas. O novo iluminismo – o iluminismo sociológico de que Luhmann fala – opta por uma “racionalidade do sistema”. Princípios funcionais permitiram compreender e reduzir a complexidade do mundo moderno. Passa-se de uma racionalidade do sujeito para uma racionalidade do sistema. Enquanto a primeira envolve certezas intersubjetivas, a segunda implica capacidade de guiar o sistema, reduzir sua complexidade e aumentar a estabilidade de um mundo em constante mudança” (CAMPILONGO, 2011, p. 19).

fatos, não se adaptam a frustrações, ou, como leciona Luhmann, aquelas que não estão dispostas à aprendizagem. Atenta-se ao fato de que nem todas as expectativas normativas são positivadas, institucionalizadas e formuladas em termos de programas decisoriais, ou seja, não são todas as expectativas normativas consideradas como jurídicas. Somente as expectativas generalizadas de modo congruente, reitera-se, as compatibilizadas dentro dos limites estruturais, usufruem da segurança e da relevância das expectativas normativas jurídicas (CAMPILONGO, 2011, p. 19).

O direito e os tribunais desempenham um papel importante no processo de organização e funcionamento da sociedade capitalista, atuando por meio de mecanismos estabilizadores. A modernidade oferece inúmeras possibilidades de ação, escolhas e eventos, o que faz com que sejam necessárias seleções aptas a reduzir a totalidade de comportamentos possíveis. Os sistemas funcionalmente diferenciados são produtos dessas seleções, e sempre estarão envolvidos com uma redução de complexidade. Exemplificando. Diante da pluralidade de expectativas indiferenciadas (cognitivas e normativas), o sistema jurídico apenas se sensibiliza por aquelas generalizadas de forma congruente. A redução de complexibilidade é uma estratégia implementada de duas maneiras: pelo deslocamento dos problemas (a complexidade do ambiente e de seus problemas é transformada na complexidade e problemas do sistema), e pela dupla seletividade (realizar escolhas e conectá-las). Ambos os modos exigem estruturas capazes de não deixar em evidência as alternativas que foram rejeitas pelas seleções (CAMPILONGO, 2011, p. 20-21).

O sistema jurídico, os tribunais, atuam por meio de um processo de deslocamento dos problemas, traduzindo em termos de legalidade e ilegalidade (lícito/ilícito) as questões que lhe são apresentadas utilizando-se de uma dupla seletividade de suas operações. Uma seletividade opera, primeiramente, viabilizando que escolhas iniciais absorvam incertezas, por exemplo, definindo a lei ou formalizando um contrato. A outra seletividade, posteriormente, viabiliza outras escolhas, seguindo o exemplo, verificando se a lei é constitucional ou se o contrato é legal. Para realizar essa dupla seletividade operacional, o sistema jurídico necessita de estruturas aptas a definir o grau de complexibilidade passível de ser compreendido, processado e reduzido no interior do sistema e capazes de resistir, ao mesmo tempo, as variações do ambiente, isolando as frustrações. Logo, são essas estruturas que permitirão a generalização de expectativas pertencentes ao direito. Portanto, por este prisma, o direito é visto como um mecanismo de seleção e estabilização de

expectativas. As sanções, os programas condicionais e frisa-se, os procedimentos, são os viabilizadores desse caráter seletivo e funcional do direito (CAMPILONGO, 2011, p. 21).

3.4.4 A positivação do direito, a decidibilidade e a alterabilidade do sistema jurídico

O processo de diferenciação, típico da sociedade moderna, entre ambiente e sistema especifica funcionalmente o sistema jurídico e ganha formato pela positivação do direito. Direito moderno é o direito positivo, que, por sua vez, é aquele posto e validado por uma decisão. A positivação do direito²⁶ não pode ser considerada exclusivamente como sinônimo de “redução de complexidade”, pelo contrário, deve ser entendida como acréscimo de complexidade em todas as dimensões do sistema jurídico (variabilidade do direito no tempo, expansão nos temas juridificáveis, legitimação pelo procedimento gerando a predisposição antecipada à observância das decisões). O direito positivo amplia a sua contingência, ou seja, a expande a presença contínua do diverso como possível. Entretanto, o direito positivo, conforme elucida Luhmann, opera na condições de um sistema fechado, o que faz com que a justiça não seja referência a valores suprapositivos, éticos ou metajurídicos, mas sim, a consistência adequada do processo decisório (CAMPILONGO, 2011, p. 19-20; DE GIORGI, 1998, p. 224-237).

O direito não retira sua validade de contratos sociais, consensos comunicativos ou da razão natural²⁷. Considerado um sistema autorreferencial

²⁶ Oportunamente: “A positividade do direito é concebida inicialmente na obra de Luhmann sobretudo em termos de decidibilidade e alterabilidade do sistema jurídico. Isso deu ensejo à críticas de Habermas no sentido de caracterizar a concepção luhmanniana como decisionista. Porém, com o tempo, o aspecto da autonomia operacional do direito, especialmente em face da política, foi ganhando cada vez mais significado na teoria de Luhmann, de tal maneira que perdeu qualquer fundamentação reduzir a sua noção de positividade a uma fórmula decisionista. [...] assim sendo, sugere-se uma nova formulação conceitual do problema que é abordado no âmbito semântico da expressão ‘positividade’. Trata-se, a rigor, de uma rearticulação do conceito, de acordo com o qual se enfatiza que o aspecto da decidibilidade fica subordinado à dimensão do fechamento ou autonomia operacional. A positividade significa que a decisão, mesmo se vier a alterar radicalmente o direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico. Nessa perspectiva, a noção de autopoiese (autorreferência, autonomia ou fechamento operacional, ‘autodeterminadamente’) do direito passa a constituir o cerne do conceito de positividade” (NEVES, 2013, p. 79-80).

²⁷ “Tudo isso sugere o pensamento de equilibrar a *perda do direito natural mediante o direito processual*. Não é certamente por acaso que começa a surgir um novo tipo de confiança no procedimento judicialmente regulamentado no mesmo período de tempo em que o direito natural fracassa na sua última manifestação, o direito lógico, portanto como se à confiança em decadência

(organizado com base em um código comunicativo específico – lícito/ilícito), que implementa programas condicionais (do tipo se/então) e desempenha função infungível (generalização congruente de expectativas normativas), o direito positivo resolve de modo circular, redundante, repetitivo e paradoxal a problemática de sua fundamentação²⁸. O direito não entenderá outras razões a não ser aquelas que são traduzíveis nos termos de seu código, programas e função. Por essa razão o juiz não atua em razão de seus fins, mas sim a partir do cumprimento de condições iniciais, aquelas previstas na norma (CAMPILONGO, 2011, p. 21-22; GARCÍA AMADO, 1993, p. 136-137).

A introdução, por exemplo, de elementos teleológicos, cálculos sobre consequências ou discricionariedade judicial, bloqueará a função do direito como estabilizador de expectativas, inviabilizando a redução da complexidade alcançada pela divisão de tarefas entre o legislador e o aplicador de normas, restando questionada a autonomia do sistema em face aos outros sistemas, como o político e o econômico (CAMPILONGO, 2011, p. 22; LUHMANN, 1980).

Na sociedade moderna, os procedimentos são sistemas que, para a teoria luhmanniana, a melhor caracteriza. A legitimidade da atuação estatal é conferida pela observância procedimental. Entre os inúmeros procedimentos, ressalta-se o procedimento judiciário (tutela jurídica), que possui a finalidade de justificar os institutos do direito processual (LUHMANN, 1995, p. 9-13).

O procedimento possui importância ímpar no Estado de Direito, proporcionador da prevalência constante das leis governamentais e, em determinada

no direito se sucedesse uma nova compreensão mediante as garantias do processo. A teoria clássica de processo, orientada para a verdade, resultou, portanto, desta situação. Ela era compreendida, por assim dizer, como a segunda melhor solução: quando a legitimidade e a verdade não se evidenciam diretamente a partir da natureza das coisas, têm de se inventar caminho para se aproximar o mais possível delas” (LUHMANN, 1980, p. 124).

²⁸ “É de observar-se que a “vigência do código lícito/ilícito, diferença guia da reprodução autopoietica do direito conforme Luhmann, é também independente de uma “norma fundamental” (Kelsen) ou de uma “regra de conhecimento” (Hart). Cumpre advertir igualmente que o conceito Kelseniano de autoprodução do direito permanece ao nível estrutural hierárquico do ordenamento normativo-jurídico. Portanto, ao contrário do que propõe Ost, não cabe vinculá-lo ao paradigma autopoietico que se refere primariamente ao nível operacional e à circularidade da reprodução do direito” (NEVES, 2013, p. 84). Em complemento: “Um importante paradoxo na teoria luhmanniana refere-se à formação do direito: consubstancia-se pela verificação simultânea do código direito e não direito e sua positividade, tendo em vista que o direito somente é devido à possibilidade de conter um sentido diferente. Frente ao paradoxo estrutural do direito, a legalidade é a única legitimidade, de que se verifica o paradoxo da validade ou constituição do direito: o direito positivo tem validade porque ele poderia ser modificado através de uma decisão jurídica, qual seja baseada no próprio sistema jurídico” (LUHMANN, 2005, p. 84).

medida, da segurança jurídica, como também das liberdades e dos parâmetros decisoriais previamente estabelecidos. Todas essas ditas prevalências reduzem a complexidade, limitando a alta variabilidade de possibilidades insurgentes no sistema jurídico. Os procedimentos, explica Luhmann, visam emitir uma decisão final quanto a binariedade comunicativa que, após reiteração, formam o próprio sistema, razão pela qual ele considerou os sistemas sociais sendo concebidos como procedimentos que vislumbram a emissão de uma decidibilidade final. (LUHMANN, 1995, p. 32-33).

Sob esse prisma, os procedimentos possuem inestimável importância, configurando-se como a estrutural primordial de comunicação entre o sistema jurídico e a complexidade social (reitera-se – inúmeras possibilidades insurgidas da comunicação (LUHMANN, 1995, p. 34).

Os procedimentos²⁹ são estruturas do sistema capazes de generalizar as expectativas comportamentais e, ato contínuo, reduzir a complexidade social, isso porque, as referidas estruturas excluem as hipóteses de variação, possibilitando a identidade do sistema. Quanto ao sistema jurídico, este produz, por intermédio da comunicação jurídica, normas gerais, cujo conteúdo prevê as possíveis espécies de procedimentos ocorriáveis. (LUHMANN, 1995, p. 35-36).

Os procedimentos jurídicos destinados a criação de decisões regulamentadas estão entre os elementos que melhor caracterizam o sistema político das sociedades modernas. O escopo principal do procedimento jurídico, geralmente afirmado, é o da tutela jurídica, que, neste cenário, é utilizado para justificar os institutos individuais do processo civil (LUHMANN, 1995, p. 3-9).

A manutenção da hipercomplexibilidade no sistema jurídico e a estabilização das formas processuais de solução de conflitos dependerá do próprio sentido geral do direito manter-se correspondente às crescentes exigências, se submetendo a mudanças contingenciais, tal como se verifica na cronologia dos processos históricos e das práticas sociais (LUHMANN, 1983).

²⁹ “Existem, naturalmente, as restrições práticas desta complexibilidade, dependendo daquilo que os processos têm possibilidade de compreender e reduzir.” Ainda, “com a positivação absoluta do direito atingiu-se um novo plano de funcionamento da sociedade mais completo e rico em alternativas seguindo as suas próprias condições de estabilidade e que não é compatível em detalhe como direito anterior, apesar de toda a continuidade de normas e formas de pensamento. Pode compreender-se, não por puro acaso, a nova situação, com as mesmas categorias de sistema que nos servem para a caracterização do procedimento como sistema” (LUHMANN, 1980, p. 121).

3.4.5 Relação processual e redução da complexidade social

A complexidade é conceito primordial na teoria luhmanniana, podendo ser aplicada nas dimensões do sistema, do ambiente e do mundo. Há complexidade também no sistema processual (SCHUARTZ, 2005, p. 99).

A complexidade no sistema processual é objeto sequencial do presente estudo.

A complexidade, genericamente considerada, implica a necessidade de seleção das combinações entre elementos efetivamente realizados. A seleção determina a combinação efetiva entre os elementos no interior de um espaço delimitado de possibilidades. Ou seja, a comunicação reflete a constante necessidade de escolhas. Ela faz uma escolha e, a partir daí, determina as combinações dos elementos no interior do sistema. Na combinação feita haverá também mais de uma possibilidade de escolha (SCHUARTZ, 2005, p. 100).

A complexidade processual, ou seja, especialmente considerada, implica a necessidade de seleção entre normas processuais aplicáveis, por exemplo, ao fato notório. Ante a impossibilidade da identificação antecipada do fato notório, existirá apenas expectativa. Isso porque o conceito de notoriedade é fortemente vinculado aos espaços temporal, territorial e cultural em que se situa o juiz. Portanto, a complexidade processual liga-se a diversidade circunstancial (LUISO, 2003, p. 104).

Reduzir a complexidade processual, por exemplo, em processos judiciais é uma tarefa cumprida também por meio da diferenciação de problemas, pontos de vista, comportamentos e expectativas de comportamento. Büllesbach (2002, p. 426) bem aclara ao explicar que “o processo controlado pelo direito é, por isso, um sistema social típico que, na enunciação efectuada de autônoma, das alternativas admissíveis e relevantes, deve absorver complexidade. Só uma tal redução possibilita uma orientação razoável da acção”.

No subsistema jurídico, o processo, aplicando o código binário lícito/ilícito absorverá complexidade e, neste contexto, deverá ser diferenciado como produto do sistema (BÜLLESBACH, 2002, p. 426).

A contemporaneidade não permite que valores jusnaturalistas³⁰ caracterizados pela estabilidade e imutabilidade sejam aplicáveis. Isso porque, a alta

³⁰ “A legitimidade da decisão já não resulta do contexto social do litígio, mas sim do processo como produto do sistema. A tarefa do direito e da ideia de justiça é definida por Luhmann assumindo que

instabilidade dos axiomas sociais é a responsável pela produção de alta complexidade, que, repita-se, somente será controlada pela diferenciação do sistema social (BÜLLESBACH, 2002, p. 426).

O aumento da complexidade social incentiva a produtividade de normas cada vez mais abstratas e generalizadas, a exemplo do Código Civil que privilegiou a previsão de cláusulas gerais³¹. A generalização e abstração normativas corroboram o dinamismo da comunicação, garantindo que o juiz (observador) profira decisões adaptas ao caso concreto (BÜLLESBACH, 2002, p. 426).

A comunicação jurídica em um sistema – jurídico – operativamente fechado é o próprio direito, e quando são emitidas na relação processual, resultam nas decisões judiciais. A decisão é emitida por um observador interno denominado juiz, e é resultado da reflexividade interna da comunicação (LUHMANN, 2002, p. 203).

Para o âmbito das decisões do sistema jurídico, desenvolveram-se formas bem estabelecidas de reflexividade. As formas de reflexibilidade utilizam a dupla padronização, reduzindo as possibilidades nas aplicações requeridas pelo sistema. O exemplo típico é a padronização das regras de procedimento que, uma vez respeitadas, implicam na decisão produzida a necessária força normativa. Todo o

sistemas invariáveis – por exemplo os sistemas jurídicos fundados em valores considerados imutáveis, como, por exemplo, os chamados sistemas jusnaturalistas – só funcionam em sociedades relativamente estáticas. Se os princípios jusnaturalistas, mesmo nesse plano, se revelarem muito rígidos, podem, por meio de interpretação, da transformação dos conceitos ou de outros mecanismos de adaptação, ser apesar disso, relacionados com o mundo social que têm que regular. Se, pelo contrário, a evolução civilizacional, a complexidade das condições de vida de uma sociedade aumentar, estas condições tornam-se cada vez mais variáveis; e então, a anterior ordem jurídica rígida fracassará ou renunciará progressivamente à invariabilidade dos seus princípios: a complexidade de um sistema tem de estar correlacionada com a complexidade no seu meio ambiente” (BÜLLESBACH, 2002, p. 426).

³¹ “As normas jurídicas têm, por isso, que ser tanto mais abstractas e indefinidas, quanto mais complexidade se tiver que superar no interior do sistema. Além das normas jurídicas, a sociedade, na medida em que diferencia de um Sistema Jurídico, a que assim foi dada a forma de conceitos, pode ser ordenada segundo princípios e transformar-se numa massa dinâmica, auto-crítica num processo de fermentação, por assim dizer. Nisso reside a função da dogmática. Os conceitos, as teorias, os juízos dogmáticos não são o Sistema Jurídico; eles orientam-no. Os pontos de referência da análise têm, por isso, que ser procurados nas funções sociais do direito e do Sistema Jurídico. Em Luhmann, as questões que se mantiveram como problemáticas ou não resolvidas foram as questões da justeza (conteúdo de justiça), da verdade da aceitação da decisão judicial (subordinação à mesma). Para ele, o sistema não é apenas um conceito analítico, existindo ante sistemas reais. Fazer afirmações teóricas sobre a realidade tornou-se num objeto de reflexão sobre o ponto de vista do observador. As discussões sobre o chamado terceiro excluído (*tertium non datur*) relacionam-se com isso. As teorias clássicas excluíram, precisamente, do seu âmbito, as condições de constituição do conhecimento, tratando o objecto como variável independente. O terceiro excluído é, neste contexto, a consciência reflexiva, a qual deve voltar a ser incluída numa lógica tripolar. Para Luhmann, a diferença entre sistema e meio ambiente não é ontológica, ela não divide toda a realidade em duas partes: aqui sistema, ali meio ambiente. É antes sistematicamente relativa (i. e., depende do sistema), mas igualmente objectiva” (BÜLLESBACH, 2002, p. 426).

sistema de tomada de decisões no direito se sustenta na reflexividade do processo normativo. Não se trata de uma circunstância entre outras; se trata de um representação (materializada em normas específicas) da unidade do sistema no sistema ou ainda, do significado generalizado da competência da função (LUHMANN, 2002, p. 203).

4 O MECANISMO DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO OBSERVADOR DO CONFLITO INTERSISTÊMICO E A JUSTIÇA NO SISTEMA JURÍDICO LUHMANIANO

Após o estudo da formação funcional e procedimental do sistema jurídico e dos pormenorizados conteúdos caracterizadores e permissores da unidade e diferenciação paradoxalmente funcional do mesmo, o presente estudo alcança o afunilamento que possibilita a compreensão da pontualidade da significação da justiça luhmanniana.

É neste ponto que insurge oportunamente a rememoração do problema vetor dessa dissertação, qual seja: Na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a justiça poderá ser considerada como solução do conflito intersistêmico, por meio da aplicabilidade do mecanismo da constelação sistêmica?

A resposta eficaz, capaz de solucionar o supracitado problema vetorial, demanda imprescindivelmente a assimilação sobre a forma como Luhmann delineou o conflito. Isso porque, a necessidade da justiça insurge no contexto conflitivo. Adianta-se que a teoria luhmanniana descreve o conflito como delimitador funcional do sistema jurídico e entre o sistema jurídico e outros subsistemas. Por sua vez, a observação do conflito para o alcance de uma solução que implique justiça e que seja ofertada pelo próprio sistema, caracteriza o mecanismo da constelação sistêmica, genericamente considerado. A inteligência do conceito e significação da justiça em Luhmann pode ser alcançada partindo-se da observação do conflito intersistêmico pela técnica da constelação sistêmica.

O presente capítulo pretende o específico estudo do conceito e significação do conflito, da decisão, e da justiça na teoria luhmanniana. Posteriormente, seguirá buscando o esclarecimento a respeito do pensamento complexo na obra de Edgar Morin (2011) e das linhas metodológicas do pensamento sistêmico, basilares a teoria dos sistemas de Luhmann e que, por sua vez, permitem a compreensão do mecanismo da constelação sistêmica.

4.1 O CONFLITO NO SISTEMA JURÍDICO

O exame do conflito, pela perspectiva sistêmica luhmanniana, só poderá ser empreendido pela concomitante observação da função do direito, especialmente a relacionada a dos tribunais nas sociedades complexas.

O funcionalismo do direito é alvo de inúmeras críticas voltadas à multiplicidade de seus aspectos. Há uma crítica em especial, objeto de interesse do presente estudo, que indica uma imperfeição na teoria de Luhmann, especificamente à suposta ignorância do conflito e das tensões sociais. Essa crítica merece análise à luz dos ensinamentos funcionalistas (CAMPILONGO, 1997; 1998).

Luhmann assumiu a responsabilidade da edificação de uma imponente e forte teoria da sociedade mundial, abrindo possibilidade para construções extremamente abstratas e especulativas, superando o retorno à clássica sociologia, desviando-se do discurso ético, humanista e jusnaturalista, voltando-se insistentemente para a importância da diferenciação funcional entre moral e direito possibilitada pelo deslocamento do homem para o ambiente da sociedade, persistindo em indicar na positividade do direito a principal característica do sistema jurídico contemporâneo (CAMPILONGO, 2011, p. 121-122).

Ao duvidar da possibilidade do consenso, este minimamente improvável nas sociedades altamente diferenciadas e complexas, Luhmann reconhece a legitimidade do dissenso, o que, frisa-se não o torna um antidemocrático. Propositadamente suspeitou da fundamentação moral da democracia, baseada nas noções de bem comum ou de paz. Esses valores são considerados como valores agregadores, e possuem a função de criar uma base para a comunicação. Não haveria como, num primeiro momento, negar a maldade da negação desses valores e, do mesmo modo, refutar a bondade dos mesmos. O problema encontra-se na especificação operacional e comunicativa de tais valores. Isso porque, para alguns o bem comum poderá significar a ampla participação na vida pública, para outros poderá ser representado pela não interferência na vida privada. A garantia da paz pode conter ao mesmo tempo, para uns e outros, o sentido de desarmamento e de armamento. Por isso, quando levados ao extremo, os valores morais bloqueiam a comunicação, geram intransigência, vide a, por muitas vezes infeliz, aproximação entre moralismo e violência (CAMPILONGO, 2011, p. 124-125).

O código binário da moral (bem/mal) é contrário ao código do direito (direito/não direito), de modo que não direito não pode ser considerado como um “mal”. Resta evidente que por muitas vezes, as melhores intenções podem ocasionar consequências funestas. Luhmann considerou que em condições de elevada contingência, complexibilidade, imprevisibilidade e risco, não se poderiam fixar requisitos morais para se alcançar a decisão moral. A função do sistema jurídico, pois, não é garantir o consenso e assentar o ordenamento jurídico em bases morais, mas sim assegurar ao direito a capacidade de conferir as decisões judiciais adequada consistência em relação as expectativas normativas (CAMPILONGO, 2011, p. 125-126).

Luhmann oferta uma possibilidade árdua, mas não impossível, de manter os subsistemas funcionais, inclusive o jurídico, resistentes às pressões dos meios de comunicação em massa e dos saberes modelados por esses meios. Nesse intento, a autodescrição dos sistemas funcionais é a base da construção da teoria autorreferencial do sistema jurídico e a posterior identificação das funções dos tribunais em seu interior. O aprofundamento da perspectiva da diferenciação funcional entre os sistemas, da consequente identificação das operações internas ao sistema jurídico, e a distinção desse sistema do seu ambiente, são os objetivos empenhados pela teoria luhmanniana (CAMPILONGO, 2011, p. 126, LUHMANN, 1993, p. 137-138).

Ainda no tocante a questão da moralidade, a questão central para Luhmann, não se trata da “amoralidade” do sistema jurídico e dos tribunais. A moral possui presença difusa em todos os subsistemas e o direito, com ela, relaciona-se em diversos pontos de contato. Para a teoria dos sistemas autorreferenciais, o sistema jurídico, ao abandonar seu código próprio (direito/não direito), passando a operar com outros códigos, como por exemplo, da ciência, da política ou mesmo da moral, perde suas referências internas e suas formas de distinguir-se do ambiente. Este é o motivo pelo qual a dogmática e a teoria jurídicas (enquanto instâncias reflexivas do direito), e os tribunais, (enquanto organizações de competências decisórias diretamente ligadas ao código do sistema jurídico), precisam cumprir com suas funções em sólida adequação às operações internas do direito. É inadmissível, destaca Luhmann, que se abandone o aparato evolutivo consolidado pelo sistema jurídico, substituindo-o por referências advindas de outros sistemas ou por instâncias reflexivas (teorias) de outros sistemas (CAMPILONGO, 2011, p. 127).

É imprescindível considerar, por oportuno, que Luhmann formulou sua teoria sistêmica funcionalista, primeiramente, descartando a possibilidade de determinar o futuro no sentido de que, não há a possibilidade de um futuro, mas sim a de vários futuros, todos contingentes e imprevisíveis para a sociedade, nas mais variadas feições – economia, política, direito, ciência, moral (CAMPILONGO, 2011, p. 127).

A teoria dos sistemas, sob o ponto de vista da mais aceita ou difundida versão do compreendida nos anos 1960³², partia da compressão dos sistemas como apolíneos e equilibrados, supervalorizando o consenso e atribuindo ao conflito um papel secundário. Luhmann, contrariamente, ofertou ao conflito relevância teórica absolutamente fundamental. A relevância do conflito pode ser detectada já no próprio conceito de comunicação, base de sua teoria social, que é estruturado na conflitualidade do binário sim/não. Do mesmo modo, o conceito de complexidade (excesso de possibilidades e a conseqüente luta para a afirmação de uma entre muitas), de contingência (tudo poderia ser de outro modo), e de seletividade (operação do confronto de expectativas). Finalmente, a noção de que o processo de estabilização (o consenso) mantém ininterruptamente latente a possibilidade de variação (a mudança), explicita que o conflito não é ignorado ou secundarizado na teoria luhmanniana (CAMPILONGO, 2011, p. 128).

A tendência ao “não”, que se coloca contra à outras possibilidades, bem como o surgimento do conflito, são muito comuns na configuração social moderna. A moral é aquela que particularmente acelera, estimula e dinamiza o conflito. Na tentativa de simplificar as relações sociais, a moral generaliza o conflito³³. A ausência de conhecimento a respeito de referências mais complexas, faz com que haja ignorância quanto a alta integração existente entre a moral e o conflito. O conflito em si, considerado de modo geral, é o responsável pela superabundância de interações e coordenações de esforços para combater o inimigo (CAMPILONGO, 2011, p 128, LUHMANN, 2009).

Especificamente, insurgem questionamentos no sentido de como são delineadas as relações entre conflito e sistema jurídico, ou ainda, ante a essencialidade do conflito para a construção da teoria sistêmica social, como o sistema jurídico observa e reage à conflituosidade? (CAMPILONGO, 2011, p. 128).

³² Especialmente - PARSONS, Talcott. **The Social System**. 1. ed. Glencoe: The Free Press, 1951.

³³ Aclarando: O “mau” marido, por exemplo, acaba sendo visto como pernicioso também enquanto pai, amigo e empregado” (CAMPILONGO, 2011, p. 128).

O direito, nas palavras de Campilongo (2011, p. 128), “é um domesticador de conflitos”. No entanto, ao mesmo tempo em que o sistema jurídico prevê e intenta evitar o conflito, acaba reconhecendo o caráter jurídico de circunstâncias inéditas e não rotinizadas, transformando o direito em um mecanismo de considerável incremento da possibilidade do conflito. O direito disponibiliza à sociedade a forma adequada de comunicação para a tratativa pacífica, não violenta, do conflito. Longe de ignorar o potencial conflitivo das sociedades complexas, e muito menos considerar o sistema jurídico como uma técnica de eliminação de conflitos, a teoria dos sistemas concebe a função do direito como aquela que reconhece conflitos ou que, quando permitido, produz o conflito e emprenha sua própria complexidade na tentativa de resolvê-los (CAMPILONGO, 2011, p. 129; LUHMANN, 1990; 1998).

O sistema jurídico, em termos autorreferenciais, pode ser percebido como uma contínua reação aos conflitos sociais e também, aos conflitos gerados e reproduzidos por ele mesmo. Aí caracteriza-se um paradoxo evidenciado no direito, que por um prisma, resolve conflitos e, por outro prisma, simultaneamente, multiplica conflitos. Luhmann aponta a existência de diferentes técnicas de *deparadoxification* – desmontagem do paradoxo resolutivo/multiplicador. Dentre elas, há a criação, pelo direito, de mecanismos de compensação dos conflitos por ele autogerados. Neste cenário, percebe-se o crescimento do sistema jurídico como resultado de uma recursiva correção de seus próprios problemas (hipercorreção)³⁴. Desmontar o paradoxo não significa que o mesmo desaparecerá, contrariamente, eles tendem sempre a reaparecer sob diferentes roupagens, mantendo inúmeras formas possíveis de se descrever o sistema, ou seja, ilustrando como distinções sempre auxiliarão na descrição do sistema jurídico (CAMPILONGO, 2011, p. 129; LUHMANN, 1988, p. 159-160; ZAGREBELSKY, 1992, p. 45).

Luhmann aloca a unidade do sistema jurídico, tão quanto a relação entre direito e conflito, paradoxalmente. O sistema jurídico resolve e cria conflitos sucessivamente. A unidade do sistema jurídico é também a unidade da diferença entre direito e não direito. Essa é a distinção fundamental para o sistema jurídico, isso porque, dela dependem a operacionalização interna do sistema e sua diferenciação em relação ao ambiente. Existem outras dicotomias secundárias (justiça rígida/equidade, regra/exceção, decisão mais teleológica/decisão menos teleológica)

³⁴ Luhmann (1988, p. 159) qualifica o sistema jurídico como uma “máquina sempre em reparo”.

que serão úteis a adaptabilidade do sistema jurídico à evolução social e ao aumento de sua diferenciação interna. No entanto, seja no plano de sua operação fundamental (apontamento direito/não direito), seja no plano de suas distinções secundárias, a diferenciação do sistema jurídico sempre será a sua reação interna em relação aos conflitos, restando clarividente que a teoria dos sistemas autorreferenciais é essencialmente uma teoria conflitiva (CAMPILONGO, 2011, p. 130).

4.2 DECISÃO NO SISTEMA JURÍDICO

A teoria luhmanniana dos sistemas autopoieticos destaca a necessária autonomia do sistema jurídico, considerando-o um sistema fechado, autorreflexivo, que opera e se reproduz a partir de seus próprios elementos. Na reflexão de Luhmann, não se pode atribuir ao direito função integrativa intersistêmica ou função de solucionador de conflitos. Também não se pode cogitá-lo como instrumento de controle social. Inconfundivelmente, outras são as funções que Luhmann atribuiu ao direito, especialmente aos Tribunais no interior do sistema jurídico (CAMPILONGO, 2011, p. 155).

A função das sociedades diferenciadas funcionalmente (caracterizadas pela presença de subsistemas operantes por meio de códigos de comunicação específicos) é promover a relação do subsistema com o todo. A função específica do subsistema jurídico é a de garantir expectativas normativas, e sua atuação dar-se-á, como sistema operacionalmente fechado, pela (auto)reprodução a partir de seus elementos internos, ou seja, pelo contínuo garantir das expectativas normativas. As leis, os contratos e, sublinha-se, as decisões judiciais são as formas e instrumentos do desempenho da função do sistema jurídico (CAMPILONGO, 2011, p. 155).

Já a prestação de um subsistema, não se confunde com sua função, isso porque, ao contrário, representam as relações não para com o todo, mas para com outros subsistemas. O sistema jurídico oferece prestações aos outros sistemas parciais sempre que estes tenham a necessidade de decisões úteis à si mesmo. Exemplificando, ao oferecer ao sistema jurídico premissas de decisão na forma da lei, o sistema político toma decisões coletivamente vinculantes úteis ao desempenho funcional do sistema jurídico, que, por sua vez, ao aplicar a lei, garante expectativas normativas de legitimação das decisões políticas. Há dupla interdependência, mas

não existe submissão entre os subsistemas os quais desempenhas tarefas infungíveis (CAMPILONGO, 2011, p. 155-156).

A inexistência de submissão entre os sistemas parciais é essencial para que se possa compreender também, a perspectiva do direito e dos tribunais. A teoria dos sistemas enxerga no sistema jurídico um sistema fechado em que os demais subsistemas são considerados ambiente. A delimitação da fronteira em relação ao ambiente que circunda o sistema jurídico se dá por meio de um processo de dupla seletividade. Primeiramente, do conjunto de comunicações possíveis, o sistema jurídico selecionará, utilizando-se de sua alta sensibilidade temática, aquelas passíveis de tratamento em seu interior. Em um segundo momento, os mecanismos seletivos do sistema jurídico procurarão conectar, em seu interior, os elementos que só a ele pertençam (CAMPILONGO, 2011, p. 158; DE GIORGI, 1998, p. 213-260; GARCÍA AMADO, 1997, p. 118-119).

O código do sistema jurídico – direito/não direito – não possui nenhuma conotação substantiva, é reflexo da contingência³⁵ de direito das sociedades complexas, e operacionaliza a reprodução do sistema jurídico com fundamento no valor intrínseco da legalidade. Quando a comunicação social está relacionada com essa referência reprodutiva, trata-se de comunicação pertencente ao sistema jurídico e alocará seus valores. As expectativas normativas são mantidas e justificadas sempre por intermédio dessa medida. Isso porque, existe uma conexão técnica e formal entre o código e a função do sistema jurídico. O código abrange direito/não direito e, de modo aproximativo, pode-se falar equivalentemente também em legal/ilegal, lícito/ilícito. Independentemente, o código direito/não direito e seus equivalentes não podem jamais sugerir que “não direito” seja considerado como algo

³⁵ “A contingência é uma característica da sociedade moderna. Contingência significa que algo não é necessário nem impossível. O direito moderno tem esse perfil. O direito positivo, típico da modernidade, não é um direito necessário (com origem numa inequívoca e imutável fundamentação divina ou resultado de uma relação natural e automática de causa e efeito) nem um direito impossível, visto que é uma das operações entre outras variáveis igualmente possíveis de direito. Enfim, dizer que o direito positivo não tem uma natureza necessária nem uma fórmula impossível é o mesmo que vê-lo como o produto secularizado da contingência. Sendo, contudo, um sistema fechado, as operações do sistema jurídico são duplamente contingentes: da perspectiva intrassistêmica, o direito positivo é contingente em face das incontáveis possibilidades de direito descartadas no processo de sua seleção; da perspectiva intersistêmica, essa contingência decorre do fato de que a seletividade dos outros subsistemas é invisível para o sistema jurídico e vice-versa” (CAMPILONGO, 2011, p. 157). Para Luhmann, a função geral dos meios de comunicação simbolicamente generalizados é a de “tornar transmissível a complexidade reduzida e cuidar da seletividade combinada também em situações altamente contingentes”. Esses “meios” são pressupostos para a constituição da sociedade moderna (LUHMANN, 1993, p. 99).

contrário ou postado fora do sistema jurídico. O “não direito” integra³⁶ o sistema jurídico e como parte do código, interpenetra-se ao “direito” complementarmente, formando a unidade de uma diferença e integrando o paradoxo constitutivo do direito moderno (CAMPILONGO, 2011, p. 159; LUHMANN, 1998; DE GIORGI, 1998, p. 213-260).

As operações de um sistema não podem ser compreendidas partindo-se de princípios ou de uma norma fundamental, mas sim pela distinção que individualizará cada operação. A distinção significa indicação. As operações de um código repetem sucessiva e continuamente essa distinção. Logo, é a recursividade de uma operação de distinção que especifica a funcionalidade de um sistema complexo. A obtenção dessa operação, simultaneamente permite a formação de um sistema fechado. O sistema jurídico utiliza-se do código direito/não direito e abre espaço para outros valores intermediários, ou seja, não há uma terceira possibilidade entre algo ser direito ou não direito. O código binário do sistema jurídico desempenha função fundamental para se alcançar a superação do paradoxo refletido na indagação referente à se ter direito de se decidir conforme o direito. O código dirigirá as operações do sistema, permitindo que o mesmo se reproduza com base em seus próprios elementos. A conexão entre operações simples e não finalistas é o pressuposto para a existência do sistema (CAMPILONGO, 2011, p 159-160).

Entretanto, as fórmulas jurídicas, crescentes na atualidade, e cuja preocupação volta-se para as consequências das decisões, possibilitam que o sistema jurídico possa ser compreendido por intermédio de outra diferenciação, àquela estabelecida entre código e programas. O código definirá e selecionará o tipo de comunicação própria do sistema jurídico. Já os programas de decisão são considerados como regras que indicam a alocação concreta e fatural do valor que o código considerou como sendo “correto”. O código é insubstituível, contrariamente aos programas que são substituíveis. Luhmann explica a diferenciação entre código e programa considerando que os valores do sistema só podem ser definidos no plano dos códigos, excluindo do plano dos programas decisões envolvendo questões de natureza valorativa. O valor tratado por Luhmann, frisa-se, não possui natureza substantiva, tratando-se da dualidade direito/não direito. No plano dos programas será apenas possível promover compensações, levando-se em conta outros valores, por

³⁶ “Analogamente, para Kelsen, o ilícito não é comportamento contrário ao direito, mas condição – inerente ao direito – para imputação de uma sanção” (CAMPILONGO, 2011, p. 157).

meio da via interpretativa, da delegação legislativa ou da modificação dos próprios programas. Portanto, clarifica-se que a orientação para as consequências da decisão somente poderá ser analisada como um fenômeno associado aos programas e por intermédio da diferenciação entre código e programa (CAMPILONGO, 2011, p. 160-161; LUHMANN, 1992, p. 151).

Código e programa, fechamento e abertura cognitiva, são diferenciações que possibilitam o percebimento da diferenciação interna do sistema jurídico, mais precisamente, do lugar ocupado pelos tribunais dentro do sistema jurídico. Luhmann não volta especial importância para a institucionalidade ou estruturação dos tribunais, mas sim para a descoberta de como se forma e atua, operacionalmente, o sistema do direito. No intuito dessa descoberta, são desconsideradas as distinções tradicionais, especialmente àquela que atribui uma posição hierarquicamente superior à criação da lei geral em relação à aplicação da lei no caso particular. Luhmann, inclusive, não coaduna com a visão do Judiciário como simples executor de leis e admite a criação judicial do direito (CAMPILONGO, 2011, p. 161-162; LUHMANN, 1992, p. 172; 2000).

A cosmologia da estratificação é substituída nos diversos sistemas sociais e especialmente no sistema jurídico, evidencia-se pela superação do modelo de subordinação do julgador ao legislador. A proibição de denegação de justiça (*non liquet*) é a primeira característica operacional dessa substituição. Os tribunais são obrigados a decidir tudo, inclusive aquilo que não esteja total ou parcialmente regulado pelo legislador. A obrigação de decidir, frisa-se, expande notavelmente a liberdade do julgador (CAMPILONGO, 2011, p. 162; LUHMANN, 1992, p. 179).

A obrigação de decidir é imposição da lei ao sistema jurídico e é o que permite a observação de que decidir é escolher entre alternativas. A escolha não indica reconhecimento de direitos, mas sim a criação de direitos. Como toda a decisão, a sentença sempre pressupõe um passado e um futuro. Decidir é refletir sobre as consequências. O futuro é incógnito e contingência e o passado apenas oferece uma ilusão de que a decisão possui um critério unívoco, predeterminado e certo. A desconsideração desses fatores ocasionaria a descaracterização da decisão, ou seja, a decisão deixaria de ser decisão, já que não haveria alternativa para ser escolhida. O enfrentamento do sistema jurídico volta-se para a resolução do paradoxo da decisão, caracterizado no questionamento a respeito de como decidir quando normas válidas não permitem decisões não ambíguas, com apenas um significado e uma

interpretação e, como o sistema jurídico encontra o direito que o permite decidir sobre o que é direito e o não direito (CAMPILONGO, 2011, p. 162-163).

Diversos são os instrumentos criados pela teoria jurídica para possibilitar a prática do *non liquet*. As decisões obrigatórias mais difíceis servem-se de desculpas formais, ou seja, as nulidades processuais, os vícios formais, a falta de regulamentação legal, perfazem-se como alívio e auxílio à obrigação de decidir, ao permitirem decisões com economia de argumentos e amparadas na lei e, também, como saída operacional dos dilemas judiciais na utilização do direito como desculpa para não se aplicar o direito. Ampla é a liberdade do julgador, cujas limitações por questões de grande complexidade processual, são apenas aparentes. Objetivamente, quanto maior o direito legal, maior o espaço para o direito jurisprudencial (CAMPILONGO, 2011, p. 163).

Por fim, a obrigação de decidir é o que proporciona o fechamento do sistema jurídico em si mesmo. Ela obriga o sistema a conectar os elementos e operações de seu código. A atribuição da força de lei à sentença ocorre justamente porque grande é o distanciamento entre a obrigação de decidir e a decisão verdadeiramente convincente, proporcionando, por isso, alívio a dúvida. Em contra partida, a mesma obrigação cria debilidades metodológicas, consideradas como problemas atuais evidenciados pela sociologia jurídica: sobrecarga e lentidão dos tribunais, incompatibilidade entre os ritmos do processo judicial e da economia, formas não estatais de direito e, a juridificação das relações sociais. A perspectiva sistêmica sobre a lógica operacional e a estrutura decisória da sentença judicial, ofertam luzes para o esclarecimento a respeito da interpretação, da lógica aplicada a jurisprudência, da ambiguidade e vagueza das normas, como também do fundamento jurídico da sentença e das fontes do direito, todos temas do campo da teoria jurídica. Luhmann aponta com estranhamento, inclusive, sobre a pequenez da literatura existente a respeito da obrigação de decidir (CAMPILONGO, 2011, p. 163-164).

Os tribunais são tidos como local de tratamento para o paradoxo da autofundação do direito, motivo pelo qual ocupam posição central e protegida no sistema jurídico. É importante a diferenciação quanto ao centro e a periferia do sistema. A importância dessa diferenciação, explica-se, no sentido de que, por exemplo, a produção de contratos, o legislar, criam programas típicos do sistema jurídico, mas em ambos esses casos, não há obrigação de decidir, por isso são considerados como atributos periféricos do sistema. A periferia no interior do sistema

foi concebida por Luhmann como as zonas de maior irritabilidade, sensibilidade e contato com os outros sistemas funcionais. Logo, é a partir da periferia que o não direito poderá se transformar em direito. Funcionando como um amortecedor para as questões a serem submetidas aos tribunais, a periferia é tolerante ante a questões rotineiras e poderá renunciar a obrigação de decidir. Já o centro é segmentado e hierarquizado, dividido entre competências horizontais e organizado escalonadamente em instâncias recursais. A obrigação de decidir somada à posição central e hierarquizada resulta no pertencimento aos tribunais do atributo de fechamento operacional do sistema jurídico (CAMPILONGO, 2011, p. 164; ZAGREBELSKY, 1992, p. 187).

Para Luhmann, os tribunais possuem uma dupla dimensão que resume a operação de fechamento do sistema jurídico: a dimensão temporal e a dimensão material. A dimensão temporal determina que os tribunais decidem, sempre no tempo presente, partindo de conexões entre o passado (aplicação dos conflitos pautando-se no direito vigente), regras aplicáveis em decisões de conflitos futuros e abstratos. A dimensão material, por sua vez, implica que somente aos tribunais caberá a interpretação (considerada em termos de reprodução sistêmica), testagem e confirmação a respeito da consistência dos programas (CAMPILONGO, 2011, p. 164-165).

4.3 JUSTIÇA NO SISTEMA JURÍDICO

Diariamente a palavra justiça é utilizada nos espaços forenses. Questiona-se e comenta-se a respeito do conteúdo jurídico decisório, considerando-o genericamente como justo ou injusto. No entanto, o significativo conteúdo da expressão – justiça – permanece oculto, especialmente, quando considerado pelo prisma específico do sistema jurídico luhmanniano.

A presente pesquisa intenta a compreensão da constelação sistêmica como mecanismo de observação da justiça, frisa-se, justiça conceituada e explicada pela teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann. Para alcançar esse intento principal, é necessário primeiramente o estudo particularizado a respeito da concepção luhmanniana sobre justiça.

O conceito generalista de justiça passou por inúmeras modificações, acompanhando as mudanças suportadas pela sociedade ao longo de inúmeros

períodos históricos³⁷. De fato, o desenvolvimento do homem, do Estado e do Direito alterou a contexto social e, conseqüentemente, a própria ideia a respeito do justo. A alterabilidade humana e institucional permitiu a afirmação de que o direito não mais se assenta na invariabilidade dos valores, mas sim, admitiu a constante alternância de seu conteúdo como fator apto a legitimá-lo (LUHMANN, 1990, p. 315-316; WAMBIER, 2001, p. 13).

Luhmann, em sua teoria sistêmica, não tratará a justiça pela perspectiva dos valores outrora concebidos como imutáveis, como por exemplo, a igualdade. Em uma sociedade considerada complexa, ou seja, onde há a preponderância da multiplicidade es escolhas, espera-se uma operação de seletividade por meio da comunicação específica de sistemas parciais funcionalmente delimitados. O sistema jurídico, igualmente, operará emitindo valores via comunicação específica codificada na binariedade direito/não direito e também, ante ao descumprimento dos valores selecionados, lutará pela manutenção das expectativas, combatendo as desilusões. Portanto, o sistema jurídico mantém a expectativa da efetivação dos valores advindos das comunicações (LUHMANN, 1990, p. 348).

No mesmo sentido e por outras palavras, o sistema jurídico se diferencia e se especifica funcionalmente em relação ao seu ambiente. Esse processo de diferenciação é típico da sociedade moderna e encontra sua definição na positivação do direito. O direito positivo (direito moderno) é, portanto, aquele posto e válido por uma decisão e não pode ser representado exclusivamente como redução de complexidade justamente por ser ainda, acréscimo de complexidade em todas as dimensões do sistema jurídico. Esse acréscimo pode ser compreendido na variabilidade do direito no tempo, na expansão dos temas juridificáveis e na geração de predisposição antecipada a observância das decisões (legitimação pelo procedimento). Além dessas pontuações, o direito positivo expande sua contingência, ou seja, possibilita o aumento da continua presença do diverso como possível (LUHMANN, 1990; GARCIA AMADO, 1997).

O direito positivo, nas características supra destacadas, opera, nas condições de um sistema fechado. Na perspectiva do fechamento operacional, justiça, para

³⁷ “Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social” (RAWLS, 1993, p. 7).

Luhmann, não é a referência a valores suprapositivos, éticos ou metajurídicos. A justiça é a consistência adequada do processo decisório. O direito não retira sua validade de uma suposta razão natural, do consenso comunicativo ou de um contrato social. O direito é um sistema autorreferencial, organizado pelo código comunicativo lícito/ilícito, desempenhando função infungível caracterizada pela generalização congruente de expectativas normativas, que resolve de modo circular e paradoxal a problemática da sua fundamentação, não atendendo outras razões além daquelas que traduz nos termos do seu código, programas e função. Por isso, o juiz não atuará buscando fins, mas sim pela implementação de condições previstas pela norma (LUHMANN, 1990; GARCIA AMADO, 1993; 1997).

Luhmann esclarece que a discricionariedade judicial ocasiona o bloqueio da função do direito como estabilizador de expectativas, inviabilizando a autonomia funcional entre os sistemas. A decisão judicial que cumpre as disposições normativas possui consistência processual determinativa para o alcance da justiça, mantendo a fechamento operativo do sistema jurídico, alocando os valores do seu código comunicativo – lícito/ilícito (LUHMANN, 1990).

A obrigatoriedade da entrega da justiça pelo sistema jurídico é o mecanismo garantidor da abertura do sistema a uma infindável série de demandas do ambiente, revelando o Judiciário inevitavelmente intérprete, criador e construtor do direito. Este é o embasamento de Luhmann para a descrição da norma fundamental da atividade dos tribunais como um paradoxo que, transforma a proibição da denegação de justiça em liberdade de formulação de um direito judicial; o fechamento caracterizado na completude do ordenamento, em abertura assinalada pela contínua resposta judicial a totalidade de demandas (LUHMANN, 1990, p. 163).

A reprodução autopoiética do sistema jurídico opera-se pela combinação de referências internas e externas, sempre internamente. Essa conexão é feita a partir de elementos que são fornecidos ao sistema jurídico pela operação de distinção entre fatos (expectativas cognitivas) e normas (expectativas normativas). Fatos e normas não referenciam que podem ser utilizadas simultaneamente pelo sistema jurídico, sem que haja contradição, mas desde que internamente. Ambas participam na operacionalização do direito e da teorização do direito, ou seja, o código direito/ não direito aplicar-se-á aos contextos da autorreferência (normas) e da heterorreferência (fatos). Caberá ao sistema jurídico, portanto, distinguir o que é interesse a ser protegido pelo direito do que não é interesse a ser protegido pelo direito. Neste ponto

há o enquadramento da justiça não como pura correspondência entre a decisão e interesses externos, mas sim como a consistência das operações internas que reconhecem e qualificam os interesses como protegidos ou repelidos pelo direito (LUHMANN, 1990; 1995, p. 296).

As operações internas dos programas normativos do sistema jurídico permitem a caracterização dos fatos juridicamente relevantes e, quando as mesmas são consistentemente adequadas, possibilitam a identificação da justiça. A soma da relevância jurídica dos fatos e da justiça resultam nos limites claros e bem definidos do sistema jurídico (LUHMANN, 1990).

Importante pontuar que nas sociedades complexas, conferir ao juiz a capacidade de definir valores a serem abraçados, em nome do Estado, é um considerável risco. Não é tarefa simplória determinar o conteúdo correspondente ao bem comum ou a vida digna. Longe de desconsiderar a desigualdade, a brutalidade e inúmeros outros desequilíbrios sociais como injustiças. Entretanto, o enfrentamento casuístico, conjuntural, singular e diversificado desses problemas pelo juiz de primeiro grau, ainda que o mesmo ofereça soluções adequadas e pontuais, justamente por sua natureza fragmentária e diversificada, poderá transformar o sistema jurídico em um sistema irracional de tomada de decisões³⁸, refletindo grandes e numerosos riscos e custos políticos, econômicos e também, jurídicos, constituídos nos próprios problemas a que se pretende resolver (CAMPILONGO, 2011, p. 107).

O direito alternativo reflete a temática da interpretação e aplicação do direito e o molde (des)funcional do sistema jurídico, chamando a atenção para a necessidade da elevação da relevância e da sensibilidade social do magistrado³⁹. No mesmo

³⁸ “Os exemplos disso são variados e paradigmáticos. Geram paradoxos inicialmente não previstos pelas boas intenções de quem sentencia. O problema é particularmente grave quando estão em jogo racionalidades materiais opostas. Uma práxis legislativa ou judicial que sistematicamente favoreça aos locatários pode produzir, como resultado indesejado, um aumento dos preços dos alugueres ou uma restrição da oferta de imóveis para locação. A tolerância administrativa ou judicial para a ocupação de áreas de proteção de mananciais por grupo sem-teto pode redundar na poluição da água a ser utilizada por toda a população. A defesa cega e intransigente do meio ambiente pode provocar o desemprego. Dito de outro modo: a busca de maior igualdade, paradoxalmente, provoca novas desigualdades. O judiciário não está habilitado, nem teórica nem operacionalmente, para lidar com essa contingência. Além disso, nesses casos, os efeitos imprevistos e indesejados ocorrem somente após a tomada de decisão, quando o juiz já não tem nenhuma responsabilidade ou controle sobre o caso (salvo raras exceções, como nas questões ambientais, em que a coisa julgada tem características particulares). É natural que se coloque a dúvida sobre a competência do juiz ou dos tribunais em geral para lidar com essas questões” (CAMPILONGO, 2011, p. 107-108).

³⁹ “A crítica jurídica talvez tenha pecado não tanto por assumir uma grande abertura para com as demandas provenientes da sociedade civil (neste caso sempre filtradas e interpretadas a partir dos grandes princípios constitucionais), mas sim por colocar-se menos como uma resposta à crise de legalidade e mais como uma alternativa dos limites da legalidade. Num momento de

sentido está o apelo direto ao senso comum popular da justiça⁴⁰. Em ambas os destaques, não se pode ignorar o fato de que a magistratura tem o fundamento de sua legitimidade não no processo político, mas sim na processualidade a que se submetem suas decisões. A submissão da decisão jurídica à processualidade poderá ser indicada por rotulações, tais como: racionalidade formal, legitimação pelo procedimento, o esquematismo binário. Independentemente, a importância concentra-se no reconhecimento de que o Judiciário enfrenta dificuldades estruturais maiores do que as do sistema político, na mensuração de preferências sociais, especialmente na garantia do direito das minorias. O sistema jurídico não poderá atropelar, para tanto, regras elementares da democracia, como o respeito à oposição, às garantias do contraditório e do devido processo legal, ou seja, ele deverá garantir, funcionalmente, a manutenção das altas taxas de contingência e complexidade inerentes às sociedades modernas (CAMPILONGO, 2011, p. 118-119).

A revalorização da legalidade não implica retornar ao posicionamento do juiz como, ora considerado na França pós-revolucionária, a “boca da lei”. Não implica também em fundar a atividade judicial no exclusivo saber legal-racional. A neutralização do judiciário significa manter sua funcionalidade como o garantidor de uma efetiva continuidade do direito do cidadão (CAMPILONGO, 2011, p. 115-116).

constitucionalização democrática, revalorizar a legalidade assume importância vital. Especialmente quando se tem em mente a necessidade de conferir eficácia plena aos direitos emergentes da atual Carta e controlar a moralidade na implementação das políticas públicas. Nesses dois campos, a possibilidade de confrontação do Judiciário com os demais poderes é bastante elevada. [...]Tudo isso confere grande relevância política ao Judiciário e redimensiona o equilíbrio de poderes. Aumenta muito a evidência pública do Judiciário, o que lhe pode conferir uma nova reserva de eficácia, credibilidade e responsabilidade social. Entretanto, essa excessiva e quase inevitável exposição pública do magistrado porta consequências indesejáveis, que vão de uma personalização da atividade judicial (o juiz-herói) a uma expansão da discricionariedade judicial e uma instrumentalização política de um poder neutro (indiferente ao circuito de legitimação eleitoral). Falta à crítica jurídica, paradoxalmente, autocrítica diante dessa nova gama de possibilidades e limites” (CAMPILONGO, 2011, p. 115)

⁴⁰ “A crítica jurídica, ao exponenciar a natureza política da atividade judicial, perde a dimensão dos limites estruturais do sistema jurídico. Acaba por confundir a posição de centralidade dos tribunais no interior do sistema jurídico – centralidade conferida em relação à própria legislação, dada a grande capacidade de criação jurisprudencial do direito – com uma impossível suplência judicial da atividade política. Os tribunais não tem capacidade nem legitimidade – nas atuais condições de complexidade, diferenciação e evolução do sistema jurídico – para valer-se de procedimentos decisórios similares àqueles utilizados pelo sistema político. Ou operam em consonância com as exigências de especialização, autonomia e profissionalização que lhes impõe o sistema jurídico, ou caminham para um voluntarismo autoritário que tenderá, a curto prazo, a solapar as condições ainda titubeantes de afirmação de uma verdadeira independência judicial entre nós (CAMPILONGO, 2011, p. 118).

4.4 EMBASAMENTO PARA OBSERVAÇÃO COMPLEXA E SISTÊMICA DOS FENÔMENOS

A teoria de Niklas Luhmann caracteriza e define o sistema jurídico funcionalmente diferenciado, baseando-se em conceitos e significações estabelecidos anteriormente no paradigma da complexidade, especialmente explicado por Edgar Morin (2011), e na teoria sistêmica geral. São esses embasamentos que serão explanados a seguir e situam-se como última temática do presente estudo não por acaso, mas porque a posterioridade da alocação desta temática geral permite mais facilmente, a conferência e verificação relacional entre a teorização geral dos sistemas e do pensamento complexo, e a teorização luhmanniana dos sistemas.

A nítida percepção a respeito dos significados desenvolvidos pelo paradigma do pensamento complexo, por meio da obra de Edgar Morin (2011), bem como das linhas caracterizadoras da teoria geral dos sistemas permite a assimilação da constelação sistêmica como observador do sistema jurídico, conflito e justiça no pensamento de Luhmann.

4.4.1 Edgar Morin: introdução ao pensamento complexo

O pensamento é capaz de dissipar a desordem e obscuridade, impondo organização e clareza, revelando as leis que governam cada setorização da vida. Por muito tempo acreditou-se que a missão do conhecimento era dissipar a aparente complexidade dos fenômenos a fim de revelar a ordem simples que eles obedecem. No entanto, os modos simplificadores de conhecimento acabam por mutilar as realidades ou fenômenos aos quais se destinam. Insurge a problematização relacionada ao entendimento da complexidade de modo não simplificador (MORIN, 2011, p. 5).

A palavra complexidade não comporta uma nobre herança filosófica, científica ou epistemológica. Ela, contrariamente, suporta a carga semântica da confusão, incerteza e desordem. Sua definição não fornece uma elucidação clarificadora, e indica ser o complexo, aquilo que não pode ser reduzido a uma lei ou a uma ideia simples. A complexidade é uma palavra que indica problema, e não, solução (MORIN, 2011, p. 6).

A necessidade do pensamento complexo surge das limitações, insuficiências e carências do pensamento simplificador. O desafio da complexidade está contido no questionamento a respeito da existência de diversas complexidades coexistindo unificadamente num complexo de complexos e na metodologia capaz de resolvê-lo. Os fenômenos não são simples, são emaranhados de informações (MORIN, 2011, p. 6).

O pensamento simples é bastante segmentado e direto, é parte de um pensamento desunido de seu sentido e de sua importância. Ele não é necessariamente verdadeiro, justamente ante ao processo de simplificação e da tentativa de se apropriar da realidade. O pensamento complexo se suporta na ordem, clareza e exatidão no conhecimento, aproximando-se da realidade (MORIN, 2011, p. 6).

Existem duas ilusões que, necessariamente, precisam ser desfeitas a fim de que não haja desvio da mente quanto ao foco do pensamento complexo. A primeira ilusão diz respeito à crença de que a complexidade conduz a eliminação da simplicidade. A segunda ilusão, contrário sensu, é aquela que confunde a complexidade e a completude. A complexidade surge onde o pensamento simplificador falha, integrando em si todos os mecanismos que permitem a ordem, clareza, distinção e precisão ao conhecimento. O pensamento simplificador desintegra a complexidade do real, a pensamento complexo integra os variados modos de pensar, recusando-se quanto as consequências redutoras, unidimensionais e ofuscantes da simplificação que considera como reflexo do que há na realidade. O pensamento complexo aspira o conhecimento multidimensional, ambicionando as articulações entre os campos disciplinares desmembrados pelo pensamento disjuntivo, no entanto, não ignora que a completude do conhecimento é impossível de ser alcançada (MORIN, 2011, p. 6-7).

Um dos axiomas da complexidade é a impossibilidade da onisciência. Esse axioma implica nos princípios de incompletude e da incerteza, mas também no princípio do não isolamento das causas distinguidas pelo pensamento⁴¹. Portanto, o pensamento complexo suporta a constante tensão entre a aspiração a um saber

⁴¹ “Portanto, todas as coisas, sendo causadas e causantes, ajudadas e ajudantes, mediata e imediatamente, e todas entretendo-se por um laço natural e insensível que liga as mais afastadas e as mais diferentes, considero impossível conhecer as partes sem conhecer o todo, não mais que conhecer o todo sem conhecer particularmente as partes” (PASCAL, Blaise. *Pensamentos: Artigo XVII. Conhecimento geral do homem*. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores).

fragmentado, não compartimentado, não reduzido e o reconhecimento do inacabado e da incompletude inerente ao conhecimento (MORIN, 2011, p. 7).

Morin (2011, p. 7), a respeito da palavra complexidade, esclarece que a mesma chegou até ele no final dos anos 1960 “através da teoria da informação, da cibernética, da teoria dos sistemas, do conceito de auto-organização” tornando-se o macroconceito capaz de interligar o problema relacional entre o lógico, o racional e o empírico⁴².

Logo, o pensamento complexo busca o conhecimento multidimensional, partindo do princípio de que a obtenção de conhecimento por completo é de impossível alcance. Ele deseja a obtenção de um saber não fragmentado, não redutor, que reconhece o conhecimento na condição de inacabado, incompleto, oferecendo a este a possibilidade de ser questionado, interrogado e reformulado, considerando as verdades denominadas profundas, mesmo contrárias umas às outras, como complementares, sem deixarem, no entanto, de serem contrárias (MORIN, 2011, p. 7).

O caráter mutilador da organização do conhecimento que não reconhece e não apreende a complexidade do real, pode ser denominado de inteligência cega. Todo o conhecimento opera por seleção e rejeição de dados significativos: separa (distingue ou desune) e une (associa, identifica); hierarquiza (o principal, o secundário) e centraliza (em função de um núcleo de noções mestras). Essas respectivas operações são norteadas por princípios lógicos de organização do pensamento e princípios ocultos, na qual não se tem consciência e que governam a visão de mundo de cada indivíduo. A inteligência cega é uma patologia do saber, ao operar pelo princípio da disjunção, da redução e da abstração: o paradigma da simplificação (MORIN, 2011, p. 9).

⁴² “Desde meus primeiros livros confrontei-me com a complexidade, que se tornou o denominador comum de tantos trabalhos diversos que a muitos parecem dispersos. Mas a palavra complexidade mesmo não me vinha à mente. Foi preciso que ela chegasse a mim, no final dos anos 60, através da teoria da informação, da cibernética, da teoria dos sistemas, do conceito de auto-organização, para que emergisse sob minha pena, ou melhor, sobre meu teclado. Ela então se desvinculou do sentido comum (complicação, confusão) para trazer em si a ordem, a desordem e a organização, e no seio da organização o uno e os múltiplos; essas noções influenciaram umas às outras, de modo ao mesmo tempo complementar e antagônico; **colocaram-se em interação e em constelação**. O conceito de complexidade formou-se, cresceu, estendeu suas ramificações, passou da periferia ao centro do meu discurso, tornou-se macroconceito, lugar crucial de interrogações, ligando desde então a si o nó górdio do problema das relações entre o empírico, o lógico e o racional” (MORIN, 2011, p. 7-8, grifo nosso).

A complexidade do pensamento surge após o primeiro passo caracterizado no abandono da inteligência cega para a tomada de consciência. Para tanto, primeiramente faz-se mister a compreensão a respeito da simultaneidade entre a produção de conhecimentos pautados em verificações científicas (empíricas e lógicas) e a ocorrência com o conseqüente avanço do erro e da ignorância. O erro não provém de si mesmo, mas sim da sistematização das ideias por meio de ideologias e teorias tidas como mecanismo de organização dos saberes unida ao obscurantismo intrínseco ao desenvolver científico e ao desconhecimento na utilização da racionalidade. Como conseqüência, exemplifica-se o desequilibrado desenvolvimento dos conhecimentos tecnológicos (MORIN, 2011, p. 9).

A organização do conhecimento encontra sua problemática na pontualidade da diferenciação, ou seja, forma de seleção de dados considerados significativos e na simultânea exclusão ou rejeição de dados não significativos. É a diferenciação que proporcionará a separação, centralização e hierarquização do saber e a posterior unidade dos dados selecionados. A ação selecionadora encontra embasamento nos princípios de organização do pensamento denominados “paradigmas”, conceituados como princípios ocultos que governam nossa visão das coisas e do mundo sem que tenhamos consciência disso (MORIN, 2011, p. 10).

O paradigma da simplificação, desenvolvido por René Descartes abarca os princípios da disjunção, redução e abstração controlou o pensamento ocidental desde o século XVII, separando o sujeito pensante do seu objeto de estudo (coisa entendida), e a ciência da filosofia, definindo como verdadeiro tão somente o que é claro, evidente, capaz de configurar o próprio pensamento disjuntivo (MORIN, 2011, p. 11).

A disjunção rareou as comunicações entre o conhecimento científico e a reflexão filosófica, privando a ciência de qualquer possibilidade de conhecer e refletir sobre si mesma, ou mesmo de se conceber cientificamente. Mais ainda, o princípio de disjunção isolou radicalmente uns dos outros os três grandes campos do conhecimento científico: a física, a biologia e a ciência do homem. A maneira de solucioná-la fora uma outra simplificação, qual seja, a redução do complexo ao simples (redução do biológico ao físico, do humano ao biológico) (MORIN, 2011, p. 11).

A hiperespecialização proporcionou o despedaçar e fragmentar do tecido complexo das realidades, creditando ao corte arbitrário operado no real, o próprio real.

A idealização do conhecimento científico clássico era a descoberta, oculta na complexidade aparente dos fenômenos, de uma ordem perfeita legiferando uma máquina perpétua (o cosmos), ela própria feita de microelementos (os átomos) reunidos de diferentes modos em objetos e sistemas. Necessariamente, este conhecimento baseava seu rigorismo e sua operacionalidade na medida e no cálculo; no entanto, a matematização e a formalização desintegraram os seres e os entes para considerar como únicas realidades as fórmulas e equações que governam as entidades quantificadas. O paradigma da simplificação, em síntese, acarreta à incapacidade de conceber a ideia da conjunção do uno e do múltiplo, alcançando apenas a unificação abstrata ao anular a diversidade ou justapondo a diversidade sem conceber a unidade (MORIN, 2011, p. 11-12).

Considera-se patologias do processo de simplificação: a inteligência cega, da hipersimplificação do real; o idealismo, que oculta a realidade e se considera a único real; a teoria, que está voltada para o dogmatismo, para o doutrinismo; a razão, que encerra o real em um sistema de ideias coerentes ignorando a ação dialógica da racionalidade (MORIN, 2011, p. 11-12).

A redução do complexo ao simples fora resposta solucionadora ao princípio disjuntivo, à simplificação ocasionadora de uma inteligência cega. Morin (2011, p. 12) pontua que “a inteligência cega 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”.

A visão unidimensional é mutiladora posto que propicia a incapacidade de conceber a complexidade da realidade antropossocial, em sua microdimensão (o homem) e em sua macrodimensão (a humanidade), conduzindo a incontáveis problematizações (MORIN, 2011, p. 13).

Neste contexto insurge a necessidade do pensamento complexo, desenvolvedor do paradigma substitutivo às ideias de disjunção, redução e unidimensionalização e alocador da distinção/conjunção – distinguir sem disjuntir, associar sem identificar ou reduzir (MORIN, 2011, p. 15).

A complexidade possui duas faces conceituais. Em uma face, a complexidade é um tecido (significando aquilo que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas que aloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Noutra face, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações,

retroações, determinações, acasos, que constituem o mundo fenomênico (MORIN, 2011, p. 13).

Exibindo a formatação do emaranhado, do inextricável, da desordem e da ambiguidade, a complexidade necessita do conhecimento capaz de ordenar os fenômenos, rechaçando a desordem, afastar o incerto, isto é, apto a selecionar os elementos da ordem e da certeza, precisar, clarificar, distinguir e hierarquizar. Todas essas, consideradas, operações, necessárias à inteligibilidade, no entanto incorrem no risco eliminar os outros aspectos da complexidade, recorrendo ao erro da simplificação (MORIN, 2011, p. 13-14).

O desenvolvimento da ciência física, até então revelador da impecável ordem do mundo, da lei e constituição atômica, de um determinismo absoluto, revelou a complexidade do real na descoberta do princípio de degradação e desordem que rege o universo físico, bem como na extrema complexidade da microfísica. A partícula revelou-se no ilimitado de suas fronteiras, o universo descortinou-se num processo de desintegração e organização simultâneas. Evidentemente que os fenômenos antropossociais não poderiam responder a princípios de inteligibilidade menos complexos do que estes requeridos desde então para os fenômenos naturais (MORIN, 2011, p.14).

A dificuldade do pensamento complexo relaciona-se ao enfrentamento do emaranhado das inter-retroações. Algumas ferramentas conceituais e princípios específicos podem proporcionar o enfrentamento dessa problemática e possibilitam o paradigma da complexidade. Sem dúvida, a substituição do paradigma da disjunção, redução, unidimensionalização, pelo paradigma da distinção-conjunção é ferramenta capaz de distinguir sem disjuntar, de associar sem identificar ou reduzir. Este paradigma, destaca Morin (2011, p. 15) “traria em si o princípio do *Unitas multiplex*, que escapa à unidade abstrata do alto (holismo) e do baixo (reducionismo)”.

Por meio de uma mudança paradigmática torna-se possível buscar a unidade da ciência e a teoria da mais alta complexidade humana excluindo o antagonismo que esmaga a diferença na unidade simples e que oculta a unidade porque só vê a diferença, associando-os em suas respectivas verdades (MORIN, 2011, p.17-18).

A teoria da complexidade apoia-se, inicialmente, e avança a partir das concepções teóricas dos sistemas, da organização, da informação e da cibernética. Ela considera que o conhecimento não se reduz a incerteza (a informação); compreende incertezas, indeterminações e fenômenos aleatórios como o progresso

do conhecimento (sistema aberto); a concepção do conhecimento está associada aos pressupostos da organização, da auto-organização e da desordem; compreende o mundo como horizonte de realidades mais vastas; reconhece a sociedade, o conhecimento, o ser humano como um sistema aberto; o sujeito e o mundo interagem e se desenvolvem, reconhecem-se como um sistema aberto de interações e revitalização (MORIN, 2011, p. 19-21).

A teoria sistêmica surgiu determinado todos os elementos, desde o átomo até a galáxia, como um sistema. Ela ofertou um rosto incerto ao observador externo e revelou três faces e três direções contraditórias: a primeira caracterizada no sistema fértil no qual está intrínseco um princípio de complexidade; a segunda assinalada no sistema incerto, sem grandes fundamentações, baseado em repetições de algumas verdades não operacionalizáveis; a terceira assinalada no sistema que transforma-se em seu contrário via operação redutora da análise. (MORIN, 2011, p. 22).

Aproximando-se da teoria mecanicista e da cibernética quanto a sua estruturação, a teoria sistêmica alocou em seu centro a unidade complexa, o todo, em um nível transdisciplinar. O conceito de sistema aberto, originado na termodinâmica, permitiu uma ampliação da análise, quanto a relações espaciais (externo e interno). Como consequência dessa ampliação, possibilitou pontuação de que as leis de organização da vida não são de equilíbrio, mas de desequilíbrio, recuperado ou recompensado, de dinamismo estabilizado, e que a inteligibilidade do sistema deve ser encontrada, não apenas no próprio sistema, mas também na sua relação com o meio ambiente, caracterizando-se esta relação não como uma simples dependência, mas como constitutiva do sistema. Portanto, a realidade faz-se no elo e na distinção entre o sistema aberto e seu meio ambiente (MORIN, 2011, p. 22).

O sistema obrigatoriamente necessita fechar-se ao mundo exterior a fim de manter suas estruturas e seu meio interior, evitando sua desintegração. Mas é sua abertura que permite o fechamento. Há uma relação indissolúvel entre a manutenção da estrutura sistêmica e a mudança de seus constituintes. O elo entre sistema e ambiente é absolutamente crucial, de modo que o sistema só poderá ser compreendido de nele houver a inclusão do meio ambiente, que lhe é, ao mesmo tempo, íntimo e estranho, integrativo e exteriorizado. A abertura do sistema abre portas à sua evolução, possibilitando saltos organizacionais, a própria superação do sistema por um metassistema (MORIN, 2011, p. 22).

São problemas da complexidade a lógica e o molde organizacional, que podem coloca-la novamente na simplificação. A importância está no caminho, não do simples para o complexo, mas do complexo para uma mais elevada complexidade, sabendo-se que o simples é apenas um momento, um aspecto entre várias complexidades. O pensamento complexo supõe o mundo como um horizonte de um ecossistema e reconhece o sujeito como um ser pensante - desenvolvimento da complexidade auto organizadora. O mundo está no interior de nossa mente, que está no interior do mundo. Sujeito e objeto nesse processo são constitutivos um do outro e inseparáveis por meio de um sistema auto organizado –ecossistema. Este sujeito se reconhece no ecossistema e deve ser integrado em um metassistema (horizonte de realidades mais vasto). Portanto, o sujeito deve permanecer aberto, desprovido de um princípio decidibilidade nele próprio, assim como o objeto deve permanecer aberto, de um lado sobre o sujeito, de outro lado sobre seu meio ambiente, que por sua vez, se abre necessariamente e continua abrir-se para além dos limites de nosso entendimento. Na relação com o mundo, com ecossistema social, o conhecimento chega a uma incerteza irreduzível, uma brecha intransponível no acabamento do conhecimento. Sempre aparecerá, partindo da relação com o metassistema, um novo conhecimento, e com ele incertezas e o desconhecido (MORIN, 2011, p. 68).

Neste contexto, Morin defende que a epistemologia é o lugar da incerteza e da dialógica e que há uma revitalização dos pressupostos teóricos, em que todo o progresso no conhecimento opera-se necessariamente pela quebra e ruptura dos sistemas fechados, que não trazem em si mesmos uma atitude de superação. As teorias exigem uma metodologia simultaneamente aberta (que integra as antigas) e específica (descrição das unidades complexas). A ciência, é vista como transdisciplinar. Trata-se de incluir o acaso, a inventividade, a criatividade. A nova ciência deve ser adequada ao objeto e não contrariamente (MORIN, 2011).

Há modos de complexidade manifestação da complexidade, tais como a comodidade, a desordem e contradição lógica. Mas, a complexidade não pode ser confundida com a completude e com a complicação. A complexidade leva a insegurança, a aspiração da completude, mas não poderá alcançar a totalidade do saber. A complicação é um elemento constituinte da complexidade, caracterizando-se pela confusão extrema das inter-retroações (MORIN, 2011).

Outro aspecto importante a não ser confundido é a significação entre razão, racionalidade e racionalização. A razão é um dos instrumentos racionais permite

conhecer do universo complexo, é o aspecto lógico que corresponde à visão coerente dos fenômenos, das coisas e do universo. A racionalidade é o diálogo incessante entre o espírito que cria estruturas lógicas e às aplica no diálogo com o mundo real. A racionalização consiste no querer encerrar o mundo em um sistema coerente. Não existe fronteira entre a racionalidade e a racionalização. O ser humano apresenta uma tendência que seleciona favorecimentos. No contexto do pensamento complexo faz-se mister desenvolver-se não somente a crítica, mas a autocritica contra a supremacia da razão, partindo de um diálogo permanente com a coerência (MORIN, 2011).

São três os princípios interligados que desvendam a complexidade. O princípio dialógico permite manter a dualidade no seio da unidade, associando ao mesmo tempo termos complementares e antagônicos, como por exemplo, a ordem e a desordem. O princípio da recursão organizacional indica a ideia recursiva como aquela que está em ruptura com a ideia linear de causa e efeito, de produto e produtor, de estrutura e superestrutura, já que tudo o que é produzido retorna ao que se produz, num ciclo auto-constitutivo, auto-organizador e autoprodutor. O princípio hologramático perpassa a ideia de que não apenas a parte está no todo, mas o todo está na parte, imobilizando o espírito linear, pois o movimento produtor do conhecimento se enriquece através do conhecimento das partes pelo todo e do todo pelas partes (relação antropossocial). O paradigma da complexidade, é, por conseguinte, uma tarefa cultural, histórica, profunda e múltipla (MORIN, 2011).

No processo da complexidade, a ação se perfaz como uma escolha, uma aposta aleatória e incerta, requerendo reflexão sobre a sua própria complexidade, justamente por ser o pensamento da complexidade, um desafio. A partir do momento em que o sujeito empreende uma ação, a mesma começa a escapar quanto às suas intenções, diante das interações com o meio. A ação é estratégia que parte de uma decisão inicial e depara-se com um determinado número de cenários que poderão ser modificados segundo as informações e os imprevistos. A palavra programa opõe-se a estratégia. O programa é utilizado em situações estáveis porque não inova. Faz-se necessário à utilização de fragmentos de ações programadas para que se esteja preparado para a estratégia no aleatório (MORIN, 2011).

Considera-se os seres humanos, a sociedade e as instituições simultaneamente como máquinas triviais e não triviais. A não trivialidade indica que nem todos os comportamentos são previsíveis, e a trivialidade, contrariamente, a previsibilidade comportamental. A importância reside nos momentos de crise, em que

a máquina se comporta de modo imprevisível, ocasionado um acréscimo de incertezas. As desordens ameaçam e as regulamentações falham, sendo necessário o abandono dos programas, que geralmente, consistem em antigas soluções. A estratégia e capacidade de elaborar novas soluções ganha importância. O pensamento complexo não recusa a clareza, a ordem e o determinismo, mas os considera insuficiente, pois sabe que a descoberta, o conhecimento e a ação não podem ser programados. O alerta ao novo é o ponto de partida para uma ação mais rica e menos mutiladora (MORIN, 2011).

A complexidade pode ser explicada por exemplos hodiernos, pela perspectiva cotidiana. A comparação, metaforicamente, da complexidade da tapeçaria, com diversos tipos de fios, a uma organização onde cada um, de forma sintética, concorre para o conjunto, é exemplo. A tapeçaria é mais que a soma dos fios que a constituem, isto é, o todo é mais que a soma das partes. No seu conjunto, a tapeçaria inibe a expressão da qualidade dos fios, ou seja, o todo é tão menor que a soma das partes. O todo da tapeçaria é mais e menos que a soma das partes. A visão simplificada identificaria a parte, no todo. Em contrapartida, a visão complexa diz que não somente a parte está no todo, mas o todo está na parte (MORIN, 2011, p. 85).

A partir da supracitada ilustração, são apresentadas e constatadas várias etapas da compreensão da complexidade: a) o todo é mais que a soma das partes, pois existe a interação com o contexto e a reação desta interação; b) em contrapartida, em algumas situações o todo é menor que a soma das partes, isto se dá quando cada uma das partes não consegue atuar em seu pleno potencial; c) a complexa conclusão que o todo pode ser mais ou menos a soma das partes dentro da organização e papéis que se apresentam (MORIN, 2011, p. 85).

Destaca-se também, o problema da causalidade, aplicável a todas as organizações complexas, como as empresas ou a sociedade. A causalidade implica na produção e autorreprodução em concomitância, ou seja, o produtor é seu próprio produto (MORIN, 2011, p. 86).

A causalidade linear aborda o conceito de que uma determinada matéria-prima trabalhada, gera um dado objeto, ou seja, uma causa produz determinados efeitos. A causalidade circular retroativa destaca que efeitos causados geram novas entradas no sistema, na forma de dados ou materiais. A causalidade recursiva aborda a impossibilidade de dissociação entre produto e produtor em um contínuo espiral, no qual se observa que o produto é produtor do que o produz. (MORIN, 2011, p. 87).

Sujeito e meio são interdependentes no processo de produção e reprodução, de auto-organização e autoprodução. A organização corresponde a uma mistura de ordem e de desordem, sendo impossível o seu afastamento do incerto, do imprevisto e da desordem. Em um universo em que imperasse a pura ordem, não haveria inovação e evolução. Em contrapartida, em um universo em que reinasse a pura desordem, não haveria estabilidade para se buscar a organização. A desordem se constitui como uma resposta inevitável ao caráter sistemático, abstrato e simplificador da ordem. O equilíbrio está na degeneração (degeneração) e na busca constante pela regeneração (ordem) (MORIN, 2011).

A aspiração à totalidade é uma busca intensa da verdade, e ao nos depararmos com a impossibilidade da totalidade que é simultaneamente verdade e não verdade. A complexidade é o desafio e não a resposta. O pesquisador precisa estar distanciado do mundo exterior e também de seu próprio conhecimento, favorecendo o sistema aberto com o universo. É necessário o esclarecimento de que o conceito de complexidade encontra-se no âmago da relação entre o simples e o complexo, dado seu caráter simultaneamente antagônico e complementar (MORIN, 2007, p. 97).

No tocante aos conceitos de ruído, informação e conhecimento, que interagem de forma a reforçar o entendimento da complexidade, o novo não se reduz ao ruído, já que é preciso existir o potencial de auto-organização para se perceber a aleatoriedade gerada. A informação por sua vez, deve ser considerada como físico – bio –antropológica, por somente ter surgido com os seres vivos. O conhecimento – que não conhece a si próprio – é considerado organizador por pressupor uma relação aberta e fechada entre o conhecedor e o conhecido – a mente, por mais esperta que seja, nada sabe a respeito do cérebro que depende, só podendo conhecê-lo, por meios externos, os meios da investigação científica (MORIN, 2011, p. 111).

O pensamento complexo não está em oposição ao pensamento simplificado, mas em incorporação. O paradigma da complexidade, inclusive, pode ser descrito de modo tão simples quanto o paradigma da simplicidade. Os princípios de ordem e desordem, de separação e união, de autonomia e dependência, que por vezes são complementares, concorrentes ou antagônicos, devem articular-se uns aos outros. O pensamento complexo é essencialmente, o pensamento que incorpora a incerteza e é capaz de conceber a organização, de contextualizar e globalizar, mas pode, ao mesmo tempo, reconhecer o que é singular e concreto. Não se abandonaram os

princípios da ciência clássica, mas eles foram integrados de um modo mais amplo e rico. Também não há a pretensão de imposição do holismo global e do reducionismo sistemático, mas sim de vinculação do concreto das partes à totalidade (MORIN, 2011, p. 62 e 76).

A definição do direito como um conjunto de regras é estreita, impedindo o entendimento de sua complexidade. Sendo um sistema jurídico estruturado por combinações, o direito é fruto de revoluções, de interações entre ideias, pessoas, normas. Por conseguinte, a visão tradicional que sustenta a evolução gradual do direito merece reflexão e evidencia um paradoxo, uma vez que um dos maiores objetivos do direito é garantir a estabilidade e a segurança jurídica (BECHARA, 2015, p. 168).

Conhecer o Direito e produzir conhecimentos sobre o objeto Direito pressupõe um conhecimento interrelacionado ou interdisciplinar. Restaria apenas um discurso tautológico se o Direito, enquanto saber, fosse identificado ao seu componente formal, isto é, a norma. A norma é parte constitutiva do Direito, sem a qual ele não existe, mas este não se restringe a sua limitação formal. O direito é também um ente social que se funda na própria práxis humana (RODRIGUES; GRUBBA, 2012).

A pesquisa científica do Direito não pode se limitar à problematização das normas jurídicas, como se elas não emergissem da sociedade e gerassem consequências na sociedade. Se o discurso do Direito é formal, mas, comporta os elementos social, político, econômico, cultural e ambiental contextualizados no tempo e no espaço, a pesquisa no e do Direito deve dialogar com essas dimensões (RODRIGUES; GRUBBA, 2012).

Ainda que uma pesquisa tenha por objeto a problematização de uma norma ou de um código normativo ela não pode ela ser considerada científica se deixar de ter correspondência com a sociedade. Isso porque, sendo a dimensão normativa do Direito um produto social abstrato, ela é criada especialmente para dar respostas aos problemas da sociedade (RODRIGUES; GRUBBA, 2012).

A epistemologia da complexidade, proposta por Edgar Moran, possibilita a utilização do pensamento complexo para se fazer pesquisa científica na área do Direito. Sendo o Direito sistema social, a pesquisa científica nessa área é possível tomando como princípio a epistemologia da complexidade, permitindo uma análise complexa do Direito, na sua relação com a sociedade, com a política, com a economia.

O Direito é um fenômeno complexo e a pesquisa do e no Direito deve ser igualmente marcada pela complexidade (RODRIGUES; GRUBBA, 2012).

4.4.2 Metodologia sistêmica

A metodologia cartesiana ao se separar um todo em suas partes constituintes, promove a perda das relações que permeiam e interligam o sistema, motivo pelo qual a visão mecanicista mostrou ser inadequada a tentativa de promover o desenvolvimento do conhecimento científico como um processo linear de evolução (CAPRA, 2012).

Os fenômenos da sociedade contemporânea interligam-se na vinculação do início, fim, causa e consequências, e devem ser enfrentados, pois, os desafios decorrentes dessa vinculatividade, tais como a instabilidade, a incerteza e a indefinição (COLOM, 2004).

No ambiente complexo não há um sentido a ser seguido, mas sim um contexto em que a certeza, a depender do prisma observatório, é o caos, fator este considerado indispensável nas análises dos sistemas sociais, bem como nos processos científicos das mais diversas áreas do pensamento (TRINDADE, 2008).

O solucionar das problemáticas científicas não se volta somente para processos considerados de forma isolada, mas na organização e na unificação das partes/processos, ora considerados como produto da interação dinâmica das partes. Frisa-se que o dinamismo é o agente possibilitador de diferentes comportamentos das partes quando estudadas isoladamente ou no contexto do todo (ALVES, 2012).

A deficiência metodológica analítica para o enfrentamento da realidade contemporânea fez surgir a necessidade de construção e aplicação de novos paradigmas fundantes do pensamento científico capaz de relacionar as expectativas do ambiente complexo. Dessa necessidade originou-se a noção de conhecimento sistêmico, desenvolvida simultaneamente a diversas disciplinas na primeira metade do século XX, tendo como pioneiros os biólogos, que examinavam a concepção dos organismos vivos como totalidades integrantes, e os estudiosos da cibernética. Posteriormente, acresceram-se estudos relacionados à psicologia de Gestalt, à ciência da ecologia, à física quântica assim como à psicologia sistêmico-familiar, à administração, à gestão de conhecimento, dentre outros. Portanto, a estrutura de pensamento integralizado insurge de um movimento de valoração dos desafios

explicativos da sociedade complexa, que, por sua vez, passou a ser desvendada por um modelo de reestruturação do conhecimento, valorando a complexidade e ampliando sua gama de incidência. Essa forma de observação da realidade denomina-se de pensamento sistêmico. (BAGGENSTOSS, 2018; CAPRA, 1999; TRINDADE, 2008).

O pensamento ou método sistêmico, a postura científica complexa, examina o meio complexo em que a ordem das partes não mais determina o todo, mas o todo é o que determina o sentido contextual das partes, interferindo no raciocínio das mesmas.

Insurge a contextualização em que o funcionalismo dos sistemas ganha destaque em detrimento da percepção analítica e da especialização de certezas. Na estrutura dos sistemas, as razões fundantes e motivadoras não são ignoradas, mas reposicionadas em uma segunda ordem. A atenção primeira volta-se para a função e para as interações que o sistema realiza com os demais sistemas, bem como para as relações internas de seus elementos integrantes. A metodologia sistêmica não fixa um paradigma único, mas proporciona o vislumbrar holístico e funcional do ambiente. O modo de percepção, a respeito dos fenômenos do mundo, é inovado pelo pensamento sistêmico e pretende a solução das problemáticas altamente complexas, formatadas de maneira irresolúvel para o método cartesiano. O pensamento sistêmico é solucionador ao enfatizar mais o todo do que a parte isolada e atomizada e considerar, em um sistema integrado, todos os elementos influenciadores em determinado fenômeno, a relação entre eles e a circularidade relacional com o todo (SENGE, 2013; TRINDADE, 2008).

Na verificação de um fenômeno deve-se considerar a inclusão de variáveis relevantes, ainda que ocasionem uma contradição, ou o aumento da complexidade ou a inclusão da subjetividade. Em oposição à concepção cartesiana de conhecimento fragmentado dos objetos que compõem o todo, o método sistêmico prioriza as relações entre os elementos fenomenológicos (SENGE, 2013).

O pensamento sistêmico substitui a hierarquia pelo dinamismo em rede, abandona a causalidade linear típica do pensamento cartesiano, e adota a circularidade. A compreensão de um determinado fenômeno que, até então relacionava-se ao levantamento de dados, ao reconhecimento de padrões e a causalidade, passou a ser inspirada na cibernética e na engenharia de controle, reconhecendo a imprescindibilidade do exame das relações circulares e defendendo que, sem o entendimento de tais relações circulares, a compreensão do todo restaria

limitada. A busca do panorama integral da ocorrência de determinado fenômeno por meio dos fluxos circulares, ao invés de consideradas relações lineares de causa e efeito é a proposta do pensamento sistêmico que, além disso, percebe a estrutura de determinado fenômeno pela primazia de seus processos, responsáveis pelo estabelecimento de padrões de organização que permitem a materialização da estrutura. Neste ponto destaca-se a teoria da autopoiese, originalmente de Maturana e Varela, e a teoria das estruturas dissipativas de Prigogine. No intuito do alcance de uma teoria integradora entre estruturalismo e funcionalismo, destacam-se autores como Niklas Luhmann, e Jürgen Habermas. Por fim, a evolução do pensamento sistêmico restou demonstrada em todas as áreas: nas teorias biológicas e de engenharia do controle (Talcott Parsons), na teoria cibernética (Prigogine, Habermas), e também teorias sociológicas (Luhmann) e psicológicas (Hellinger) (BAGGENSTOSS, 2018).

O método que incorpora contradições e complexidade caracteriza o pensamento sistêmico como aquele que vislumbra princípios básicos de organização adota o equilíbrio entre tendências opostas (reducionismo e holismo, análise e síntese). Essa modelagem, conseqüentemente conduz à análise de determinado fenômeno e à consideração de todos os fatores relevantes e influentes na verificação da ocorrência do objeto observado. O pensamento sistêmico favoreceu a passagem do comportamento de controle⁴³ para a cooperação, a influência e a ação não violenta, aspectos detectados na hipótese de estudos ecológicos que demonstram ser insustentáveis os sistemas humanos hierárquicos movidos pelo controle unilateral e que a postura cooperativa é a que permite a evolução dos sistemas e da humanidade (ANDRADE, 2014; MANURANA; VERELA, 2010; NAGLER; 2001).

A formatação do raciocínio orientado por características sistêmicas⁴⁴, torna-o capaz de notar, modelar e avaliar as conseqüências das ações de modo expandido

⁴³ “Logo, a atitude postulada por Bacon, de dominação e tortura da natureza com vistas ao seu domínio e controle, também pode ser encarada como uma atitude não sustentável na relação com a comunidade da vida. Essas percepções implicam a necessidade de uma mudança da atitude de dominação e controle da natureza, incluindo os seres humanos, para um comportamento cooperativo e de não-violência, tanto na ciência quanto na tecnologia, organização e sociedade” (ANDRADE, 2014, p. 168).

⁴⁴ O pensamento sistêmico “[...] resulta em uma maneira de cogitar e modelar a complexidade do mundo que tem por base processos característicos do paradigma sistêmico, que privilegia o todo, os relacionamentos, a visão de rede, a lógica de causa-e-efeito distantes (circularidade, atrasos), a consideração dos processos dinâmicos, o uso da metáfora do organismo vivo, a estruturação de conhecimento socialmente construído (epistêmico e contextual), a aceitação das descrições aproximadas e das medidas qualitativas [...], a abordagem intelectual contextualista, uma atitudes

no tempo e no espaço, permitindo a tripla conceituação do pensamento sistêmico. Na primeira conceituação, o pensamento sistêmico pode ser definido como aquele capaz de perceber o todo de maneira expandida no tempo e no espaço. Em uma segunda conceituação, pode ser considerado como um processo mental baseado nas ideias sistêmicas de primazia dos relacionamentos, da circularidade, da rede, dos processos dinâmicos e do todo. O terceiro conceito sintetiza-o na arte e disciplina de levar a mente a contemplar movimentos de religação circular produtores de redes representativas de todos (ANDRADE, 2014, p. 8).

Alves (2012, p. 96) define sistemas como “uma construção mental de uma organização contendo uma coleção de objetos inter-relacionados perfazendo um todo (uma unidade) com alguma funcionalidade que o identifica como tal”, destacando-o como o resultado da construção mental de seu observador.

É a percepção do observador/pesquisador que constrói o sistema. O observador é integrado ao contexto observado⁴⁵. A projeção da análise do observador destaca os elementos relevantes contidos em um sistema (ALVES, 2012, p. 97).

São catalogados na rubrica de sistema, tanto a empresa como o organismo vivo, a depender da intensão perceptiva do observador/pesquisador⁴⁶, significando, que a pessoa poderá construir o sistema que percebe, a partir de uma coleção de objetos voltados a uma destinação prévia (ALVES, 2012, p. 98).

A Escola Sistêmica, adotando o processo de aprendizagem transdisciplinar, recebeu inúmeros pesquisadores que desenvolveram teorias em inúmeros campos de conhecimento⁴⁷ (ANDRADE, 2014).

contemplativa e de perplexidade diante do caos e incerteza, resultando em ação por auto-organização que adota processo de aprendizagem transdisciplinar, experiencial, construtivista e generativo” (ANDRADE, 2014, p. 7-8).

⁴⁵ “Um conjunto de aspectos, resultantes do processo de observação, é que forma a visão de mundo do observador [...]. A reflexão sobre esses aspectos pode levar o observador, por via da abstração, a isolar alguns que lhe pareçam relevantes. Se tais aspectos guardarem relações capazes de formar uma unidade funcional, a inferência é imediata: o observador acaba de construir mentalmente um sistema [...]. Uma visão de mundo pode conter inúmeros sistemas. Todos, entretanto, são construções mentais que, eventualmente, tentam representar sistemas físicos. Diz-se eventualmente porque é possível construir mentalmente um sistema que ainda não existe fisicamente, podendo mesmo nem vir a existir” (ALVES, 2012, p. 96; 97-98).

⁴⁶ Evidenciando que “[...]ambos – organismo e empresa – tem estrutura própria e fronteiras delimitadoras de seus respectivos ambientes. No entanto, a catalogação como sistemas só é possível porque há a figura do observador. E basta, pois seremos nós (eu, você e outro ser humano) a estudá-los; seremos nós a fazer ciência. Uma vez catalogado como sistema, organismo vivo, empresa, etc., podem ser estudados como tal” (ALVES, 2012, p. 159).

⁴⁷ Exemplificando pela ordem de autores, construções teóricas, filosóficas e paradigmas: Engenharia de Controle, Eletrodinâmica, Funcionalismo sistêmico social (com Talcott Parsons), Teoria Geral dos Sistemas (por Bertalanffy), Física Quântica, Tradições filosóficas orientais, Gestalt e Linhas

O autor Bertalanffy foi o responsável por promover a estruturação da Teoria Geral dos Sistemas, e especificou que as diretrizes traçadas pela mesma poderiam aplicar-se a qualquer sistema em geral, independentemente da natureza física, biológica ou sociológica. Quando aplicada no campo da Física, promove estudos sobre sistemas de diferentes níveis de generalidade, a considerar: a Teoria da Relatividade é concretizada em sistemas macros, enquanto a Mecânica Quântica, em sistemas micros. (ALVES, 2012, p. 160-161).

Portanto, todo fenômeno é passível de ser analisado pelo prisma sistêmico. A análise sistêmica dos fenômenos ocorre no intrínseco do seu contexto, ou seja, a observação inexorável ocorre na estrutura sistêmica em que o fenômeno ocorre, especialmente em relação aos sujeitos envolvidos, às regras comunicativas e aos sistemas vinculados (micro ou macro) (BAGGENSTOSS, 2018, p. 165).

4.4.3 O mecanismo genérico da constelação sistêmica

A constelação surge, inicialmente, como uma forma de se observar um determinado sistema, composto por sujeitos e que agem e reagem no ambiente em razão de acordos (expressos ou tácitos) que entremeiam a estrutura observada, ofertando, posteriormente, uma proposta de restauração dos laços havidos entre as pessoas participantes do sistema (BAGGENSTOSS, 2018, p. 165).

A Constelação Sistêmica é o gênero enquanto técnica de exame de um determinado sistema social. São espécies dessa técnica ampla: a Constelação

sistêmicas de psicologia, Dinâmica de sistemas pela biologia organísmica, Teoria da evolução de Darwin, Estruturas Dissipativas de Prigogine, Hipótese de Gaia, Holismo e Esoterismo, Teoria de Jürgen Habermas, Ecologia, Teoria do Caos, Matemática da Complexidade, Pensamento Complexo (com Edgar Morin), Organizações Sistêmicas Quânticas, em Rede, Teoria das Restrições, Aprendizagem Organizacional, Empresa Viva, Pensamento por Processos, Thinking Design, Teoria U, Teorias Orgânicas Sistêmicas, Sistemas Sociais Autopoiéticos (como em Niklas Luhmann), Cibernética. (ANDRADE, 2014). “Podem ser citados, ainda, no campo das ciências exatas, Alan Turing (fez um artigo sobre a teoria da morfogênese, em 1952, mais tarde desenvolvida por Rupert Sheldrake, médico que desenvolveu a referida teoria); no campo das ciências naturais, o já mencionado Bertalanffy, Barbara Ann Brennan (astrofísica da NASA, que estudou o campo energético humano); no campo das ciências humanas, teorias médico-psicanalistas, com Wilhelm Reich (professor de Barbara Brennan, médico e psicanalista); no campo das ciências humanas, teorias filosóficas de Frijot Capra, Maturana e Varela (inicialmente considerados no campo da biologia), Edgar Morin, Pedro Demo; teorias da psicologia, como Redes sociais significantes, Psicologia social, Psicologia sistêmica; no campo das ciências sociais, na Administração, como Peter Senge. No campo das ciências sociais aplicadas, também há autores que trabalham, especificamente o Direito, no viés sistêmico. Tem-se assim, por exemplo, Norberto Bobbio, ao teorizar sobre a coerência e a compatibilidade do sistema jurídico; e os já mencionados Jürgen Habermas e Niklas Luhmann” (BAGGENSTOSS, 2018, p. 162).

Organizacional (sistema empresarial); a Constelação Familiar (sistema familiar). A aplicação da técnica pode se dar em qualquer campo sistêmico caracterizado por relações humanas, que por sua vez podem ter incidência no Direito. Para o Direito, serão relevantes as condutas que estejam juridicamente prescritas, sendo possível, fazer-se a aplicação das constelações na gestão judiciária enquanto perspectiva organizacional (BAGGESTOSS, 2018, p. 166).

A proposta da constelação sistêmica é a utilização de um conjunto de técnicas conjugadas por diversos conhecimentos científicos (sociais, biológicos, físicos) ou ainda extracientíficos (espirituais, religiosos) para examinar o emaranhado ou à conflituosidade contida em um sistema⁴⁸. Este exame técnico permitirá o acesso às informações, ofertadas pelo próprio sistema observado, e nelas há o conteúdo solucionador ou norteador do conflito existente no sistema. Esse conteúdo informativo, por sua vez, é transmitido por regras comunicacionais e teleológicas particular ao sistema, que sempre terá sua linguagem específica (BAGGENSTOSS, 2018).

Importante pontuar que a constelação sistêmica familiar⁴⁹ é espécie do gênero da técnica da constelação sistêmica e pode ser definida como um conjunto de

⁴⁸ Para o exame do conflito sistêmico poderá utiliza-se conhecimentos de inúmeros campos, dentre os quais, exemplificam-se: “a) Do campo psicoterapêutico: em que se compreende como as pessoas agem e o porquê agem. As ordens do amor têm incidência aqui, as quais referem-se à lei do pertencimento (no que tange à identificação da pessoa e participação no sistema), à lei da hierarquia (ou precedência, em relação ao respeito à ordem de chegada no sistema) e a lei do equilíbrio (referindo-se à dedicação que as pessoas devem trocar entre si). Tais leis, contudo, não são as únicas a darem um balizamento para a verificação de comportamento. O importante é ter-se, também, uma postura humanista (Carl Rogers), em que se observam os movimentos do sistema, mas não se avaliam positiva ou negativamente – tão somente na orientação para o restabelecimento do posicionamento da pessoa no sistema familiar. Esse questionamento das ações não é feito na prática, mas baseiam as referências de onde o sujeito está em seu campo e qual poderia ser o movimento adequado para a resolução de sua questão. Em tal ponto, é o sistema que informará sobre o caminho mais adequado a ser seguido, a partir de suas próprias regras comunicacionais e teleológicas, considerando que todo sistema tem sua linguagem própria. b) Do campo físico quântico: em que são utilizadas referências relativas de tempo e de espaço, tendo em vista que se considera que o que for observado no sistema não está necessariamente transcrito em uma ordem cronológica; c) Do campo biológico-médico: a somatização das emoções e de disfunções biológicas são explicadas como não só resultado e/ou potencializações de afetos individuais mal resolvidos, mas também como possível questões não tratadas do próprio sistema. d) Do campo físico-energético: a energia do ser humano, a partir de Barbara Brennan, e os campos mórficos, de Rupert Sheldrake. É importante destacar que comunicação/informação é energia e geram “entidades” (concentração de energia) e atuam no movimento ou na estagnação do ser humano (BAGGENSTOSS, 2018, p. 166-167).

⁴⁹ “Técnica criada pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, onde se cria “esculturas vivas” reconstruindo a árvore genealógica, o que permite localizar e remover bloqueios do fluxo amoroso de qualquer geração ou membro da família. Segundo as constatações, muitas das dificuldades pessoais, assim como problemas de relacionamento são resultados de confusões nos sistemas familiares. Esta confusão ocorre quando incorporamos em nossa vida o destino de outra pessoa viva ou que viveu no passado, de nossa própria família, sem estar consciente disto e sem querer. Isto nos faz repetir o destino dos membros familiares que foram excluídos, esquecidos ou não

ferramentas que possibilita a identificação da origem ou do motivo dos conflitos humanos que se escondem por detrás das demandas judiciais, trabalhando padrões destrutivos do comportamento e da interação do sujeito com o grupo familiar ou com seu grupo de convívio, auxiliando na compreensão mútua, potencializando, assim, o restabelecimento do diálogo e prevenindo futuros litígios (BAGGENSTOSS, 2018).

reconhecidos no lugar que pertencia a eles. Bert percebeu, nos seus estudos, que em várias gerações, assim como somos tomados pela aparência de nossos familiares, seus dons, etc, também se repetem situações de perdas, sofrimentos, doenças e outras situações as quais as pessoas nem se dão conta de que estão envolvidas numa consciência familiar atuando em detrimento de uma consciência individual. O sistema familiar busca equilíbrio, fluir do amor, prosperidade, respeito, pertencimento e hierarquia. Se, de alguma forma, algum membro do nosso sistema sai dessas estruturas, alguém da próxima geração busca compensar isso, mesmo que inconscientemente. A constelação é um método de diagnóstico, um processo de reorganização e equilíbrio dentro dos sistemas os quais pertencemos. Apresenta uma vasta gama de aplicações práticas devido aos seus efeitos esclarecedores no campo das relações humanas, como: melhoria das relações familiares, melhoria das relações interpessoais das empresas e melhoria das relações no ambiente educacional e, portanto, pode contribuir para a disseminação da Cultura de Paz na área do Direito. As muitas aplicações deram início a abordagens derivadas denominadas de constelação familiar, constelação organizacional e pedagogia sistêmica” (NUNES, 2018, p. 172).

5 CONCLUSÃO

Expandir, por meio de uma visão sistêmica, segundo a concepção luhmanniana, a determinação e significação do conflito e da justiça como domínios delineativos e funcionais do sistema jurídico constituiu o núcleo central de interesse do presente trabalho.

A função estritamente jurídica dos tribunais é algo significativamente relevante e positivo para o direito, limitando o sistema jurídico à operatividade do código binário direito/não direito, de modo que a contribuição da teoria dos sistemas para o direito encontra-se na constante manutenção das inúmeras possibilidades de escolha, reduzindo a complexidade social.

Não se pode associar ao sistema jurídico funções próprias à outros sistemas parciais, e equivoca-se a crença que acredita ser este sistema, instrumento privilegiado para consecução de objetivos da coletividade. A teoria dos sistemas realça as diferenças funcionais, estruturais e operativas dos sistemas parciais, admitindo apenas o acoplamento estrutural para situações de indeclinável ligação. O fechamento operativo dos sistemas garante a abertura ao seu ambiente externo, no entanto, a simultaneidade dos eventos nos subsistemas não poderá ser significada como sincronia entre sistemas parciais e aí encontra-se a pontualidade das possibilidades de percepção, garantia e conversação da importantíssima independência operativa dos sistemas sociais parciais, dentre eles, o jurídico.

O sistema jurídico está determinado pelas próprias estruturas, operando limitadamente em seus termos comunicativos. A linguagem jurídica reproduzirá linguagem jurídica, conectando-se pela função e por códigos exclusivos do sistema jurídico. A decisão judicial, por conseguinte, para outros sistemas sociais reside na materialização da diferenciação funcional via o contraste que o sistema jurídico impõe em relação aos outros sistemas. O sistema jurídico é tão somente sensível no tocante ao ambiente caracterizado como subsistema, processando e operacionalizando essa sensibilização nos limites estruturais que o caracterizam e na velocidade compatível com o tipo de expectativa garantida pelo direito.

Consenso, lucro, matéria jornalística são linguagens que até podem falar sobre o direito, mas não são funcionalmente capazes de operacionalizar o próprio direito. Isso porque, são comunicações dos subsistemas político, econômico e de imprensa, respectivamente. O direito político, econômico e de imprensa comunicam o

código do sistema jurídico, dentro de precisos limites estruturais, sobre política, economia e jornalismo, não se confundindo operacionalmente na funcionalidade comunicativa de outros sistemas.

O acoplamento estrutural entre os sistemas suscita a percepção de um em relação ao outro, sem que haja correlação no ambiente, frisando-se que quando um subsistema atua diretamente no ambiente, acaba por bloquear e perder o controle de suas operações.

Luhmann valoriza em seu estudo, a capacidade de apreensão do funcionamento interno do sistema jurídico, procurando definir a posição dos juízes e tribunais no interior desse sistema concomitantemente às suas peculiaridades operativas.

Especificamente quanto ao fechamento operativo do sistema jurídico, a teoria luhmanniana evidencia que há a continua sensibilidade desse sistema para com o ambiente, estando o direito, incessantemente, a resolver problemas criados em outros subsistemas. Para essa solução conflitiva, o próprio sistema constrói filtros seletivos que lhe permitem sua abertura cognitiva aos problemas do ambiente. A diferenciação sistema/ambiente identifica no fechamento operativo, a reforçada diferença basilar que permite condição para abertura cognitiva. Os conceitos de abertura e fechamento do sistema implicam na relação existente entre norma e decisão e ambas submetem-se ao código comunicativo licito/ilícito. Os juízes e tribunais estão submetidos ao princípio do *non liquet*, obrigados a decidir a respeito de todas as questões que lhe são apresentadas e frequentemente acabam por se expor à superação dos limites operativos do sistema jurídico, ocasionando a incorporação inadequada de lógicas decisórias que descaracterizam os limites e comunicações jurídicas.

A previsibilidade e a confiança no sistema jurídico são os valores aptos a conferirem justiça a unidade do sistema social. Por isso todo aspecto normativo de uma decisão deve pretender a generalização capaz de conter a contingência. A justiça, para Luhmann, é fórmula de contingência. Nesse sentido, rejeita o teórico rejeita a conotação valorativa e axiomática da justiça e promove a sua significação no autocontrole e na consistência das operações internas do sistema, com vistas a permitir a efetividade da sua função de generalização congruente de expectativas normativas. Justiça significa a consistência que permite o funcionamento adequando do sistema.

A consistência é abalada pelo conflito. O conflito intersistêmico ao confundir funcionalidades e retirar os contornos delineados pela comunicação própria a cada sistema implica na injustiça sistêmica, que por sua vez, acarreta a injustiça na unidade social e por conseguinte, no homem.

A generalização congruente de expectativas normativas é o desenho da funcionalidade do sistema jurídico que, por sua vez, alcança a justiça no sistema, entre sistemas e na unidade sistêmica.

A necessidade da justiça insurge no contexto conflitivo, e a observação do conflito para o alcance de uma solução que implique justiça que seja ofertada pelo próprio sistema, descreve o mecanismo da constelação sistêmica, genericamente considerado. Portanto, a inteligência da significação da justiça em Luhmann, pode ser alcançada partindo-se da observação do conflito intrasistêmico e intersistêmico pela técnica da constelação sistêmica.

O pensamento complexo e as linhas metodológicas do pensamento sistêmico, foram basilares na formação da teoria dos sistemas de Luhmann e, igualmente, permitem a compreensão do mecanismo da constelação sistêmica.

Conclui-se a presente pesquisa ante a resolução do problema proposto, oportunamente rememorado: na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a justiça poderá ser considerada como solução do conflito intersistêmico, por meio da aplicabilidade do mecanismo da constelação sistêmica?

A nítida percepção a respeito dos significados desenvolvidos pelo paradigma do pensamento complexo e pelas linhas caracterizadoras da teoria geral dos sistemas permite a assimilação da constelação sistêmica como mecanismo observador do sistema jurídico, conflito e justiça determinados na teoria dos sistemas de Luhmann. Como uma técnica de observação do sistema e da situação conflitiva que poderá acometer as relações contidas no sistema ou entre sistemas e, posteriormente a observação, habilita-se a entregar uma proposta de restauração do conflito (justiça) obtida na própria configuração do sistema prejudicado.

REFERÊNCIAS

- ALVES, João Bosco da Mota. **Teoria geral de sistemas**: em busca da interdisciplinaridade. Florianópolis: Instituto Stela, 2012.
- ANDRADE, Aurélio L. **Curso de pensamento sistêmico**: caderno de campo. São Paulo: Digital Publish & Print, 2014.
- BAGGENTOSS, Grazielly Alessandra. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. Tese de Doutorado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2014.
- BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Conexões entre pensamento sistêmico, constelações sistêmicas e direito sistêmico**. Revista Cidadania e Acesso à Justiça, v. 4, n. 1, p. 153-173, 2018.
- BLANCO, Carolina Souza Torres. **A estrutura sistêmica aberta da constituição como parâmetro da decisão jurídica e justa**. Revista Em Tempo, v. 11, p. 124-151, 2012.
- BECHARA, Gabriela Natacha. **A história do direito nos cursos jurídicos de graduação: trajetória e situação contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.
- BÜLLESBACH, Alfred. Ciência do direito e ciências sociais. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Representação política**. São Paulo: Ática, 1988.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**: a regra da maioria como critério de legitimação política. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Governo representativo versus governo dos juízes**: A “autopoiese” dos sistemas político e jurídico. Belém: UFPA, 1998.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- DE GIORGI, Raffaella. **Scienza del diritto e legittimazione**. Lecce: Pensa, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1984.

EASTON, David. Categorias para análise dos sistemas em política. In: EASTON, David (Org.). **Modalidades de ação política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. **Reflexos da complexificação social decorrentes da globalização à percepção das fontes do direito**. Revista Em Tempo, v. 14, p. 146-168, 2016.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La société et le droit chez Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean, GUBIBENTIF, Pierre (Org.). **Niklas Luhmann observateur du droit**. Paris: LGDJ, 1993.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

GIMENEZ, Melissa Zani; VERONESE, Josiane Rose Petry. **O processo autopoietico e a construção da educação cidadã nas escolas de ensino fundamental a partir de Niklas Luhmann**. Revista Em Tempo, v. 17, n. 01, p. 171 - 199, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria generale del diritto e dello Stato**. Milano: Etas, 1994.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Estudo de Sociologia**, Araraquara, n.16, 2004.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**, n. 49, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Comunicazione ecologica**: può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche? Milano: Franco Angeli, 1986.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate, México-Distrito Federal: Universidad Iberoamericana, 2000.

LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Bologna: Il Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. Le funzione della giurisdizione nel sistema politico. In: **Stato di diritto e sistema sociale**. Napoli: Guida, 1978.

LUHMANN, Niklas. Legal argumentation: an analysis of its form. **The Modern Law Review**, v. 58, n. 3, 1995.

LUHMANN, Niklas. Operational closure and structural coupling: The differentiation of the legal system. **Closed Systems and Open Justice**, número especial de **Cardozo Law Review**, v. 13, 1992, n.5.

LUHMANN, Niklas. **Teoria politica nello stato dei benessere**. Milano: Franco Angeli, 1987.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Traduzione di Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. v. 1. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidade**: de la unidad a la diferencia. Madrid: Trotta, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociedade y sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. "The Self-Reproduction of the Law and the Limits". In: F. A. de Miranda Rosa (org.). **Direito e mudança social**. Rio de Janeiro: OAB-RJ, 1984.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de sistemas y Derecho penal**: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Procedimenti giuridici e legittimazione sociale**. A cura di Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 1995.

LUHMANN, Niklas. Come stanno le cose? Cosa si sta dietro? Le due sociologie e la teoria della società. In: **Teoria sociologica**, n.2, 1993.

LUHMANN, Niklas. **The third question: the creative use of the paradoxes in law and legal history**. *Journal of Law and Society*, v. 15, n. 2, 1988.

LUHMANN, NIKLAS. **The coding of the legal system**. In: TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Orgs.). **State, law and economy as autopoietic systems**. Milano: Giuffrè, 1992.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 7 ed. Milano: Franco Angeli, 1995.

LUISO, Francesco Paolo. **Instituições de direito processual civil**. Torino: G. Giappichelli, 1995.

NAGLER, Michael. **The search for a nonviolent future**. California: Berkeley Hills Books, 2001.

NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Goethe Institut, 1997.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUNES, Iôni Heiderscheidt. **Educação jurídica para a cultura de paz nos cursos de direito no Brasil contemporâneo**. Tese de Doutorado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

MANSILLA, Dário Rodriguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução Javier Nafarrate Tores. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Organização e tradução Cristina Magro; Victor Paredes. Belo Horizonte, UFMG, 2001.

MATURANA, Humberto; VERELA, Francisco. **Autopoiesi e cognizione**. Tradução Alessandra Stragapede. Venezia: Marsilio Editori, 1985.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

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

PARSONS, Talcott. **The Social System**. 1. ed. Glencoe: The Free Press, 1951.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença, 1983.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. A epistemologia da complexidade para uma pesquisa científica no Direito. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro ñ RIDB**, Lisboa, ano 1, n. 6, p. 3.641-3.666, 2012.

SENGE, Peter; KIM, DANIEL H. From Fragmentation to Integration: Building Learning Communities. **Reflections**, v. 12, n. 4, 2013.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma contingência e racionalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TREVES, Renato. **Sociologia del diritto**. 4. ed. Torino: Einaudi: 1996.

TRINDADE, André Karam. **Para entender Luhmann: e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Brevíssima Retrospectiva Histórica, Para Desembocar no Estado de Direito, No Direito Codificado e na Tripartição das Funções dos Poderes (O Princípio da legalidade e a Necessidade de Motivação das decisões). In: **Controle das decisões judiciais por de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992.